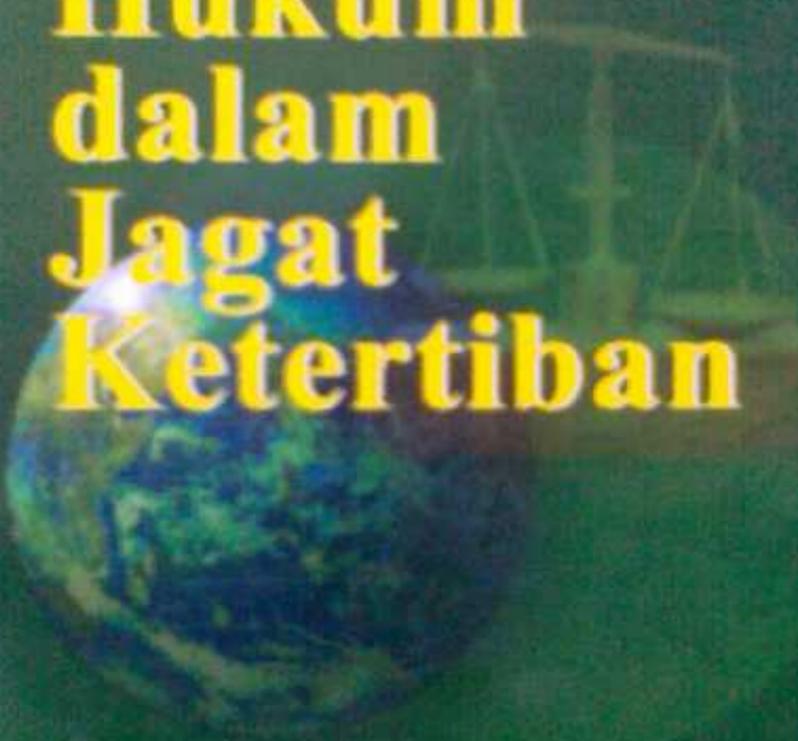


Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, S.H.



Hukum dalam Jagat Ketertiban

Bacaan Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro

Hukum dalam Jagat Ketertiban

Bacaan Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum
Universitas Diponegoro

Oleh: Satjipto Rahardjo

Penyunting : Mompang L. Panggabean
Penata letak : Mony Sang
Desain sampul : Agus Lanang Irawan

Penerbit UKI Press

Jl. Mayjen Sutoyo No. 2 Cawang, Jakarta 13630
Telp. 021-8009190, 8092425. Fax. 021-8093948

Hak Cipta dilindungi oleh undang-undang.
Dilarang memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini
tanpa seizin tertulis penerbit.

Perpustakaan Nasional: Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Rahardjo, Satjipto

Hukum dalam Jagat Ketertiban. Bacaan Mahasiswa Program Doktor
Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Cetakan I
Jakarta: UKI Press, 2006
xi + 177 hlm; 14 cm X 21 cm
ISBN: 979-8148-30-4

Dicetak oleh: Nuansa Cipta Warna, Jakarta
Isi di luar tanggung jawab Penerbit dan Pencetak.

Kata Sambutan dari Penulis

Kumpulan tulisan yang dihimpun dalam buku kecil ini adalah bahan bacaan yang khusus diperuntukkan bagi para mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum, Universitas Diponegoro. Tulisan tersebut saya buat secara berkala, untuk lebih mendekatkan para mahasiswa kepada berbagai permasalahan (*issues*) dalam hukum dan ilmu hukum. Dengan demikian ia bernilai insidental, di luar buku-buku yang diwajibkan, oleh karena untuk buku-buku wajib sudah ada tempatnya sendiri.

Di samping bahan perkuliahan pokok, yang diberikan secara teratur kepada para mahasiswa, tambahan bahan bacaan ini dimaksud untuk memperluas pengetahuan para mahasiswa di luar materi pokok yang diberikan secara teratur itu.

Tuan Mompang Panggabean adalah mahasiswa yang aktif menyebarkan berbagai hal yang dibicarakan dalam perkuliahan Ilmu Hukum dan Teori Hukum, antara lain dengan mengusahakan kumpulan ini dan juga mencatat kuliah-kuliah saya ke dalam satu bentuk yang lebih terstruktur. Sejak semua dilakukan atas inisiatif sendiri, maka kiranya Tuan Mompang boleh juga disebut sebagai “asisten partikelir” saya.

Pleburan, November 2006

Sajipto Rahardjo

Catatan Penyunting

Buku yang membahas tentang tentang Ilmu Hukum dan Teori Hukum telah sangat banyak. Namun apa yang dipaparkan dalam kumpulan tulisan Prof. Satjipto Rahardjo ini, merupakan suatu penjelajahan tak kunjung henti dari seorang musafir pencari kebenaran. Apabila pandangan yang bersifat positivistik ingin menjadikan hukum sebagai alat ketertiban, maka belakangan timbul pemikiran seperti *order without law, authority without power*, yang menggugat keamanan. Tak dapat dipungkiri, kita masih berada pada keterbelakangan ekonomi, politik, sosial, dan sebagainya, yang semuanya memerlukan penanganan segera, sehingga tak pelak lagi, mau tidak mau, hukum modern yang berwatak liberal itulah yang kemudian dijadikan pisau bedah terhadap masalah-masalah hukum yang timbul. Namun bagaimanakah hasilnya?

Berbicara mengenai modernisasi, industrialisasi, rasionalisasi, perkembangan *science and technology* beberapa dekade terakhir dipengaruhi gelombang besar di mana negara-negara dunia berusaha untuk mencapai status yang lebih baik. Belajar dari pengalaman Jepang, paradigma mereka: “saya merasa, oleh karena itu saya ada,” membuat kita terperangah, sebab mereka menghadapi segala perubahan yang menerpa dengan sikap tenang. Jika hukum modern harus diperhadapkan dan diterapkan ke dalam hukum Jepang, maka mereka akan mendahulukan cara-cara Jepang (*Japanese Twist*). Dalam konteks Indonesia, bagaimana dan mau ke mana bangsa Indonesia dengan Pancasila-nya?

Rene Descartes memisahkan manusia sebagai makhluk “yang mengetahui” dari alam yang “untuk diketahui,” dengan ucapannya yang terkenal “*Cogito ergo sum.*” Descartes ingin menyatakan bahwa manusia baru memperoleh makna setelah manusia itu dengan rasionya memberi arti. Di sini terjadi dualisme *res cognitans* dan *res extensa*.¹ Pemikiran tersebut membawa pengaruh yang sangat besar terhadap perkembangan teorisasi ilmu pengetahuan. Logika

¹ Liek Wilardjo, *Realita dan Desiderata*, Duta Wacana University Press, Yogyakarta, 1990, hal. 246

dan rasionalitas menjadi sesuatu yang sangat bermakna dalam pencarian manusia terhadap dirinya. Namun dengan perkembangan spiritualitas, *Intellectual Quotient* yang dulu begitu dibanggakan, ternyata harus diimbangi dengan *Emotional Intelligent* dan *Spiritual Quotient* dalam membangun *multiple intelligence*.

Dewasa ini banyak tulisan bermunculan tentang akhir dari sesuatu. Heidegger misalnya, berbicara tentang ‘kematian’ filsafat, yakni berakhirnya filsafat sebagai jalan metafisik. Michael Foucault melihat ‘kematian subjek’ akibat diskontinuitas dari wacana modernitas ke arah wacana lain sehingga peran manusia sebagai penguasa dunia semakin berkurang. Daniel Bell dengan *the end of ideology*-nya, memaparkan diskontinuitas ideologi besar ke arah ideologi kecil, lokal dan komunitas plural. Selanjutnya, Fukuyama melihat meluasnya penerapan sistem ekonomi kapitalisme dan sistem demokrasi liberal secara global, sehingga memunculkan keseragaman budaya (*cultural homogeneity*).² Lalu John Horgan memunculkan ketakutan tentang tidak adanya lagi objek (ilmu pengetahuan) itu sendiri.³ Berbagai tulisan tersebut – meskipun tidak semua harus ditelan bulat-bulat – memberikan keluasan tentang perkembangan teori dan kaitannya dengan hakikat manusia.

Teori merupakan suatu usaha intelektual yang dinamis. Gugatan terhadap realitas empirik masa kini memperlihatkan adanya hal-hal yang tidak dapat ditangkap/belum dapat dimunculkan pada masa lampau. Sebagai contoh, munculnya “*Autopoietic Law*” dari Maturana dan Varela, tentang *the dynamics of the autonomy proper to living systems*, adalah sesuatu yang khas dari sistem kehidupan.

Keprihatinan Prof. Tjip (sebutan akrab bagi Prof. Dr. Satjipto Rahardjo) terhadap keterpurukan hukum di Indonesia, yang dinyatakan baik berupa wacana lisan maupun tulisan, sering membuat banyak kalangan terhenyak dan membuat para akademisi dan

² Vide: Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (diterjemahkan: Kemenangan Kapitalisme dan Demokrasi Liberal), Qalam, Yogyakarta, 2004

³ Yasraf A. Piliang, “*Kata Pengantar*” dalam John Horgan, *The End of Science* (diterjemahkan: *Senjakala Ilmu Pengetahuan*), Penerbit Teraju, Jakarta, 2005, hal. xiii–xvi

praktisi hukum mengernyitkan kening. Salah satu kritiknya ialah bahwa hukum itu sudah cacat sejak dilahirkan. Hal ini sejatinya adalah sebuah tragedi hukum. Masyarakat diatur hukum yang penuh cacat, karena ketidakmampuannya untuk merumuskan secara tepat hal-hal yang ada di masyarakat, akibatnya masyarakat diatur oleh hukum yang sudah cacat sejak lahir. Tentu saja kritik tersebut bagaikan palu godam bagi legislatif, juga tak luput penegak hukum dan para insan hukum lain dalam memahami dan menjalankan hukum hanya berdasarkan aturan undang-undang *an sich*. Padahal menurut refleksi kritis Prof. Tjip – Sang Guru – hukum dilukiskan sebagai **perilaku manusia**, yang dilandasi pandangan filosofis bahwa **hukum itu untuk manusia dan tidak sebaliknya**.⁴

Tatkala para praktisi dan akademisi laiah membaca dan memaknai undang-undang (baca: hukum) dari perspektif yuridis normatif belaka dan berujar bahwa hukum harus diutamakan agar membawa ketertiban, ketenteraman dan kesejahteraan bagi masyarakat; Sang Guru tampil dengan sikap berbeda. Hukum itu hanya menempati satu sudut kecil dalam **jagat ketertiban**.⁵ Hukum tertulis tak dapat menepuk dada dalam menyelesaikan segala persoalan. Ilmu hukum harus membuka diri terhadap disiplin ilmu lain agar dapat memosisikan diri sesuai jati-dirinya.

Pengumpulan intelektual-kritis dari Sang Guru tentang hukum di Indonesia tidak mudah ‘dibaca dan dipahami’ apabila hanya bermodalkan pemikiran normatif-positivistik yang cenderung mengerdilkan ilmu hukum. Apalagi jika ilmu hukum menutup diri dari ‘persaudaraan’-nya dengan berbagai disiplin ilmu. Menyikapi kusut-masainya hukum di negeri ini, Beliau juga sering mempertanyakan peran para cendekiawan, “Mengapa cendekiawan itu gagal menjalankan visi dan misinya?” Apakah pertanyaan itu dapat dijawab

⁴ Cf. Satjipto Rahardjo, “*Tidak menjadi Tawanan Undang-undang*,” dalam Satjipto Rahardjo, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Kompas, Jakarta, 2003, hal. 120

⁵ Bandingkan Francis Fukuyama yang mempertanyakan, “*Where do norms come from?*” dalam bukunya *The Great Disruption – Human Nature and the Reconstitution of Social Order*, Profile Books, London, 1999, p. 143-153

secara sederhana, bahwa hal itu terjadi saat cendekiawan melakukan pengkhianatan (*betrayal of intellectual*)?⁶

Sang Guru menyatakan, bahwa hukum sebagai sains harus mampu melakukan *description, giving explanation/sharing, to reveal*, dan pada akhirnya, memberi *prediction*. Baginya, *truth in science is scientific truth*. Hanya Sang Pencipta yang memiliki kebenaran sejati, sedangkan manusia hanya pengrajin, tukang. Berkali-kali ia menandaskan bahwa tugas seorang *scholars* adalah ***searching truth, nothing but the truth***.

Di antara berbagai pemikiran kritisnya, yang sangat menarik untuk dicermati adalah gagasan mengenai hukum progresif. Sejatinya pemikiran Prof. Tjip mengenai hukum progresif telah muncul beberapa dekade yang lalu.⁷ Terhadap ide tersebut, tak jarang ada tuduhan, “Apa dan bagaimanakah hukum progresif itu?” “Apakah murni ide Prof. Tjip ataukah disadur dari pendapat orang lain?” Lalu apakah jawabannya?

Materi dalam buku ini, semula adalah bahan bacaan mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang. Namun dengan kerinduan untuk berbagi dan desakan berbagai kalangan, buku ini dipersembahkan kepada khalayak umum, utamanya para pemerhati hukum dan para musafir pencari kebenaran. Berbagai materi tadi, penyunting bagi dua, yaitu Wajah Ilmu Hukum dalam Perkembangan dan Hukum dalam Jagat Ketertiban.

Pada bagian pertama, Sang Guru menulis tentang Kesatuan Ilmu Pengetahuan (*the Unity of Knowledge*) yang diinspirasi tulisan Edward O. Wilson. Selanjutnya, Ilmu Hukum dan Garis Depan Sains mencatat bagaimana sejatinya peran Ilmu Hukum. Diikuti tulisan tentang bagaimana seyogianya membuat pendekatan holistik terhadap hukum. Keempat, tulisan tentang Hukum dan Pasca-

⁶ Cf. Julien Benda, *Pengkhianatan Kaum Cendekiawan* (dialihbahasakan dari: *La Trahison des Clercs* oleh: Winarsih P. Arifin), Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1997, hal. 131

⁷ Meskipun secara rendah hati Prof. Tjip mengatakan, sejak tahun 2002 barulah pemikiran tentang Hukum Progresif itu dipublikasikan, tetapi tak dapat dipungkiri bahwa jauh sebelumnya, banyak refleksi kritisnya telah lahir sebagai embrio bagi adanya ide tersebut.

modernisme. Kelima, risalah tentang Kemanusiaan, Hukum dan Teknokrasi, menyoroti bagaimana kemajuan ilmu dan teknologi memberikan dampak terhadap hukum dan karenanya hukum kemudian lebih menampakkan dirinya sebagai teknologi yang akhirnya membuat jarak terhadap hal-hal mendasar seperti manusia, kemanusiaan serta keadilan. Tulisan keenam memaparkan tentang Senjakala Ilmu Hukum Tradisional dan Munculnya Ilmu Hukum Baru, yang membahas tentang “*A General Jurisprudence of Law and Society*” yang mengonkretkan perkembangan pemikiran yang muncul berpuluh tahun terakhir ini untuk merespons secara progresif kosmologi dan paradigma holistik dalam ilmu hukum, sekaligus menghapus dominasi ilmu hukum klasik. Tulisan tentang Ilmu Mengatur Masyarakat mengutarakan kepentingan untuk mengatur masyarakat di depan kepentingan untuk membuat dan memiliki undang-undang sebagai bangunan logis-rasional, sehingga cara-cara nonhukum harus digunakan berbarengan dengan hukum.

Bagian kedua diawali dengan tulisan tentang Hukum dalam Jagat Ketertiban, mengingatkan kita bahwa hukum hanya menempati satu sudut belaka dalam dunia ketertiban; dilanjutkan dengan Hukum Adat dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia. Pada tulisan tentang Asas-asas Hukum, ‘Sang Guru’ menyatakan bahwa seyogianya asas-asas hukum menjadi jantung dari hukum, tetapi asas-asas itu kemudian direduksi menjadi sebuah dokumen perundang-undangan tanpa pesan-pesan moral untuk kehidupan bermasyarakat. Tulisan keempat berbicara tentang Kepastian Hukum; dilanjutkan dengan Hukum dan Budaya Hukum. Hukum dan Psikologi memberi pembelajaran tentang adanya ‘logika hukum’ dan ‘logika psikologi.’ Terakhir, Penafsiran Hukum yang Progresif, yang semakin hangat dibicarakan dan diharapkan menjadi cikal bakal pemikiran baru, paradigma baru dalam memandang hukum dan berhukum, dengan manusia dan keadilan sebagai pusat perhatian.

Sang Guru menegaskan, pada akhirnya manusialah yang memberikan makna terhadap suatu peraturan, dan makna itu ditentukan oleh posisi dari orang yang memberikan makna tersebut.⁸

⁸ Satjipto Rahardjo, *Mengajarkan Keteraturan menemukan Ketidakteraturan*, (*Teaching Order Finding Disorder*), Tiga Puluh Tahun Perjalanan Inte-

Walaupun hukum progresif dan ilmu hukum progresif dapat dilihat sebagai perubahan paradigmatis (*paradigm shift*), menurut ‘Sang Guru’ hukum progresif dan ilmu hukum progresif tidak bisa disebut sebagai suatu tipe hukum yang khas dan selesai (*distinct type and a finite scheme*), melainkan merupakan gagasan yang mengalir, yang tidak mau terjebak dalam *status quo*, sehingga menjadi mandeg (*stagnant*). Hukum progresif dan ilmu hukum progresif selalu ingin setia kepada asas besar yang telah disebutkan di atas, bahwa **‘hukum adalah untuk manusia’**, karena kehidupan manusia penuh dengan dinamika dan berubah dari waktu ke waktu.⁹

Meskipun banyak cendekiawan lainnya mengalami kelesuan atau kejenuhan akibat berbagai kondisi dan berputar-haluan menjadi birokrat atau politisi, tidak demikian dengan Prof. Tjip. Ia selalu konsisten pada integritasnya sebagai seorang guru bangsa. Meskipun secara fisik, kekuatan Beliau tidak lagi seperti dulu, tetapi semangat yang ditunjukkan dan dibagikan kepada para mahasiswa ibarat api nan tak kunjung padam. Ia selalu membagikan kegelisahan intelektualnya sebagai “virus yang harus ditularkan” untuk menggoyahkan kemapanan doktrinal yang sudah berkorosi dalam benak mahasiswa. Hal itu sangat menonjol termasuk ketika menyapa para mahasiswa yang berasal dari disiplin nonhukum agar turut memberikan kontribusi bagi perjalanan ilmu hukum yang setiap saat berubah, berkembang, bagaikan air yang mengalir mencari jalannya sendiri sesuai fitrahnya sebagai ilmu.¹⁰ Keugaharian Sang Guru sangat menonjol sebagai sikap seorang yang sangat matang dalam ilmu, sehingga tidak pernah sedikit pun mencela pendapat atau komentar para mahasiswa, bahkan selalu mendukung diri sejajar dengan para mahasiswa seraya berkata, “*We are a community of equals.*”

lektual dari Bojong ke Pleburan. Pidato mengakhiri Jabatan sebagai Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 2001

⁹ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, Kesinambungan, Merobohkan, dan Membangun*, dalam *Jurnal Hukum Progresif*, Vol. 2 No. 1/ April 2006, PDIH Universitas Diponegoro, Semarang, 2006, hal. 18

¹⁰ *Vide*: Satjipto Rahardjo, “*Pendahuluan*,” pada *Ilmu Hukum: Pencarian, Pembebasan dan Pencerahan* (editor: Khudzaifah Dimiyati), Muhammadiyah University Press, Surakarta, 2004, hal. 1.

Kepada banyak orang, Beliau tidak pernah bosan memberikan *enlightenment* dan imbauan untuk menggali berbagai masalah hukum di Indonesia. “Indonesia ini adalah laboratorium hukum yang sangat kaya dan memerlukan sentuhan,” ujarnya. Diakui, membaca dan memaknai tulisan-tulisan Beliau, tidaklah mudah dan acap-kali baru dapat dipahami manakala telah melakukan kontemplasi, yang pada gilirannya menggerakkan kita untuk terus-menerus melakukan pencarian, pembebasan dan pencerahan.

Sang Begawan telah merintis jalan dan akan terus berjalan dengan pikiran-pikiran bernasnya, tinggal kini para mahasiswa [juga para pembaca], apakah mau menjadi *agent of change* dalam membenahi hukum di Indonesia. Kerinduan yang sangat sederhana dan lugas, tetapi sangat dalam dari dirinya ialah, agar para mahasiswanya **menjadi lilin-lilin kecil** pembawa terang dalam gelap gulita. “Di pundak saudara-saudara sekalianlah hukum progresif itu memperoleh bentuknya. Saya hanya merintis jalan ...”

Pada kesempatan ini, ucapan terima kasih dihaturkan kepada “penyunting akhir” Marcella Elwina Simanjuntak, S.H., C.N., M.Hum., yang memberi banyak catatan berharga sebelum buku ini dicetak lewat berbagai ide segarnya dan “penyunting kedua” rekan sekaligus istri terkasih, Dyah Irawati, S.H., M.Hum; juga kepada Vientje Ratna Multi Widjaya, S.H., M.H. (FH Universitas Trisakti, Jakarta), dan rekan-rekan Angkatan XI PDIH Undip, utamanya Agus Pramono, S.H., M.H., Dewi Sriyani Besman, S.H., M.Hum., dan Stefanus Laksanto Utomo, S.H., M.H. atas partisipasi dalam penerbitan buku ini; kepada Kepala UKI Press, Ied Veda Rimrosa Sitepu, S.S.,M.A., dan rekan Parulian Siagian, S.H., M.Hum. dalam upaya penerbitan buku ini; serta pihak lain yang tak dapat disebutkan satu persatu. Kiranya kebaikan tersebut semakin mengakar, bertumbuh, dan berbuah dalam kerangka pencarian, pembebasan dan pencerahan bagi Indonesia untuk bangkit dari kegelapan.

Semarang, Desember 2006

Penyunting,

Mompang L. Panggabean

Daftar Isi

	Halaman
Kata Sambutan dari Penulis	iii
Catatan Penyunting	iv
Daftar Isi	xi
Bagian I: Wajah Ilmu Hukum dalam Perkembangan	
1. Kesatuan Ilmu Pengetahuan	3
2. Ilmu Hukum dan Garis Depan Sains	5
3. Pendekatan Holistik terhadap Hukum	25
4. Hukum dan Pascamodernisme	39
5. Kemanusiaan, Hukum dan Teknokrasi	55
6. Senjakala Ilmu Hukum Tradisional dan Munculnya Ilmu Hukum Baru	67
7. Ilmu Mengatur Masyarakat	79
Bagian II: Hukum dalam Jagat Ketertiban	
1. Hukum dalam Jagat Ketertiban	95
2. Hukum Adat dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia	109
3. Asas-asas Hukum	123
4. Kepastian Hukum	133
5. Hukum dan Budaya Hukum	141
6. Hukum dan Psikologi	149
7. Penafsiran Hukum yang Progresif	163



UKI Press
Jl. Mayjen Sutoyo No. 2
Cawang, Jakarta 13860

ISBN 979-8184-30-4



9 789798 148309 >

Bagian I

Wajah Ilmu Hukum dalam Perkembangan

1

KESATUAN ILMU PENGETAHUAN (The Unity of Knowledge)

Ilmu pengetahuan (sains) bergerak dinamis. Garis depan ilmu pengetahuan selalu mengalami pergeseran, perubahan. *The state of the art* dalam sains selalu berubah dari waktu ke waktu. Perubahan terjadi, baik pada persepsi mengenai substansi maupun metodologi.

Dari abad ke abad, melalui pikirannya, manusia melakukan penetrasi yang makin dalam terhadap alam dan kehidupan di sekelilingnya. Penetrasi pikiran itu menjelajah mulai dari objek-objek yang letaknya jauh sampai ke yang dekat di sekitarnya, bahkan mengenai diri manusia sendiri.

Di abad XIX dan masuk ke abad XX berkembang disiplin-disiplin sains yang makin beragam. Ia berkembang hampir tanpa kendali. Alam dan kehidupan semakin dicacah-cacah dan dikotak-kotakkan (*fragmented*). Terjadilah fragmentasi dan atomisasi kehidupan. Ia (potretnya) menjadi tidak utuh lagi. Secara artifisial dibuat kategorisasi *hard sciences* dan *soft sciences*.

Masing-masing berjalan sendiri-sendiri, metodologi sendiri, membangun kerajaan sendiri tanpa ingin dicampuri. Dengan mengusahakan ilmu pengetahuan seperti itu, maka orang didorong untuk melihat potret dunia secara tidak utuh, melainkan sebagai potongan-potongan kehidupan.

Dalam suasana seperti itu, pelan-pelan mulai menyelip kesadaran bahwa ada yang kurang benar dalam cara kita berilmu pengetahuan, sehingga manusia kurang mendapatkan pemahaman yang (lebih) benar tentang seluk beluk alam serta kehidupan. Kerusakan lingkungan dan perang di dunia dijadikan bukti kegagalan ilmu pengetahuan memberikan panduan terhadap kehidupan manusia.

Kegagalan ilmu pengetahuan memandu kehidupan manusia juga dialamatkan kepada tampilan ilmu pengetahuan yang terlalu bersifat fisik dan mengabaikan kedalaman makna dan spiritualitas, sehingga yang muncul adalah materialisme.

Fragmentasi dan atomisasi ilmu pengetahuan ke dalam disiplin-disiplin yang ketat telah mereduksi substansi yang semula utuh menjadi hanya kepingan-kepingan kehidupan saja. “*The wholeness of life*” menjadi sirna dan manusia tinggal menangkap kepingan-kepingan saja. Itulah sebabnya ilmu pengetahuan menjadi gagal memandu kehidupan manusia.

Memasuki akhir abad XX mulai terjadi arus balik atau *turning point*. Komunitas ilmu pengetahuan ingin memperbaiki kesalahannya dengan menolak potret alam dan kehidupan yang fragmentaris dan atomistik tersebut.

The art of science dewasa ini menampilkan keinginan untuk menangkap dan memahami objek ilmu secara lebih utuh. Dari sini muncul apa yang sekarang dikenal sebagai pandangan holistik. Pandangan tersebut menolak cara-cara memahami suatu substansi secara sepotong, terlepas atau dilepaskan dari kaitannya dengan aspek-aspek lain.

Dengan demikian, batas-batas disiplin ilmu pengetahuan yang ketat mulai digugat. Edward O. Wilson, misalnya berbicara tentang *Consilience*, sebuah istilah baru yang diciptakannya, yang diartikan sebagai “*the unity of knowledge*.” Dikatakan oleh Wilson (1998), “*The greatest enterprise of the mind has always been and always will be the attempted linkage of the sciences and humanities. The ongoing fragmentation of knowledge and resulting chaos in philosophy are not reflections of the real world, but artifacts of scholarship.*”

Akhirnya saya berharap agar Program Pascasarjana Undip bisa berdiri di depan untuk melakukan semacam “revolusi” dalam pembelajaran ilmu pengetahuan yang meninggalkan fragmentasi dan atomisasi substansi, menuju kepada pemahaman alam, manusia dan kehidupan secara lebih utuh. Dengan demikian ia diharapkan lebih mampu memberikan panduan yang lebih baik terhadap cara-cara manusia menjalani kehidupannya di dunia ini.

2

ILMU HUKUM DAN GARIS DEPAN SAINS

Dari waktu ke waktu garis depan sains selalu berubah, bergerak dengan dinamis. Gerakan dinamis tersebut disebut sebagai **kemajuan**, *progress*. **Teori** sering disebut sebagai mahkota dari sains. Dengan teori itu sains memberikan pencerahan kepada masyarakat, yaitu menjelaskan duduk perkara. Semua manusia menghadapi dan mengalami lingkungan yang sama di dunia. Untuk bisa *survive* maka mau tidak mau ia harus mengetahui apa yang ia hadapi dan kalau mungkin menguasai atau mengendalikannya. Jadi sejak semula manusia itu sudah bersains, sekalipun itu untuk kepentingan praktis, yaitu untuk bisa *survive*.

Teori lebih tinggi daripada sekadar memberikan informasi tentang bagaimana *survive* atau bertahan dalam dan berhadapan dengan alam. Binatang-binatang sesungguhnya juga bersains, tetapi tidak berteori. Teori dan berteori merupakan privilese yang hanya dinikmati oleh manusia. Sebelum terjadi tsunami di Muangthai, gajah-gajah di wilayah turisme sudah menjadi gelisah dan kemudian lari ke perbukitan. Apabila gajah-gajah itu bisa ditanya, mengapa mereka gelisah dan berlari ke bukit, tidak akan didapat jawaban. Binatang itu tahu, tetapi tidak bisa menjelaskan.

Sains modern bisa dikatakan dimulai pada masa Pencerahan (*enlightenment*). Pada masa itu manusia dipicu oleh kegelisahan mempertanyakan alam. Mempertanyakan berarti ingin mengetahui, menemukan hukum-hukum yang bekerja dalam alam. Sekalian usaha tersebut dilakukan dengan menggunakan akal-pikiran atau rasio. Oleh sebab itu kelahiran sains erat berkaitan dengan penggunaan **rasio** secara aktif dan **rasionalisme**. Hal-hal yang bersifat takhyul, tidak masuk akal, di-tinggalkan, seperti peradaban meninggalkan Abad Kegelapan (*dark ages*) dan Abad Perteengahan (*middle ages*).

Tetapi di abad-abad yang menyusul sesudah itu, manusia yang pelan-pelan mampu “mengungkap” rahasia dan hukum alam, kemudian bergerak semakin agresif. Ia tidak hanya ingin mengetahui,

melainkan **mengendalikan** dan **memanipulasi** alam. Sains modern menunjukkan ciri-ciri agresivitas yang demikian itu, yang ditandai oleh kelahiran **tek-nologi** atau “**sains dan teknologi**.”

Kalau kita berhenti sampai di sini dan membuat perenungan, maka sesungguhnya sains itu dimulai dari Tuhan atau Allah. Dalam ranah kepercayaan kepada Allah itu, manusia sudah seperti robot. Bedanya robot adalah ciptaan manusia, sedang manusia ciptaan Allah. Bedanya lagi, robot tidak punya kemauan, tidak dihadapkan kepada pilihan-pilihan, sedang Allah memberi manusia ruang kebebasan memilih. Tanpa konstitusi biologis seperti yang ada pada manusia, sains menjadi tidak mungkin. Konstitusi biologis ini terutama berhubungan dengan organ-organ yang nanti dipakai oleh manusia untuk mengusahakan sains tersebut, seperti otak, syaraf, tangan dan lain-lain. Singkat kata, manusia lalu bisa menjadi makhluk yang berpikir dan bekerja. Itulah privilese yang diberikan Allah kepada manusia dan tidak kepada makhluk yang lain.

Kesadaran serta kepercayaan (*tauhid*) kepada Allah ini akan menentukan kualitas progresivitas sains. Nanti di belakang akan kita bicarakan konsekuensi dari sains yang berbasis religiositas seperti itu.

Kemajuan sains yang sangat nyata terjadi di bidang pengetahuan alam (fisika, kimia, geologi, astronomi dan lain-lain). Teori-teori di bidang tersebut berkembang sangat nyata. Perkembangan teori dan bagaimana suatu teori tumbang untuk digantikan oleh yang lain yang lebih handal dapat dicatat dengan nyata. Kita mencatat bagaimana teori kuantum dan relativitas menggantikan fisika Newton dan bagaimana teori Newton yang lebih handal itu menggantikan teori-teori sebelumnya, seperti Faraday, Maxwell dan lain-lain. Berdasarkan sejarah sains yang demikian itu maka bisa dikatakan, bahwa dilihat dari sudut pandang makro-komprehensif, sains merupakan hasil **karya bersama** dari para raksasa pemikir seperti Aristoteles, Newton, Einstein, yang satu melangkah lebih maju dengan berdiri di pundak saintis lain sebelumnya. Sekalipun kejayaan fisika Newton kemudian pudar, tetapi tidak akan ada teori Einstein kalau tidak didahului oleh Newton. Oleh sebab itu ada yang mendefinisikan sains sebagai “suatu disiplin di mana para jenius di masa lalu berhenti dan orang-orang biasa masa sekarang

(*the fool of today*) meneruskan perjalanan para jenius tersebut.”

Disiplin seperti fisika memang mengalami kemajuan pesat, karena bergerak dalam ranah empirik di mana proses dan hasil dapat diamati dan diikuti dengan dekat dan relatif cermat. Interaksi antara saintis dan publiknya terjalin dalam komunikasi yang baik. Hasil-hasil tersebut dapat dikaji dan diuji ulang oleh siapapun dan dengan demikian meningkatkan validitas. Konvensi, kesepakatan dengan mudah dapat dibentuk dan dengan demikian sais, dalam hal ini, ilmu kealaman menjadi makin dewasa (*mature*).

Ilmu hukum dalam risalah ini digolongkan ke dalam ilmu tentang **kemasyarakatan**. Mungkin masih ada yang tidak bersetuju tentang pendapat tersebut. Mereka ini berpendapat, bahwa ilmu hukum dimasukkan ke dalam ilmu **normatif** yang menurut mereka memiliki optik, metode dan lain-lain yang khas. Perbedaan paham seperti itu rupanya cukup alot untuk diselesaikan dan sampai kepada kesepakatan komunitas ilmuwan hukum.

Sampai pada awal 90-an masih saja berlangsung debat mengenai watak keilmuan dari ilmu hukum (KUN-NJB, 1992). Dalam simposium yang diselenggarakan oleh *Faculteit der Rechtsgeleerdheid* dari Univ. Katolik Nijmegen, masih saja disediakan sesi untuk membicarakan “*de wetenschappelijkheid van de juridische opleiding*” (watak keilmuan dari pendidikan hukum). Schuyt, seorang sosiolog hukum Belanda terkemuka masih melihat kekurangan dari dominasi pikiran dogmatik dalam pendidikan hukum, “*Dogmatisme is een beroepsziekte van juristen en het virus daarvan wordt al verspreid en opgelopen door vele juridische studenten tijdens hun opleiding*” (dogmatisme adalah penyakit jabatan para yuris dan virus itu disebarkan dan menulari banyak mahasiswa hukum saat mereka menjalani pendidikan) (Schuyt, 1992). Dalam prasarannya, Schuyt mengatakan, bahwa “*wetenschap is afkijken*” (sains adalah menengok ke sekalian penjuru). Dengan merujuk kepada Holmes dan Cardozo di Amerika, Schuyt menyarankan agar ilmu hukum melepaskan diri dari cara menganalisis persoalan berdasar metode hukum yang sempit dan selalu mencari pertolongan kepada ilmu-ilmu lain.

Memasukkan hukum ke dalam ilmu-ilmu sosial adalah langkah yang progresif, karena dengan demikian memungkinkan hukum itu dianalisis dan dipahami secara lebih luas dan itu semua akan me-

tingkatkan kualitas keilmuan dari ilmu hukum. Kemajuan ilmu-ilmu alam, ekonomi, sosial, politik seharusnya mendorong para ahli hukum untuk melihat apa yang bisa dimanfaatkan dari temuan-temuan disiplin-disiplin ilmu tersebut bagi praktik hukum. Dikatakan oleh Schuyt, kemajuan dalam bidang-bidang ilmu di luar hukum seharusnya menantang para ahli hukum yang baik untuk memberi reaksi yang memadai "*om te leren onderscheiden met welke anderswetenschappelijke hulp rechtsvragen beter worden opgelost*" (bisa memilah-milah dengan bantuan disiplin ilmu lain mana persoalan-persoalan hukum bisa diselesaikan dengan lebih baik).

Nonet dan Selznick juga mempunyai pendapat sama ketika berbicara tentang "*jurisprudence and social science*" (Nonet & Selznick, 1978). Bahkan ketika berbicara tentang model pengembangan hukum mereka secara sadar berangkat dari "*social science strategy*," karena dengan demikian pengembangan hukum yang rumit itu bisa digarap dengan lebih baik.

Pengkajian antara ilmu hukum dan ilmu-ilmu lain tidak hanya berhenti sampai ke ilmu-ilmu sosial, oleh karena kontekstualisasi ilmu hukum itu harus lebih luas lagi. Edward O. Wilson sudah menulis buku berjudul *Consilience – the Unity of Knowledge* (1998) yang melihat kesatuan sains itu dalam suatu kontinum, yang dimulai dari ilmu tentang sel (biologi) sampai ke ilmu-ilmu sosial. Studi tentang sel yang tidak bermuara ke ilmu-ilmu sosial tidak tuntas, demikian pula sebaliknya apabila ilmu-ilmu sosial tidak dilacak kaitannya sampai ke biologi. Ilmu-ilmu sosial yang hanya saling merujuk antara sesamanya disebut Wilson sebagai kerdil, tumpul (*banal*).

Sejarah ilmu hukum sesungguhnya tidak sepi dari lihat-melihat dan pinjam meminjam antara ilmu hukum dan ilmu-ilmu lain. Beberapa di antaranya akan dibicarakan di bawah ini.

Hans Kelsen (1881-1973) adalah pemimpin Mazhab Wina (*Vienna School*) yang dikenal dengan Teori Hukum Murni (*Pure Theory of Law, Reine Rechtslehre*). Teori Kelsen didasarkan pada landasan pemikiran berikut (Friedmann, 1953):

- (1) *The aim of a theory of law, as of any science, is to reduce chaos and multiplicity to unity.*
- (2) *Legal theory is science, not volition. It is knowledge of what the*

law is, not of what the law ought to be.

- (3) *The law is a normative not a natural science.*
- (4) *Legal theory as a theory of norms is not concerned with the effectiveness of legal norms.*
- (5) *A theory of law is formal, a theory of the way of ordering, changing contents in a specific way.*
- (6) *The relation of legal theory to a particular system of positive law is that of possible to actual law.*

Risalah ini tidak ingin mendiskusikan teori Kelsen, melainkan hanya ingin merujuk pada satu hal yang disinggung oleh Kelsen dalam ekspose mengenai teorinya, yaitu sebagaimana disebut dalam butir satu. Menurut Kelsen, tujuan teorinya tidak berbeda daripada sains lain (*as of any science*). Ini berarti, bahwa ia telah “*afkijken*” kepada keadaan atau peta sains waktu itu, atau apa yang saya sebut sebagai “*the art of science*.” Hal inilah yang selalu saya katakan kepada para calon doktor, yaitu tentang betapa pentingnya mengangkat derajat ilmu hukum, sehingga dapat **sejajar dengan kemajuan sains**.

Kelsen yang hidup di abad keduapuluh mengalami kemajuan sains yang mencolok khususnya di bidang ilmu-ilmu empirik. Ini terlihat pada penggunaan istilah “sains dan teknologi.” Kelsen ingin agar ilmu hukum bisa sederajat dengan kemajuan sains waktu itu dan untuk itu ia mengajukan suatu konsep yang formal (*a theory of law is formal*).

Seorang juris Jerman, J.H. von Kirchmann mengucapkan pidato yang kemudian menjadi terkenal, berjudul “*Ueber die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*” (1847). Di situ ia mengatakan betapa ilmu hukum ini berdiri di atas pondasi yang subjektif dan karena itu sebagai sains ia menjadi sangat goyah. Hanya dengan vonis tiga kata saja dari pembuat undang-undang, maka seluruh perpustakaan menjadi bubar (“*Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur*”).

Ditempatkan pada latar belakang adanya pikiran seperti itu, maka teori Kelsen merupakan respons. Kelsen ingin membuktikan, bahwa ilmu hukum itu tidak subjektif melainkan objektif, sama dengan sains yang lain. Tetapi untuk itu ia harus membangun suatu teori yang bisa mengatasi “subjektivitas pembuatan undang-undang.” Oleh sebab itu teori hukum harus merupakan teori formal,

tidak boleh mengandung muatan nilai, kepentingan dan lain-lain (*a theory of law is formal*), sedang hubungannya dengan hukum positif merupakan hubungan dari sesuatu yang mungkin (*possible*) dengan sesuatu yang nyata terjadi (*actual*). Kelsen ingin membangun suatu teori hukum yang berlaku untuk hukum positif bangsa-bangsa di manapun di dunia.

Dalam hal ini Kelsen telah *afkijken* kepada **sains empirik** yang waktu itu sedang menanjak pesat. Dengan mengacu kepada “*world speed records*,” Hart menunjukkan, bahwa hanya dalam kurun waktu 200 tahun (1750-1950), maka rekor kecepatan yang selama ratusan juta tahun tidak pernah berubah, tiba-tiba mengalami lonjakan kenaikan yang luar biasa. Lonjakan kecepatan itu disebabkan oleh produksi lokomotif, mobil dan pesawat udara, yang kesemuanya identik dengan kemajuan dalam sains (Hart, 1972). Hukum-hukum sains, seperti fisika, kimia, itu berlaku di manapun di dunia. Dihadapkan kepada “*frontier of science*” yang demikian itu, ia tidak ingin melihat ilmu hukum menjadi ilmu yang terbelakang dan menurut Kelsen itu hanya terjadi apabila ilmu hukum dibersihkan dari sekalian muatan subjektif dan hanya tampil dalam bentuk formal.

Industrialisasi, urbanisasi, ekonomi liberal serta kapitalisme yang tidak terkendali menimbulkan perubahan-perubahan besar dalam masyarakat. Rakyat yang direnggutkan dari kepemilikannya terhadap sumber daya kehidupan (oleh kapitalisme) membangkitkan kedarasan kolektif dan tanggung jawab sosial baru (Friedmann, 1953). Ini memicu sains untuk memberikan penjelasan dan kebutuhan itu dilayani oleh **biologi** sebagai basis. Teori dalam biologi diterapkan kepada masyarakat, sebagai **quasi-biological organism**, dan dengan demikian perkembangan masyarakat dicoba untuk dijelaskan.

Herbert Spencer (1829-1903) yang mendasarkan pada Teori Charles Darwin yang terkenal, membangun suatu Teori Organik tentang Hukum dan Masyarakat (Friedmann, 1953). Ia menarik garis sejajar antara *biological organism* dan *social organism*. Individu, menurut Spencer, menyesuaikan diri terhadap lingkungan. Cara-cara *survival* terhadap dan dalam lingkungan itu diwariskan dari generasi ke generasi dan menjadi tradisi serta gaya hidup. Pengorganisasian sosial, terma-suk hukum, etika, kewajiban, hak,

keadilan, menjadi berbeda dari satu lingkungan ke lingkungan lain. Dengan mendasarkan pada teori Darwin '*survival of the fittest*,' maka Spencer berpendapat, bahwa masyarakat adalah kumpulan dari individu, sehingga dengan demikian individu menduduki tempat utama dan kepadanya harus diberikan kebebasan untuk bertindak (*laissez faire*). Ia menolak penyerapan total individu ke dalam negara dan tugas pemerintah adalah untuk memastikan adanya kebebasan yang sebesar mungkin kepada individu. Ia menolak *welfare activities* yang dilakukan oleh negara (Dias, 1976).

Biologi, rupa-rupanya cukup menarik kalangan hukum dan ilmuwan sosial untuk menggunakannya sebagai acuan untuk membangun teori. Di kalangan ilmuwan sosial, Talcott Parsons membangun konsep sibernertika hukum sesudah melakukan penelitian terhadap fisiologi dan sistem biologi manusia (Rahardjo, 1979).

Humberto R. Maturana dan Fransisco J. Varela, keduanya biolog, bersama-sama telah menulis "*Autopoiesis and Cognition*" (1980). Ini kemudian menjadi ilham kepada Gunther Teubner untuk menulis tentang "*Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*" (1988). "*Autopoietic is a word that could directly mean what takes place in the dynamics of the autonomy proper to living systems ...*" (Evan, 1990). Oleh keduanya, sistem yang hidup dikonsepsikan sebagai mesin, "*Autopoietic machines are homeostatic machines ... An autopoietic machine is a machine organized (defined as a unity) as a network of processes of production (transformation and destruction) of components that produces the components which: (i) through their interactions and transformations continuously regenerate and realizes the network of processes (relations) that produce them; and (ii) constitute it (the machine) as a concrete unity in the space in which they (the components) exist by specifying the topological domain of its realization as such a network. It follows that an autopoietic machine continuously generates and specifies its own organization through its operation as a system of production of its own components, and does this in an endless turnover of components under conditions of continuous perturbations and compensation of perturbations*" (Evan, 1990). Dari konsep dalam biologi, akhirnya ia menyebar juga ke ilmu-ilmu

sosial dengan menegaskan kehadiran “*social autopoiesis*,” yang mengingatkan kita kepada masuknya konsep engineering ke dalam ilmu sosial sebagai “*social engineering*.”

Niklas Luhman, seorang teoretikus dan ahli hukum Jerman terkenal, juga cenderung menerima *autopoietism* tersebut ke dalam ilmu sosial (“*social systems can be regarded as special kinds of autopoietic systems*,” Evan 1990). Dikatakan oleh Luhman, bahwa proses-proses dalam sistem hukum itu bersifat “*self-referential*” dan “*self-reproduction*.” Sebagai suatu sistem *reproduction* yang otonom, sistem hukum akan menentukan sendiri apa yang baik dan apa yang akan dilakukan. Kendatipun menerima rangsangan atau pengaruh dari luar, tetapi dalam konsep otopoietik tersebut, akhirnya sistem itu sendirilah yang menentukan. Ini akan memengaruhi konsep-konsep tentang transformasi dan transplan-tasi hukum, oleh karena sistem hukum bekerja otonom berhadapan dengan lingkungannya.

Sebuah buku yang tidak dikenal luas, tetapi dalam rangka pembicaraan kita cukup menarik, adalah yang ditulis oleh Albert A. Ehrenzweig, berjudul ‘*Psychoanalytic Jurisprudence*’ (Ehrenzweig, 1971). Menurut Ehrenzweig temuan-temuan Sigmund Freud dan kawan-kawan telah membuka suatu ilmu hukum (*jurisprudence*) baru yang kemudian dinamakannya ‘*psychoanalytical jurisprudence*.’ “*The age of Plato has yielded to the age of Freud*,” demikian ujar Ehrenzweig. Maka tema-tema dalam hukum, seperti kepastian hukum, kepatuhan terhadap hukum dan lain-lain dicoba untuk disorot dan dijelaskan dari psikologi. Masalah kepatuhan, misalnya, dijelaskan sebagai berikut, “*the role of obedience to law and custom in the growth of the sense of justice has been attributed to man’s urge for the preservation of his race*.”

Pengisolasian ilmu hukum dengan cara tidak mau *afkijken*, enggan menengok ke ilmu-ilmu yang lain hanya akan mengerdilkan kualitas sendiri. Sikap berpuas diri seperti ini, sebagai sikap yang menyertai ilmu hukum di abad kesembilan belas, seharusnya sudah lama diakhiri. Banyak manfaat yang dapat dipetik dengan *afkijken*, seperti dikatakan oleh Schuyt di muka. Pada saat dunia ilmu hukum mengamati keruntuhan ilmu fisika Newton untuk digantikan oleh teori kuantum dan kompleksitas, maka peristiwa tersebut dirasakan juga getarannya terhadap ilmu hukum. Kita lalu berta-

nya, pembelajaran apakah yang bisa dilakukan dari ketergusuran era Newtonian? Jawabannya adalah, sungguh banyak yang dapat dimanfaatkan bagi pengembangan ilmu hukum itu sendiri.

Teori besar Newton melihat alam dan proses-proses di dalamnya ibarat bekerjanya sebuah mesin jam besar, di mana bagian-bagiannya berkaitan satu sama lain secara eksak, yang akhirnya menggerakkan mesin jam tersebut. Maka alam pun dilihat dan ditafsirkan bekerja secara "*spiritless clockwise universe*" (Brion, 1995). Teori Newton yang begitu masinal dianggap gagal menjelaskan alam yang sebenarnya bekerja secara jauh lebih kompleks. Dalam aliran Newton kompleksitas tersebut dipaksakan untuk dimasukkan dan diwadahi oleh penjelasan yang masinal tersebut. Agar bisa masuk ke dalam skema besar Newton, maka proses dan fenomena alam yang tidak bisa masuk dibuang karena akan merusak sistem besar tersebut dan dianggap sebagai *aberrational data* (data menyimpang).

Ketidakjujuran Newton harus dibayar mahal, yaitu digeser oleh teori baru yang bisa memberikan penjelasan tentang alam dengan lebih baik. Lebih baik di sini dalam arti lebih jujur dalam melihat alam, tanpa membuang atau mengorup kenyataan. Teori Newton yang "tidak jujur" itu bisa digambarkan sebagai kritik terhadap teori sosial, yaitu "*Theories which began with the larger picture and work down to social relations, distort the latter in order to fit them into their larger picture.*" Di sini juga diulang hal yang sama, yaitu membuang kenyataan hubungan-hubungan sosial tertentu, supaya kenyataan dalam masyarakat tetap bisa pas dengan teori sosial yang ada.

Teori fisika yang kemudian muncul mengubah gambar tentang alam sebagai suatu "*clockwise universe*" menjadi potret yang lebih benar dan jujur, yaitu sebagai suatu "*chaotic universe.*" Maka bermunculanlah berbagai buku yang mengulas tema itu, seperti "*Order Out of Chaos*" (Prigogine & Stengers, 1985), "*Quantum Evolution-Life in the Multiverse*" (McFadden, 2000), "*The Turning Point*" (Capra, 1982).

Revolusi teori dalam fisika tersebut telah memicu terjadinya reaksi yang panjang, termasuk ilmu hukum. Pandangan masinal atau "*clock-wise*" seperti pada fisika Newton memiliki padanan pada konsep keteraturan dan kepastian dalam ilmu hukum. Di sini

hukum dilihat sebagai institusi sosial yang penuh dengan kepastian dan keteraturan. Tetapi sejak akhir 80-an peta pemikiran mulai berubah, dari yang penuh dengan “ketertiban” menjadi “kekacauan” (*chaotic*). Hukum pun tidak lagi dilihat sebagai tatanan yang tertib-teratur, melainkan juga penuh dengan kekacauan (Sampford, 1989; Brion, 1995).

Dalam dunia psikologi terjadi perkembangan dengan meninggalkan IQ (*intellectual quotient*) sebagai satu-satunya tolok ukur kepintaran seseorang. Sejak awal abad ke-20, kepintaran seseorang ditentukan oleh “*rational intelligence*”-nya, yaitu “*what we use to solve logical or strategic problems*” (Zohar & Marshall, 2000). Dalam perjalanan abad ke-20, konsep tunggal tersebut ditinggalkan untuk kemudian diperkaya dengan EQ (*emotional quotient*) serta terakhir SQ (*spiritual quotient*).

Pada tahun 1995, Daniel Goleman menerbitkan buku yang kemudian menjadi sangat terkenal, berjudul “*Emotional Intelligence – Why it can matter more than IQ*” (Goleman, 1995). Dalam Bab 3 yang diberi judul “*When Smart Is Dumb*” dibicarakan tentang bagaimana seorang bisa disebut pintar berdasar ukuran IQ, tetapi rendah dalam ukuran rasa-perasaan (*emotion*). Seorang siswa yang pintar telah menusuk guru hanya karena mendapat nilai B dari guru tersebut. Kejadian tersebut menjadikan orang mulai ragu akan kemutlakan IQ sebagai pengukur kepintaran, sehingga melahirkan konsep “*multiplicity intelligence*.”

Menyusul konsep EQ adalah konsep tentang kepentingan yang mutakhir, yaitu “*spiritual intelligence*” (SQ), (Zohar & Marshall, 2000). Oleh para penulisnya, kecerdasan spiritual tersebut melengkapi (*completed*) gambar yang penuh tentang kecerdasan manusia (*human intelligence*). “*I mean the intelligence with which we address and solve problems of meaning and value, the intelligence with which we can place our actions and our lives in a wider, richer, meaning-giving context, the intelligence with we can assess that one course of action or one life-path is more meaningful than another. SQ is the necessary foundation for the effective functioning of both IQ and EQ. It is our ultimate intelligence.*” Lebih lanjut dikatakan, “*SQ is our compass ‘at the edge.’ Life’s most challenging existential problems exists outside the expected and the familiar, outside the given rules, beyond past experience, beyond*

what we know how to handle ...”

Cara yang paling sederhana dalam berpikir adalah yang bersifat linier, logis dan *dispassionate*. Berpikir seperti ini juga dilakukan oleh komputer. Otak manusia mampu melakukan itu oleh terjadinya “*a very distinctive sort of neural wiring*” yang disebut *neural tracts*. *Neural tracts* ini sama dengan rangkaian kabel telepon yang bergerak dalam rangkaian di mana “*one neuron or group of neurons stimulates the dendrites of the next one or group, and an electrochemical signal passes along the chain of linked neurones being employed for any thought or series of thoughts.*” Setiap neurone dalam rangkaian seri tersebut bisa dinyalakan dan dimatikan dan apabila satu bagian dari rangkaian itu rusak, maka seluruh rangkaian itu berhenti berfungsi. Inilah *serial thinking* seperti dalam IQ. Keunggulan dari *serial thinking* dan IQ adalah *accurate, precise* dan *reliable*, yang dijumpai dalam mental aritmatika. Ia menjadi landasan dari *Newtonian science* yang bersifat linier dan deterministik.

Yang kedua adalah berpikir asosiatif yang melihat asosiasi antara dua subjek (lapar-makanan, rumah-kenyamanan, ibu-kasih). Berbeda dengan *neural tracts* dalam *serial thinking*, berpikir asosiatif bersifat *neural network*, atau *parallel processors*. Seperti kumparan asosiatif dalam otak kita, mereka terdiri dari sejumlah besar elemen komputer yang saling berhubungan secara kompleks. Sebagaimana dalam otak, setiap saat suatu hubungan antara elemen itu mulai hidup, hubungan itu menjadi diperkuat, sehingga pelan-pelan komputer “belajar” perilaku baru. Ini berbeda dari *serial processors*, yang tidak pernah bisa belajar. “*Unlike serial neural tracts, which are rule-bound or program-bound and thus unable to learn, neural networks have the ability to rewire themselves in dialogue with experience.*” Ini adalah berpikir dengan hati (*heart*) dan tubuh (*body*). Kecerdasan asosiatif ini mampu menghadapi situasi yang ambigu (*ambiguous*). Ia lebih luwes tetapi kurang akurat dibanding *serial thinking*.

Komputer bisa meniru berpikir serial dan asosiatif, bahkan lebih cepat dan akurat daripada otak manusia. Tetapi banyak dari kehidupan dan kecerdasan manusia yang tidak bisa dilakukan oleh komputer sekarang, bahkan menirunya. Inilah yang oleh Zohar & Marshall disebut “kecerdasan spiritual” (*spiritual intelligence*), “*our*

meaning-giving, contextualizing and trasformative intelligence.” Beberapa karakteristik kemampuan kecerdasan intelektual adalah, “*a kind of thinking that is creative, insightful and intuitive.*” Ia juga berupa pemahaman secara holistik, kontekstual dan “*unitive thinking;*” “*an ability to grasp the overal context that links component parts.*”

Apabila kita berpendapat, bahwa ilmu hukum, termasuk cara hukum berpikir dan menganalisis, tidak bisa mengisolasi diri terhadap perkembangan yang terjadi dalam sains, maka perkembangan dalam psikologi tersebut di atas perlu kita perhatikan dengan seksama dan melihat adakah yang bisa dimanfaatkan bagi pengembangan berpikir dan menganalisis dalam ilmu hukum.

Perubahan dan perkembangan berpikir dalam psikologi terjadi, oleh karena hasil yang diperoleh dari cara berpikir yang satu tidak memuaskan sehingga digantikan dengan yang lain. Kecerdasan intelektual yang bertumpu pada *serial thinking* dan *neuro tracts* dan diukur dengan IQ memang memberi hasil yang akurat, tetapi mengabaikan keluwesan, sehingga menjadi kaku. Hasilnya selalu absolut dan final, sehingga tidak ada pembelajaran baru. Sesudah disempurnakan dengan EQ, tetapi masih ada yang tersisa dan kurang lengkap, yaitu berpikir kreatif dan holistik yang diukur dengan SQ.

Dalam ilmu hukum kita juga melihat penggunaan cara berpikir dan menganalisis lebih dari satu, tetapi belum dipetakan dengan baik. Ia masih terlihat muncul dalam bentuk aliran-aliran, tetapi perkembangan belum terpetakan secara sekuensial. Ada berpikir yang dekat dengan *serial thinking* (IQ), yaitu positivisme-dogmatik atau *analytical jurisprudence* atau *rechtsdogmatiek*. Unsur-unsur di situ adalah **peraturan dan logika**. Hasil analisis diperoleh dengan berangkat dari peraturan yang diolah dengan menggunakan logika.

Hasil dari cara berpikir yang demikian itu tidak memuaskan karena mengabaikan unsur lingkungan, seperti rakyat serta keadaan sosial dan ekonomi. Belum lagi hal yang substansial, yaitu keadilan, sebab “keadilan” dalam ilmu hukum analitis adalah “keadilan logika peraturan,” atau *formal justice*. Keadaan di sini berpadanan dengan penggunaan EQ untuk memperlunak kekerasan dan kekakuan dari *serial thinking*. Cara berpikir dalam hukum yang demikian itu dikenal sebagai berpikir **sosiologis**.

Selanjutnya kita masih mencatat ikhwal yang lain lagi, yaitu perubahan atau perkembangan yang “melompat” dalam ilmu hukum. Beberapa kali kita dihadapkan pada hasil-hasil yang tidak berasal dari cara berpikir analitis dan juga sosiologis, melainkan dari cara berpikir yang lain, yang di sini saya sebut melompat itu. Melompat di sini dalam arti “tidak bisa secara logis dikembalikan kepada peraturan ataupun putusan lama/sebelumnya”. Terjadi perubahan dan perkembangan yang mendadak, patah-patah, disequilibrium, *abrupt*.

Perubahan yang demikian itu dialami pada saat *Hoge Raad* Belanda pada 26 Januari 1912 memutuskan, bahwa sekarang perbuatan melawan hukum bukan lagi karena melawan undang-undang, tetapi juga melawan kepatutan sosial. Ini benar-benar satu lompatan yang tidak bisa secara logis dikembalikan atau didasarkan pada putusan-putusan pengadilan sebelum itu. Tidak ada logika di sini, melainkan **berpikir kreatif**, seperti terjadi pada SQ.

Ketiga cara berpikir atau menganalisis tersebut sama-sama dibutuhkan oleh ilmu hukum dan ternyata memang selama ini diam-diam sudah dilakukan, yaitu berpikir analitis (IQ), sosiologis (EQ) dan kreatif (SQ). Dengan pernyataan secara eksplisit oleh psikologi tersebut kita sekarang lebih dapat menggunakan secara sistematis dan yakin.

Dengan bercermin pada perkembangan dalam psikologi, maka ilmu hukum tidak perlu ragu-ragu untuk menggunakan ketiga cara berpikir tersebut. Di hadapan kita sekarang tergelar tiga cara atau tipe berpikir yang bisa digunakan sesuai dengan keperluan hukum.

Ilmu hukum juga dimulai dari dominasi berpikir **positivistis-analitis** yang mengingatkan kita kepada penggunaan IQ dengan *serial thinking*-nya. *Analytical jurisprudence* ini mendominasi abad ke-19, sejak hukum menjadi *positive & public* seperti hukum modern. Teks-teks hukum tampil mewakili jati-diri hukum, sehingga orang pun menjadi sangat terikat kepada teks-teks tersebut. Orang membaca teks dan menggunakan logika untuk memberi makna terhadap dokumen tertulis itu. Berpikir secara serial, linier, masinal dan deterministik, adalah karakteristik *analytical jurisprudence*.

Sebagaimana diuraikan di muka, cara-cara analitis seperti itu dirasa kurang memuaskan untuk menata masyarakat secara lebih

adil. Keadilan adalah lebih luas daripada **keadilan peraturan** atau *formal justice*. Banyak aspek-aspek keadilan yang tidak tersentuh dengan cara berpikir seperti itu.

Kemunculan cara-cara berpikir hukum yang lebih **kontekstual** mengisi kekurangan tersebut. Ini dikenal sebagai **sociological juris-prudence**. Di tahun 1912, Roscoe Pound tampil memelopori dengan konsep **social engineering** yang terkenal. Merujuk kepada EQ dalam psikologi, maka tipe berpikir hukum tersebut juga menyentuh aspek “emosi hukum,” yaitu konteks sosial hukum. Konsep *developmental model* Nonet dan Selznick juga berangkat dari sini, karena mereka berbicara tentang pengkaitan *jurisprudence* dan *social science* (Nonet & Selznick, 1978).

Akhirnya ragam berpikir dilengkapi dengan SQ, yang sangat bermanfaat pada saat ilmu hukum harus memberi cap (*label*) terhadap perkembangan hukum yang tidak “normal,” melainkan melompat, mematahkan keseimbangan lama menjadi tidak lagi seimbang (*disequilibrium*), patah-patah. Contoh mengenai fenomena ini sudah diberikan di muka.

Perkembangan dalam ilmu hukum berkorespondensi dengan perkembangan dalam **disiplin ilmu di luar hukum**. Abad ke-20 mengenal perkembangan dan pengembangan disiplin ilmu yang sangat kaya. Disiplin-disiplin baru seperti psikologi, sosiologi, politik, ekonomi, informatika, manajemen, muncul dan sampai sekarang perkembangan serta percabangan masih berlangsung terus.

Perkembangan yang demikian itu memberikan pengaruh besar terhadap studi hukum yang sampai dengan masa tertentu di abad ke-19 didominasi oleh perspektif dan metode logis-analitis. Cara berpikir yang demikian itu hanya bisa terjadi oleh karena hukum dilihat sebagai sesuatu yang otonom penuh dan oleh sebab itu terpisah dan terisolasi dari masyarakatnya. Studi hukum menjadi terbatas sebagai studi tentang **peraturan** dengan menggunakan **logika**.

Tetapi sejak perkembangan sebagaimana disebut di atas, ilmu hukum tidak dapat mempertahankan otonomi yang ia miliki lebih lama. Secara perlahan tetapi pasti berbagai disiplin ilmu mulai **masuk** ke dalam ilmu hukum, khususnya ilmu-ilmu sosial. Untuk sebagian penting hal itu disebabkan oleh kehadiran hukum sendiri

di masyarakat. Sejak hukum hadir di mana-mana dalam masyarakat, maka ilmu-ilmu sosial apapun tidak bisa mengabaikan kehadiran tersebut. Adalah hal yang lumrah apabila ilmu-ilmu tersebut tertarik untuk juga mempelajari hukum.

Pada waktu ilmu-ilmu tersebut masuk, maka mereka membawa **persepsi** mereka sendiri tentang hukum dan **metode** untuk mempelajarinya. Proses tersebut dikenal antara lain sebagai “*the sociological movement in law*” (Hunt, 1978), “*vermaatschappelijking van het recht*,” bahkan Donald Black mengatakan bahwa “*law is entering an age of sociology*” (Black, 1989).

Ekonomi memasuki hukum melalui analisis ekonomi terhadap hukum. Disiplin ekonomi hukum (*rechtseconomie*) ini coba melacak efek kaidah hukum dalam kenyataan di masyarakat dan untuk tujuan apa putusan hukum dibuat. Dengan demikian maka konstruksi-konstruksi hukum pun lalu dinilai secara kritis (Holzhauer dkk., 1989). Di tempat lain, Samuels mengatakan, “*to extend the analysis of the interrelations between legal and economic processes through an identification of certain basic legal-economic interrelationships hitherto given inadequate expression and attention. Such an identification should correct or precluded the attachment of simplistic nuances to the analysis of legal-economic process, in part by establishing the greater complexity and intricacy of both the policies and policy-making processes involved*” (Samuels, 1981).

Dari uraian singkat tentang penetrasi ilmu-ilmu di luar hukum tersebut dapat dilihat benang merah yang berlabel “**pandangan kritis**” terhadap ilmu hukum yang mempertahankan bastion ilmu hukum sebagai ilmu tentang analisis logis terhadap peraturan.

Sekarang akan dibicarakan fenomena **postmodernism** (pasca-modernisme) dalam sains dan bagaimana pengaruh, kaitan serta dampaknya terhadap ilmu hukum.

Modernitas, modernisasi, modernisme, adalah sebutan yang diberikan pada periode sejarah manusia yang berpuncak pada abad kedelapan belas dengan menghasilkan temuan, inovasi dalam bidang teknologi. Kemajuan ini segera mengubah dunia dalam hampir sekalian aspeknya. Alvin Toffler dengan baik telah merekam perubahan-perubahan tersebut dalam trilogi bukunya: *Future*

Shock (1970), *The Third Wave* (1980) dan *Powershift* (1990). Judul ketiga buku tersebut sudah berbicara sendiri mengenai perubahan-perubahan tersebut serta berbagai implikasi yang terjadi.

Modernisasi tidak datang secara mendadak, tetapi melewati proses berabad-abad yang panjang, mulai dari revolusi dalam berpikir sampai ke praksis yang menghasilkan benda-benda materiel. Modernisasi juga tidak disemaikan di bagian dunia Timur, melainkan Barat/Eropa. Dari situlah revolusi pemikiran dimulai. Dengan demikian kita bisa menarik mundur modernisasi sampai ke masa *Renaissance* atau *Enlightenment* di abad ke-14 dengan tokoh-tokoh seperti Descartes, Hobbes, Bacon.

Eksistensi *postmodern* dan *postmodernism* sendiri sampai sekarang masih diperdebatkan. Kemunculannya memang tidak setajam seperti *renaissance* dan *modernisme* yang jelas-jelas menegaskan suatu cara berpikir dan bertindak sebelum itu. Definisi yang paling "aman" adalah menggambarkannya sebagai kelanjutan atau buah hasil dari modernisasi sendiri. Dalam perjalanan atau perkembangan modernisasi makin disadari banyak pemikiran yang tidak benar dan langkah-langkah yang keliru. Kerusakan lingkungan, misalnya, juga bisa disebut hasil modernisasi. Dengan demikian pascamodernisme mengandung pikiran-pikiran yang bahkan bersifat parasitik terhadap sang induk sendiri, yaitu modernisasi.

Pascamodernisme bukan suatu aliran pemikiran yang jelas. Di dalamnya terkumpul berbagai macam pikiran, aliran, metode. Per-samaan terletak pada pengakuan terhadap hak masing-masing untuk tidak dipinggirkan.

Kendati demikian ada semacam *common platform*, yaitu menolak kecenderungan melakukan **generalisasi** yang menjadi metode penting dalam sains modern, serta menghormati **kemajemukan**. "*Post-modernism holds open the possibility of breaking free from careless generalization, of renewing interest in the manifold properties of particular cases*" (Patterson, 1994). Menurut Patterson, *postmodernism* meninggalkan (*departs from*) *modernism* dengan mengajukan pemikiran yang bersifat *nonuniversalist* ("local"), *holistic* dan *discursive*.

Peter Murphy mengatakan, bahwa pascamodernisme adalah merenungkan secara parasitik tentang kondisi modern (Murphy, 1994). Penolakan terhadap generalisasi yang menjadi salah satu ciri *post-modernism* diutarakannya dengan kata-kata, "... *there is not a justice in society. Rather there is a co-existent (sometime hostile, sometimes friendly) multiciplity of justices. There are, in other words, a number of spheres of justice. And, correspondingly to each sphere is a system of discourse.*"

Dalam pascamodernisme terjadi apa yang oleh Santos disebut sebagai "*the explotion of the unity of state action and its law*" (Santos, 1995). Pernyataan Santos tersebut menjelaskan penolakan terhadap generalisasi dan penghormatan terhadap kemajemukan di atas. Di luar itu, di samping hal-hal yang telah disebut di atas, masih banyak "*explotion*" yang lain, seperti feminisme dan *feminist jurisprudence, critical legal studies*.

Pikiran dan alam pascamodernisme melihat banyak kekurangan dalam modernisasi dan oleh karena itu ingin **keluar** (*depart*) dari situ. Apabila ilmu hukum itu dipahami sebagai wacana tentang **legal justification**, maka apabila pada suatu saat muncul **postmodernist jurisprudence**, maka ilmu hukum itu "*offers a new conception of legal justification*" (Patterson, 1994).

Bacaan

Black, Donald, *Sociological Justice*, New York: Oxford Univ. Press, 1989.

Brion, Dennis J., "*The Chaotic Indeterminacy of Tort Law: Between Formalism and Nihilism,*" dalam *Radical Philosophy of Law* (David S. Caudill & Steven Jay Gold, eds.), New Jersey: Humanity Press, 1995.

Capra, Fritjof, *The Turning Point (Science, Society and the Rising Cul-ture)*, London: Flamingo, 1983.

Dias, R.W.M., *Jurisprudence*, London: Butterworths, 1976.

- Ehrenzweig, Albert A., *Psychoanalythic Jurisprudence*, Leiden: A.W. Sijthoff, 1971.
- Evan, William M., *Social Structure and Law*, Newbury Park, Cal.: Sage Publications, 1990.
- Friedmann, Wolfgang, *Legal Theory*, London: Stevens & Sons Ltd., 1953.
- Goleman, Daniel, *Emotional Intelligence*, New York: Bantam Books, 1995.
- Hart, Hornell, 'Acceleration in Social Change' dalam *Technology and Society* (Noel deNevers, ed.), Reading, Mass.: Addison-Wesley, 1972.
- Holzhauser, R.W. et al, *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint, 1989.
- Hunt, Alan, *The Sociological Movement in Law*, London: McMillan, 1978.
- Katholieke Universiteit Nijmegen (KUN) & Nederlands Juristenblad (NJB), *Gevraagd: Jurist voor morgen (de juridische opleiding in de toekomst)*, Tjeenk Willink Zwolle, 1992.
- McFadden, Johnjoe, *Quantum Evolution (Life in the Multiverse)*, London: Flamingo, 2000.
- Murphy, Peter, "Postmodern Perspectives and Justice," dalam *Postmodernism and Law* (Dennis Patterson, ed.), Dartmouth, 1994.
- Nonet, Philippe & Selznick, Philip, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, N.Y.: Harper Colophon Books, 1978.
- Patterson, Dennis, "Postmodernism/Feminism Law," dalam *Postmodernism and Law* (Dennis Patterson, ed.), Aldershot: Dartmouth, 1994.
- Prigogine, Ilya & Isabelle Stengers, *Order Out of Chaos (Man's New Dialogue with Nature)*, London: Flamingo, 1985.
- Rahardjo, Satjipto, *Hukum dan Perubahan Sosial – Tinjauan Teoritis dan Pengalaman-pengalaman di Indonesia*, Bandung: Alumni, 1979.
- Sampford, Charles, *The Disorder of Law*, Oxford: Basil Balckwell, 1989.

- Samuels, Warren J., “*Interrelations Between Legal and Economic Processes*,” dalam *Law and Economics (An Institutional Perspective)* (Warren J. Samuels & A. Allan Schmid (eds.)). Boston: Kluwer-Nijhoff, 1981.
- Santos, Boaventura de Sousa, *Toward A New Common Sense – Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York: Routledge, 1995.
- Schuyt, C.J.M., “*De Wetenschappelijkheid van de Juridische Opleiding*,” dalam *Gevraagd Jurist voor Morgen*, Tjeenk Willink Zwolle, 1992.
- Toffler, Alvin, *Future Shock*, New York: Bantam Books, 1970.
- , *The Third Wave*, New York: Bantam Books, 1980.
- , *Powershift – Knowledge, Wealth, and Violence at the Edge of the 21st Century*, New York: Bantam Books, 1990.
- Wilson, Edward O., *Consilience (The Unity of Knowledge)*, New York: Alfred A. Knopf, 1998.
- Zohar, Danah & Ian Marshall, SQ, *Spiritual Intelligence, The Ultimate Intelligence*, London: Bloomsbury, 2000.

3

PENDEKATAN HOLISTIK TERHADAP HUKUM

Posisi kita sekarang sudah jauh melewati masa-masa berpikir dan bekerja secara positivistik. Auguste Comte (1798-1857) membagi tahapan ilmu pengetahuan ke dalam: **teologis**, **metafisik** dan **positivistik**. Sejak memasuki positivisme, maka ilmu pengetahuan memang berkembang sangat cepat. Hal ini dimungkinkan, karena ia mengibaskan cara orang mengusahakan ilmu pengetahuan di masa teologis dan metafisis yang mengandalkan asumsi-asumsi yang tidak bisa diamati dan diuji secara laboratoris. Baru sesudah orang membuang keinginan untuk mencari “sebab-sebab dan kekuatan pertama” dan melihat kenyataan di sekelilingnya, ilmu pengetahuan menjadi efektif (Spiegel-Rosing & Price 1977).

Positivisme menanamkan kaki ilmu pengetahuan di bumi dengan mengamati alam dan kehidupan di sekeliling kita. Sekalian kejadian, proses yang tidak terdapat di situ tidak boleh dijadikan objek ilmu pengetahuan. Semua harus bisa diamati secara fisik, diukur dan ditimbang. Penjelasan demi penjelasan serta teori dibuat dan diuji kehandalannya di laboratorium. Sekalian praksis tersebut tidak hanya terjadi dalam kajian tentang alam, melainkan juga kehidupan bersama manusia. Comte yang disebut-sebut sebagai bapak sosiologi, misalnya menanamkan sosiologi sebagai “fisika masyarakat.”

Dengan menggunakan dan mengandalkan rasio sebagai alat analisis, yang sudah dimulai sejak Francis Bacon (metode induksi, 1661-1626) dan Descartes (rasional 1596-1650) di abad Pencerahan atau *Aufklärung*, maka mulailah ilmu pengetahuan berusaha untuk secara agresif menguasai objeknya dengan cara membelah-belah, mengkotak-kotakkan, memisah-misah, fragmentasi, atomisasi, sistematisasi, organisasi. Dengan metodologi seperti itu dianggap, bahwa objek ilmu pengetahuan telah dikuasai dengan baik.

Memang dengan metodologi seperti itu, ilmu pengetahuan, khususnya dalam bidang ilmu tentang alam, mengalami perkem-

bangun sangat pesat. Dengan cara seperti itu orang bahkan berani menepuk dada dengan mengatakan, bahwa rahasia alam sudah dikuasai dan akhirnya bisa dimanipulasi pula.

Akselerasi berjalan makin pesat terutama memasuki abad kesembilan belas, di mana “*science & technology*” disebut dalam satu nafas. Ilmu pengetahuan mulai ditransformer ke dalam produksi (lokomotif, 1829; mobil, 1910; pesawat udara, 1921).

The state of the art dalam ilmu pengetahuan atau sains abad kesembilan belas, seperti diuraikan di atas, adalah positivistik. Positivisme menjadi aliran yang dominan. Keadaan atau atmosfer tersebut meluas ke sekalian ranah ilmu pengetahuan, termasuk sosial dan humaniora. Di atas sudah disebut, bahwa oleh Comte, sosiologi dideskripsikan sebagai “fisika masyarakat.”

Ilmu hukum juga tidak ketinggalan turut menggunakan model positivisme tersebut. Contoh yang sangat mencolok adalah Hans Kelsen dengan *Reine Rechtslehre*. Hukum itu adalah susunan logis dari peraturan-peraturan yang berlaku pada satu tempat tertentu dan ilmu hukum adalah ilmu pengetahuan tentang peraturan-peraturan itu. Esensi dari Teori Kelsen adalah (Friedman, 1953: 113):

1. *The aim of theory of law, as of any science, is to reduce chaos and multiplicity to unity.*
2. *Legal theory is science, not volition. It is knowledge of what the law is, not what the law. The law is a normative not a natural science.*
3. *Legal theory as a theory of norms is not concerned with the effectiveness of legal norms.*
4. *A theory of law is formal, a theory of the law of ordering, changing contents in a specific way.*

Kelsen mencoba untuk mengangkat ilmu hukum agar bisa sejajar dengan positivisme ilmu-ilmu tentang alam pada waktu itu. Sekalipun menggunakan *analytical positivism*, tetapi ia menolak ilmu hukum disamakan dengan ilmu-ilmu tentang alam. Kendati positivisme merupakan aliran yang dominan di abad kesembilan belas, namun dijumpai juga kehidupan teori “arus bawah” atau teori-teori alternatif, seperti Aliran Sejarah dari Puchta dan Savigny. Mereka ini menolak paham Kelsenian yang memisahkan sis-

tem hukum dari masyarakatnya. Kalimat mereka yang terkenal adalah, bahwa “hukum itu tidak dibuat, melainkan tumbuh, berkembang dan lenyap bersama-sama dengan masyarakat.”

Sederetan nama teoretikus positivisme yang terkenal di antaranya adalah John Austin dan H.L.A. Hart. Mereka menjadikan tugas ilmiahnya sebagai pemberi legitimasi terhadap hukum positif dan (seperti Hart, pertama 1961) mencoba membangun suatu teori yang mendasar, dimulai dari hakikat peraturan hukum dan bedanya dengan peraturan dalam masyarakat yang lain (*social norms*).

Apabila abad kesembilan belas disebut sebagai positivisme, maka hal itu sangat bisa dimengerti seiring dengan kehadiran hukum modern dan yang menjadi bagian pula dari penataan masyarakat secara rasional. Sejak saat itu hukum menjadi institusi yang *distinct*, baik dalam substansi, metodologi maupun administrasi (Unger, 1976). Dalam hal substansi, maka hukum mengandalkan peraturan yang ia produksi sendiri, yaitu *legislated rules*. Tidak ada peraturan lain dalam masyarakat kecuali yang diproduksi oleh institusi hukum, dalam hal ini suatu badan yang khusus dibentuk untuk membuat peraturan. Perubahan ini memicu kelahiran sejumlah besar peraturan-peraturan yang dibuat secara khusus dan sengaja (*purposeful*) oleh mesin hukum (modern), yang belum pernah dialami oleh dunia sebelumnya.

Adalah hal yang masuk di akal, bahwa dari perkembangan yang demikian itu perhatian dari ilmu hukum dipusatkan pada banjir peraturan yang terjadi. Diperkuat oleh positivisme Comte, maka jadilah ilmu hukum sebagai ilmu tentang peraturan-peraturan atau hukum positif.

Ilmu hukum modern mengawali langkahnya di tengah-tengah dominasi positivisme seperti tersebut di atas. Seperti juga dilakukan oleh Comte dalam sosiologi, maka studi hukum menjadi studi yang mengikuti cara-cara empirik dan kuantitatif. Ilmu hukum menjadi ilmu yang mempelajari peraturan-peraturan yang notabene merupakan *legislated law* atau *written law*. Maka ia bekerja dengan **mengumpulkan** peraturan-peraturan yang ada, memilah-milahnya, menggolong-golongkan, singkat kata mengorganisir bahan hukum (positif). Hasil dari metodologi kerja yang demikian itulah yang akhirnya diteruskan kepada masyarakat.

Itulah *state of the art* ilmu hukum pada tahap awal yang kemudian disusul dengan tahap awal berikutnya yang meningkatkan studi kuantitatif menjadi kualitatif. Di sini orang ingin memberi kualitas lebih baik pada studi hukum dengan melakukan **teorisasi** terhadap bahan hukum yang terkumpul itu. Dilakukan pendalaman lebih lanjut untuk menemukan asas, doktrin dan sebagainya.

Perkembangan ilmu hukum positif pada abad itu cukup pesat dengan menghasilkan berbagai asas, doktrin dan sebagainya. Ilmu hukum mulai diandalkan sebagai ilmu yang bisa memandu kebutuhan praksis saat itu. Memang profesi hukum turut berkembang pesat dan karena itu mereka membutuhkan panduan dari ilmu hukum.

Memang ada sedikit perbedaan antara perkembangan di Eropa kontinental dan Inggris. Di Eropa yang mendasarkan pada hukum legislasi atau tertulis perkembangan berjalan lebih cepat daripada *Common Law* di Inggris yang lebih bersikukuh pada hukum tradisionalnya. Hukum Romawi yang coba dibawa ke Inggris pada abad keenam ditolak karena akan mengganggu kontinuitas perjalanan hukum yang berbasis tradisi itu (*Common Law*). Penolakan tersebut menjelaskan mengapa Inggris tidak menyukai hukum yang dibuat melalui badan perundang-undangan. Positivisme Inggris berbeda daripada positivisme Eropa daratan.

Common denominator ilmu hukum pada tahap awal ini adalah bahwa segala sesuatunya **“berlangsung dalam ranah kerajaan hukum perundang-undangan”** (Bld: *binnen het kader van de wet*). Tidak ada yang boleh keluar dari lingkaran perundang-undangan tersebut. Inilah positivisme dan positivisme-analitis itu.

Studi hukum yang memasuki abad kedua puluh diawali dengan perkembangan atau perubahan yang sangat menarik, yaitu **“studi hukum mulai ditarik keluar dari batas-batas ranah perundang-undangan.”** Hal itu terjadi sudah sejak dekade pertama abad tersebut, yaitu dengan kemunculan aliran *sociological jurisprudence* yang dipelopori oleh Roscoe Pound (1911). Pound mengajukan gagasan tentang suatu studi hukum yang juga memperhatikan **efek sosial** dari bekerjanya hukum. Studi tentang hukum tidak bisa dibatasi hanya tentang studi logis terhadap peraturan-peraturan hukum dan penerapannya, melainkan juga akibat yang ditimbulkan terhadap masyarakat.

Aliran dan gerakan keluar dari ranah hukum positif selanjutnya mengalami kemajuan yang cukup mencolok. Perkembangan tersebut oleh Alan Hunt disebut sebagai “**the sociological movement in law**” (Hunt, 1978). Buku Hunt dengan judul yang sama diawali dengan kalimat, “*The twentieth century has produced a movement towards the sociologically oriented study of law. The study of law can no longer be regarded as the exclusive preserve of legal professionals, whether practitioners or academics. There has emerged a sociological movement in law which has had as its common and explicit goal the assault on legal exclusivism ...*”

Sekalian perkembangan baru dalam studi hukum di abad kedua puluh memberi isyarat, bahwa ada yang kurang benar dalam cara-cara orang mempelajari hukum selama ini, yaitu dengan membatasi diri dalam ranah hukum perundang-undangan.

Pada hemat saya perkembangan dalam studi hukum masih akan berlanjut terus dan tidak hanya berhenti sampai ke “*sociological movement in law*” itu. Sebab menurut pendapat saya, studi sosiologis terhadap hukum yang menumbangkan *analytical positivism* hanya eksemplar saja atau hanya merupakan simbol saja dari dorongan untuk melakukan “**studi saja terhadap hukum secara lebih benar.**”

Di belakang studi sosiologis terhadap hukum masih berderet yang lain, seperti antropologi, psikologi, ekonomi. Itu semua mengisyaratkan, bahwa kita mencari makna yang lebih dalam dari fenomena tersebut.



Membicarakan lebih lanjut tentang gagasan “ilmu hukum yang benar,” kita akan mulai dengan catatan, bahwa ilmu hukum positif telah gagal untuk menyajikan gambar hukum yang lebih benar. Hal itu dibuktikan dengan kemunculan dari berbagai disiplin yang mengisyaratkan, bahwa objek studi hukum itu tidaklah sesempit seperti dipahami oleh para ilmuwan hukum di abad kesembilan belas.

Dengan demikian kita bisa mengatakan, bahwa kesalahan terletak pada pemahaman objek studi yang dibatasi pada hukum

perundang-undangan. Dalam studi hukum analitis yang mengawali ilmu hukum modern, orang hanya mendapat panduan dalam hal **mengoperasikan hukum positif**. Padahal sebagai ilmu yang otentik, maka ilmu hukum dituntut untuk bisa memberikan dan menampilkan gambar yang lebih **utuh** tentang hukum.

Kegagalan seperti itu tampaknya tidak hanya dialami di bidang studi hukum, melainkan juga di banyak tempat. Misalnya, psikologi modern telah gagal untuk menyajikan gambar tentang manusia secara utuh, karena hanya menampilkan gambar tentang kepingan-kepingan jiwa manusia. Oleh sebab itu lalu muncul psikologi Abraham Maslow yang disebut *humane psychology*.

Berdasarkan pergerakan-pergerakan dalam ilmu pengetahuan selama ini kita boleh menyimpulkan, bahwa positivisme telah menunjukkan kegagalan-kegagalannya dalam memandu manusia. Sekalipun demikian secara jujur diakui, bahwa tanpa “kegagalan positivisme,” kita tidak akan menapak lebih maju dalam mengembangkan ilmu pengetahuan. Positivisme telah mengawali ilmu pengetahuan modern dan menjadi tugas kita sekarang untuk melanjutkannya.

Kita ulangi lagi persoalan kita. Mengapa positivisme disebut gagal, mengapa dibutuhkan ilmu pengetahuan yang bisa menyajikan gambar objeknya secara lebih utuh? Apa perlunya keutuhan tersebut?

Kita turun ke tingkat praksis, ilmu pengetahuan adalah untuk **memandu kehidupan manusia**. Ilmu pengetahuan tidak ada untuk dirinya sendiri. Pada waktu terjadi kerusakan lingkungan, maka kita menengok kembali kepada apa yang telah dilakukan oleh ilmu pengetahuan selama ini, sehingga kerusakan terjadi. Ilmu pengetahuan ingin memperbaiki kesalahan tersebut dengan menghadirkan ilmu pengetahuan lingkungan hidup. Inilah satu contoh, bahwa ilmu pengetahuan ditarik ke dimensi praksis.

Apabila kita mengatakan, bahwa ilmu hukum yang positivistic telah gagal, maka alasan juga terletak pada kegagalannya untuk memandu praksis dan oleh karena itu perlu diperbaiki. Cara memperbaiki kesalahan di sini adalah dengan mengaitkan dunia positif-normatif kepada dunia kehidupan nyata. Keterasingan dari dunia nyata telah menyebabkan kegagalan positivisme tersebut. Itulah

yang dilakukan oleh Nonet dan Selznick di Amerika Serikat pada tahun 70-an (Nonet & Selznick, 1978). Oleh keduanya dikatakan, bahwa hukum di Amerika waktu itu gagal menyelesaikan berbagai persoalan baru yang muncul di masyarakat oleh karena hukum hanya melihat ke dalam (baca: positivisme) dan tidak keluar. Oleh sebab itu maka penyelesaiannya adalah “**melakukan sintesis antara *jurisprudence* dan *social sciences***” (baca: antara hukum dan realitas kehidupan).

Studi-studi sosiologis terhadap hukum juga mencoba menolong kegagalan positivisme tersebut dengan cara sosiologis, seperti dilakukan oleh Karl Renner menghadapi perubahan dalam konsep hak milik di tengah-tengah industrialisasi (Renner, 1969). Pada waktu konsep hak milik mengalami perubahan dalam substansi karena munculnya golongan buruh, hukum positif tetap tidak bergeming. Maka Renner keluar dengan proposisinya, bahwa “*the development of the law gradually works out what is socially reasonable.*” Jadi studi hukum yang hanya menggunakan hukum positif sebagai basisnya gagal untuk memandu manusia keluar dari kesulitan dan perubahan yang memunculkan perkembangan baru.

Pergerakan-pergerakan dalam ilmu pengetahuan (*the changing frontier of science*) dewasa ini menunjukkan kepada kecenderungan melihat kehidupan manusia dan alam secara lebih utuh. Metodologi ilmu pengetahuan di masa lalu yang bekerja secara analitis, melakukan atomisasi dan fragmentasi telah gagal untuk menyajikan gambar kehidupan yang utuh dan dengan demikian juga gagal memandu kehidupan manusia.

Kecenderungan baru tersebut membawa kita kepada **metode holistik**, yang diharapkan bisa menyajikan gambar yang lebih utuh. Di bidang psikologi keinginan tersebut antara lain dikemas dalam konsep *humane psychology* dan juga dalam perkembangan yang memunculkan SQ (*spiritual quotient*) yang disebut-sebut sebagai “*the ultimate intelligence*,” melampaui *Intellectual Quotient* (IQ) dan *Emotional Quotient* (EQ) (Zohar dan Marshall, 2000).

Perubahan-perubahan dalam garis depan ilmu menuju keadaan holistik tercermin juga dalam buku yang ditulis oleh Edward O. Wilson (1999) “*Consilience – The Unity of Knowledge*”. Wilson mengatakan, bahwa keluasan ilmu pengetahuan membentang dimulai dari sel (biologi) dan berakhir pada ilmu-ilmu sosial. Maka

ilmu pengetahuan yang mengkotak-kotakkan dan membatasi ranah disiplinnya secara ketat menghilangkan *unity* tersebut yang disebutnya sebagai keadaan *banal* (tolol, kasar, rusak). Ilmu-ilmu sosial yang tidak mengakarkan dirinya pada biologi menjadi ilmu pengetahuan yang dangkal dan karena itu tidak bisa memberi kontribusi yang baik kepada kehidupan manusia. Berikut ini dikutipkan beberapa hal dari bukunya. *“Most of the issues that vex humanity daily – ethnic conflict, arms escalation, overpopulation, abortion, environment, endemic poverty, to cite several most persistently before us—cannot be solved without integrating knowledge from the natural sciences with that of the social sciences and humanities. Only fluency across the boundaries will provide a clear view of the world as it is really is ... A balanced perspective cannot be acquired by studying disciplines in pieces but through pursuit of the consilience among them ... The greatest challenge today in all of science, is the accurate and complete description of complex systems. Scientists have broken down many kinds of systems. They think they know most of the elements and forces. The next task is to reassemble them, ... Success in this enterprise will be measured by the power of researchers acquire to predict emergent phenomena when passing from general to more specific levels of organization. That in simplest terms is the great challenge of scientific holism ...”*

Berbagai kritik terhadap studi hukum yang membatasi objeknya dalam ranah hukum perundang-undangan dengan sekalian struktur pendukungnya telah diuraikan di atas. Pada dasarnya studi-studi yang berseberangan dengan positivisme atau positivisme analitis tersebut bersumber pada ketidakpuasan terhadap studi hukum berupa pengkutak-katikan undang-undang, atau credo *“rules and logic.”*

Orang bertanya-tanya, apakah memang hanya sampai di situ-kah masalah yang dihadapi oleh hukum, yaitu suatu kajian rasional mengenai eksistensinya? Pound datang dengan jawaban yang menolak. Mempelajari hukum juga harus memperhatikan atau melihat kepada efek-efek yang ditimbulkan oleh bekerjanya hukum tersebut dalam masyarakat. Enampuluh tahun sesudah Pound, Nonet dan Selznick juga mengajukan kritik yang sama, yaitu terhadap hukum yang hanya melihat ke dalam dirinya sendiri. Menurut

analisis mereka, sikap dan metodologi seperti itulah yang menyebabkan hukum Amerika Serikat di tahun 70-an gagal menghadapi persoalan-persoalan sosial baru yang muncul di Amerika pada tahun 60-an. Menurut mereka selama ini ilmu hukum (*jurisprudence*) menyelesaikan masalah yang dihadapinya menurut apa yang dianggap baik. Asumsi-asumsi yang dibuat adalah asumsi para *lawyer* dan *legal scholar* sendiri, padahal di luar itu ilmu-ilmu sosial berkembang pesat. Maka mereka menyarankan dilakukan sintesis antara *jurisprudence* dan *social sciences*, yang kemudian melahirkan konsep "*social science strategy*."

Apabila kita menyimak dan merenungkan pergerakan-pergerakan dalam studi hukum demikian itu, maka pantas diajukan pertanyaan, "**apakah sebetulnya yang menjadi kepedulian (*concern*) dari studi hukum itu?**" Jelas tidak untuk mengamati dan memusatkan perhatian terhadap massa perundang-undangan. Justru metodologi yang demikian itu telah menimbulkan kekecewaan yang terjadi sudah sejak dekade pertama abad kedua puluh dan terus bergulir sampai ke akhir abad tersebut.

Baik Pound, Nonet, Selznick dan juga gerakan "*Critical Legal Studies*," menurut saya sebetulnya sibuk mematahkan pagar-pagar studi hukum konvensional menuju kepada konsep **tatanan sosial** yang lebih luas (untuk selanjutnya disebut "**orde**"). Maka studi hukum tidak lagi hanya dibicarakan dalam batas-batas ranah perundang-undangan (positivisme), melainkan dalam ranah orde yang lebih luas tersebut.

Dalam ranah orde yang lebih luas tersebut hukum positif atau *lawyer's law* hanya menempati satu sudut kecil saja. Dalam orde yang lebih besar tersebut dijumpai berbagai "**sub-orde**" lain kecuali hukum positif. Studi hukum konvensional mengabaikan pengakuan terhadap kekuatan-kekuatan yang hadir dan bekerja di luar rejim hukum perundang-undangan.

Awal terjadi **ledakan besar** dalam order sosial adalah sejak kelahiran negara dan hukum modern. Ini yang ingin saya sebut sebagai momentum **the big bang**. Kelahiran negara modern pada gilirannya merupakan produk samping dari sistem produksi ekonomi yang kapitalistis. Sistem yang menuntut perencanaan rasional dan efisiensi tinggi tersebut tidak bisa dijalankan dengan basis teritorial seperti keadaan dunia pra-modern. Dibutuhkan sua-

tu penataan kembali secara rasional terhadap peta teritorial yang ada. **Negara modern** muncul sebagai jawaban terhadap kebutuhan tersebut. Kemunculan negara modern memporandakan eksistensi teritorial dan politik dari orde sosial sebelum itu. Konsep **kedaulatan negara** dimunculkan untuk memberi legitimasi politik dan teritorial tersebut. Konsep kedaulatan negara membat habis eksistensi dari kekuasaan-kekuasaan teritorial yang ada pada waktu itu yang lebih bersifat sosiologis daripada rasional. Maka di atas reruntuhan orde sosial-politik yang lama berdirilah negara-negara modern yang disusun secara rasional. Batas-batas ditentukan dengan tegas dan dalam satu wilayah teritori hanya boleh ada satu kekuasaan politik, yang lain harus minggir dan dibat habis. Perjanjian (perdamaian) Westphalia (24 Oktober 1648) yang mengakhiri perang berkepanjangan di Eropa, meniupkan peluit kehadiran negara-negara modern seperti itu di Eropa.

Seiring dengan kehadiran negara modern, sebuah orde sosial baru muncul, yaitu hukum modern. Mengikuti penyusunan negara modern secara rasional, maka hukum modern juga dibangun sebagai suatu institusi rasional. Cara-cara pembuatan hukum, administrasi hukum dilakukan secara rasional, bahkan mengubah cara berpikir dan metodologinya. Hukum modern mengubah secara mutlak suatu orde sosial yang lebih bersifat sosiologis, antropologis dan alami menjadi suatu insitusi yang artifisial dan *distinct*.

Order sosial yang lama, karena hampir tidak ada intervensi manusia, bersifat lebih **alami** dan **utuh**. Orde sosial nyaris menyatu dengan kehidupan itu sendiri. Tidak ada badan-badan publik yang khusus membuat dan mengoperasikan hukum secara rasional dan sengaja (*purposeful*). Para pemikir dari Aliran Sejarah (Puchta, Von Savigny dll.) mengingatkan kita kepada orde sosial yang masih menyatu dengan kehidupan tersebut (*das Recht wird nichtgemacht, es ist und wird mit dem Volke ...*).

Sejak hukum itu dijarah oleh banjir rasionalisme dan rasionalisasi, maka ia menjadi institusi yang terisolasi dan asing. Common Law Inggris boleh mewakili sisa-sisa dari "era alami dan utuh", seperti dikatakan oleh Twining (1986), "...In the common law system no very clear distinction exists between saying that a particular solution to a problem is in accordance with the law, and saying that it is the rational, or fair, or just solution ... legal

justificatory reasoning does not depend upon finite-closed schemes of permissible justification, nor does it employ conceptions which are insulated wholly from lay conceptions. The language of the law is not a private language. The legal and extra-legal worlds are intimately associated, not separated ..."

Seperti diuraikan di muka, sejak ilmu hukum menjadi ilmu yang positivistic normatif di abad kesembilan belas, maka ia memang mengalami kemajuan yang amat pesat dan pada waktu yang bersamaan juga makin menjadi ranah intelektual yang terasing (*secluded*) dan esoterik. Hukum tidak lagi menyatu dengan kehidupan masyarakatnya, seperti disinggung oleh Brian Simpson di atas.

Hukum tidak lagi merupakan institusi yang utuh. Ketidakutuhan tersebut sesekali dibuktikan oleh ketidakpuasan terhadap cara-cara hukum menyelesaikan persoalan. Nonet dan Selznick, sebagaimana dicontohkan di atas menyarankan agar terjadi sintesis antara *jurisprudence* dan *social sciences*.

Kita sekarang hidup, seperti ditunjukkan oleh Fritjof Capra (1983), dalam suatu masa *turning point*. Ketidakmampuan kita untuk kembali melihat kehidupan manusia dengan pandangan yang utuh, menurut Capra, menyebabkan terjadi krisis dalam dimensi-dimensi intelektual, moral dan spiritual manusia. Metodologis, orang tidak bisa lagi memusatkan perhatian pada satu objek yang dipisahkan dari lingkungannya, melainkan membiarkan objek tersebut bersatu dengan lingkungannya. Metodologi analitis Cartesian, Baconian dan Newtonian tidak membawa kita kepada pemahaman yang benar tentang sesuatu. Metodologi harus mengutuhkannya, bukan memisah-misahkan. Pendekatan dan metodologi holistik itu tidak hanya dalam fisika, tetapi dalam kedokteran, psikologi dan ilmu-ilmu sosial.

Mengikuti pendekatan holistik dalam ilmu hukum, maka menjadi tugas para ilmunya untuk **mengutuhkan kembali** hukum, **menyatukan kembali** hukum dengan lingkungan, alam dan orde kehidupan yang lebih besar. Memasukkan studi hukum ke dalam orde yang lebih besar tersebut bertujuan untuk menghilangkan pemisahan antara hukum dan kehidupan manusia. Inilah yang dinamakan mengembalikan hukum ke dalam keutuhan.

Metodologi demikian itu bisa dilakukan apabila setiap kali hukum membuat putusan (*legislasi*, *yudikasi* ataupun *enforcement*) senantiasa melihat kepada keutuhan dengan kehidupan manusia. Hukum tidak boleh mempertahankan eksistensinya sedemikian rupa sehingga menjadi suatu **anomali** dalam konteks keutuhan dengan kehidupan manusia.

Melalui kejayaan dan dominasi positivisme-analitis sejak abad kesembilan belas, sampai sekarang kita masih mewarisi ilmu hukum yang mengunggulkan cara kerja “*discriminate, measure, categorize*” (Fritjof) yang menghasilkan gambar hukum yang terkeping-keping (*fragmented*). Gambar hukum yang muncul dari metodologi studi seperti itu adalah kerangka, skeleton, bukan sosok hukum yang utuh.

Orang mempelajari Hukum Tata Negara, Hukum Pidana, Hukum Perdata dan seterusnya sebagai skeleton, tetapi bukan dalam kesatuan keutuhan dengan lingkungannya. Untuk sementara yang dapat saya pikirkan adalah menyarankan, agar presentasi bidang-bidang hukum secara skeletonik itu segera bisa disusul dengan mengembalikan “daging-daging hukum” melalui pemaparan secara sosiologis, anthropologis, ekonomis, psikologis dan seterusnya. Maka perlu disiapkan pula pengajar-pengajar Sosiologi Hukum Pidana, Antropologi Hukum Tata Negara dan seterusnya.

Paradigma holistik tersebut tentunya akan mengubah peta ber hukum yang selama ini memandu kita. Apa yang dapat diuraikan dalam risalah ini barulah merupakan gagasan awal yang tentu masih kasar. Ia membutuhkan pengkajian lebih lanjut secara terus-menerus (*elaboration*) dalam alur besar pendekatan terhadap hukum secara holistik.

Bacaan

- Capra, Fritjof, *The Turning Point (Science, Society and the Rising Culture)*, London: Flamingo, 1983.
- Friedmann, Wolfgang, *Legal Theory*, London: Stevens & Sons, 1953.
- Hunt, Alan, *The Sociological Movement in Law*, London: Macmillan, 1978.
- Nonet, Philippe & Selznick, Philip, *Law and Society in Transition-Toward Responsive Law*, New York: Harper Colophon, 1978.
- Pound, Roscoe, "Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence," dalam *Harvard Law Review*, Jilid XXIV, No. 8, June 1911 dan XXV, No. 2 Dec. 1911.
- Renner, Karl, "The Development of Capitalist Property and the Legal Institution: Complementary to the Property Norm," dalam *Sociology of Law*, Vilhelm Aubert (ed.), Baltimore: Penguin Books, 1969.
- Simpson, Brian, "The Common Law and Legal Theory," dalam *Legal Theory and Common Law* (William Twining, ed.), Oxford, UK: Basil Blackwell, 1986.
- Spiegel-Rosing, Ina & Price, Derek de Solla, *Science, Technology and Society*: London, Sage Publ., 1977.
- Unger, Roberto Mangabeira, *Law in Modern Society*, N.Y.: Free Press, 1976.
- Zohar, Danah & Mashall, Ian, *SQ, Spiritual Intelligence, The Ultimate Intelligence*, London: Bloomsbury, 2000.

4

HUKUM DAN PASCAMODERNISME

Modernisasi, modernisme, sebagai cara bersikap dan berpikir yang selama beberapa ratus tahun mendominasi kehidupan di planet bumi ini, pelan-pelan harus digantikan oleh suatu mazhab kehidupan yang baru. Orang memang belum bersepakat benar tentang “*the new epoch*” ini. Ada yang benar-benar meyakini bahwa suatu masa baru telah datang, tetapi juga tidak sedikit yang meragukan. Mereka yang meragukan ini bukannya tidak melihat ada perubahan, tetapi sekadar kelanjutan atau perkembangan dari yang lama. Masa baru tersebut dinamakan pascamodernisme (*postmodernism*).

Dengan sekalian perdebatan yang mengiringi tersebut, pascamodernisme (*postmodernism*) telah memasuki dunia sains. Pascamodernisme masuk dengan membawa persepsi dan metode sendiri tentang bagaimana objek akan digarap dan berangkat dari situ ia banyak melakukan **dekonstruksi** terhadap pikiran modernisme. Pascamodernisme dimulai dari ilmu sastra dan arsitektur dan sekarang juga sudah mulai memasuki ilmu hukum.

Berbeda dengan modernisme/modernitas yang mampu menegaskan dengan tajam identitasnya, sampai sekarang pascamodernisme boleh dikatakan belum mampu menampilkan sosok yang jelas, bahkan ada golongan yang menolak istilah tersebut. Anthony Giddens misalnya, menyebut “*the consequences of modernity*” dan “*high modernity*” yang kira-kira ia pakai untuk menggambarkan pascamodernisme tersebut (Giddens, 1990). Istilah lain yang dipakai adalah “*enlightenment modernism*” yang menolak *postmodernism* (Murphy, 1994).

* * *

Modernitas sering digambarkan sebagai (Levinson dan Balkin, 1994):

- (1) Pengakuan terhadap konflik antara akal-pikiran (*reason*) dan tradisi yang semakin meningkat, terutama sejak Masa Pence-

rahan.

- (2) Kemenangan pandangan sekular terhadap kehidupan yang semakin berdasar atas agama dan pandangan transenden.
- (3) Penggantian (*replacement*) cara-cara pengorganisasian sosial secara tradisional oleh cara tradisional oleh birokratisasi dan rasionalisasi masyarakat.
- (4) Dan akhirnya keambrokan konsep akal-pikiran menjadi instrumentalisme yang kering-kerontang.

* * *

Modernitas juga sering disamakan dengan “orde industri” (*industrial order*). “... *the emerging impulse of a complex division of labour, harnessing production to human needs through the industrial exploitation of nature*” (Giddens, 1990). Modernisasi yang disebut sebagai mengeksploitir alam juga “mengobok-obok” tatanan sosial yang ada. Giddens menyebutnya sebagai fenomena “*disembedding*,” “*the disembedding of the social system*,” yang diartikan sebagai “*the ‘lifting out’ of social relations from local contexts of interaction and their restructuring across indefinite spans of time-space*.” Proses tersebut juga disebut “*differentiation*” atau “*functional specialization*” (Giddens, 1990).

* * *

Boaventura de Sousa Santos berpendapat, bahwa kita sekarang berada di tengah-tengah suatu dinamika ketidakseimbangan antara prinsip regulasi dan emansipasi yang oleh Santos disebut sebagai “*paradigmatic transition*” (Santos, 1995). Regulasi dan emansipasi seharusnya berada dalam keseimbangan yang dinamis, tetapi selama ratusan tahun hal itu tidak tercapai. Titik berat lebih terletak pada regulasi, istilah yang oleh Santos dipakai untuk menggambarkan modernisme. Modernisme melakukan banyak aksi untuk mengubah keadaan kacau (*chaos*) menjadi tertib (*order*). Industrialisasi, rasionalisasi kehidupan dan masyarakat, sains, dapat dimasukkan ke dalam kategori aksi-aksi tersebut.

Menurut Santos, sekarang kita berada dalam masa transisi, sesudah selama dua ratus tahun berlangsung eksekusi regulasi untuk kerugian emansipasi. Arah emansipasi adalah dari ketidaktahuan menuju keadaan-tahu, yang oleh Santos disebut dari kolonialisme

menuju solidaritas. Di sini pascamodernisme ingin membalikkan keadaan yang oleh Santos disebut sebagai dinamika ketidakseimbangan untuk keuntungan emansipasi (*“to reassess the knowledge-as-emancipation and grant its primacy over knowledge-as-regulation”*).

Sains yang berjaya selama ratusan tahun sekarang menghadapi suatu krisis mendalam. Dalam model tersebut pemisahan antara alam dan manusia terjadi secara total. *“Nature is mere extension and movement, it is passive, eternal and reversible; it is a mechanism whose elements can be disassembled and then put together again in the form of laws; it possesses no quality and dignity ...”* Model yang dominan tersebut, yaitu sains rasional di masa Newton bertumpu pada ide *“order and stability”* di dunia yang bergerak seperti mesin, deterministik dalam alam pikiran positivisme. Dominasi pemikiran yang demikian itu sekarang sudah runtuh dan kita berada dalam revolusi sains yang dimulai sejak Einstein dan fisika kuantum. Dalam ilmu sosial revolusi tersebut muncul dalam anti-positivisme.

* * *

Pascamodernisme dimulai dari pikiran dan sikap kritis terhadap modernitas itu sendiri, bahwa modernitas *“is a contested theoretical concept.”* Perlawanan itu sudah dimulai sejak *Renaissance* (Levinson & Balkin, 1994). Sejak semula, modernisme memang sudah menyimpan bibit penyakit yang disebarkan oleh modernisasi sendiri. Semakin jauh modernisasi melangkah, cacat dan penyakit itu menjadi semakin tampak dan terbuka. Dengan dukungan konsep rasionalisasi kehidupan dan sains serta teknologi, modernisasi melangkah untuk memberantakkan kehidupan dan tatanan lama. Kalau tatanan lama berkualitas lebih otentik, alami dan sosiologis, maka modernisasi telah memberantakkan tatanan yang berkualitas demikian itu. Kita boleh mengatakan, bahwa melalui pascamodernisme tersebut, tatanan dan kehidupan lama melakukan pembalasan. Beberapa ungkapan mewakili fenomena tersebut, seperti *“post-industrial society,” “post-materialistische maatschappij”* (Steenbergen, 1983), *“post-capitalist society”* (Drucker, 1993).

* * *

Balkin berpendapat, bahwa pascamodernisme adalah kelanjutan dalam bentuk perkembangan (*outgrowth*) dan reaksi terhadap satu periode dalam sejarah manusia yang disebut modernitas (Balkin, 1994). Berikut ini akan kita ikuti pemaparan pascamodernisme menurut Balkin. Sebagian orang seperti Balkin berpendapat, bahwa pencitraan terhadap pascamodernisme tersebut tepat apabila dikaitkan dengan fenomena "*the rise of mass forms of communication and the commodification of intellectual products and symbolic forms ... It is the era of mass culture and mediazation ... It is a cultural moment that needs to be interpreted and understood*"

Pascamodernisme adalah satu set produk kultural yaitu *fragmentation diffusion* dan penekanan pada hal-hal yang ada di permukaan (*surface*). Pengutamaan terhadap yang ada di permukaan menyebabkan "*surface features of political discourse,*" "*swallowing of substance by surface,*" sehingga apa yang sebetulnya hanya selapis tipis permukaan dianggap sebagai substansi sebenarnya. Kehadiran dari *high-tech* turut memicu manipulasi-manipulasi, mediasi (*mediazation*) pesan dan simbol-simbol. Kita mengenal maraknya "*political polls*" yang juga sudah merambah masuk ke negeri kita.

Pascamodernisme menggugat "*totalizing theories*" atau "*master narratives*" yang mencoba untuk membuat penjelasan terhadap objeknya, apakah itu masyarakat, sejarah, sains, ke dalam suatu teori yang komprehensif dan terartikulasi. Menurut pikiran pascamodernisme, yang ada hanyalah permainan kata-kata (*language games*) yang tumpang-tindih (*overlapping*) dan di sana-sini bertentangan satu sama lain (*conflicting*). Pemahaman seperti itu menyebabkan penghormatan terhadap kehadiran "*different spheres of social life,*" masing-masing tidak lengkap dan secara terus-menerus mengalami perubahan (*alteration*) dan perkembangan (*development*). Ilmu pengetahuan tidak ingin dilihat sebagai "*a set of articulable propositions of truth,*" melainkan suatu aktivitas yang "*infused with social interaction and power.*"

* * *

Menurut Dennis Patterson, pascamodernisme berangkat dari modernisme yang bertumpu pada pendapat bahwa (1) ilmu penge-

tahuan hanya didasarkan pada landasan yang tidak diragukan (*indubitable*); (2) bahasa itu atau menyatakan ide-ide serta keadaan, atau sikap pribadi pembicara dan (3) masyarakat itu merupakan kumpulan dari “*social atoms*.” Berangkat dari landasan tersebut, pascamodernisme melihat persoalan-persoalan dari perspektif (1) non-universal atau “lokal;” (2) holistik dan (3) diskursif. Penggambaran sains dari abad ke-17 sampai abad ke-20 paling baik dilukiskan sebagai kemarakan (*rise*) eksperimentasi sebagai dasarnya. Empirisme dan positivisme merupakan basis sains. Mulai tahun 1950-an dan 1960-an potret positivis dari sains mulai mendapat gugatan. Mengutip pendapat filsuf W.V.O. Quine, proses sains itu tidak bergerak dari hal yang sederhana ke kompleks, juga bukan berdasarkan kesesuaian antara kata-kata (konsep) dan dunia, melainkan “*the degree to which it ‘hangs together’ with everything else that we take to be true*” (Patterson, 1994).

* * *

Pascamodernisme sangat menaruh perhatian terhadap perubahan yang ditimbulkan terhadap praktik kultural oleh perubahan kondisi materiel kehidupan manusia. Kehidupan telah diguncang oleh televisi, telepon, TV kabel, jaringan satelit internasional, *internet*, *e-mail*, dunia maya (*virtual reality*) dan seterusnya. Ini mengubah “*how do we do about living our daily lives*,” suatu pertanyaan inti dalam pascamodernisme. Bahasa, pikiran, telah berkelindan erat dengan kondisi materiel kehidupan. Ilmu pengetahuan tidak lagi diterima sebagai seperangkat kebenaran yang diyakini (*a set of true beliefs*), melainkan seperangkat permainan bahasa (*set of language games*). Istilah “permainan” mengandung makna aktivitas, interaksi dan pengalaman yang dihayati. Maka manusia dan ilmu pengetahuan tidak berada pada posisi yang terpisah, melainkan menyatu. “*Knowledge, then, is not something that we know but something that we do, or that is done to us.*” Tesis Cartesian tentang *cogito* diubah dari “Saya berfikir dan karena itu saya ada” (*cogito ergo sum*) menjadi “Saya berfikir seperti saya ada ini” (*I think as I am*) (Balkin, 1994).

* * *

Apabila hukum itu kita tempatkan pada posisi sebagai institusi yang selalu berkelindan dengan masyarakatnya, maka adalah su-

atu keniscayaan bahwa hukum akan menerima dan memroses se-kalian tusukan yang datang dari lingkungannya, termasuk hingar-bingar yang disebut sebagai pascamodernisme.

Pascamodernisme bergerak pada aras kultural (konsep) maupun fisik, sehingga kaitan dengan hukum pun ingin diamati lewat kedua aspek dan jalur tersebut.

Secara fisik, modernisme telah mengantarkan masyarakat sampai ke garis pelayanan lewat kemajuan teknologi yang disebut *high tech*. Industrialisasi dengan basis *high tech* sangat berbeda dari saat ia muncul di abad ke-18. Industrialisasi sekarang telah memasuki periode yang sangat lanjut dengan praktik-praktik baru, berupa pengorganisasian dan produksi secara massal, yang tidak hanya diterapkan terhadap objek kebendaan, melainkan juga terhadap produk pikiran (*mind*). Ia tidak hanya diterapkan terhadap industri mobil, melainkan juga musik, ilmu pengetahuan, informasi, akunting dan lain-lain industri pelayanan (Balkin, 1994).

* * *

Dari segi magnituda fisik yang demikian itu, kita sudah boleh mengatakan, bahwa pascamodernisme juga sudah merambah ke dalam praktik hukum dan kedokteran. Di kedua bidang tersebut pelayanan juga sudah dihitung seperti orang menghitung model produksi, di mana "*production is reinterpreted according to discrete units of production measurable in temporal, or spatial categories*" (Balkin, 1994). Kinerja kantor hukum sudah diukur dengan jumlah/satuan fisik, seperti "*seventy-hour billed week*," "*the canned brief*" (tumpukan rekam analisis hukum), "*mountains of paper to prove its value to its corporate clientele*."

Kata kunci dari pascamodernisme adalah penerapan metoda produksi industrial ke dalam ranah alam pikiran (*mind*). Di situ dapat diamati, betapa etika profesional di masa lampau telah digantikan oleh etika profesionalisme industrial (Balkin, 1994).

Di bidang peradilan, semakin terlihat tekanan menuju ke penerapan cara-cara kerja industri ke dalam sistem hukum (*quasi-industrial methods to the administration of justice*). Pengajuan argumentasi secara lisan makin didesak oleh "*a stream-lining of dockets*" dan pengaturan administratif demi mengurangi beban perkara. Waktu untuk melakukan penelitian dan refleksi semakin

menyusut oleh jumlah besar opini yang ditulis oleh para pembantu (*clerks*). Sekalian hal tersebut menunjukkan betapa model industrial telah masuk ke dunia peradilan.

Model industrial seperti tersebut di atas juga memasuki dunia akademi. Parameter *achievement* di dunia tersebut juga diukur seperti orang mengukur “*discrete units of production*.” Prestasi seseorang diukur dari berapa banyak jumlah artikel yang telah ditulis. Secara singkat pengukuran objektivitas berdasarkan kuantitas mengungguli pengukuran subjektif berdasarkan kualitas.

* * *

Industrialisasi dari bentuk-bentuk simbolik hukum terjadi pada profesi hukum yang berubah menjadi suatu perusahaan hukum (*law firm*). Lebih khusus kita akan melihat kehadiran dari “*mega-lawyering*” (Galanter, 1983), yang tidak hanya ada di Amerika, tetapi juga sudah meluas ke seluruh dunia, termasuk Jakarta. *Mega-lawyering* yang dilayani oleh puluhan tenaga (di Amerika bisa mencapai 500) tentu sama sekali tak dapat dibandingkan dengan kantor-kantor advokat tradisional. Jenis pelayanan yang diberikan oleh perusahaan hukum seperti itupun (“*a distinctive style of practice*”) jauh berbeda dari “*traditional lawyering*” sebelumnya. Mereka itu melakukan pelayanan yang lebih luas, kompleks, beraneka-ragam, dari sekadar melakukan “pembelaan klien biasa.”

Dari segi organisasi, terbentuk unit-unit sangat besar, ada spesialisasi, membutuhkan koordinasi, supervisi, *review*, ada pelatihan di dalam perusahaan hukum itu sendiri; terjadi stratifikasi internal. Dari rentangan operasi ia dapat berskala nasional sampai internasional. Identitas klien tidak individual, melainkan organisasi/organisasi besar dengan durasi yang lama dan jenis pelayanan yang luas. Gaya operasi meliputi penelitian, investigasi, strategi jangka panjang, taktik-taktik yang inovatif, eksplorasi terhadap opsi-opsi juga tak terbatas dan tentu saja ongkos yang harus dikeluarkan tinggi.

Dengan profil raksasa seperti itu, menurut Galanter, profil profesi hukum pun berubah, sehingga “*the legal profession is more concerned with the facilitation of business, with ‘getting things done’ than with alleviating human suffering or with helping people*” (Galanter, 1983).

* * *

Pascamodernisme yang menerima fragmentasi di atas generalisasi, melihat terjadi fragmentasi dalam kultur hukum. Kultur hukum pascamodern tidak bisa diartikan sebagai kultur para *lawyer* dan hakim-hakim yang mencoba menerapkan interpretasi hukum secara pascamodern, melainkan sudah mengikuti kultur pascamodern yang “*fragmented, decentered and diffused*” (Balkin, 1994). Fragmentasi dunia hukum terlihat dengan munculnya “*new class of academics,*” yang melampaui batas-batas pengotakan tradisional, seperti kontrak, dagang, *torts*, melainkan diterobos oleh kemunculan “*law and economics,*” “*feminist legal theory,*” yang tidak terkotak sesuai disiplin-disiplin tradisional, melainkan lintas-disiplin. Kemunculan *interdisciplinary scholarship* juga dikaitkan pada fenomena fragmentasi dari pascamodernisme.

Kemajuan dalam teknologi pengintaian (*surveillance*) melalui mata-mata elektronik dan komputer mengguncang konsep-konsep privasi, tentang batas-batas ranah publik dan privat. Pikiran-pikiran liberal tradisional diguncang oleh kontrol informasi yang makin meningkat oleh komputerisasi tersebut. Apakah masih ada artinya mempertahankan “*ideal liberal of the free market of ideas,*” ataukah kita sudah menyerah kepada suatu bentuk baru totalitarianisme? Di sini ranah hukum konstitusional (*constitutional law*) telah menjadi ajang tontonan penetrasi pascamodernisme ke dalam hukum.

Kendati demikian ada saja yang tidak bersetuju bahwa pascamodernisme mampu memasuki disiplin-disiplin seperti fisika, hukum dan kedokteran. Mereka yang termasuk ke dalam kelompok ini berpendapat, bahwa pascamodernisme dapat saja melontarkan komentar terhadap praksis modernisme, tetapi tidak lebih jauh daripada itu. Bagaimana mungkin misalnya, narasi besar mengenai fisika ditinggalkan karena pascamodernisme menolak generalisasi pemikiran. Bagaimana pascamodernisme akan mampu menimbulkan fragmentasi dalam praktik hukum dan kedokteran? Menurut mereka tidak ada pascamodernisme fisika dan ilmu hukum, yang ada hanyalah komentar pascamodernisme terhadap hukum.

* * *

Apapun komentar tentang pascamodernisme, ilmu hukum tidak dapat lagi mempertahankan kenyamanan masa lampau. Era posi-

tivisme dengan konseptualisasi tentang kepastian, ketertiban, kepatuhan dan sebagainya sudah harus menyaksikan munculnya guncangan dan gugatan baru. Tahun 1980-an menyaksikan kemunculan pikiran-pikiran yang berseberangan dengan yang lama, seperti buku Charles Sampford “*The Disorder of Law*” (1989). Bagi para ilmuwan hukum tradisional, sistem hukum selalu diterima sebagai sistem yang memiliki koherensi-internal-rasional yang tak diragukan. Sekalipun di sana-sini terlihat lubang-lubang dan inkonsistensi, tetapi alam pikiran mereka tidak bisa menerima cacat tersebut. Diciptakan berbagai adagia, seperti “*uitzonderingen bevestigen de regels*” (kekecualian dan kelainan itu malah memastikan mana peraturan sebenarnya).

Ketidakjujuran seperti itulah yang membuat Sampford mengatakan, bahwa sesungguhnya hukum itu penuh dengan ketidakteraturan (“... *how something so disordered may seem, or at least be hoped to be, systematic* ...”). Kendati demikian para ilmuwan tradisional tetap ingin mempertahankan koherensi dan rasionalitas hukum, yang oleh Sampford disebut sebagai suatu sikap psikologis, yaitu “keinginan untuk melihat bahwa hukum itu adalah benar-benar satu sistem.” Barang tentu dengan sikap yang demikian itu tidak ada lagi yang bisa meyakinkan ketidakbenaran kesisteman hukum itu.

Pada tahun 1980-an dan 1990-an, sejumlah tulisan yang berseberangan dengan pikiran lama bermunculan yang menunjukkan dampak dari pascamodernisme dalam ilmu hukum. Salah satu yang akan dibicarakan di sini adalah artikel Denis J. Brion, “*The Chaotic Indeterminacy of Tort Law: Between Formalism and Nihilism*” (Brion, 1995).

Brion menggunakan “*law of tort*” atau pada kita “perbuatan melawan hukum” (*onrechtmatige daad*), sebagai pintu masuk untuk membicarakan kekacauan hukum. Perspektif kekacauan tersebut datang dari teori sains yang sedang muncul untuk menggambarkan hakikat dari kenyataan di dunia fisik. Menurut Brion, teori kekacauan adalah cara yang paling kuat untuk menggambarkan dan memahami hukum secara lebih baik. Dengan melihat *tort law* sebagai suatu proses yang penuh dengan kekacauan memungkinkan kita untuk merumuskan kembali persoalan tentang tertib (*order*). “... *order, they were finding, was, paradoxically, complex*

rather than simple. A process taken far enough inevitably emerges from disorder to order ..."

Teori besar Newton mengalami keambukan, oleh karena mencampakkan data dalam alam yang tidak cocok atau dapat dimasukkan ke dalam teorinya. Data, realitas tersebut dianggap sebagai penyimpangan (*aberrational data*) dan karena itu tidak perlu dihiraukan. Jadi kelangsungan teori lebih dipentingkan daripada kenyataan yang seharusnya menjadi bahan bagi penyusunan teori.

Brion mengingatkan kejadian yang menimpa teori Newton pada para ilmuwan hukum beraliran formal (*legal formalism*) yang juga cenderung mengabaikan (*discard*) realitas dalam hukum yang penuh dengan kekacauan. Putusan-putusan pengadilan yang penuh dengan kekacauan diabaikan demi mempertahankan struktur rasional dalam suatu ranah doktrin tertentu.

Putusan-putusan yang dibandingkan oleh Brion adalah mengenai kejadian pencemaran minyak di sebuah galangan di Sydney, Australia, yang dikenal sebagai *Wagon Mound Case* tahun 1961 dan 1966, kedua-duanya mengenai kapal pengangkut minyak *Wagon Mound*. Kasus 1961 adalah sengketa antara *Morts Dock* lawan *Overseas Tankship*, sedang kasus 1966 adalah antara *Miller Steamship* lawan *Overseas Tankship*. Putusan 1961 berbeda dari 1966 sama-sama berkaitan dengan "*the doctrine of foreseeability*." Melihat putusan-putusan yang berbeda itu adalah sulit untuk mempertemukannya dan menggunakannya sebagai contoh penerapan doktrin tersebut. Kekacauan telah terjadi dan tak dapat diabaikan.

Dari kejadian kekacauan putusan-putusan tersebut Brion menarik pelajaran, bahwa kita sebaiknya lebih melihat kepada proses dan tidak hanya melihat pada diktum putusan. "*Chaos theory, by contrast, provide a method of inquiry that takes as its starting point the formalist's aberrational data, the cases left over from Newtonian attempts at structural description, and pursues them by looking into the process by which this aberrations arose ...*" Memang telah terjadi kekacauan, tetapi belum sampai menimbulkan bencana (*caprice*), demikian Brion. Dari sinilah muncul kata-kata "ketertiban muncul dari kekacauan" (*order out of chaos*).

* * *

Feminisme, *feminist jurisprudence*, sudah menjadi bagian dari wacana mengenai pascamodernisme. Keduanya dapat dikaitkan pada penolakan pascamodernisme terhadap generalisasi dan ingin melihat kehadiran hal-hal lokal dan fragmentasi. Pascamodernisme menegaskan, bahwa di masyarakat tidak dijumpai satu keadilan (*a justice*), tetapi kemajemukan keadilan (*multicliplity of justice*) dan sejumlah ranah keadilan (*spheres of justice*).

Perempuan dan sebagai perempuan muncul sebagai suatu kategori kritik terhadap sistem yang selama ini diterima. Dalam kritik tersebut, seperti dilontarkan oleh Catherine MacKinnon, dilihat, bahwa “*a woman is not yet the name of of being human – not yet the name of a moral identity, but, at most, the name of a disability,*” “*women are human beings in truth but not in social reality*” (Rorty, 1994). Terhadap kalimat tersebut kita juga dapat membuat variasi, “*women are human beings in truth but not in legal reality.*”

Ketidakadilan terhadap perempuan tidak dianggap sebagai ketidakadilan, bahkan bagi mereka yang mengalami ketidakadilan tersebut, sampai seseorang menciptakan suatu peran yang sebelum itu tidak pernah dimainkan (Rorty, 1994). Peran baru itupun datang dengan feminisme. Feminisme membuka mata terhadap sistem hukum dan keadilan yang selama ini dianggap sebagai tidak mempunyai masalah. Catherine MacKinnon menolak “*the male view of sex*” untuk diangkat menjadi hukum. Hukum yang mengatur perkosaan tidak ada hubungannya dengan perlindungan terhadap perempuan. Untuk memperoleh perlindungan tersebut hukum harus melihat perkosaan dari “*women’s point of view*” (Patterson, 1994).

Seperti telah disebut di muka, pascamodernisme menolak konsep-konsep yang abstrak serta generalisasi berlebihan. Dalam hubungan ini *feminist jurisprudence* juga menyerang konseptualisasi *universality* sebagai *abstract universality*. Ann C. Scales mengatakan, “*Abstract universality ... made maleness the norm of what is human, and did so ... all in the name of neutrality ... Abstract universality is ideology ... males have painted of themselves, women are but male subjectivity glorified, objectified, elevated to the status of reality.*” (Scales, 1993).

* * *

Akhirnya kita akan membicarakan pendapat Alan Hunt tentang hukum dan pascamodernisme dalam artikel dengan judul dramatis “*The Big Fear: Law Confronts Postmodernism*” (Hunt, 1990). Hunt berbicara tentang perkaitan erat (*engagement*) antara pascamodernisme dan hukum dan perspektif pascamodern disebutnya sebagai telah memicu pemikiran hukum progresif pada umumnya.

Hunt mulai dengan pencitraan hukum modern yang dimulai sejak masa *Aufklärung, Enlightenment*. Dalam wacana pemikiran tersebut hukum diberi suatu tempat istimewa (*privileged position*) sebagai penjaga batas antara rakyat dan negara dan antara sesama individu, yang dituangkan dalam *legal rights*. Hukum diterima sebagai satu fenomena tunggal (*unitary*), yang disebut ‘*the law.*’ Hukum adalah hukum negara yang mengekspresikan kedaulatan suatu *nation-state*. Ia dibekali dengan penataan masyarakat secara rasional, sebagai cara yang dianggap paling maju. Cara itu dilakukan melalui penggunaan prosedur netral dalam pengambilan putusan di atas benturan antara kepentingan-kepentingan. Hukum telah menjadi suatu teologi dengan kekuasaan yang bersumber dari hukum itu sendiri (*self-referential*) yang dipakai untuk mengontrol sekalian batas sedemikian rupa, sehingga memberikan jaminan akan kemampuannya untuk menolak terobosan yang dilakukan kekuasaan politik (negara) dan kekuatan ekonomi.

Pascamodernisme menggugat konsep *Enlightenment* yang demikian itu. Gugatan tersebut untuk menggantikan dan menurunkan dari takhta posisi istimewa yang telah diberikan kepada ‘*the Law.*’ Hukum tidak lagi dikehendaki menjalankan peran sentral dan dianggap sebagai tempat rasionalitas dan peradaban.

Pascamodernisme disebut Hunt sebagai suatu “*new epoch,*” yang membedakan secara signifikan antara modernisme awal abad ke-20 dengan realitas pascamodern di bagian akhir abad tersebut. Dunia lama telah lewat dan pertanyaan-pertanyaan serta persoalan-persoalan yang dilontarkan masa lalu tersebut menjadi berlebihan (*redundant*), seperti teori-teori dan metoda-metoda yang dibangun di sekitar persoalan dan pertanyaan tersebut.

Memasuki periode baru tersebut, oleh Hunt dikatakan, bahwa kita harus meninggalkan “*big questions*” yang di masa lalu secara tradisional mendorong proyek-proyek intelektual. Hunt menegaskan kembali karakteristik berpikir pasca-modernisme yang menolak

pikiran yang terlalu luas, terlalu abstrak dan kepercayaan terhadap sains yang kurang berdasar serta keyakinan berlebihan terhadap kemampuan bahasa untuk menangkap dan menyebarkan ilmu pengetahuan.

Menurut Hunt, secara umum pascamodernisme bersifat '*anti-foundational*' yang menolak kemampuan filsafat untuk bisa menyediakan epistemologi bagi wacana-wacana hukum (*legal discourse*). Paham pascamodernisme tersebut meruntuhkan klaim epistemologi itu untuk mampu menguji kesahihan hukum (*legal validity*), kaidah-kaidah penafsiran (*rules of interpretation*) dan pikiran positivistik untuk mencapai kepastian (*positivistic quest for certainty*) atau setidaknya prediktabilitas.

Dengan sikap yang demikian itu pascamodernisme menolak filsafat sebagai '*master discipline*' dan membiarkan masing-masing disiplin secara bebas menentukan hal-hal yang disepakati sebagai epistemologi. Ini mempertentangkan (*confront*) pasca-modernisme berhadapan dengan positivisme hukum, suatu aliran dominan dalam legalisme liberal. Legalisme ini menyiapkan pembenaran bagi penerapan hukum sebagai suatu bentuk pemaksaan oleh negara. Ia beranjak dari menarik garis pemisah antara penerapan kemampuan memaksa negara dalam kategori sah (*legitimate*) dan tidak sah (*illegitimate*). Dengan menyerang landasan keberlakuan hukum (*validity of law*) tersebut, pascamodernisme telah menusuk jantung proyek legalisme liberal.

Di sini CLS (*Critical Legal Study*) bisa mewakili pascamodernisme, pada waktu gerakan tersebut melakukan elaborasi tentang teorisasi hukum alternatif. Proyek ini mencoba menemukan pola dan dari situ struktur yang didasarkan pada unsur-unsur realitas sosial yang luas dan beraneka macam (*diverse*).

Sejak pascamodernisme menempatkan pada posisi melawan epistemologi positivistik, determinisme, maka akan muncul masalah relativisme. Hunt mengatakan, bahwa kritik terhadap determinisme tidak harus membawa kita ke relativisme. Di sini persoalan dipadatkan menjadi tarikan antara objektivitas dan subjektivitas (relativisme). Sebagian pemikir, Habermas dan Giddens mencoba menawarkan "*theories of the middle way*," yang mencoba mencari jalur antara subjektivisme dan objektivisme.

Pascamodernisme yang banyak mengkritik pandangan, konsep dan teori yang sudah mapan untuk ratusan tahun, yang difokuskan pada modernisme, masih menemukan ranah intelektual yang bersifat carut-marut, kendati sudah dipandu oleh semangat yang sama, yaitu penolakan terhadap generalisasi berlebihan, terhadap “*searching for foundational truths*,” melihat kemajemukan serta melihat dan memedulikan hal-hal lokal.

Sepanjang sejarah manusia, hukum harus memikul beban peradaban di pundaknya dan itu membuat para pemikir hukum terjatuh ke dalam keragu-raguan terhadap kemampuan untuk melaksanakan tugas berat tersebut. Di sinilah “*failure and hopelessness*” memenuhi atmosfir alam pascamodernisme. Hunt menyarankan agar kita tidak terjatuh ke dalam pesimisme, sekalipun kita tidak dapat lagi menempatkan hukum pada posisi yang lama, yaitu seolah-olah mampu menjadi penjamin peradaban atau menyediakan prosedur untuk mengatasi dunia konflik yang sebenarnya.

Pascamodernisme meningkatkan kemungkinan bagi mereka yang tidak memiliki kekuasaan (*powerless*) untuk terlibat dalam dialog yang esensial dan menolak “*monologue by the powerful to the powerless*.” Ini mengingatkan kita kepada pendapat yang dikemukakan oleh Santos, bahwa pada akhir abad ke-20 telah terjadi apa yang disebutnya “*the collapse of the pillar of emancipation into the pillar of regulation*.” Fenomena regulasi tersebut oleh Santos juga disebut “*hyperscientificization*.”

* * *

Dalam era modernisasi, peran dan kekuatan negara mendesak untuk makin tampil sebagai pengontrol dan regulator masyarakat. Ia mengklaim sebagai kekuasaan yang mampu menjaga batas dan mengendalikan konflik secara rasional. Kita melihat munculnya “*the Law*” sebagai sarana sengaja (*purposeful*) mengatur masyarakat tersebut, bahkan sampai ke batas “*law as a tool as social engineering*.” Pengutamaan “*regulation*” yang meminggirkan suasana dialog, yang oleh Santos disebut “*emancipation*” tersebut, sangat kental dengan monolog atau wacana satu arah dari yang berkuasa terhadap mereka yang tidak memiliki kekuasaan tersebut di atas. Dekonstruksi yang dilakukan oleh pascamodernisme terhadap modernisme mengandung inti penyerangan terhadap penata-

an masyarakat yang demikian itu.

Kita sekarang berada di tengah pusingan perubahan-perubahan besar tersebut, yang oleh Fritjof Capra disebut sebagai “*the turning point*” (Capra, 1982). “*After civilizations have reached a peak of vitality, they tend to lose their cultural steam and decline ... Whereas growing civilizations display endless variety and versatility, those in the process of disintegration show uniformity and lack of inventiveness ...*”

Ilmu hukum tidak dikecualikan dari hantaman, seperti yang juga diterima oleh ilmu fisika dan kimia (Prigogine & Stengers, 1985). Terjadi penolakan dan pembalikan yang ditujukan terhadap cara dan model berpikir lama. Persepsi, konsep, metodologi, mengalami guncangan dan gugatan. “*Our vision of nature is undergoing a radical change toward the multiple, the temporal, and the complex ... In the classical view the basic processes of nature were considered to be deterministic and reversible. Processes involving randomness or irreversibility were considered only exceptions. Today we see everywhere the role irreversible processes, fluctuations ...*” (Prigogine & Stengers, 1985).

Pembicaraan mengenai Teori Kekacauan di muka merupakan contoh tentang betapa ilmu hukum mengalami hantaman tersebut. Sejak kita berada di tengah-tengah pusingan yang demikian itu, yang oleh Santos disebut “*paradigmatic transition*,” maka para ilmuwan hukum juga perlu melihat kembali kepada cara, teori, model, yang selama diterima. Mereka sebaiknya berpikir progresif.

Bacaan

Balkin, J.M., “*What is Postmodern Constitutionalism?*” dalam *Postmodernism and Law* (Dennis Patterson, ed.), Aldershot: Dartmouth, 1994.

Brion, Dennis J., “*The Chaotic Indeterminacy of Tort Law: Between Formalism and Nihilism*,” dalam *Radical Philosophy of Law—Contemporary Challenges to Mainstream Legal Theory and Practice* (David S. Caudill & Steven Jay Gold, eds.), New Jersey: Humanity Press, 1995.

- Drucker, Peter, *Post-capitalist Society*, New York: Harper Business, 1994.
- Galanter, Marc, "Mega-Law and Mega-Lawyering in the Contemporary United States," dalam *The Sociology of the Professions* (Robert Dingwall and Philip Lewis (eds.)), London: The Macmillan Press, 1983.
- Giddens, Anthony, *The Consequences of Modernity*, Stanford, Cal, Stanford University Press, 1990.
- Hunt, Alan, "The Big Fear: Law Confronts Postmodernism," dalam *McGill Law Journal*, Vol. 35, #3, 1990, dimuat kembali dalam *Postmodernism and Law* (Dennis Patterson, ed.), Aldershot: Dartmouth, 1994.
- Levinson, Sanford & Balkin, J.M., "Law, Music, and Other Performing Arts," dalam *Postmodernism and Law* (Dennis Patterson, ed.), Aldershot: Dartmouth, 1994.
- Murphy, Peter, "Postmodern Perspectives and Justice," dalam *Postmodernism and Law* (Dennis Patterson, ed.), Aldershot: Dartmouth, 1994.
- Patterson, Dennis, "Postmodernism/Feminism Law," dalam *Postmodernism and Law* (Dennis Patterson, ed.), Aldershot: Dartmouth, 1994.
- Prigogine, Ilya & Isabella Stengers, *Order Out of Chaos*, London: Flamingo, 1985.
- Rorty, Richard, "Feminism and Pragmatism," dalam *Postmodernism and Law* (Dennis Patterson, ed.), Aldershot: Dartmouth, 1994.
- Sampford, Charles, *The Disorder of Law*, Oxford: Basil Blackwell, 1989.
- Santos, Boaventura de Sousa, *Toward A New Common Sense—Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York: Routledge, 1995.
- Scales, Ann C., "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay," dalam *Feminist Legal Theory* (D. Kelly Weisberg, ed.), Philadelphia: Temple University Press, 1993.
- Steenbergen, Bart van, *De post-materialistische maatschappij*, Amersfoort: De Horstink, 1983.

5

KEMANUSIAAN, HUKUM DAN TEKNOKRASI

Risalah ini ingin menyoroti bagaimana kemajuan dalam ilmu dan teknologi memberikan dampak yang cukup nyata terhadap hukum, termasuk bagaimana masyarakat memberi makna kepada hukum. Aspek lain yang ingin dibahas adalah bagaimana hukum itu semakin lebih menampilkan dirinya sebagai teknologi dan yang dengan demikian mengambil jarak terhadap hal-hal mendasar, seperti manusia, kemanusiaan serta keadilan.

* * *

Judul di atas ingin menegaskan sebuah konsep tentang urutan otentik bagi memahami kehadiran dan bekerjanya hukum dalam masyarakat. Dalam urutan yang demikian itu, maka kemanusiaan menjadi awal dari segalanya. Hukum tidak berawal dari hukum sendiri, melainkan dari manusia dan kemanusiaan. Kemanusiaan menjadi *primus* pada saat kita ingin memberi kedudukan pada hukum dalam masyarakat. Yang ada pertama-tama adalah kemanusiaan, baru kemudian datang hukum dengan sekalian atribut dan permasalahannya. Kemanusiaan menjadi bingkai (*framework*) pada saat kita berbicara mengenai hukum.

Pegangan filsafati-konseptual tersebut membawa konsekuensi sendiri yang panjang pada saat ia mulai dilaksanakan secara konkrit. Dalam nomenklatur dewasa ini, maka ia menjadi dasar yang menentukan karya kita di bidang legislasi, yudikasi serta penegakan. Di sekalian ranah tersebut, kita akan bekerja dengan penuh determinasi, bahwa “Hukum adalah untuk Manusia.”

Maka menjadilah manusia dan kemanusiaan sebagai wacana awal dalam hukum. Membicarakan dan mengerjakan hukum lebih dahulu diawali dengan membicarakan manusia dan kemanusiaan. Kita membicarakan dan menuntaskan pembicaraan mengenai manusia terlebih dahulu sebelum membicarakan hukum. Tidak berarti,

bahwa sesudah menuntaskan wacana kemanusiaan lalu kita berpindah ke hukum dengan menutup pintu bagi masalah (*issue*) manusia dan kemanusiaan. Kita tidak membuat batas seperti itu, oleh karena kemanusiaan itu akan terus ikut mengalir memasuki hukum. Maka menjadilah hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk mengabdikan dan melestarikan kemanusiaan. Dalam konsep dan perspektif ini, hukum bukan suatu institusi spesial yang steril dan esoterik. Ia adalah bagian saja dari kemanusiaan. Pada tempat pertama, hukum adalah institusi kemanusiaan dan baru kemudian hukum. Pemahaman hukum yang demikian itu membawa kita kepada pencitraan hukum sebagai suatu monumen antropologis.

Di sisi lain, manakala kita memilih untuk tidak menggunakan filsafat serta paradigma tersebut, maka konsekuensinya juga menjadi berbeda. Hukum menjadi wacana pokok dan kemanusiaan itu asesori belaka. Konsekuensinya, hukum dinobatkan sebagai institusi publik yang teknologis. Hukum bukan merupakan monumen antropologis, melainkan sebuah dokumen belaka, terlepas dari basis kemanusiaannya. Sebagai konsekuensi, hukum menjadi sah untuk dilihat, ditelaah dan dilaksanakan sebagai suatu dokumen secara logis-tekstual. Menjadi sah-sah saja untuk membicarakan hukum dengan mengabaikan kemanusiaan.

Disebabkan oleh perbedaan konsekuensi dari kedua paham tersebut, maka menjadi sangat penting untuk sejak dari awal diputuskan atau dipilih paradigma yang akan dipakai. Keputusan tersebut akan mewarnai kualitas Negara Hukum, apakah hukum di situ akan menjadi institusi kemanusiaan atau institusi teknologi.

Sejak ribuan tahun, sebelum kelahiran negara dan hukum modern, masyarakat menata dirinya berdasarkan kaidah yang substansial sifatnya, yaitu keadilan. Di sini keadilan menjadi simbol dari kemanusiaan. Bicara mengenai "proses hukum" dalam bahasa waktu itu adalah sama belaka dengan bicara mengenai "pencarian keadilan" (*the search for justice*). Teriakan kemanusiaan adalah teriakan tentang keadilan (*cry for justice*). Kehidupan masyarakat bergerak untuk membangun suatu kehidupan bersama yang adil. Keadilan menjadi kaidah substansial. Kita bisa mengatakan, bahwa dinamika kehidupan masyarakat bergerak dari keadilan satu ke keadilan yang lain, melalui masa-masa ketidakadilan yang satu ke

yang lain. Dinamika masyarakat dituntun oleh keinginan memiliki tatanan yang adil. Bangsa kita mengenal ungkapan yang bagus, “Raja adil raja disembah, raja lalim raja disanggah.” Otoritas tidak selalu benar. Di sini tergambar suatu dinamika, bukan keadaan *status-quo*.

Pencarian keadilan juga menjadi simbol dinamika kehidupan. Bagaimana kaitannya dengan masalah yang sedang dibicarakan? Seperti dikatakan di muka, keadilan itu sudah menjadi satu belaka dengan kemanusiaan. Keadilan dan kebenaran menjadi simbol dari kemanusiaan. Dengan demikian menempatkan kemanusiaan sebagai awal dari hukum sama artinya dengan menempatkan keadilan di puncak kehidupan hukum. Kemanusiaan dan keadilan menjadi tujuan dari segalanya dalam kita berkehidupan hukum. Maka kalimat “Hukum untuk Manusia” bermakna juga “Hukum untuk Keadilan.” Ini berarti, bahwa kemanusiaan dan keadilan ada di atas hukum.

Beribu-ribu tahun lamanya manusia dan peradaban manusia berkelindan dengan dinamika pencarian keadilan tersebut. Itulah potret otentik dari kehidupan manusia. Otentik dalam arti asli, murni, awal dari perjalanan manusia di dunia ini. Tetapi suasana yang demikian itu menjadi guncang dan terganggu oleh kedatangan gelombang dinamika baru yang mengubah secara sangat mendalam ikhwal kehidupan manusia.

Abad-abad ketujuh belas dan seterusnya menyaksikan gelombang perubahan yang dahsyat yang mampu mengubah dan menumbangkan suatu kurun waktu berjuta tahun yang relatif tidak pernah terusik. Alvin Toffler telah menjadi narator populer yang baik mengenai guncangan(-guncangan) tersebut dan berhasil merekam perubahan tersebut dengan bernas dalam trilogi bukunya, “*Future Shock*” (1970), “*The Third Wave*” (1980) dan “*Powershift*” (1990). Dalam kurun waktu hanya seratus lima puluh tahun, dunia yang sebelumnya ibarat tidur selama jutaan tahun, tiba-tiba diguncang oleh gelombang perubahan yang luar biasa, yang mengubah dunia lama secara dramatis menjadi suatu alam kehidupan yang baru dan berbeda sama sekali daripada sebelumnya. Saya menamakannya perubahan besar “Dari Kemanusiaan ke Teknologi.” Teknologi di sini disimbolkan sebagai suatu masa kehidupan baru yang meninggalkan suatu masa dengan paradigma kemanusiaan.

Abad tujuh belas dan delapan belas melahirkan masa “*Aufklärung*” atau “*Enlightenment*” di Eropa (Perancis, Inggris, Jerman dan Italia) Masa itu adalah masa pemberontakan terhadap tradisi kehidupan sebelumnya. Para penulis abad pencerahan tersebut menggunakan kritik akal pikiran bagi pemerdekaan alam pikiran dari takhayul (*prejudice*), dari penerimaan terhadap kekuasaan begitu saja (*unexamined authority*), serta penindasan oleh gereja dan negara (*Encyclopedia Americana*, 1980, Vol. 10).

Sewaktu bendungan lama jebol oleh hantaman gelombang cara berpikir, bersikap dan bertindak baru tersebut, maka banjir pun tak dapat lagi dibendung. Menggambarkan dinamika perubahan tersebut, Toffler menggunakan simbol-simbol tertentu dimulai dari “*violence*,” kemudian “*wealth*” dan akhirnya berpuncak pada “*knowledge*.”

Ilmu pengetahuan menjadi ikon baru dan khusus melalui produk-produknya telah mampu mengubah dunia kita menjadi apa yang disebut sebagai “modern.” Tetapi sebetulnya modernitas itu tidak bisa dikenali hanya melalui produk-produk ilmu dan teknologi itu, tetapi juga atau lebih daripada itu, melalui sistem nilai yang baru.

Dalam rangka pembicaraan kita, perubahan sistem nilai ini jauh lebih bermakna daripada sekadar “produk-produk baru teknologi,” sekalipun keduanya tetap berkaitan dengan erat. Dengan demikian, maka hidup dalam suasana modernitas akan menyangkut, baik basis fisik dari modernitas itu, yaitu teknologi dengan sekalian produknya, maupun suatu sistem nilai. Kehadiran komputer, misalnya, tidak sekadar kehadiran suatu produk teknologi, tetapi juga cara berpikir dan cara melihat dunia secara baru, bahkan sekarang sudah sampai kepada konsep suatu dunia yang dikenal sebagai “realitas maya” (*virtual reality*).

Dunia juga masih mengalami suatu perubahan unik serta dramatis lain, yaitu dengan kelahiran negara modern. Kelahiran negara modern ini sejalan dengan pikiran serta orde ilmu pengetahuan tersebut di atas, yaitu yang menginginkan segala sesuatu menjadi terpegang atau kasatmata (*tangible*), terkuasai (*manageable*), terukur dan teruji. Mulai dari penguasaan terhadap alam

untuk kemudian melebar ke kehidupan sosial.

Rasionalitas dalam menguasai masyarakat menjadikan kehidupan sosial sesuatu yang berstruktur dan distrukturkan. Kehidupan sosial, politik, ekonomi menjadi institusi struktural. Sesuatu yang otentik, orisinal dan alami berubah menjadi sesuatu yang dirumuskan kembali secara rasional, baik substansial maupun prosedural. Maka masyarakat alami pun berubah menjadi masyarakat yang dikonstruksikan secara sengaja (*geconstrueerde samenleving* – de Beus *et al.*, 1986).

Di bidang hukum proses strukturasi tersebut dimulai dari kehadiran hukum modern. Di sini hukum juga meninggalkan otentisitas alaminya untuk berubah menjadi institusi yang penuh dengan penataan secara rasional. Mengikuti pencitraan hukum modern oleh Unger, maka hukum menjadi independen dalam berbagai aspek. Pertama, melahirkan peraturan yang dibuat sendiri dengan sengaja; kedua, dijalankan oleh suatu orde administrasi publik; ketiga, pengadaan personil-personil khusus dan keempat, menciptakan cara berpikir sendiri (Unger, 1977). Hukum modern lahir sebagai makhluk yang berbeda sama sekali dari hukum sebelumnya yang sudah berusia berjuta-juta tahun itu. Unger, bahkan mengatakan, bahwa sebelum kehadiran hukum modern, kita sebetulnya belum memiliki “*a legal system*.” Dibanding dengan hukum modern, maka tipe-tipe hukum yang ada pada masa pra-hukum modern belum bisa benar-benar disebut sebagai “*legal system*.” Hukum modern itulah satu-satunya yang pantas disebut sistem hukum “*the legal system*.”

Hukum yang mengalami strukturasi rasional berubah sifat dari hukum yang “luwes” menjadi “keras.” Mereka yang melihat tidak ada jalan lain kecuali menerima sifat keras itu mengungkapkan dengan kata-kata “*Lex dura sed tamen scripta*,” hukum itu memang keras, tetapi apa boleh buat, begitulah memang hukum yang terstruktur secara rasional.

Berangkat dari rasionalisasi hukum, maka hukum modern harus mulai dengan mendefinisikan kembali hukum tersebut serta bagaimana struktur manajemen akan dijalankan. Nomenklatur kemudian menciptakan konvensi struktur legislasi, yudikasi dan *enforcement*, berikut pelaku-pelakunya. Hukum berubah menjadi dunia esoterik yang terlepas dari basis sosiologisnya. Maka masyarakat

pun harus belajar lagi mengenai hukum baru yang dimilikinya itu.

Rasionalisasi, formalisasi serta birokratisasi hukum memberikan pukulan yang amat mematikan terhadap hukum pramodern yang lebih berciri sosial-otentik dan alami itu. Dengan perubahan seperti itu, maka hukum menjadi medan berkelebatnya para aktor hukum dan proses hukum yang sarat dengan identifikasi dan persyaratan formal. Bukan manusia yang berkelebat, tetapi manusia-hukum, status hukum. Bukan proses kemanusiaan yang berlangsung, tetapi proses hukum. Pertanyaan tentang *legal standing* menjadi sesuatu yang amat penting yang harus dijawab lebih dahulu, sebelum suatu proses hukum bisa dijalankan. *Legal standing*, status hukum, sudah menjadi *password*, menjadi paspor belaka untuk memasuki dunia hukum. Orang tidak bisa masuk begitu saja ke dalam (proses) hukum, sebelum dapat dipastikan apakah ia memiliki sekalian bukti dan kelengkapan (*credentials*) yang diperlukan. Tidak sekalian orang akan mendapatkan haknya, bagaimana pun ia berada di pihak yang benar, sebelum bisa mengajukan bukti-bukti yang bisa diterima oleh orde hukum. Tidak sesiapaupun dapat menjadi hakim dan jaksa, tanpa memenuhi persyaratan formal dan bukti-bukti. Orang tidak pernah bisa disalahkan, kecuali ada putusan hukum yang mengatakan itu. Manusia dan proses sudah kehilangan keutuhan dan otentisitasnya.

Hegemoni suatu tipe hukum baru, yaitu tipe hukum-berbasis-negara (*state based*) telah meminggirkan sekalian institusi, pelaku serta proses di luar tipe hukum yang dominan itu. Masalah dalam hukum sudah bergeser secara substansial dari masalah kebenaran dan keadilan kepada keabsahan bentuk dan prosedur. Perkembangan tersebut menimbulkan kritik-kritik, seperti "*trials without truth*" (Pizzi, 1999), "*with justice for none*" (Spence, 1989) "*the death of justice*" (Spence, 1997). Sekalian ungkapan tersebut menyiratkan kegetiran terhadap bekerjanya suatu sistem hukum yang tidak lagi menempatkan manusia dan kemanusiaan pada titik pusatnya.

Hukum modern memang sudah menjadi modus dominan untuk menghadapi tuntutan keadilan dalam masyarakat. Konvensi internasional tidak menghendaki agar perburuan keadilan itu diserahkan kepada bukan tipe hukum modern. Hegemoni dan dominasi hukum modern tersebut dikukuhkan melalui pembelajaran di ma-

syarakat. Institusi pendidikan hukum mengarahkan pekerjaannya kepada penyediaan tenaga untuk direkrut menjadi operator hukum modern. Maka, menjadilah pembelajaran hukum sebagai pembelajaran teknologi, seperti disinggung di muka. Para sarjana hukum adalah identik dengan operator hukum modern. Asosiasi operator adalah kepada mesin dan memang begitulah hukum modern itu. Hukum modern lebih pantas untuk disamakan dengan mesin dan mereka yang menjalankan hukum sebagai *legal engineers*.

Dengan cara seperti tersebut di atas, hukum sudah lebih dijadikan komoditas daripada institusi yang terpercaya untuk menjaga kemanusiaan. Komodifikasi hukum bergandengan erat dengan semangat kapitalisme yang bersama-sama melakukan penjarahan terhadap dunia hukum. Kantor-kantor advokat bukan berpapannya "Kantor Keadilan," melainkan "*Law Firm*." Nuansa komodifikasi tampak sangat kuat. Persoalan pokok di sini adalah bagaimana hukum menjadi alat dan teknologi untuk mendapatkan keuntungan materiel. Orang menjalani inisiasi untuk menjadi ahli hukum dengan cita-cita dan harapan untuk memiliki kemewahan materiel. Orang belajar bagaimana memenangkan suatu perkara dan dengan demikian menjadi selebriti. Tidak terlalu penting untuk memikirkan dimensi kemanusiaan dari hukum.

Sudah lama sebetulnya penetrasi mesin ke dalam hukum menjadi bahan pembicaraan di kalangan para ilmuwan. Empat puluh tahun yang lalu Julius Stone telah menulis risalah berjudul "*Man and Machine in the Search for Justice*" (Stone, 1966). Kritiknya terhadap mesin yang merambah ke dalam hukum dirincinya ke dalam beberapa hal berikut.

1. *Do the activities of computers ... express a philosophy irreconcilably alien to the great traditions of law?*
2. *Is the fear justified that technology demands for its efficient use closed logical system which would hamstring the growth of a legal order?*
3. *Would the desiderata of precision of concepts and language often thought to be required for the machines tend to make lawyers despise and reject the semantic fertility of legal language?*
4. *Would the very technological ability of machines to handle*

complex and massive data, if we indulged it, tend to produce over-refinement and over-complexity of legal prescriptions?

5. *Would it become a means ... of accelerating the already rapidly growing subjection of citizens to centralized bureaucratic and technocratic power?*

Stone mengkhawatirkan, bahwa akan terjadi perbudakan dari “*higher questions*” dalam hukum oleh “*routinized formulas*” mesin. Penyelesaian hukum membutuhkan pikiran kreatif yang hanya bisa lahir dari manusia. Ia juga tetap mengingatkan pada fungsi pikiran manusia yang disebutnya “*the unmechanized human mind*,” dalam melakukan pembelajaran, penetrasi dan menghasilkan wawasan (*insight*), yang tak bisa diserahkan kepada mesin. Pemanfaatan mesin secara berlebihan hanya akan menerapkan “*the slot machine theory*” yang menghasilkan “*mechanical jurisprudence*.”

Marc Galanter menggambarkan dengan amat bagus pergeseran dalam pelayanan hukum di Amerika Serikat yang tidak lagi bersifat “*individual practice*,” tetapi sudah berubah menjadi “*hospital medicine*.” Perubahan tersebut ditandai oleh munculnya apa yang disebut “*mega-lawyering*,” yang sudah mulai kita saksikan juga di Indonesia dengan munculnya kantor-kantor bisnis hukum raksasa. Dikatakan oleh Galanter, “*..., these are the modern firms with central direction and rationalised management presided over by full-time professional office managers. Legal services are seen as a product to be sold: clients are charged by the fraction of the hour for the time of each lawyer who works on their matter. The remnants of patricial airs and professional noblesse are further dispelled. Lawyers are more businesslike ... law firms are becoming more like businesses and less like clubs ... the legal profession is more concerned with the facilitation of business, with “getting things done” than with alleviating human suffering or with helping people*” (Galanter, 1983).

Semakin jauh orang dari mesin, dari komodifikasi hukum, dari semangat kapitalisme, semakin dekat jadinya orang kepada manusia dan kemanusiaan. Yang terakhir ditunjukkan oleh kehadiran dan kelahiran lembaga-lembaga bantuan hukum (LBH). Berbeda dengan *law firm*, LBH ini mewakili komunitas hukum yang peduli, memikirkan dan menyayangi rakyat. Rakyat di sini menjadi simbol dari kemanusiaan dan penderitaan. Mereka ini menjadi tidak ter-

sentuh oleh hukum yang sudah berkembang menjadi komodifikasi.

Dalam persamaan dengan mesin, orang sudah direduksi menjadi bagian-bagian atau onderdil dari mesin itu. Buruh bukan lagi manusia penuh, melainkan bagian atau kepanjangan dari mesin belaka. Ia dinilai sebagai mesin, diperlakukan sebagai mesin, dihargai sebagai mesin dan dibayar sebagai mesin.

Dalam risalah ini, pengubahan hukum untuk tidak menjadi mesin, tidak menjadi dunia esoterik, tidak tenggelam dalam struktur rasional, adalah sesuatu yang dicita-citakan. Dengan demikian usaha keras harus dilakukan untuk mengurai dan mendekonstruksi hukum agar lebih menjadi suatu institusi yang bersifat kemanusiaan (*humane*).

Di tempat pertama diusahakan, agar apabila kita berbicara mengenai hukum, nomor satu kita tidak dihadapkan kepada “perkara hukum,” tetapi “perkara manusia dan kemanusiaan.” Dengan demikian, maka legislasi, yudikasi, penegakan hukum dan pendidikan hukum adalah pertama-tama dan terutama masalah kemanusiaan. Yang dilakukan pertama-tama dalam pendidikan hukum adalah mematangkan kemanusiaan, bukan tempat pembelajaran penguasaan teknologi hukum. Menjadikan mahasiswa menjadi matang kemanusiaannya berbeda dengan mempersiapkan mereka sebagai operator mesin hukum. Pelajaran pertama bukan tata hukum, hukum perdata, hukum pidana, hukum acara dan sebagainya, tetapi untuk menjadikan mahasiswa manusia yang mampu menyelami dunia kemanusiaan. Kurikulum yang disusun menjadi lebih berpusat pada “bagaimana menolong manusia yang susah dan menderita.”

Pembicaraan mengenai keadaan sebagaimana tersebut di atas juga menjadi kritik Gerry Spence terhadap para *lawyers* di Amerika. Kritik tersebut juga melihat kelemahan yang mencolok dari para *lawyers*, karena pendidikan telah menjadikan mereka lebih sebagai manusia-hukum daripada manusia penuh. Dengan kata-kata yang tajam Spence menulis, bahwa “... *But most lawyers don't recognize their incompetence. That's because their incompetence begins not as lawyers, but as human beings ... Good trial lawyers need to be evolved persons underneath all the lawyer stuff. Good trial lawyers must be able to speak the ordinary language of people.*” (Spence, 1997).

Kritik terhadap para *lawyers* di Amerika *mutatis mutandis* juga berlaku untuk para ahli hukum Indonesia dan hampir di seluruh dunia yang menggunakan hukum modern. Mereka itu mewarisi kultur ahli hukum yang sama, yaitu kultur mesin dan teknisi.

Dengan demikian yang ideal adalah, bahwa pintu masuk ke pendidikan hukum dibuka dengan pembelajaran dan diskusi mengenai keadilan, ketidakadilan, kebenaran, kejujuran, penderitaan manusia, mengasihi (*caring*), diskriminasi dalam masyarakat dan seterusnya. Baru kemudian menyusul wacana tentang hukum. Yang diharapkan dari rancangan seperti itu agar hukum bisa dijadikan sarana untuk mengabdikan kepada kemanusiaan. Spence mengidolakan agar sebelum menjadi *lawyer*, seseorang harus menjadi “*evolved person*” terlebih dahulu.

Kata-kata Spence berikut ini baik untuk direnungkan oleh kita semua yang bergerak di bidang pendidikan hukum. Spence berkata, “... *by the time they have entered law school, have been stripped of what makes a human being, their openness, their compassion, their ability to feel, and who, after they get out of law school, are more equipped to cause trouble than to solve problems ...*” Lebih lanjut Spence mengatakan “... *and so many people who need a lawyer but can't find a competent lawyer who will care about them and fight for their justice*” (Spence, 1983).

Kredo tentang kompetisi sekarang memiliki harga jual yang tinggi. Lembaga-lembaga pendidikan, termasuk hukum, selalu menawarkan kemampuannya untuk menghasilkan manusia atau lulusan yang siap bersaing sampai ke tingkat internasional. Tawaran seperti itu mencerminkan tipe manusia hukum yang memiliki kualitas untuk bersaing di pasar, yang tidak lain pasar komoditas yang kapitalistis.

Hampir kita tidak menemukan lembaga pendidikan yang berani menawarkan lulusan yang siap untuk menegakkan martabat manusia, menolong orang yang susah dan bersemangat menyayangi.

Akhirnya, kita barangkali bisa membuat potret tentang penyelenggaraan pendidikan dan pembelajaran ilmu di dunia, termasuk Indonesia, sebagai pergulatan terus-menerus antara tuntutan pasar dan kemanusiaan.

Daftar Pustaka

- Americana Corporation, *Encyclopedia Americana*, Vol. 10, Danbury, Connecticut: Americana Corporation, 1980
- De Beus, J.W.. & J.A.A. van Doorn, *De Geconstrueerde Samenleving*, Amsterdam: Boom Meppel, 1986
- Galanter, Marc, "Mega-Law and Mega-Lawyering in the Contemporary United States," dalam *The Sociology of Professions* (Robert Dingwall and Philip Lewis (eds.)), London: The Macmillan Press, 1983
- Pizzi, William T., *Trials Without Truth*, New York: New York University Press, 1999
- Spence, Gerry, *With Justice for None*, New York: Penguin Books, 1989
- Spence, Gerry, *The Death of Justice*, New York: St. Martins Press, 1997
- Stone, Julius, "Man and Machine in Search for Justice, or Why Appellate Judges Should Stay Human," dalam *Law and the Social Sciences, in the Second Half Century*, Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1966
- Toffler, Alvin, *Future Shock*, New York: Bantam Books, 1972
- , *The Third Wafe*, New York: Bantam Books, 1981
- , *Powershift—Knowledge, Wealth and Violence at the Edge of the 21st Century*, New York: Bantam Books, 1990
- Unger, Roberto Mangabeira, *Law in Modern Society*, New York: The Free Press, 1976

6

SENJAKALA ILMU HUKUM TRADISIONAL DAN MUNCULNYA ILMU HUKUM BARU *(The Death of Traditional Jurisprudence)*

Seperti sudah ditulis pada salah satu bahan bacaan terdahulu (“Ilmu Hukum dan Garis Depan Sains”), studi hukum atau ilmu hukum tidak bisa menutup mata terhadap perubahan dan perkembangan yang terjadi pada disiplin-disiplin ilmu di luar hukum atau ilmu pengetahuan pada umumnya (*the state of the art in science*). Peringatan ini terutama ditujukan kepada komunitas para calon doktor, oleh karena program doktor lebih menekankan pada program pembelajaran *scientific* daripada *professional*.

Program doktor lalu menjadi sarana pembelajaran dan informasi progresif tentang sekalian hal yang terjadi dalam dunia ilmu pengetahuan. Program yang demikian itu tidak boleh menjadi suatu institut yang mengawetkan ilmu, melainkan mengabarkan tentang perubahan dan perkembangan baru yang terjadi di situ. Ilmu hukum tidak bisa mengucilkan diri dari *the state of the art in science* tersebut, melainkan perlu terus menerus memonitor perkembangan yang terjadi dan memikirkan pengaruhnya terhadap studi dan ilmu hukum.

Kita sekarang memasuki suatu era sains, yang menurut Thomas Kuhn, disebut sebagai “abnormal” atau suatu “revolusi” dalam sains (Kuhn, 1963). Kualifikasi era sains yang normal adalah manakala sekalian kelengkapannya berada pada keadaan yang mapan, yaitu adanya suatu kesepakatan yang tinggi antara para penghuni suatu disiplin ilmu pengetahuan. Kesepakatan tersebut terutama menyangkut paradigma yang digunakan. Penerimaan paradigma ini menimbulkan imbas yang meluas pada seluruh lini dan komponen sains.

Selama beberapa ratus tahun belakangan ini, kita berada dalam suasana sains yang normal, terutama fisika. Era normal tersebut dimulai sejak *Renaissance* dengan penerimaan dan penggunaan paradigma Cartesian (Rene Descartes, 1596-1650) dan me-

tode Baconian (Francis Bacon, 1561-1626). Periode selama beberapa ratus tahun itu disebut sebagai Era Sains Klasik, yang memuncak pada dan diakhiri oleh era Newtonian (Isaac Newton, 1643-1727).

Sains klasik memosisikan manusia berhadapan dengan alam sebagai dua kategori yang terpisah. Manusia dan alam adalah dua entitas yang berbeda dan berhadapan. Manusia sangat terusik dan tergoda untuk memahami alam yang dihadapinya itu. Dari sinilah ilmu pengetahuan muncul sebagai institut yang khas, yang belum pernah ada sebelumnya.

Kalau toh ingin dikatakan bahwa ilmu pengetahuan itu sudah ada sebelum kehadiran model Cartesian dan Baconian, maka "ilmu pengetahuan" yang dimaksud sangat berbeda daripada yang muncul sejak abad ketujuh belas itu. "Ilmu pengetahuan lama" itu tidak menempatkan manusia berhadapan dengan alam, melainkan sebaliknya, manusia dan alam itu merupakan satu kesatuan.

Sekali lagi, sejak abad kedua puluh, sains klasik yang berjaya selama ratusan tahun itu mulai mengalami masa surutnya, yaitu sejak terjadinya suatu revolusi epistemologis, berupa penggunaan kosmologi holistik dan dari situ dibangun suatu ilmu pengetahuan yang berbeda dari sains klasik.

Ilmu pengetahuan klasik dibangun di atas keyakinan-keyakinan yang *finite*, yang penuh dengan kepastian-kepastian serta perampatan (generalisasi). Dalam posisi yang serba pasti itu, maka sekalian proses adalah *reversible* (bisa dilacak mundur) tanpa risiko apapun. Maka dalam sains Newtonian, dunia sudah menjadi seperti mesin (masinal).

Oleh Fritjof Capra (1983), seorang filosof sains, dikatakan, "*For two and half centuries physicists have used a mechanistic view of the world to develop and refine the conceptual framework known as classical physics. They have based their ideas on the mechanical theory of Isaac Newton, the philosophy of Rene Descartes, and the scientific methodology advocated by Francis Bacon, and developed them in accordance with the general conception of reality prevalent during the seventeenth, eighteenth and nineteenth centuries.*"

Lebih lanjut Capra mengatakan, *“Matter was thought to be the basis of all existence, and the material world was seen as a multitude of separate objects assembled into a huge machine. Like human-made machines, the cosmic machine was thought to consist of elementary parts. Consequently it was believed that complex phenomena could always be understood by reducing them to their basic building blocks and by looking for the mechanism through which these interacted. This attitude, known as reductionism, has become so deeply ingrained in our culture that it has often been identified with the scientific method ...”*

Perkembangan dalam fisika tersebut tidak hanya berhenti pada disiplin ilmu tersebut, melainkan meluas ke disiplin-disiplin. Inilah salah satu bukti, bahwa disiplin-disiplin ilmu pengetahuan itu saling berkomunikasi dan melihat satu sama lain. Mengenai hal tersebut Capra mengatakan, *“The other sciences accepted the mechanistic and reductionistic views of classical physics as the correct description of reality and modeled their own theories accordingly. Whenever psychologists, sociologists, or economists wanted to be scientific, they naturally turned toward the basic concepts of Newtonian physics...”*

Ilya Prigogine (penerima Nobel untuk ilmu kimia) dan Isabelle Stengers (Prigogine & Stengers, 1985) juga bersaksi tentang perubahan radikal dalam sains dengan mengatakan, *“Our vision of nature is undergoing a radical change toward the multiple, the temporal, and the complex. For a long time a mechanistic world view dominated Western science. In this view the world appeared as a vast automaton.”* Tetapi, seperti dikatakan oleh kedua ilmuwan tersebut, keadaan sekarang sudah berubah menjadi relatif. *“We now understand that we live in a pluralistic world. It is true that there are phenomena that appear to us as deterministic and reversible. ... But there are also irreversible processes that involve an arrow of time.”* Perubahan radikal yang menemukan *“the multiple, the temporal, and the complexity”* tersebut tidak menyebabkan lumpuhnya *“ilmu pengetahuan,”* melainkan menurut Prigogine dan Stengers, mendorong *“the emergence of new conceptual structures.”* Dalam bahasa Kuhnian, barangkali inilah yang disebut *“scientific revolution”* itu.

Sains klasik bekerja dengan membuat taksonomi tentang objeknya dengan cara mengiris-iris, mengkotak-kotakkan, menggolong-golongkan, yang menghasilkan reduksi dari alam yang utuh ke dalam kepingan-kepingan yang terpisah-pisah. Reduksi dan atomisasi suatu entitas yang besar dan utuh itu merupakan prestasi ilmu pengetahuan klasik, karena dengan demikian bisa mengatakan, bahwa “gambar tentang dunia sudah dituntaskan” dan “mekanisme kerja dunia sudah bisa dikuasai.”

Pemahaman dan penggambaran dunia dalam struktur konsep yang demikian itu menghilangkan potret dunia yang utuh, yang kemudian ternyata menimbulkan problem tersendiri. Ternyata dengan hilangnya keutuhan tersebut, hilang pula suatu kebenaran. Suatu entitas yang utuh, tentulah tidak berhasil didekati, apalagi dijelaskan, oleh sains atau teori yang telah mereduksi keutuhan itu menjadi kepingan-kepingan atau skema-skema yang *finite*. Agar teori seperti itu tetap bisa digunakan, maka harus dilakukan manipulasi kebenaran, yaitu dengan membuang sebagian dari realitas, sehingga hanya menyisakan realitas yang masih bisa dijelaskan oleh teori tersebut. Maka teori Newtonian harus menghilangkan dan mengabaikan sejumlah realitas dan sejumlah data harus disebut sebagai data yang menyimpang (*aberrational data*) dan karena itu tidak perlu diperhatikan.

Apabila hal tersebut sampai terjadi, maka teori itu bukan lagi ada untuk bisa menjelaskan objeknya, melainkan objek itu dimanipulasi agar teori menjadi benar. Teori dibangun sebagai suatu peta besar (*large picture*) dan selanjutnya berangkat dari realitas yang ada ditata menurut orde peta besar tersebut. Jadi bukan teori untuk realitas, melainkan realitas itulah yang harus menyesuaikan kepada teori. Ini menyebabkan terjadinya perkosaan terhadap realitas agar bisa dimasuk-masukkan ke dalam skema teori yang ada (*distort social relations in order to fit them into the larger picture*).

Karena bagaimanapun ilmu pengetahuan itu berburu kebenaran, maka akhirnya hal-hal yang diabaikan (*aberrational data*) tersebut tidak bisa lebih lama dipertahankan. Kebenaran harus dipulihkan kembali. Maka, seperti dikatakan baik oleh Capra, maupun Prigogine dan Stengers serta banyak ilmuwan lain, seperti Danah Zohar (2000), Edward O. Wilson (1998), objek ilmu pengetahuan yang telah direduksi itu perlu dikembalikan menjadi utuh, semata-

mata agar hasilnya menjadi lebih benar.

Pada waktu Alvin Toffler memberi pengantar terhadap buku Prigogine dan Stengers, futurolog itu mengatakan, bahwa Prigogine telah menggunakan sebagian besar waktu dalam hidupnya untuk mengutuhkan kembali reduksi dan atomisasi yang dilakukan oleh sains klasik (“*put the pieces back together again*”).

Demi untuk mengetahui secara mendalam, maka memang tidak ada salahnya apabila ilmu pengetahuan melakukan *dissection* terhadap objeknya. Tetapi, apabila sains berhenti sampai di situ, maka ia tidak memberi informasi yang utuh, kecuali potongan-potongan realitas itu kemudian dikembalikan menjadi satu kesatuan yang utuh (*put the pieces together*).

The state of the art dalam sains sekarang ini berada pada suatu titik, di mana dalam sains diusahakan agar objek yang telah mengalami reduksi dan atomisasi itu menjadi utuh kembali. Momentum tersebut, oleh Capra, disebut “*turning point*,” sedang Boaventura de Sousa Santos (1995) menggunakan istilah “*paradigmatic transition*.”

Perubahan paradigmatik tersebut menyeret perubahan kosmologis, yaitu bagaimana manusia memandang tempatnya dalam alam semesta. Selama beratus-ratus tahun, sains telah didasarkan pada kosmologi Cartesian, memisahkan manusia dari alam, sehingga keduanya berhadap-hadapan. Dalam suasana seperti itu, kosmologi non-Cartesian menjadi terpinggirkan. Kehadiran kosmologi non-Cartesian akan mengganggu filsafat ilmu Cartesian, termasuk ikutannya, seperti metode empirik-induktif Baconian.

Dalam suasana kosmologi non-Cartesian tersebut, manusia tidak dipisahkan dari alam, melainkan menyatu dan menjadi bagian dari alam. Kosmologi yang dulu digusur oleh Descartes dan kawan-kawan, sekarang pelan-pelan kembali ke titik pusat. Penerimaan kosmologi yang demikian itu menjungkir-balikkan cara-cara manusia berilmu selama ratusan tahun yang lalu itu. Perubahan tersebut bisa dipadatkan ke dalam kata-kata “dari atomistik menjadi holistik.”

Perubahan revolusioner dalam sains tersebut mencapai titik kulminasinya, antara lain melalui tulisan Edward O. Wilson yang menegaskan, bahwa sudah waktunya ilmu pengetahuan itu meru-

pakan satu kesatuan (Wilson, 1998). Kata-kata dan kalimat kunci yang sering muncul dalam bukunya mencerminkan secara khas kecenderungan ke arah kesatuan dan meninggalkan pengkotakan, seperti “*static pattern slid into fluid process,*” “*scale expanded, and turned continuous,*” “*a new age of synthesis,*” “*grand unification.*” Sebuah kalimat filosofis mengantar kita kepada puncak tujuan manusia berilmu-pengetahuan, yaitu “*When we have unified enough certain knowledge, we will understand who we are and why we are here.*”

Apa yang sekarang digolongkan ke dalam ilmu-ilmu alam dan sosial dan bahkan dikotak-kotakkan secara ketat, perlu ditembus dan dicairkan. “*Given that human action comprises events of physical causation, why should the social sciences and humanities be impervious to consilience with the natural sciences?*”

Sains harus bisa memberikan manfaat kepada manusia dan untuk itu pengkotakan dan pemisahaan secara ketat antara kedua ranah ilmu tersebut tidak akan mampu memenuhi fungsi sains tersebut. “*... true reform will aim at the consilience of science with the social sciences and humanities in scholarship and teaching...*”

Untuk meyakinkan, bahwa pelayanan ilmu pengetahuan terhadap manusia hanya bisa dilakukan apabila disiplin-disiplin dan golongan-golongan ilmu pengetahuan itu di-*consilience*-kan. Wilson mengatakan, “*Most of the issues that vex humanity daily – ethnic conflict, arms escalation, over population, abortion, environment, endemic poverty ... cannot be solved without integrating knowledge from the natural sciences with that of the social science and humanities.*” Wilson sekali lagi menekankan pada perlunya mencairkan batas-batas dalam ilmu pengetahuan. “*Only fluency across boundaries will provide a clear view of the world as it really is, not as seen through the lens of ideologies and religious dogmas or commanded by myopic response to immediate need ...*” Menjadi tugas para ilmuwan agar ilmu-ilmu sosial berakar pada ilmu-ilmu alam dan ilmu-ilmu alam harus dilanjutkan sedemikian rupa, sehingga memasuki ranah ilmu-ilmu sosial. Apabila masing-masing golongan ilmu tersebut hanya berhenti pada ranahnya masing-masing, maka ilmu pengetahuan hanya akan menjadi kasar, tumpul (*banal*).

Ilmu hukum berbagi kejayaan (*sharing*) dengan ilmu-ilmu alam atau sains klasik di abad kesembilan belas. Pada waktu itu ilmu hukum juga bekerja dengan mengikuti metode fisika dan lain-lain, yang bergerak pada aras *dissection* dan atomisasi, sebagaimana diuraikan di muka.

Mengikuti metode ilmu-ilmu alam waktu itu, ilmu hukum juga melakukan reduksi objeknya menjadi hukum negara atau perundang-undangan. Generasi ilmu hukum pertama yang muncul adalah yang disebut *analytical jurisprudence* atau *rechtsdogmatiek* (Bld.). Itulah cara hukum menerjemahkan metode empirik-induktif. Metode empirik di sini diterjemahkan menjadi dunia perundang-undangan dan studi hukum tidak boleh keluar dari situ (*uitsluitend van binnen het recht beschikbare kennis bronnen*).

Dalam batas-batas hukum perundang-undangan itulah sekalian aktivitas studi hukum dilakukan, seperti menemukan konsep, mencari asas-asas, melakukan penggolongan dan sistematisasi, serta melakukan abstraksi. Maka muncullah di samping atau sesudah *rechtsdogmatiek* juga "*algeemeine Rechtslehre*," "*general jurisprudence*," "*theorie general du droit*" (Gijssels & Hoecke, 1982).

Pelan-pelan, studi hukum juga kurang puas hanya berputar-putar di dalam ranah hukum positif atau perundang-undangan. Mempelajari hukum dengan cara demikian itu menjadikan hukum terisolasi dari kehidupan dan proses-proses di luarnya. Posisi hukum dalam masyarakat menjadi kurang jelas, yang pada akhirnya melahirkan studi-studi yang dikenal sebagai "hukum dan masyarakat" (*law and society*).

Sesungguhnya perubahan-perubahan dalam studi hukum yang bersifat terbatas (*insulated*) itu sudah dirasakan menjelang peralihan dari abad kesembilan belas ke abad kedua puluh. Industrialisasi, munculnya buruh, telah mengguncang kemapanan pengaturan oleh hukum (Hunt, 1978). Mulailah mengalir studi-studi hukum yang semakin melebar dan keluar dari batas-batas perundang-undangan (Friedman, 1977, Schur, 1968, Rahardjo, 1980). Studi hukum mulai memasuki era sosiologis dan tipe studi yang disebut "hukum dan masyarakat" tersebut. Apabila toh orang mempelajari sistem hukum, maka itu dilakukan dengan ancangan (*approach*) yang lebih luas, seperti buku Lawrence M. Friedman "*The Legal System – A Social Science Perspective*" (1975).

Gerakan “hukum dan masyarakat” dan “*the sociological movement in law*” (Hunt) sejak tahun 1970-an, merupakan suatu aliran pemikiran yang mencoba mengutuhkannya kembali hukum dengan masyarakatnya, sehingga studi hukum yang hanya berfokus pada hukum (*wet, Gesetz*) perlu diakhiri.

Beberapa fakultas hukum di Indonesia juga ikut dalam aliran pemikiran tersebut, yaitu “Pusat Studi Hukum dan Masyarakat” (Undip, 1973; Rahardjo, 2005) dan “Pusat untuk Studi Hukum dan Pembangunan” (Unair, 1973).

Sebuah contoh yang bagus tentang usaha menyatukan ilmu hukum dan ilmu-ilmu sosial, ditunjukkan oleh Nonet dan Selznick dalam bukunya, “*Law and Society in Transition*” (1978).

Pada tahun 50-an dan 60-an, Amerika Serikat mengalami guncangan sosial-politik yang besar, yang menimbulkan berbagai persoalan (*problem*) sosial baru, yang juga harus dihadapi dan diselesaikan oleh hukum negeri itu. Cara-cara hukum menyelesaikan persoalan tetap didasarkan pada tradisi penyelesaian oleh hukum selama itu. Penyelesaian tersebut dilakukan secara tertutup, dalam arti hanya didasarkan pada sumber-sumber yang dimiliki oleh hukum, seperti substansi hukum positif, konsep, doktrin, hukum acara, serta logika berpikir hukum.

Cara-cara penyelesaian tradisional dan klasik tersebut dianggap gagal menyelesaikan persoalan. Berbagai persoalan baru, seperti kerusuhan di kota-kota, protes massal, kerusakan lingkungan, pelanggaran hak-hak dan penyalahgunaan kekuasaan, sebenarnya telah menimbulkan persoalan yang benar-benar baru yang tidak ada padanannya di masa lalu (*gathered unprecedented urgency as social problems*). Kendati demikian, hukum tidak beranjak dari cara-cara penyelesaian hukum selama itu, dan ini membuahkannya kegagalan memberikan penyelesaian yang memuaskan. Memang hukum telah bekerja dan menyelesaikan persoalan, yang berarti memetik sukses hukum, tetapi tidak sukses sosial.

Penyelesaian hukum bertumpu pada skema-skema final (*finite*) yang telah ada, sehingga bersifat kaku (*rigid*), padahal persoalan sosial yang harus dihadapinya bersifat kompleks, cair, dinamis, fluktuatif. Untuk mengatasi kegagalan tersebut, Nonet dan Selznick menyarankan digunakannya “*social science strategy*,” khususnya

dengan mengajukan apa yang mereka namakan “*developmental model*.”

Menurut keduanya, selama itu di Amerika Serikat, hukum, pengadilan, dipisahkan secara ketat dari realitas dan proses-proses sosial. “*There had long been a sense that law-making, judging, policing, and regulation were all too easy divorced from the realities of social experience and from the ideal of justice itself,*” demikian Nonet dan Selznick.

Apa yang pada tahun-tahun 70-an berupa gerakan dan aliran pemikiran yang menghendaki agar hukum tidak dipisahkan secara ketat dari realitas sosial, akhir-akhir ini sudah berkembang menjadi suatu tipe ilmu hukum tersendiri. Ia tidak lagi sekadar “*legal studies*,” melainkan sudah menuntut untuk menjadi suatu “*jurisprudence*,” suatu ilmu hukum yang khas (*distinct*). Pada tahun 2001, Tamanaha menerbitkan tulisannya yang diberi judul “*A General Jurisprudence of Law and Society*” (Tamanaha, 2001, *reprinted* 2006).

Pikiran yang mendasari bukunya adalah bahwa menurut Tamanaha, susah sekali untuk membicarakan hukum yang dilepaskan dari masyarakatnya. Rupa-rupanya Tamanaha mengikuti prinsip, bahwa hukum itu berakar pada “*a peculiar form of social life*” dan karena itu kita tidak akan dapat menangkap hukum suatu bangsa secara utuh apabila tidak diakarkan kembali kepada masyarakatnya. Oleh editor buku tersebut dikatakan, bahwa apa yang ditulis oleh Tamanaha adalah berupa suatu penyelidikan terhadap akar-akar kemasyarakatan hukum, “*It questions the idea, one which has long had a strong hold on our thinking, that law reflects the customs and moral of society and in doing so maintains social order.*”

Tamanaha mendiskusikan tesis besar yang mengatakan, bahwa hukum adalah pencerminan masyarakatnya, yang disebutnya *Mirror Thesis*. Sekalian seluk beluk yang berhubungan dengan kaitan antara hukum dan masyarakatnya dibahas dalam buku tersebut, seperti seberapa benar tesis tersebut, seberapa jauh hukum itu benar-benar mencerminkan masyarakatnya, serta bagaimana dengan transplantasi hukum.

“*A General Jurisprudence of Law and Society*” mengonkretkan perkembangan pemikiran yang sudah muncul selama berpuluh

tahun terakhir ini yang menandai datangnya perkembangan baru dalam ilmu hukum dan sekaligus menghapus dominasi ilmu hukum klasik yang berjaya sejak abad kesembilan belas.

Ilmu hukum yang “baru” tersebut merespons dengan progresif kosmologi dan paradigma holistik yang semakin hari menjadi semakin kuat. *Mutatis mutandis*, seperti dikatakan oleh Wilson di muka, ilmu hukum akan menjadi kering, keras dan tumpul, kurang bermanfaat untuk memberi informasi dan panduan, manakala studi hukum tidak dibumikan pada sosialitas atau kehidupan sosial.

Pengembangan ke arah ilmu hukum yang berbasis hukum dan masyarakatnya memang sudah merupakan kemajuan besar, karena akan bisa lebih memberi panduan terhadap publik, baik itu legislator, pengadilan, penegak hukum, dan lain-lain. Ilmu hukum tradisional yang didominasi oleh pikiran analitis-normatif bisa menyedihkan, oleh karena dalam realitas, hukum tidak pernah bisa dipisahkan dari sosialitas.

Sekalipun sudah merupakan kemajuan yang besar, tetapi perkembangan masih perlu ditingkatkan, dengan mengingat pikiran Wilson mengenai penyatuan antara ilmu-ilmu alam, sosial dan humaniora. Sejak hukum itu untuk bagian penting berhubungan dengan perilaku manusia, maka pengayaan dan pencerahan dari disiplin ilmu-ilmu biologi terhadap ilmu hukum merupakan suatu kebutuhan yang tak dapat ditinggalkan. Efek-efek pengaturan hukum akan berdampak pada alam (*nature*) dan karena itu hukum tidak bisa memutuskan sendiri apa yang akan dilakukan, tanpa bantuan, pengayaan dan pencerahan oleh ilmu-ilmu alam.

Dalam suasana perubahan, transisi, *turning point* dewasa ini, sungguh ilmu hukum perlu merenungkan dan memikirkan kembali banyak hal, semata-mata agar ilmu hukum lebih mampu memberi informasi dan panduan terhadap kehidupan manusia.

Daftar Pustaka

- Capra, Fritjof, *The Turning Point – Science, Society and The Rising Culture*, London: Flamingo, 1982.
- Friedmann, Lawrence M., *The Legal System – A social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation, 1975.
- , *Law and Society*, Englewood Cliffs, New Jerseys: Prentice Hall, 1977.
- Gijssels, Jan & Hoecke, Mark van, *Wat is Rechtsteorie?* Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen, 1982.
- Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: The University of Chicago Press, 1963.
- Nonet, Philippe & Selznick, Philip, *Law and Society in Transition-Toward Responsive Law*, New York: Harper Colophon, 1978.
- Prigogine, Ilya & Isabella Stengers, *Order Out of Chaos – Man’s New Dialogue with Natur*, London: Flamingo, 1985.
- Rahardjo, Satjipto, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung: Angkasa, 1980.
- , *Social Science in Jurisprudence (Some Experiences of the Synthesis of Social Science and Jurisprudence at Diponegoro University)*, 2005.
- Santos, Boaventura de Sousa, *Toward A New Common Sense – Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York: Routledge, 1995.
- Schur, Edwin M., *Law and Society, A Sociological View*, New York: Random House, 1968.
- Tamanaha, Brian Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Wilson, Edward O., *Consilience – The Unity of Knowledge*, New York: Alfred A. Knopf, 1998.
- Zohar, Danah & Ian Marshall, SQ, *Spiritual Intelligence, The Ultimate Intelligence*, London: Bloomsburry Publishing, 2000.

7

ILMU MENGATUR MASYARAKAT

(Pengetahuan tentang bagaimana mengatur masyarakat belum menjadi bagian penting dalam kurikulum pendidikan hukum di negeri ini. Perhatian masih lebih dicurahkan kepada teknik pembuatan undang-undang (legal drafting). Untuk memberikan bekal kompetensi yang lebih lengkap, kiranya diperlukan juga ilmu untuk mengatur masyarakat).

Pendahuluan

Ilmu hukum dan pembelajaran hukum masih lebih bersifat *inward* daripada *outward looking*. Dalam pembuatan hukum, logika internal masih lebih diperhatikan, kalau tidak merupakan satu-satunya cara. Warisan berpikir positif analitis ini masih mendominasi pendidikan hukum sampai sekarang, kendati di awal abad kedua puluh, Roscoe Pound sudah mulai mengampanyekan apa yang kemudian dikenal sebagai *sociological jurisprudence* (Pound, 1911).

Tidak banyak gunanya, begitu kira-kira Pound, apabila hanya struktur logis hukum saja yang dipikirkan dan mengabaikan efek hukum terhadap masyarakat. Ini sungguh merupakan *wake-up call* di tengah kultur berhukum yang positivistic, analitis dan legalistik. Tetapi panggilan itu tidak mendapatkan respons atau jalan masuk yang sungguh-sungguh ke dalam struktur kurikulum pembelajaran hukum.

Determinasi untuk membuat hukum yang benar-benar berguna bagi masyarakatnya memang membutuhkan perluasan dan pencerahan oleh ilmu-ilmu kemasyarakatan, seperti filsafat, sosiologi, antropologi, psikologi sosial dan ekonomi. Mungkin untuk sebagian penstudi hukum, hal tersebut dianggap sudah keluar dari ranah ilmu hukum, sehingga bisa diabaikan saja.

Dalam suasana *state of the arts in science* abad kesembilan belas, monopoli pikiran hukum dalam menentukan bagaimana hukum mengatur, masih bisa dimengerti. Pada waktu itu ilmu-ilmu so-

sial dan perilaku (*behavior*) masih berada pada usia anak-anak atau bahkan belum muncul sama sekali. Tetapi memasuki abad kedua puluh ilmu-ilmu tersebut berkembang cepat dengan melahirkan banyak disiplin ilmu baru, seperti psikologi, antropologi, sosiologi, ekonomi dan informatika. Maka ilmu hukum tidak boleh mengabaikan atau tidak mencermati perkembangan tersebut serta memikirkan bagaimana perkembangan tersebut bisa bermanfaat untuk ilmu hukum (Lih. “Ilmu Hukum dan Garis depan Sains”).

Kalau dalam risalah ini digagas tentang “ilmu mengatur masyarakat,” maka tujuannya tidak lain adalah menjadikan (ilmu) hukum itu benar-benar perkasa dan berkemampuan tinggi untuk menciptakan masyarakat atau kehidupan bersama yang berkualitas.

Hukum sebagai Permainan Bahasa (*Game of Language*)

Sudah menjadi warisan (*legacy*) hukum di Indonesia, bahwa ia termasuk ke dalam kelompok *civil law* atau tradisi Eropa Daratan. Tradisi ini dimulai dari puncak untuk kemudian diteruskan dan diwujudkan ke bawah. Di puncak itu bertengger para elit, baik politik maupun akademisi. Hukum dimulai dari atas melalui *enacted* atau *legislated law*. Kelompok atau kekuatan inilah yang menentukan apa yang merupakan hukum. Maka hukum dengan mudah menemukan jalannya ke dalam dunia akademi. Ranah akademi inilah yang kemudian menegaskan lebih lanjut dan mengembangkan apa yang sudah dituangkan menjadi *legislated law* itu. Dalam tradisi tersebut, hukum, universitas dan para profesornya adalah satu kesatuan yang menggerakkan hukum.

Tradisi tersebut di atas barang tentu sangat berbeda manakala diproyeksikan kepada latar belakang tradisi berhukum yang berbeda, yaitu *common law*. Perbandingan di sini adalah ibarat bumi dan langit, karena tradisi *common law* dimulai dari bawah, dari masyarakat, dari realitas kehidupan sehari-hari.

Di sini tidak ada yang sengaja dibuat (*enacted*), tetapi segalanya adalah “menjadi,” berawal dari proses-proses dalam kehidupan sehari-hari, dari interaksi sesama anggota masyarakat. Kalau ada yang membuat, maka hukum dalam *common law* dibuat sendiri oleh masyarakat. Dalam hubungan ini Brian Simpson melukiskan tentang tradisi *common law* itu sebagai berikut, “*law continues to be conceived of as a set of rules, but their status as law*

does not necessarily depend upon having been laid down" (Simpson, 1986).

Sejak sistem *common law* itu dibangun dari realitas kehidupan sehari-hari, maka hampir tidak terjadi pemisahan antara dunia hukum dan dunia masyarakat sehari-hari. Dikatakan lebih lanjut oleh Simpson, "*In the common law system no very clear distinction exists between saying that a particular solution to a problem is in accordance with the law, and saying that it is the rational, or fair, or just solution... legal justificatory reasoning does not depend upon a finite-closed scheme of permissible justification, nor does it employ conceptions which are insulated wholly from lay conceptions. The language of the law is not a private language. The Legal and the extra-legal worlds are intimately associated, not separated in the way which some legal writing would suggest*" (Simpson, *op cit.*).

Dari perbandingan di atas, sudah sepantasnyalah apabila kita memberikan perhatian yang seksama terhadap fenomena *legislated/enacted law* ini, yaitu sebagai hukum yang dibuat dengan sengaja dan diwujudkan melalui kata-kata, kalimat atau bahasa.

Pada hakikatnya pembuatan undang-undang adalah suatu "*proces van vormgeving van wensen*" (proses memberi bentuk terhadap sejumlah keinginan, d'Anjou, 1986: 23) dan pemberian bentuk itu tidak lain melalui bahasa yang dituliskan. Tetapi menurut d'Anjou, perumusan ke dalam bahasa tulis tersebut adalah tahap akhir dari usatu proses pembuatan undang-undang yang panjang. Proses tersebut disebutnya sebagai proses transformasi.

Tahap pertama adalah memberi bentuk terhadap berbagai kepentingan yang bersimpang-siur dan mengubahnya menjadi harapan dan keinginan. Tahap kedua diusahakan agar keinginan-keinginan perorangan menjadi keinginan suatu golongan atau kategori sosial. Tahap ketiga menjadikan keinginan perorangan yang sudah menjadi umum itu menjadi urusan pemerintah. Ini adalah tahap menjadikan keinginan umum itu sebagai suatu problem. Tahap keempat adalah pengakuan oleh golongan-golongan politik, bahwa problem tersebut adalah suatu urusan yang membutuhkan campur tangan pemerintah. Tahap kelima adalah menempatkan problem tersebut ke dalam agenda pembuatan undang-undang. Baru pada tahap keenam benar-benar terjadi proses pembuatan

undang-undang dalam bentuk peraturan (*regels, rules*) dan bagaimana wujud peraturan tersebut.

Pertanyaan mendasar yang ingin diajukan di sini adalah, “mampukah bahasa mewadahi pikiran yang ingin kita sampaikan?” Menurut pendapat saya, tidak. Apalagi pikiran yang ingin diwadahi oleh dan melalui bahasa Indonesia. Usia bahasa ini masih sangat muda dan masih harus terus berkembang untuk menjadi dewasa. Sebagai bahasa untuk komunikasi sehari-hari mungkin sudah memadai, tetapi belum untuk bahasa ilmu pengetahuan dan undang-undang. Saya bukan ahli bahasa, tetapi, menurut perasaan saya, bahasa Jawa lebih lengkap daripada bahasa Indonesia, termasuk memiliki aksara sendiri. Hal itu disebabkan, antara lain, karena usianya yang jauh lebih tua.

Pada hemat saya, setiap kali suatu pikiran ingin dituangkan ke dalam kalimat, maka ia selalu menghadapi risiko kegagalan. Artinya, pikiran tersebut menjadi kurang utuh lagi begitu dirumuskan ke dalam bahasa. Selalu ada nuansa, makna, yang tercecer atau tidak terwadahi dalam bahasa tulis. Oleh karena itu, secara akademis, tidak benar apabila ada undang-undang yang sudah jelas.

Kalau bahasa menjadi kendaraan untuk menyampaikan pikiran ke dalam undang-undang, maka sesungguhnya, hukum Indonesia pascakolonial harus dibaca lewat teks yang asli, yaitu bahasa Belanda. Dengan demikian, teks-teks terjemahan dari bahasa Belanda itu tidak sah, baik secara linguistik maupun hukum. Secara hukum, yang bisa mensahkan “undang-undang terjemahan” itu hanyalah badan pembuat undang-undang. Jadi selama ini hukum di Indonesia itu dijalankan berdasarkan konvensi atau tradisi saja. Sebagai akibatnya, andaikata ada dua orang menerjemahkan teks Belanda ke dalam bahasa Indonesia, maka kemungkinan besar akan ada dua naskah terjemahan yang berbeda dan kedua-duanya adalah “sah.”

Dalam bukunya yang baru dan menarik tentang Mahkamah Agung Indonesia, Sebastian Pompe, menunjuk kepada kemampuan berbahasa Belanda di kalangan para hakim yang hampir nol, sebagai salah satu sebab menurunnya kualitas putusan pengadilan di Indonesia (Pompe, 1996; Pompe, 2005). Sebagai suatu negeri bekas jajahan Belanda, maka banyak teks-teks hukum yang berbahasa Belanda, yang sialnya masih dirujuk oleh para hakim

dengan pengetahuan bahasa Belanda yang sangat rendah (lih. juga: Rahardjo, 2001).

Melihat ke Dalam: Ilmu Pembuatan Undang-Undang

Dalam ilmu hukum dikenal ilmu pembuatan undang-undang (*Gesetzgebungslehre*). Ilmu itu memberitahu tentang prinsip-prinsip apa saja yang perlu diperhatikan dalam pembuatan undang-undang. Dengan demikian pembuatan undang-undang tidak dibiarkan dilakukan secara bebas menurut keinginan para pembuatnya, melainkan ingin diikat oleh berbagai prinsip tertentu, seperti prinsip-prinsip ekonomi, kecerdasan (*Verstaendlichkeit*), ketepatan perumusan dan penataan yang sistematis (Noll, 1973).

Kritik-kritik terhadap cara penyusunan (*drafting*) undang-undang ternyata memiliki sejarahnya yang panjang yang menjorok sampai ke abad keenam belas dan tujuh belas (Zander, 1989). Francis Bacon, yang waktu itu menjabat Jaksa Agung, menyarankan, "*the reducing of concurrent statutes, heaped one upon another, to one clear and uniform law.*" Kritik ini termasuk ke dalam keharusan mengikuti sekalian prinsip tersebut di atas.

Lebih lanjut Zander merinci kritik-kritik (terhadap perundang-undangan di Inggris) tersebut ke dalam hal-hal berikut.

- (1) Language. "... that the language used was obscure and complex, its meaning elusive and its effect uncertain ... Sentences are long and involved, the grammar is obscure, and archaisms, legally meaningless words and phrases, tortuous.
- (2) Language, the preference of the double negative over the single positive, abound ..."
- (3) Over-elaboration. "... that the desire for 'certainty' in the application of legislation leads to over-elaboration ..."
- (4) Structure. "The internal structure of, and sequence of clauses within, individual statutes was considered to be often illogical and unhelpful to the reader ..."
- (5) Arrangement and amendment. "The chronological arrangement of the statutes and the lack of clear connection between various Acts bearing on related subjects were said to cause confusion and made it difficult to

ascertain the current state of the law on any given matter. The confusion was increased by the practice of amending an existing Act, not by altering its text (and reprinting it as a new Act) but by passing a new Act which the reader had to apply to the existing Act and work out the meaning for himself ...”

Kutipan di atas adalah contoh-contoh tentang kisi-kisi dalam pembuatan undang-undang. Ia melihat ke dalam, dalam arti membangun suatu struktur yang pantas untuk disebut sebagai undang-undang yang baik.

Sejak hukum dituangkan ke dalam perundang-undang, maka muncul bahasa atau ragam bahasa undang-undang (Rahardjo, 1996: 87-89). Hal ini lebih menyulitkan dan menjauhkan hukum dari realitas kehidupan sehari-hari, padahal realitas itulah yang menjadi muatan baku dari undang-undang. Lebih daripada itu hukum itu tidak hanya berlaku untuk kalangan hukum, melainkan untuk seluruh lapisan masyarakat, maka tentunya bahasa hukum tidak boleh menjadi “bahasa yang sulit dimengerti” oleh masyarakat.

Namun kenyataan adalah tidak seperti itu. Untuk menggambarkan keterasingan bahasa tersebut, di Indonesia sering dikatakan, bahwa bahasa hukum adalah bahasa Cina. Fenomena keterasingan tersebut terjadi di manapun di dunia. Di Belanda, J.M. Kan, misalnya, mengatakan “Sesudah membaca beberapa undang-undang, saya mempunyai perasaan, bahwa saya telah terkena racun kejiwaan. Saya berpendapat, bahwa pada beberapa rumusan perundang-undangan orang bertindak sangat sempit, terutama pada waktu membuat perincian peraturannya, sehingga hanya mereka yang mempunyai spesialisasi di bidang itu saja yang mengetahuinya.” (Rahardjo, 1996: 88). Bahasa hukum atau undang-undang memang sudah menjadi milik “*the lawyer’s law*,” yang ciri-cirinya oleh Gustav Radbruch disebut sebagai berikut: (1) Bebas dari emosi; (2) tanpa perasaan dan (3) datar seperti rumusan matematik (Rahardjo, 1996: 87).

Melihat Keluar: Membuat Undang-Undang yang Efektif

Kalau uraian di atas membahas tentang struktur internal dari hukum/undang-undang, maka pembicaraan berikut ini merupakan

sisi yang lain pembuatan undang-undang, yaitu memikirkan kegunaannya dalam masyarakat.

Roscoe Pound boleh diajukan sebagai seorang pemikir yang mewakili suasana jamannya, yaitu awal abad kedua puluh (Pound, 1912). Pound mengeluhkan pemikiran hukum yang berkembang pada waktu itu, yang didominasi oleh pembuatan hukum secara teliti dan cermat (*sedulously*), yang dalam istilah kita di atas, lebih melihat ke dalam. Pembuatan hukum seperti itu dilukiskan oleh Pound sebagai “... *Almost the whole energy of our judicial system is employed in working out consistent, logical, minutely precise body of precedents ...*”

Oleh karena energi dihabiskan untuk melihat ke dalam “*body of precedents*” itu, maka faktor masyarakat terabaikan. Yang dimaksud dengan faktor masyarakat di sini adalah tidak lain masalah efektivitas (Pound, “*the actual social effects of legal institutions and legal doctrines*”). Oleh Pound pada waktu itu dikeluhkan, bahwa “*This has been neglected almost entirely in the past.*”

Pound menyarankan, agar dilakukan studi sosiologis pada saat mempersiapkan pembuatan undang-undang. Pada waktu itu orang hanya sampai kepada studi perbandingan (*to study other legislation analytically*) dan menganggap metode itu sudah cukup ilmiah. Tetapi Pound menolak metode seperti itu dan mengatakan, “... *But it is not enough to compare the laws themselves. It is more important to study their social operation and the effects which they produce, if any, then put in action ...*”

Jeremy Bentham juga menekankan pentingnya para legislator melihat keluar, ke masyarakat, pada waktu membuat undang-undang. Pada waktu Bentham menulis bukunya “*Theory of Legislation*” (1931; risalah ini menggunakan terbitan tahun 1975), ia mengajukan ukuran “*utility*” sebagai basis dari pembuatan undang-undang. Kalimat pertama buku tersebut berbunyi, “*The PUBLIC GOOD ought to be the object of the legislator; GENERAL UTILITY ought to be the foundation of his reasonings. To know the true good of the community is what constitutes the science of legislation; the art consists in finding the means to realize that good.*”

D’Anjou, yang bukunya sudah dibicarakan di muka, dengan jelas menuliskan tentang kaitan erat antara pembuatan undang-

undang dan habitat sosialnya. Orang tidak membuat undang-undang dengan cara duduk dalam satu ruangan dan kemudian memikirkan undang-undang apa yang akan dibuat. Menurut d'Anjou ia merupakan proses panjang yang dimulai jauh dari dalam realitas kehidupan masyarakat. Terjadi suatu *long march* sejak dari kebutuhan dan keinginan perorangan, kemudian menjadi keinginan golongan, selanjutnya ditangkap oleh kekuatan-kekuatan politik, diteruskan sebagai suatu problem yang harus ditangani oleh pemerintah dan baru pada akhirnya masuk menjadi agenda pembuatan peraturan.

Mengatur Masyarakat: Manusia dan Masyarakat

Pembuatan hukum sebagai pekerjaan menyusun undang-undang membawa kita kepada keasyikan untuk memusatkan perhatian kepada peraturan (*rules, Gesetz*). Dengan demikian, yang lebih dipentingkan adalah membuat suatu bangunan perundang-undangan dengan struktur rasional. Alat-alat yang digunakan adalah asas, logika dan sistem. Jagat di sini adalah jagat perundang-undangan. Tidak diperlukan untuk menengok kepada dan mencari penyerdasan dari disiplin-disiplin ilmu lain.

Apabila pembuatan hukum/undang-undang kita pahami sebagai suatu pekerjaan mengatur masyarakat, maka manusia dan masyarakat kita tempatkan pada urutan pertama. Pertanyaan dasar di sini adalah bagaimana menciptakan suatu kehidupan yang sejahtera, aman dan bahagia. Bagaimana menyusun undang-undang dan pasal-pasalnyanya dengan baik datang pada urutan berikutnya. Paradigma yang demikian itu akan menentukan apa yang sebenarnya atau perlu dikerjakan, apabila pembuatan hukum itu dipahami sebagai mengatur masyarakat.

Dalam konteks yang demikian itu, menjadi tidak terlalu penting untuk harus membuat undang-undang bagi memecahkan atau menghadapi suatu masalah. Bukan di situ letak prioritas pengaturan masyarakat.

Pertama-tama dipastikan, apakah problem yang muncul harus ditangani oleh dan melalui hukum? Kemampuan untuk bisa mengajukan pertanyaan tersebut tentulah didasari oleh konsep tentang hukum yang dimiliki. Dalam Program Doktor kita, berkali-kali dibi-

carakan, bahwa hukum itu menempati satu sudut saja dari jagat ketertiban yang luas (Rahardjo, 2006). Masih banyak cara-cara untuk mengatur di luar hukum.

Pemahaman yang luas itu memberi keuntungan untuk menimbang-nimbang mana cara yang akan dilakukan. Hukum memiliki kelebihan, tetapi juga kekurangan-kekurangannya sendiri. Bahkan apabila tidak didahului oleh studi yang cermat, alih-alih membawa kebaikan, hukum malah bisa menimbulkan “malapetaka,” seperti UU No. 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa. Dengan penelitian yang cermat tidak dijamin, bahwa suatu undang-undang akan berhasil. Studi pendahuluan yang cermat itu hanya akan mengurangi risiko timbulnya efek negatif. Mengingat Indonesia yang begitu luas dan majemuk, baik dalam geografi fisik maupun sosial, maka kehati-hatian dalam pembuatan undang-undang lebih diperlukan. Disertasi, seperti ditulis oleh Bernard L. Tanya tentang masyarakat Sumba menghadapi hukum negara (“Beban Budaya Lokal Menghadapi Hukum Negara,” 2000), pantas untuk dibaca dalam kaitan dengan masalah yang kita bicarakan ini.

Dengan penalaran dan pemahaman tersebut di atas kita akan sampai pada pendapat, bahwa tidak selalu persoalan harus dipecahkan melalui pembuatan hukum. Dalam berbagai keadaan, ketertiban bisa dicapai lebih baik melalui cara bukan-hukum, seperti “*Order without Law*” yang ditulis oleh Robert C. Ellickson (Ellickson, 1991).

Pada awal tahun 2006, kontroversi tentang rencana untuk membuat UU APP (anti pornografi/pornoaksi) hampir setiap hari diberitakan dalam media massa. Masalah pengundangan APP merupakan contoh yang amat bagus tentang apa yang perlu diatur dan yang tidak oleh hukum.

Agar pembuatan hukum sebagai pengaturan masyarakat bisa diharapkan memberi hasil yang baik, maka sasaran tembaknya perlu dipastikan dengan seksama. Yang dimaksud di sini adalah agar sekalian titik-titik sasaran jelas terlebih dahulu. Mengatur lalu lintas di jalan umum adalah contoh tentang pembuatan hukum yang bisa dipertanggungjawabkan, oleh karena hal-hal yang akan dan harus diatur cukup jelas, seperti pengguna jalan, macam-macam kendaraan, pejalan kaki, panjang dan lebar jalan, kecepatan dan alat-alat perlengkapan (*traffic lights, bus shelter, trotoar*). Se-

kalian faktor tersebut bisa dilihat dan diukur secara fisik, sehingga sangat memudahkan pengaturan.

Keadaan tersebut sangat berbeda pada saat kita dihadapkan kepada keinginan untuk mengatur APP. APP termasuk ke dalam kategori moralitas, sehingga di sini kita memasuki apa yang disebut "*the legislation of morality*." Dunia moralitas adalah sensitif, subjektif dan majemuk, apalagi untuk negara dan bangsa seperti Indonesia. Amat tidak mudah untuk menemukan suatu *platform*, di mana semua orang bisa berdiri di atas landasan yang relatif sama dan dari situ mulai merancang RUU APP. Pertanyaan sederhana tetapi mendasar akan muncul, seperti "moral yang mana," "moral siapa"? Keadaan ini jauh berbeda dibanding dengan masalah lalu lintas di jalan umum. Kewajiban berjalan di sebelah kiri, mendahului dari kanan, memberi tanda apabila akan membelok, menggunakan lampu di waktu malam, diterima hampir tanpa menimbulkan persoalan.

Tiga puluh tahun yang lalu saya sudah meminta untuk berhati-hati apabila ingin mengundang suatu moralitas. Pada waktu itu ada keinginan untuk membuat "UU tentang Hidup Sederhana." Persoalan-persoalan tersebut di atas juga sudah saya angkat di media massa ("Memindahkan Moralitas ke dalam Hukum," Kompas, 1 Juli 1976). Tidak mudah untuk mendeskripsikan moralitas hidup sederhana sehingga kita bisa berdiri di *platform* yang sama. Hidup sederhana untuk ukuran siapa, untuk golongan mana?

Pada waktu Patrick Devlin menerbitkan buku berjudul "*The Enforcement of Morals*" (1965), ia antara lain menulis, "*Morals and religion are inextricably joined-the moral standards generally accepted in Western civilization being those belonging to Christianity. None of these moral codes can claim any validity except by virtue of the religion on which it is based ... Some hold that contraception is an immoral practice and that man who has carnal knowledge of another woman while his wife is alive is in all circumstances a fornicator; others, including most of the English-speaking world, deny both these propositions. Between the great religions of the world, of which Christianity is only one, there are much wider differences. It may or may not be right for the State to adopt one of these religions as the truth, to found itself upon its doctrines, and to deny to any of his citizens the liberty to practice*

any other. If it does, it is logical that it should use the secular law wherever it thinks it necessary to enforce the divine. If it does not, it is illogical that it should concern itself with morals as such ... If this view is sound, it means that the criminal law cannot justify any of its provisions by reference to the moral law ..."

Mengatur masyarakat juga tidak berarti harus melakukannya secara penuh, total (*full regulation*). Pengaturan tidak perlu melakukan intervensi dan penetrasi penuh ke dalam kehidupan masyarakat. Apabila kepedulian kita adalah kepada manusia dan masyarakat, maka pengaturan bisa dilakukan sekadar membuat suatu skema besar, sedang proses-proses nyata diserahkan kepada masyarakat. Ini yang disebut mengatur tanpa mengganggu kelangsungan kehidupan yang sudah berjalan.

Dengan menampilkan situasi yang unik, Jepang merupakan contoh yang bagus untuk menggambarkan apa yang baru saja dikemukakan di atas (Haley, 1991). Disebabkan oleh keteguhan mempertahankan tradisi dan nilai-nilai Jepang, maka penegakan hukum formal di Jepang tergolong lemah. Hukum memang ada, tetapi ia hanya sebatas kekuasaan untuk mengatur (*authority*), sedang dalam pelaksanaannya diserahkan kepada kekuatan (*power*) masyarakat. Dikatakan oleh Haley, "... *Japan is thus a society in which in terms of authority to act and intervene, the jurisdictional mandate as it were, government or the state seems pervasive yet its capacity to coerce and compel is remarkably weak. The result is a dependence on extralegal, informal mechanism of control as a means for maintaining social order with a concomitant transfer of effective social control over the rules and norms that govern society to those who are able to manipulate these informal instruments of enforcement ...*" (p. 14).

Yang ingin dikemukakan melalui kutipan-kutipan di atas adalah, bahwa kewenangan (*authority*) untuk mengatur itu tidak identik dengan mewujudkan kewenangan tersebut melalui kekuatan (*power*) untuk menjalankannya. Kemampuan untuk melakukan perbedaan tersebut menjadi penting pada waktu kita sedang membicarakan tentang ikhwal mengatur masyarakat.

Mengingat luas Indonesia dan keragaman sosial dan budayanya, penting bagi kita untuk belajar tentang bagaimana mengatur masyarakat tanpa banyak menimbulkan gangguan, benturan dan

beban bagi komunitas lokal. Apa yang terjadi di Jepang bisa memberi ilham yang bagus bagi kita. Barangkali kita bisa mengajukan suatu maksim yang berbunyi “Mengatur tanpa Mengganggu Masyarakat.”

Apabila nanti benar-benar ada “Ilmu Mengatur Masyarakat,” maka ia tak dapat dimonopoli oleh ilmu hukum, melainkan merupakan karya bersama dari berbagai disiplin ilmu, baik humaniora, sosial, maupun fisika dan biologi. Ilmu Mengatur Masyarakat menjadi sebuah kegiatan yang bersifat disiplin-kolektif.

Manusia, seperti hidup dan lingkungannya, menjadi titik pusat dari pengaturan. Seperti disebutkan di muka, pembuatan undang-undang memang merupakan muara dari suatu proses panjang legislasi. Ia tinggal merumuskan secara tertulis, putusan-putusan yang sudah dibuat pada berbagai titik proses legislasi. Putusan-putusan itu bukan putusan hukum, melainkan sosial, biologi, ekonomi, psikologi, fisika dan lain-lain. Maka, pembuatan hukum bukan hanya merupakan strategi hukum, melainkan juga yang lain-lain tersebut di atas.

Penutup

Risalah ini membedakan secara jelas antara “membuat hukum/undang-undang” dengan “mengatur masyarakat.” Di Indonesia, sebuah negara dengan sistem *civil law*, pembuatan hukum (*legislation*) dalam bentuk tertulis menjadi penting. Pada saat yang sama hendaknya disadari, bahwa pembuatan hukum bisa tergelincir ke dan terjebak dalam penyusunan undang-undang secara teknis-formal, yang di muka kita sebut sebagai *inward looking*. Dengan terjebak jauh ke dalam pembuatan hukum yang demikian itu, maka dilupakan kebutuhan untuk apa yang kita namakan “mengatur masyarakat.”

Risalah ini mendahulukan kepentingan untuk mengatur masyarakat di depan kepentingan untuk membuat dan memiliki suatu undang-undang sebagai bangunan logis-rasional.

Apabila manusia dan kehidupan bermasyarakat yang didahulukan, maka tidak penting untuk menjadikan hukum sebagai satu-satunya sarana mengatur masyarakat. Dari bukti-bukti selama ini ditemukan, bahwa hukum juga menyimpan potensi kriminogen.

Bagi segolongan orang, hukum yang sarat prosedur dan birokrasi, juga bisa menjadi ajang melakukan praktik negatif, seperti korupsi dan pemerasan.

Di lain pihak, terdapat cara-cara nonhukum, seperti kontrol sosial informal, yang sering menunjukkan prestasi lebih baik daripada yang ditunjukkan oleh hukum. Oleh karena itu sebaiknya keduanya, baik hukum negara maupun institusi sosial yang lain digunakan bersama-sama. Pada hemat saya, dalam negara hukum Indonesia, yang lebih penting adalah bagaimana mensejahterakan dan membahagiakan rakyat.

Bacaan

- Bentham, Jeremy, *Theory of Legislation*, Bombay: N.M. Tripathy Private Ltd., 1975.
- D'Anjou, L.J.M., *Actoren en Factoren in Het Wetgevingsproces*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1986.
- Devlin, Patrick, *The Enforcement of Morals*, London: Oxford Univ. Press, 1965.
- Ellickson, Robert C., *Order Without Law – How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991.
- Haley, John Owen, *Authority without Power – Law and the Japanese Paradox*, N.Y.: Oxford Univ. Press, 1991.
- Pompe, S. van Hoeij Schilthouwer Pompe, *The Indonesia Supreme Court – Fifty Years of Judicial Development*, disertasi, 1996.
- , *The Study of Institutional Collapse*, Cornell: Southeast Asia Program, 2005.
- Pound, Roscoe, "Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence," dalam *Harvard Law Review*, Vol. 24 # 8, June 1911 dan Vol. 25# 2, December 1911.
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996.

-----, “*Hakim Kecil dengan Gagasan Besar*,” dalam *Soeharto vs Time – Pencarian dan Penemuan Kebenaran*, Jakarta: Kompas, 2001.

-----, *Hukum dalam Jagat Ketertiban* (bacaan Program Doktor Undip), 2006.

Simpson, Brian, “*The Common Law and Legal Theory*,” dalam *Legal Theory and Common Law*, (William Twining, ed.), Oxford, UK: Basil Blackwell, 1986.

Noll, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Hamburg: Rowohlt, 1973.

Zander, Michael, *The Law-Making Process*, London: Weidenfeld & Nicholson, 1989.

Bagian II

Hukum

dalam Jagat Ketertiban

1

HUKUM DALAM JAGAT KETERTIBAN

(Hukum hanya menempati sudut kecil dalam jagat ketertiban. Tanpa juga mempelajari jagat ketertiban, di mana hukum berada, kita tidak akan memiliki pengetahuan yang lengkap dan benar mengenai bagaimana hukum itu berada dan bekerja dalam masyarakat).

Pendahuluan

Bagi para calon doktor hukum, pada akhirnya mereka memang akan menulis disertasi dalam bidang hukum. Tetapi menulis tentang hukum pada pendidikan profesional (Sarjana Hukum, S-1) tentulah berbeda dengan disertasi pada pendidikan keilmuan (Program Doktor, S-3). Tesis pada pendidikan profesional pada dasarnya menunjukkan, bahwa para calon sarjana hukum telah mampu secara minimal menguasai substansi hukum serta bagaimana menjalankannya. Untuk para calon doktor, penulisan seperti itu jauh daripada memadai. Mereka ini diminta untuk tidak hanya mengkaji hukum secara mendalam, tetapi juga meluas.

Apabila untuk pendidikan profesional cukup berkisar pada hukum positif atau tata hukum yang berlaku, tidak demikian halnya dengan pendidikan keilmuan. Mereka diminta untuk bisa melihat dan menempatkan hukum dalam jagat (*universe*) yang lebih besar dan dengan demikian menempatkan hukum dalam konteks yang lebih besar pula.

Jagat Ketertiban

Sejak kepedulian studi keilmuan adalah: kebenaran, maka pencarian kebenaran mengenai hukum juga menjadi perhatian utama. Kebenaran mengenai hukum ini termasuk kebenaran serta ketepatan pengetahuan tentang tempat hukum dalam masyarakat. Kita ingin melihat bagaimana persis ordnat dari hukum itu.

Hukum memang berbicara dan berurusan dengan ketertiban. Hukum menempatkan diri sebagai penjaga, pengatur dan produsen ketertiban. Oleh karena itu ia tampil dengan membuat macam-macam peraturan, suruhan dan larangan; hukum menjadi sebuah institusi normatif (*normerende*).

Tetapi benar dan pantaskah ia memosisikan diri seperti itu? Benarkah ia memegang monopoli pengaturan masyarakat? Benarkah ia satu-satunya produsen ketertiban? Studi keilmuan mengenai hukum tidak dapat mengabaikan dan melewatkan tugas untuk menjawab dan berurusan (*to deal with*) dengan pertanyaan-pertanyaan tersebut di atas. Agar dapat menjawab pertanyaan-pertanyaan tersebut itulah, maka kita menempatkan hukum dalam jagat yang lebih besar, yaitu: jagat ketertiban.

Sebagai contoh, filsafat program doktor Undip berangkat dari sebuah pertanyaan besar, bahwa hukum hanya menempati satu sudut kecil dalam jagat ketertiban tersebut. Hukum memang ingin memegang hegemoni dalam urusan ketertiban, tetapi status dan posisi yang demikian itu tidak pernah dicapai olehnya. Pengamatan terhadap apa yang terjadi di masyarakat tidak bisa mensahkan atau mendukung (*corroborate*) pikiran hegemonial tersebut. Ternyata banyak peserta (*stakeholders*) yang turut berperan dalam memroduksi ketertiban. Hukum menghadapi kenyataan, bahwa ia dihadapkan pada berbagai ordinat dalam masyarakat.

Sebagai produsen, hukum bahkan tidak dapat disebut sebagai produsen yang otentik, sebab di atas hukum, masih banyak komunitas dalam masyarakat yang bisa memroduksi ketertiban dengan lebih otentik, sebagaimana akan dibicarakan di bawah nanti.

Hukum Modern sebagai Pendatang Baru (*late-comer*)

Posisi hukum yang dilematis seperti itu, yaitu di satu pihak menginginkan hegemoni, sedang di lain pihak didesak oleh kehadiran kekuatan lain, untuk sebagian penting disebabkan karena hukum itu baru hadir belakangan. Inilah pula yang menyebabkan ia kalah dalam hal otentisitas dibanding dengan kekuatan atau komunitas lain yang hadir lebih dulu.

Hukum modern baru hadir di abad kedelapanbelas, oleh karena harus melalui berbagai transformasi sosial, politik, ekonomi dan

kultural sebelumnya. Transformasi ini berlangsung selama ribuan tahun, khususnya di daratan Eropa. Pada saat hukum modern itu muncul, maka ia nyaris memabat habis komunitas-komunitas yang telah ada sebelumnya.

Kehadiran hukum modern bergandengan tangan dengan introduksi suatu kekuatan dan komunitas politik baru yang disebut: negara modern. Negara modern ini bersifat spasial-teritorial dan dilengkapi dengan instrumen kekuasaan yang jauh lebih tajam dan bergigi daripada komunitas-komunitas politik yang ada sebelumnya. Identitas teritorial itulah yang menyebabkan ia tidak bisa membiarkan kehadiran dari komunitas-komunitas lain dalam wilayahnya (Rahardjo, 2002; Poggi, 1978; Unger, 1976). Ini memunculkan konsep baru: kedaulatan negara. Karena keunggulan kelengkapan yang dimiliki, maka negara modern mampu meminggirkan dan menenggelamkan komunitas-komunitas asli yang ada sebelumnya. Sesungguhnya komunitas-komunitas tersebut tidak benar-benar lenyap, melainkan sebagian besar tetap ada dan bekerja secara diam-diam (*latent*). Studi ilmiah mengenai hukum tidak dapat mengabaikan hal tersebut.

Kompleksitas Jagat Ketertiban

Jagat ketertiban menampilkan kehadiran suatu jaringan yang kompleks. Jagat ketertiban itu meliputi dan menerima kehadiran komunitas yang sangat majemuk dan oleh karena itu ketertiban juga menjadi kompleks. Jagat ketertiban yang kompleks inilah yang menjadi basis dari ketertiban hukum, seperti juga ia menjadi basis dari ketertiban-ketertiban lain. Ketertiban ekonomi misalnya, juga tak dapat meminggirkan ketertiban-ketertiban lain, seperti hukum dan politik. Ketertiban ekonomi juga beroperasi atau berlayar di lautan ketertiban yang luas.

Memikirkan hukum sebagai kekuatan dan kekuasaan yang merebut hegemoni sebagai penguasa ketertiban dalam masyarakat, berdasarkan pengalaman empirik, akan menuai kegagalan. Aliran-aliran positivisme biasa ingin merebut hegemoni tersebut. Seperti kita baca dalam peraturan di jaman kolonial, yang kurang-lebih berbunyi, "Adat itu hanya berlaku sepanjang diakui oleh hukum negara." Aturan tersebut tidak serta-merta menimbulkan kekuatan peraturan yang absolut (*legitimacy*), melainkan mencerminkan

adanya adu kekuatan (*power relations*) di belakangnya. Peraturan dan pengaturan seperti itu menunjukkan adanya adu kekuatan antara komunitas adat dan komunitas negara. Dalam ruang komunitas negara, memang hukum negaralah yang akan menang, karena didukung oleh dan diberi konstruksi: kedaulatan hukum. Tetapi di luar ranah negara dan hukum negara masih ada jagat ketertiban yang lebih luas. Di sini kedaulatan negara tidak mendapat pengakuan yang absolut, melainkan akan dibiarkan berkompetisi dengan kekuatan ketertiban yang ada.

Beberapa Deskripsi Kompleksitas

Selanjutnya disampaikan beberapa deskripsi yang menggambarkan kompleksitas tersebut.

Francis Fukuyama mengajukan pertanyaan, “*Where do norms come from?*” (Fukuyama, 1999: 143-153). Dengan mengajukan pertanyaan tersebut Fukuyama membuka peluang bagi dirinya untuk menjelajahi jagat ketertiban.

“*No one would deny that social order is often created hierarchically. But it is useful to see that order can emerge from a spectrum of sources that extend from hierarchical and centralized types of authority, to the completely decentralized and spontaneous interaction of individuals.*” (p. 146). Dengan bertolak dari sumber-sumber munculnya kaidah dalam masyarakat, Fukuyama sudah membuka tabir jagat ketertiban. Sumber-sumber tersebut bermacam-macam, dari yang hirarkis dan sentralistis, sampai sumber yang bersifat spontan, yaitu produk dari interaksi antara sesama anggota masyarakat. Dengan demikian Fukuyama ingin mengatakan, bahwa kita tidak bisa hanya memilih satu tipe sumber saja, kecuali dengan demikian kita mengganggu kebenaran. Maka, menurut penulis tersebut, kita dihadapkan kepada suatu keadaan yang berkesinambungan (*a continuum of norms*). Lebih lanjut Fukuyama membuat konstruksi jagat ketertiban (*universe of norms*) ke dalam suatu kuadran, yang ditentukan oleh parameter kutub-kutub pada aras horisontal rasional – arasional yang bersilang dengan garis aras vertikal yang memiliki kutub-kutub hirarkis – spontan. Dari persilangan itu terciptalah kuadran (1) rasional – hirarkis; (2) arasional hirarkis; (3) rasional spontan dan (4) arasional spontan.

Pada waktu membicarakan tentang akses terhadap keadilan (*access to justice*), Marc Galanter berbicara tentang apa yang ia sebut "*justice in many rooms*" (Galanter, 1981). Tulisan Galanter memberi tahu kita tentang kompleksitas dari institusi pengadilan yang tidak bisa dimonopoli oleh pengadilan negara. Kalau dikatakan, bahwa orang mencari keadilan bagi perkara-perkara yang dihadapi, maka muncul pertanyaan: di mana keadilan itu? Di mana tempatnya? Siapa/apa yang akan memberikan keadilan itu?

Dikatakan oleh Galanter, "*It would be a distortion, ..., to conclude that the basic model of most inquiry into access of justice is, crudely, to get people and their grievances into court. This is too narrow; 'court' has to be enlarged to include a variety of remedial agencies ...*" (p. 148). Sekalipun perkara-perkara dibawa ke pengadilan untuk diselesaikan, tidak selalu pengadilanlah yang benar-benar memutus. "*Of those disputes pursued, a large portion are resolved by negotiation between the parties, or by resort to some 'forum' that is part of (and embedded within) the social setting within which the dispute arose, including the school principal, the shop steward, the administrator etc...*"

Sebuah penelitian tentang pelaksanaan kontrak yang dilakukan oleh Stewart Macaulay pada tahun 1963, turut menunjukkan kegagalan dari hukum negara untuk memonopoli praktik pelaksanaan kontrak tertulis (Macaulay, 1970). Penelitian tersebut dilakukan terhadap komunitas bisnis di Amerika Serikat, untuk mengetahui bagaimana kontrak yang sudah dibuat antara para pelaku bisnis itu dilaksanakan. Penelitian Macaulay tersebut menghasilkan temuan-temuan yang mengagetkan, oleh karena menampilkan gambar yang berbeda daripada yang selama ini diyakini orang. Kontrak yang sudah dibuat dan disepakati sendiri, ternyata banyak yang kemudian tidak dilaksanakan. Karena temuan-temuan tersebut, Macaulay mendapat julukan "algojo kontrak," padahal Macaulay hanya memaparkan apa yang terjadi di kalangan pelaku bisnis di negeri tersebut.

Oleh Macaulay dijelaskan, bahwa temuan tersebut terjadi karena ada perbedaan persepsi mengenai makna kontrak antara para ahli hukum dan para pelaku bisnis. Bagi para ahli hukum, kontrak adalah sebuah dokumen yang sudah disepakati dan karena itu harus dilaksanakan. Tetapi, para pelaku bisnis melihat kontrak itu

sebagai “*tool of exchange*,” yaitu alat untuk mencapai tujuan bisnis. Oleh karena itu, menurut mereka kontrak tunduk terhadap logika dan tujuan bisnis. Kalau logika dan kepentingan bisnis menghendaki, maka oleh para pelaku bisnis kontrak yang telah mereka buat sendiri bisa diabaikan.

Dari penelitian Macaulay tersebut kita belajar, bahwa negara tidak bisa memaksakan komunitas bisnis untuk tunduk sepenuhnya kepada hukum kontrak yang dibuat negara. Ternyata kekuatan komunitas bisnis telah melakukan “perlawanan” dengan meminggirkan kontrak yang telah mereka buat sendiri, yang menurut hukum kontrak negara seharusnya dilaksanakan secara mutlak.

Mempertanyakan Kekuatan Hukum Negara

Kompleksitas hukum dan kehadiran lebih dari suatu “hukum” dalam wilayah yang sama, menampilkan gambar tentang jagat ketertiban yang kecuali kompleks, juga tidak statis, melainkan dinamis. Sejak hukum itu menempati satu sudut saja dari jagat ketertiban yang jauh lebih luas dan sejak hukum negara itu ingin memegang hegemoni, maka kita pantas mempertanyakan tentang bagaimana hukum negara itu berinteraksi dengan komunitas-komunitas atau penghuni lain dari jagat tersebut. Penghuni lain ini adalah kaidah-kaidah sosial yang bekerja aktif dan didukung oleh komunitas masing-masing.

Komunitas-komunitas lain tersebut ternyata tidak dapat ditundukkan sepenuhnya oleh kekuasaan dan kekuatan hukum negara. Mereka itu tetap bertahan, kendati pun harus tetap mengakui otoritas hukum negara. Oleh karena itu, sekalipun terbatas, komunitas itu tetap memiliki otonomi. Di atas sudah dicontohkan tentang bagaimana kontrak menurut para ahli hukum dan menurut para pelaku bisnis. Dalam penelitian Macaulay, ternyata hukum negara mengenai kontrak tidak bisa menembus komunitas para pelaku bisnis.

Sosiologi hukum sebagai ilmu empirik yang melihat dan menghargai eksistensi dari komunitas-komunitas otonom seperti itu, bahkan berpendapat tentang adanya masyarakat hukum di dalam masyarakat hukum negara (Rahardjo, 2002). Komunitas tertentu bisa disebut sebagai masyarakat hukum, oleh karena di dalamnya dijumpai fungsi-fungsi pembuatan peraturan, pengadilan, penegak-

an, tidak berbeda dengan yang dijumpai pada komunitas negara.

Dalam keadaan yang demikian itu, maka kekuatan hukum negara bisa melemah berhadapan dengan kekuatan-kekuatan masyarakat hukum semi-otonom tersebut. Pada waktu Robert Seidman membuat bagan tentang bekerjanya hukum negara dalam masyarakat, maka ia juga harus memperhitungkan tekanan kekuatan yang datang dari masyarakat terhadap bekerjanya hukum, yang disebutnya "*social factors*" (Seidman, 1982; juga Rahardjo, 2002: 194).

Di Bali kita menjumpai interaksi yang lebih nyata antara hukum negara dan hukum adat setempat. Situasi di Bali menonjol dibanding dengan daerah-daerah lain di Indonesia, karena keberadaan komunitas (asli) Bali memang masih kokoh. Institusi *subak* dan *pecalang* (polisi adat) membuktikan kekokohan tersebut. Kita seperti menyaksikan adanya lapisan-lapisan komunitas, negara dan Bali, dengan sekalian kelanjutannya. *Pecalang*, bahkan pada saat-saat tertentu, mendampingi bekerjanya kepolisian negara (Polri) dan bahkan mengisi kekurangan Polri, misalnya kehadiran *pecalang* laut yang menjaga ekosistem laut.

Hubungan antara negara dan masyarakat mengingatkan kita kepada tesis "*Strong State, Soft Society*" dan sebaliknya (Midgal, 1988). Jelas yang kita hadapi adalah bukan suatu keadaan status quo, melainkan suatu interaksi yang dinamis antara keduanya. Bali membuktikan, bahwa komunitas yang kuat bisa berdialog dengan negara. Sementara itu komunitas lokal yang tidak kokoh dan kehilangan integritasnya hanya akan menjadi "tawanan" dari negara dan hukum negara, karena tidak lagi memiliki "*bargaining power*."

Dalam buku tersebut Midgal mengatakan, bahwa sejak abad keenambelas, yaitu saat Eropa keluar dari era feodalisme, organisasi politik yang menuju ke bentuk negara, berjuang keras untuk berada di puncak kekuasaan, untuk menjadi otoritas satu-satunya dalam pembuatan peraturan dan mengembangkan sekalian atribut-atribut kenegaraan. Sekian ratus tahun kemudian, waktu berbicara mengenai negara-negara Dunia Ketiga, Midgal melihat, bahwa negara-negara baru ini kurang berhasil mengembangkan kekuatan kontrol sosialnya, dibanding dengan negara-negara maju di Barat. Hal itu terjadi disebabkan oleh karena kontrol sosial itu tersebar dan kurang terpusat (*centralized*). Dalam situasi kontrol

yang tersebar seperti itu, pemerintahan Negara-negara Berkembang dihadapkan kepada suatu masyarakat atau komunitas yang bagaikan jaring laba-laba (*weblike societies*). “*In weblike societies, although control is fragmented and heterogeneous, this does not mean that people are not being governed; they most certainly are. The Allocation of values, however, is not centralized. Numerous systems of justice operate simultaneously*” (hal. 39). Dalam struktur yang demikian itu, kontrol sosial tersebar di berbagai organisasi sosial, yang masing-masing “*having their own rules rather than centralized in the state or organizations authorized by the state.*”

Hukum Minimum dalam Jagat Ketertiban

Pembicaraan mengenai kompleksitas hukum dan kehadiran dari jagat ketertiban memunculkan pertanyaan, “mungkinkah terdapat keadaan, di mana justru kekuatan dan komunitas sosial lebih mampu daripada negara?” atau adakah “ketertiban tanpa hukum?” (Ellickson, 1991).

Ellickson mengawali bukunya dengan mengatakan, bahwa yang lebih menentukan bagaimana ketentuan-ketentuan dalam hukum diwujudkan, bukanlah peraturan hukum itu sendiri, melainkan rakyat sebagai adresat hukum. Peraturan tersebut hanya sebagai titik tolak (*starting points*). Rakyatlah yang akan menawar harga peraturan tersebut untuk keuntungan mereka (*bargaining to mutual advantage*). Kebenaran pernyataan tersebut telah kita saksikan waktu membicarakan hasil penelitian Macaulay tentang kontrak di muka. Hukum kontrak hanya memberikan fasilitas, selanjutnya para pelaku bisnis yang menawar lewat logika dan tujuan bisnis.

Ellickson mengemukakan, betapa banyak segmen kehidupan sosial itu tidak dibentuk oleh atau merupakan karya hukum, melainkan oleh komunitas itu sendiri. Jadi tidak benar ungkapan “hukum dan ketertiban” di mana digambarkan bahwa negara mengontrol perilaku anggota masyarakat. Itu bohong sama sekali, demikian Ellickson. Ketertiban lebih sering muncul secara serta-merta (*spontaneously*) (hal. 4). Peraturan yang telah dibuat oleh negara itu akan dilengkapi (*supplement*), bahkan isinya bisa diganti dengan aturan mereka sendiri (*rules of their own*). Ellickson menepisakan anggapan, bahwa negara atau pemerintahlah yang mengendalikan koordinasi dan mengarahkan. Pertumbuhan kota Chicago

tidak diarahkan, melainkan hasil karya dari beberapa juta penduduk di Midwest pada abad kesembilan belas. Begitu juga dengan dinamika pasar ekonomi, di mana “*undirected market processes can supply food more economically than would an intentional hierarchy*” (hal. 5).

Lokasi pengamatan Ellickson adalah sebuah wilayah pedesaan, bernama *Shasta County*. Pada umumnya penduduk di situ secara sadar berkehendak hidup dalam suasana bertetangga baik (*good neighbors*). Buat mereka kerja sama merupakan kaidah inti, sedangkan konflik suatu kekecualian. Dalam bukunya, Ellickson selanjutnya menyatakan bahwa berbagai konteks sosial dalam kehidupan di daerah tersebut, yang berujung kepada munculnya kaidah-kaidah informal di mana rakyatnya menghasilkan ketertiban tanpa hukum. Individu anggota komunitas berorientasi kepada kepentingan sendiri, tetapi mereka harus menyesuaikan *start* yang tidak baik ini dengan kenyataan, bahwa mereka harus bekerja sama.

Apabila muncul persoalan-persoalan antartetangga, mereka menyelesaikannya tanpa sama sekali menyadari tentang adanya peraturan-peraturan pemerintah yang mengatur persoalan tersebut. Mereka tidak tahu, tidak mengedepankan dan tidak berbicara mengenai hak-hak hukum masing-masing. Rakyat pertama-tama melihat kepada kaidah, tidak kepada hukum. Perkara yang menurut kacamata hukum seharusnya merupakan suatu sengketa hukum, tidak dibawa ke pengadilan.

Mekanisme pertolongan terhadap diri sendiri (*self-help enforcement*) menjadi landasan utama yang meluas ke mana-mana. Penyelesaian (*enforcement*) oleh diri sendiri bertumpu pada empat kemungkinan penyelesaian, yaitu *self-sanction*, *personal self-help*, *vicarious self-help* dan *organization enforcement*.

Fukuyama melaporkan tentang *slugs*, suatu praktik yang diciptakan oleh rakyat sendiri sejak 1973 (Fukuyama, 1999: 143-144). Pada tahun itu ada keharusan bagi mobil dalam jam-jam pagi yang sibuk untuk mematuhi HOV (*High Occupancy Vehicle*), yaitu minimum tiga penumpang. Maka tanpa ada yang mengomando sejumlah orang yang biasa ulang-alik (*commuting*) dari pinggiran Washington D.C. ke pusat kota, berdiri antri di depan sebuah restoran. Mobil-mobil yang menuju Washington sudah tahu, kalau

orang-orang itu ingin menumpang mobil ke pusat kota. Maka terjadilah hubungan timbal-balik saling menguntungkan, antara pengemudi mobil dan rakyat. Tradisi *slugs* ini mengembangkan aturan sendiri, seperti tidak boleh memberi imbalan kepada pengemudi, baik mobil maupun orang harus antri tertib, tidak boleh merokok, tidak boleh mengobrol tentang masalah-masalah yang kontroversial dan lain-lain. Dikatakan oleh Fukuyama, "*What is interesting about the slug culture is that it wasn't deliberately established by anybody. No government bureaucracy, historical tradition, or charismatic leader initially laid down the rules of where to meet and how to behave; it simply emerged out of the desire of commuters to get to work faste ... The practice of slugging emerge spontaneously in the ecological niche created by the government mandate, a bit of social order created from the bottom up by people pursuing their own private interests in getting to work*" (hal. 144).

Auerbach (1983), sambil mengkritik bangsanya sendiri mengatakan, bahwa bangsa Amerika tidak bisa mengerti apabila keadilan bisa diciptakan tanpa hukum. Bagi mereka, yang termasuk masyarakat yang sangat legalistik dan suka berperkara, ketiadaan hukum merupakan tanda bahaya yang besar. Tetapi apabila tutup mata legalistik seperti itu dilepaskan, maka bisa ditemukan banyak golongan di Amerika secara bersungguh-sungguh mencari keadilan di luar hukum, tanpa bantuan *lawyers* dan pengadilan. "*They found it there: within their communities of faith, ideology, or even profit. Protected by their own choice from the reach of formal law, they lived by values that legal institutions could not satisfy.*"

Mempercayakan perkara-perkara untuk diselesaikan di pengadilan tidak selalu membawa kebaikan untuk masyarakat, karena "*the social good*" diabaikan. Oleh Auerbach, penyelesaian perkara lewat pengadilan dilukiskan sebagai berikut. "*Conflict is chanelled into adversary proceedings with two combatants in every legal ring; but beyond the implicit assumption that every fight and any winner is good for society, the social good is ignored. Litigation is the all-purpose remedy that American society provides to its aggrieved members. But as rights are asserted, combat is encouraged; as the rule of law binds society, legal contentiousness increases social fragmentation.*" (hal. 10).

Akhirnya ingin dikutipkan suatu gambar yang cukup mengekalkan tentang suatu jagat ketertiban di mana sistem pengadilan di situ hancur sama sekali. Kathryn E. Neilson membuat laporan yang sangat menarik mengenai jagat ketertiban di Kamboja pada era kekuasaan Khmer Merah (*People's Republic of Campuchia*) (Neilson, 1996). Pada tahun 1975 Partai Demokratik Kamboja atau yang terkenal dengan Khmer Merah, mengambil alih kekuasaan dan menghancurkan semua institusi tradisional yang ada dalam rangka membangun suatu masyarakat Marxis secara ekstrim. Rakyat di wilayah perkotaan dan yang berpendidikan dibabat habis. Pengadilan, fakultas hukum dan lain-lain institusi dihancurkan dan diubah untuk keperluan revolusioner. Buku-buku hukum dimusnahkan. Hakim, advokat dan para guru besar dibunuh atau melarikan diri. Dari 400–600 tenaga hukum profesional pada tahun 1979 hanya tinggal 6–12 orang saja.

Kendati Partai Demokratik Kamboja mengumumkan suatu konstitusi pada tahun 1976 yang membangun suatu pengadilan rakyat dan Dewan Perwakilan Rakyat mulai melakukan seleksi hakim-hakim, tetapi tidak ada bukti bahwa hakim-hakim itu benar-benar menjalankan pekerjaannya atau bahwa antara 1975–1979 suatu sistem hukum ada di Kamboja. Kamboja merosot menjadi suatu negara tanpa hukum di mana keadilan ditentukan menurut keinginan para kader revolusioner. Sanksi-sanksi hukum terhadap kekerasan dan kejahatan tidak ada lagi. Kaidah yang ada adalah bagaimana bisa bertahan hidup (*survival*).

Pada waktu pasukan Vietnam memasuki Kamboja pada tahun 1979 untuk menghentikan kekuasaan Khmer Merah, maka lahir Negara Kamboja dan pembangunan hukum harus dimulai lagi dari nol. Hukum dan pengadilan memang mulai dibangun, tetapi dengan kelangkaan tenaga profesional dan keambrokan institusi, maka dapat dimengerti betapa rendah kualitas sistem hukum. Pengadilan belum menjadi institusi yang independen, melainkan lebih menjadi kepanjangan tangan pemerintah dan militer.

Baik Fukuyama, Ellickson atau Auerbach (dan masih banyak lainnya), mencoba menunjukkan betapa hukum itu tidak seperkasa seperti dibayangkan orang. Hukum bukan satu-satunya institusi yang berkemampuan untuk menciptakan ketertiban dalam masyarakat. Sebaliknya, malah banyak cara hukum yang menimbulkan

efek berlawanan. Dalam suasana seperti itu, maka muncul jenis tertib lain yang mampu menandingi hukum. Di sini masyarakat secara spontan menciptakan tertibnya sendiri dan dengan demikian meminimalkan kehadiran hukum.

Mengajukan gambar tentang Kamboja sejak dikuasai oleh komunis, menampilkan rusaknya suatu sistem hukum, di mana suatu bangsa harus hidup dengan cara “asal-kehidupan-jalan” (*survival*). Bangsa Kamboja memang masih ada, tetapi “hukum-yang-normal” tidak ada lagi. Kaidah yang muncul adalah kaidah dari “siapa yang menang.” Jagat ketertiban di dunia diperkaya dengan suatu jenis ketertiban yang dibangun di atas pondasi seperti itu.

Penutup

Di luar hukum ternyata masih ada “hukum,” yaitu kaidah-kaidah sosial lain. Hukum cukup berbeda tipe dan ciri-ciri serta wataknya dibandingkan dengan kaidah sosial lain. Bagaimanapun perbedaan tersebut, hukum dan kaidah sosial lain sama-sama menghuni jagat ketertiban yang sama. Keduanya sama-sama menjalankan fungsi pengaturan, yaitu memberi panduan terhadap perilaku manusia dalam kehidupan bermasyarakat. Keduanya menentukan apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan.

Apabila ilmu hukum ingin menjadi sebenar ilmu, maka mengetahui tentang hukum negara saja tidak cukup. Pengetahuan yang sempit itu tidak memberikan pemahaman yang menyeluruh tentang adanya jagat ketertiban di mana hukum menempati salah satu sudut di situ. Pengetahuan sempit ini akan menimbulkan kesulitan pada waktu kita berhadapan dengan dunia kenyataan sehari-hari. Di situ ternyata, bahwa hukum negara tidak memegang monopoli kekuasaan untuk mengatur.

Ilmu hukum yang hanya berkuat pada hukum negara akan mengalami kesulitan untuk menjelaskan ketidakmampuan hukum untuk benar-benar menunjukkan keperkasaan dan kelebihanannya dalam menciptakan ketertiban, dibanding dengan kaidah sosial lain. Ilmu yang demikian itu juga tidak bisa menjelaskan mengapa orang lari ke penyelesaian tidak lewat pengadilan; mengapa bisa muncul pilihan lain daripada hukum; mengapa hukum mengalami “kekalahan” dan ditinggalkan; bagaimana dalam keadaan tertentu suatu komunitas lebih mengandalkan pembuatan hukum yang

spontan daripada mematuhi dan menggunakan hukum negara dan masih banyak lagi pertanyaan lain.

Sekalian pertanyaan dan permasalahan tersebut bisa dihadapi dengan cara memperluas studi hukum menjadi studi mengenai jagat ketertiban.

Bahan Bacaan

- Ellickson, Robert C., *Order Without Law—How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991.
- Fukuyama, Francis, *The Great Disruption—Human Nature and the Reconstitution of Social Order*, London: Profile Books, 1999.
- Galanter, Marc, “*Justice in Many Rooms*,” dalam *Access to Justice and the Welfare State* (Mauro Cappelletti (ed.), Alphen aan den Rijn: Sijthoff, 1981).
- Macaulay, Stewart, “*Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*,” dalam *Society and the Legal Order* (Richard D. Schwartz & Jerome Skolnick (eds.)).
- Midgal, Joe S., *Strong Societies and Weak States – State-Society Relations and State Capabilities in the Third World*, Princeton, New Jersey: Princeton Univ. Press, 1988.
- Neilson, Kathryn E., *They Killed All the Lawyers—Rebuilding the Judicial System in Cambodia*, Vancouver B.C.: Occasional Paper #13, 1996.
- Rahardjo, Satjipto, *Sosiologi Hukum*, Surakarta: Muhammadiyah Univ. Press, 2002.
- Seidman, Robert B., “*Law and Development: A General Model*,” dalam *Law and Society Review*, 1972.
- Poggi, Gianfranco, *The Development of the Modern State*, London: Hutchinson, 1978.
- Unger, Roberto Mangabeira, *Law in Modern Society*, N.Y.: The Free Press, 1976.

2

HUKUM ADAT DALAM NEGARA KESATUAN REPUBLIK INDONESIA (Perspektif Sosiologi Hukum)*

Kita ingin membicarakan tempat dan kehadiran hukum adat dalam NKRI, bertolak dari Pasal 18B ayat (2) UUD yang berbunyi:

“Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang.”

Dalam tulisan ini, pasal dari UUD tersebut tidak dibahas dengan menggunakan optik sebagaimana biasanya dipakai oleh para sarjana hukum, yaitu normatif-preskriptif, melainkan dengan optik sosiologi hukum. Optik sosiologi hukum melihat kepada kenyataan dalam masyarakat. Ia pada dasarnya tidak bersifat preskriptif, melainkan melakukan pengamatan (*observation*) dan menangkap kenyataan serta mencoba memberikan penjelasan (Rahardjo, 2002).

Dilihat dari optik dan perspektif sosiologi hukum, negara adalah sebuah konstruksi rasional yang didirikan di atas dan dengan meninggalkan basis tatanan sosial yang alami. Negara mencapai bentuk puncak seperti sekarang ini baru sejak abad ke-18. Industrialisasi, modus produksi ekonomi kapitalistis, membutuhkan tatanan sosial yang berbeda daripada yang ada sebelumnya (Poggi, 1978). Negara yang diorganisir secara spasial menjadi pilihan karena mampu memenuhi tuntutan tersebut. Sejak saat itu, maka dunia pun dihuni oleh negara-negara dan muncullah sistem negara-negara (*system of states*).

Negara (dan hukum modern) adalah sebuah konstruksi rasional yang dibangun di atas puing-puing tatanan yang lama. Ne-

* Disampaikan pada Lokakarya Hukum Adat, diselenggarakan oleh Mahkamah Konstitusi, 4–6 Juni 2005

gara diorganisir secara spasial dengan struktur dan pembagian kerja rasional. Bangunan atau organisasi sosial yang demikian itu menjawab tantangan zaman waktu itu, yaitu suatu perkembangan cara-cara produksi baru yang teknologis-industrial dan kapitalistis serta ramifikasi politiknya.

Tatanan lama yang melayani sistem ekonomi dan politik pra-industri harus minggir untuk memberi jalan kepada kehadiran negara modern. Negara kemudian menjadi organisasi dan kekuatan yang hegemonial, sesudah berhasil menyingkirkan pusat-pusat kekuasaan “asli,” yang dibabat habis demi memunculkan konsep: kedaulatan negara. Sejak saat itu satu-satunya kekuasaan yang ada dalam suatu wilayah tertentu adalah negara. Apabila masih ada kekuasaan lain di dalam wilayahnya, maka itu semata-mata atas izin negara itulah. Sekalian fungsi-fungsi yang ada juga harus ditransformer menjadi menjadi kelengkapan negara, seperti hukum negara, pengadilan negara, polisi negara dan pemerintahan negara. Birokrasi dan birokratisme muncul.

Negara modern ingin mencampuri dan mengatur semuanya. Maka terjadilah gelombang pendefinisian, pembagian, pengkotakan (*indelingsbelust*), yang semuanya dilakukan oleh dan menurut persepsi pemegang kekuasaan negara (Beus & Boom, 1986; Bovens & Witteveen, 1985). Ini menimbulkan situasi dikotomis antara “yang-ada-dalam-rumusan” dan “yang-di luar-rumusan” yang dibuat oleh negara. Contohnya adalah “empat persyaratan yang perlu dipenuhi agar dapat diakui sebagai masyarakat hukum adat menurut UUD,” seperti tertera dalam Kerangka Acuan untuk lokakarya ini. Kalimat tersebut mengisyaratkan kedaulatan/keperkasaan (ke-angkuhan?) hukum, sehingga ialah yang boleh menentukan apa yang (boleh) terjadi NKRI, termasuk eksistensi hukum adat yang juga tergantung kepadanya.

Dari uraian di atas diketahui, bahwa negara modern adalah suatu konstruksi rasional dan dengan demikian bersifat artifisial, bukan sesuatu yang otentik. Sebagai suatu konstruksi, maka ia juga akan mengalami perubahan dan perkembangan sesuai dengan lingkungannya. Kita melihat, betapa negara yang menjadi begitu perkasa di abad-abad ke-19 dan 20, pelan-pelan kehilangan keperkasaannya. Perkembangan teknologi, perubahan sistem produksi ekonomi dan lain-lain *novum* menyebabkan munculnya orga-

nisasi spasial “baru,” seperti organisasi regional, bahkan terjadi penggabungan negara-negara yang hampir mutlak menjadi negara baru, seperti Uni Eropa. Negara modern menjadi kehilangan sifat mutlak kedaulatannya. Dunia sebagai suatu sistem negara-negara menjadi goyah. Orang bahkan sudah bicara tentang matinya negara (Ohmae, 1994, 1995; Horsman & Marshall, 1995; Report Commission, 1995).

Dari informasi di atas diketahui, bahwa negara *anno* abad ke-21 tidaklah seperkasa lagi seperti keadaannya dua ratus tahun yang lalu. Kedaulatan negara sekarang mulai mengalami penurunan kualitas absolutnya.

* * *

Kalimat dalam Pasal 18B ayat (2) UUD tersebut di atas masih ditulis dalam tradisi kemutlakan dan hegemonial serta menunjukkan betapa negara merasa memiliki sekalian kekuasaan (*authority*) dan kekuatan (*power*) untuk menentukan apa yang terjadi di NKRI ini, termasuk apakah hukum adat masih berlaku atau tidak.

Dalam membaca dan memahami Pasal UUD tersebut di atas, sosiologi hukum tidak berangkat dari kemauan dan perintah UUD, melainkan dari kenyataan mengenai hukum adat itu sendiri.

Kehadiran hukum adat tidak memikirkan dan mempertimbangkan apakah ia akan diakui atau tidak oleh kekuasaan negara, melainkan karena ia harus muncul. Kata-kata “harus muncul” menunjukkan otentisitas hukum adat. Pada dasarnya ia muncul dari dalam kandungan masyarakat sendiri secara otonom dan oleh karena itu disebut otentik. Dengan meminjam istilah Hart, maka hukum adat lebih dekat kepada orde “*primary rules of obligation*” daripada hukum negara yang dibuat dengan sengaja (*purposeful*) dan karena itu lebih dekat kepada orde “*secondary rules of obligation*” (Hart, 1961).

Hukum adat itu beranyaman dan berkelindan kuat dengan budaya setempat. Kata “budaya” di sini menunjukkan adanya unsur emosional-tradisional yang kuat dari hukum adat. Ia juga merupakan hukum yang sangat sarat dengan penjunjungan nilai-nilai (*value laden*) tertentu. Bahkan di wilayah-wilayah tertentu di Indonesia, seperti Aceh, bagi para pemeluknya, hukum adat adalah identik dengan hukum agama. Maka dengan menerima dan menja-

lankan hukum adat, orang sekaligus merasa berbudaya.

Indonesia adalah sebuah negara yang sangat majemuk dengan ratusan lingkungan etnis. Wilayah-wilayah di Indonesia tidak mengalami perkembangan yang sama. Pada umumnya Jawa lebih bersifat masyarakat perkotaan dibanding dengan bagian besar wilayah di luar Jawa. Jawa telah terkena dampak yang kuat dari industrialisasi dan penetrasi modernitas. Sebagai negara kepulauan (*archipelago*) isolasi wilayah menjadi kuat dan itu sangat memengaruhi perataan perkembangan.

Perkembangan yang berbeda tersebut boleh memunculkan dikotomi antara daerah-daerah yang mengalami “penetrasi industrialisasi” dan “daerah perawan.” Menggunakan analisis Unger, maka hukum modern lebih mudah memasuki wilayah yang telah dijajah oleh industrialisasi dan menjadi perkotaan (*urban*), oleh karena “perlawanan” dari hukum adat sudah sangat melemah. Menurut Unger, kehadiran hukum modern membutuhkan keambrokan dari tatanan tradisional, seperti perkembangan hukum tradisional menjadi hukum modern di Eropa (Unger, 1971).

Dalam keadaan yang demikian diperlukan kehati-hatian yang luar biasa pada badan legislatif kita agar mampu mendudukkan diri di atas konfigurasi masyarakat Indonesia yang demikian itu. Indonesia tidak bisa diatur dan dihukumi menurut kacamata “komunitas orang Senayan.” Sekalipun beliau-beliau ini bermaksud baik, tetapi tanpa hamparan penglihatan yang menyapu seluruh wilayah di negeri ini, salah-salah hukum yang dihasilkan bisa menimbulkan “malapetaka.” Hukum yang dibuat dengan *mind-set* modern tanpa memedulikan dan mengantisipasi efeknya di tingkat lokal, bisa melahirkan produk yang bersifat kriminogenik (Tanya, 2000). UU No. 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa boleh menjadi monumen peringatan penting, di mana demi keinginan menciptakan pemerintahan desa yang modern, kekuasaan-kekuasaan otonom lokal telah dibabas habis. Ide memodernisasi desa bisa berhasil di Jawa yang sudah menjadi perkotaan, tetapi tidak untuk wilayah-wilayah lain dengan kekuasaan lokal tradisional yang masih amat kuat. Bali masih terselamatkan, oleh karena dengan cekatan menciptakan perlindungan bagi *subak-subak* yang ada di wilayah itu. Pemodernisasian desa secara merata harus membayar harga yang sangat mahal, yaitu dengan runtuhnya kekuasaan lokal dan

dengan demikian mencabut komunitas lokal dari akar-akar budayanya. Desa-desa tinggal tergantung ke atas tanpa berakar ke bawah. Secara hukum mungkin pembuatan UU No. 5 Tahun 1979 itu sah-sah saja, tetapi secara antropologis di sini telah terjadi suatu tragedi nasional.

* * *

Posisi hukum adat terhadap hukum negara berbeda dari posisinya berhadapan dengan hukum kolonial. Hukum kolonial tidak merasa hukum adat sebagai bagian dari tubuhnya. VOC dan kemudian pemerintah kolonial datang untuk mengeruk keuntungan yang kemudian diangkat ke negara induk. Hukum kolonial juga lebih menekankan pada kepentingan politiknya sebagai penjajah.

Konfigurasi sekarang sudah berubah sekali. Hukum adat adalah bagian organik dari hukum negara. Maka jika rusak hukum adat, rusak pulalah sebagian dari tubuh negara itu. Hukum negara sangat berkepentingan untuk menjaga dan memelihara hukum adat. Mungkin kita perlu membaca kembali kata-kata UUD Pasal 18B ayat (2), "Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup," serta merenungkannya dengan seksama. Rumusan itu lebih memiliki nuansa ekonomis daripada antropologis. Marilah kita renungkan kalimat tersebut dan memroyeksikannya kepada Pembukaan UUD yang mengatakan, bahwa "Pemerintah Negara Indonesia melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia."

Memang dalam berbagai peraturan perundang-undangan, seperti UU Agraria, dinyatakan bahwa hukum adat menjadi basis. Tetapi dengan (hanya) bertindak secara retorik seperti itu, bangsa kita, khususnya para sarjana/ahli hukumnya, telah membunuh hukum adat secara perlahan-lahan. Dikatakan demikian, oleh karena ibarat kita telah memasukkan kambing (hukum adat) dalam satu kandang bersama-sama dengan singa (hukum negara yang notabene adalah hukum modern).

Para ahli hukum kita bertindak terlalu normatif tanpa kesadaran antropologis dan sosiologis yang cukup. Politik hukum kita seharusnya segera menyiapkan kelengkapan yang memadai untuk melindungi hukum adat dari "terkaman" hukum negara. Sering kita

mendengar bahwa rakyat enggan untuk mensertifikatkan tanahnya, karena itu kurang menjunjung adat dan tradisi turun-temurun. Di Aceh itu terjadi, juga di pedalaman Kalimantan dan lain-lain tempat negeri kita. Manusia Indonesia modern mungkin sudah tidak bisa lagi merasakan hal seperti itu. Rakyat di hutan-hutan Kalimantan dibiarkan “bertempur” sendiri melawan orde hukum negara dan orde sertifikat yang diwakili oleh para pengusaha hutan, tanpa memberikan senjata kepada rakyat setempat. Jelas, bahwa hukum negara yang notabene modern itu lebih memihak kepada orde sertifikat sebagai sesuatu yang positif-legal daripada membaca hukum secara antropologis-sosiologis.

Problem tersebut tidak hanya merupakan porsi yang harus dihadapi oleh para legislator, tetapi juga pengadilan yang ada di garis depan. Seolah-olah pengadilan ini berhadapan dengan situasi “*clear and present danger*” yang harus mereka selesaikan.

* * *

Aceh pascatsunami adalah adalah momentum besar dalam sejarah negara kita, termasuk bidang hukum, yang perlu kita amati, catat dan pahami dengan seksama. Ia merupakan laboratorium hukum, termasuk hukum adat, dengan kualitas yang luar biasa.

Aceh adalah wilayah negara kita yang pada pandangan pertama telah ambruk (*collapse*), baik secara fisik, sosial, maupun spiritual. Pandangan tersebut mengandung banyak kebenaran, tetapi kita juga perlu melakukan pengamatan secara lebih mendalam, terutama sejak bencana tersebut telah berlalu cukup lama.

Keambrokan kehidupan hukum negara tidak serta merta juga melumpuhkan kehidupan adat, tradisi dan agama. Sejak diperkirakan bahwa hukum adat memiliki kekenyalan yang lebih besar daripada hukum negara, maka sebaiknya Aceh pascatsunami dibiarkan memberikan pembuktian mengenai perkiraan tersebut. Perkiraan kita tersebut didasarkan pada hukum adat sebagai institusi yang melekat kepada hubungan-hubungan sosial yang bersifat alami. Dikatakan alami, oleh karena ia tumbuh dan berkembang “dari-dalam-Aceh” sendiri. Ia berakar pada kekhasan (*peculiarity*) komunitas Aceh. Hal itu sangat berbeda dari hubungan hukum yang didefinisikan secara formal oleh hukum negara “dari-luar-komunitas khas” yang tersebar di seluruh Indonesia. Dalam kon-

teks masyarakat Sabu, Bernard L. Tanya melukiskan keadaan tersebut sebagai beban lokal masyarakat Sabu berhadapan dengan hukum negara (Tanya, 2000).

Kalau pengadilan, kepolisian, kejaksaan dan birokrasi di Aceh mengalami fenomena eksodus, maka *gampong*, *mukim*, *keuchik* bisa lebih cepat memulihkan diri, karena tertanam dalam habitat lokal. Begitu juga dengan hukum Islam (syari'at Islam) yang berlaku di Aceh tidak membutuhkan pusat lain, karena ada di dalam wilayah Aceh sendiri. Badruzzaman Ismail, Ketua Majelis Adat Aceh, mengatakan, "Perspektif hukum adat *in concreto* Peradilan Adat/Damai di *gampong* dan *mukim* dalam Propinsi Aceh NAD merupakan bagian kehidupan budaya masyarakat yang sangat berpotensi untuk memberikan solusi-solusi hukum bagi penegakan rasa keadilan hukum masyarakat yang berkeeseimbangan. Selama pascagempa tsunami telah bermunculan masalah-masalah baru di mana berbagai pihak turun tangan dengan sistem hukum yang berbeda, sehingga telah menyulitkan penerapan hukum adat untuk memberikan kepastian hukum bagi pihak yang berkepentingan dan/atau terhadap penguasaan/pemilikan tentang status harta/materi yang ditinggalkan ..." (Ismail, 2005).

Dengan agak panjang berikut ini saya kutip kata-kata Hakim Agung Muhammad Hakim Nyak Pha, pada saat berbicara mengeai pemulihan masyarakat Aceh pascatsunami, oleh karena ia sangat bermanfaat pada saat kita memikirkan tentang tempat hukum adat dalam NKRI.

"Mampukah Aceh kembali kepada kondisi semula sebagai yang diinginkan oleh orang Aceh itu sendiri, terutama untuk mempertahankan kekhasannya terhadap agama (Islam) dan terhadap sosial budaya mereka? Ini perlu dicermati sebab tampaknya terdapat banyak sekali sekat yang akan menghalangi dan menghambatnya. Mulai dari sekat ekonomi, kepentingan politik, hukum dan lain-lain, sampai sekat banyaknya bantuan asing yang masuk ke daerah ini.

Oleh sebab itu dalam membangun (kembali) Aceh, tidak seka-dar dipahami sebagai melakukan pekerjaan besar jangka waktu tertentu, namun juga ... meliputi upaya kuat dan sungguh-sungguh untuk tidak melihat ini sebagai proyek semata, tetapi lebih mengedepankan keinginan untuk membangun Aceh dan

masyarakatnya ke dalam keadaan yang lebih baik, lebih terhormat dan lebih bermartabat.

Untuk merekonstruksi Aceh, ... juga harus berorientasi kepada perawatan 'apa yang dianggap milik bersama masyarakat' ... berarti mengembalikan apa yang sebelumnya diakui sebagai milik bersama dan yang berfungsi bagi orang-orang Aceh ... Tanpa memperhatikan prinsip-prinsip yang menjadi ciri khas Aceh tersebut, akan menghilangkan ke-Acehan itu sendiri ... Karenanya akan sangat bijaksana ... selain harus menghindari penghancuran pranata-pranata sosial yang ada, juga seharusnya berorientasi pada pemberdayaan kelembagaan lokal ... Budaya Aceh mustinya menjadi dasar dan prinsip yang dipakai dalam penataan ruang, hukum, kehidupan sosial ... memberlakukan kembali secara 'formal' hukum adat dan adat-istiadat yang ada ... Sebagian besar penduduk masih sangat menghormati dan menghargai hukum adat tersebut dan rata-rata mereka patuhi" (Pha, 2005).

Pendapat Muhammad Hakim Nyak Pha dicantumkan agak panjang, untuk mengingatkan bagaimana suatu komunitas tertentu, dalam keadaan yang sangat parah, menginginkan agar hukum adatlah yang digunakan bagi mengatasi penderitaan mereka.

* * *

Kalau saya diminta untuk berkomentar tentang empat persyaratan yuridis bagi eksistensi masyarakat hukum adat, maka dari perspektif sosiologi hukum, disarankan untuk memerhatikan, memedulikan dan memertimbangkan beberapa hal berikut ini.

Apa yang nanti akan disampaikan di bawah, mudah-mudahan bisa merupakan bahan bagi para pegambil keputusan di bidang hukum, baik legislatif, eksekutif maupun yudikatif. Kekuasaan-kekuasaan inilah yang dipercaya untuk merawat dan menjaga hukum Indonesia, dalam hal ini, hukum adat.

Sebelum memasuki rincian lebih lanjut saya ingin mengajak saudara untuk menukik sampai ke aras paradigma tentang bagaimana menata kehidupan sosial kita. Pilihan paradigmatis yang diajukan di sini adalah, apakah kita ingin mengatur untuk mengatur, ataukah mengatur yang membuat bangsa ini merasa bahagia di negerinya. Teriakan saudara-saudara kita di Aceh, sebagaimana

dituturkan oleh para pemuka Aceh, bisa ditangkap sebagai isyarat, bahwa mereka tidak hanya menginginkan masyarakat yang tertata secara teratur, tetapi lebih daripada itu ingin menjadi bahagia. Kebahagiaan ini dirumuskan dalam hukum adat yang berakar pada agama dan budaya. Kita juga tak dapat membayangkan, bagaimana andaikata Bali diatur dan ditata secara lain daripada Bali yang sekarang, dengan *subak*, *awig-awig*, *ngaben*, *nyepi* dan *banjar*-nya. Mereka tentunya tidak akan merasakan kebahagiaan seperti sekarang.

Pertama-tama, agar pemerintahan negara lebih dulu melakukan reposisi mengenai kedudukan mereka berhadapan dengan hukum adat. Kita mempunyai pengalaman sejarah kolonial dan sekarang kita sudah menjadi negara merdeka.

Apabila pemerintah kolonial mengatur, maka ia akan mengiris ke dalam daging orang lain. Hal itu tentu tidak akan dilakukan oleh pemerintah Indonesia terhadap bangsanya sendiri. Setiap kali ia mengiris, maka ia akan mengiris ke dalam daging sendiri.

Sindrom pemerintah kolonial dan memerintah secara kolonial hendaknya dijadikan bahan refleksi, yaitu merenungkan kembali tentang apa yang sebaiknya dilakukan oleh suatu pemerintahan negara merdeka. Apakah langkah, tindakan dan cara kita benar-benar sudah bebas dari sindrom kolonial?

Kedua, menyadari bahwa masyarakat lokal dan hukum adat adalah bagian dari tubuh negara, adalah darah-daging dari negara itu sendiri. Maka posisi negara disarankan untuk tidak antagonis, tetapi protagonis pada saat dihadapkan kepada masyarakat lokal dengan sekalian hukumnya. Pemerintah tidak datang untuk mengatur, seolah-olah paling tahu apa yang paling baik buat rakyat. Disarankan untuk meninggalkan model "*father knows best*" dan menggantikannya dengan "*people know best*." Marilah kita renungkan bersama, apakah cara mengatur dengan mengajukan persyaratan-persyaratan seperti dalam Pasal 18B ayat (2) UUD sejalan dengan model yang disarankan?

Ketiga, memang pemerintahan negara memiliki hak istimewa untuk mengatur dan mencampuri masyarakat. Dalam konteks sosio-antropologis Indonesia, hak tersebut sebaiknya ditundukkan kepada semangat turut merasakan (*empathy*), memedulikan (*con-*

cern) serta menjaga (*care*) terhadap bagaimana masyarakat setempat menerima hukum adat mereka dan hukum lokal mereka. Memerintah negara dan bangsa yang begini majemuk tidak bisa hanya dengan otak, tetapi lebih dengan hati nurani.

Keempat, sebaiknya pengetahuan kita tentang hukum adat diperkaya dengan hukum lokal, sebagai suatu tipe tersendiri (*distinct*). Hukum adat sudah memperoleh pemahaman yang lebih sek-sama, sejak ia sudah berusia ratusan tahun. Ia adalah tipe hukum yang beranyaman erat dengan adat, nilai-nilai setempat dan agama.

Hukum lokal adalah tipe yang lebih “baru” dalam arti masyarakat turut aktif dalam membina dan mengembangkannya. Mungkin ia lebih tepat disebut sebagai penataan secara lokal (*local arrangement*). Hukum lokal ini terbuka untuk keadaan dan pengalaman baru dan sekaligus ingin menjadikannya cocok dan berguna untuk masyarakatnya. Dengan demikian akan dijumpai kreativias dan penciptaan (*local twist*) yang berbeda-beda dari satu tempat ke tempat lain. Saya tidak tahu apakah Pasal 18B ayat (2) sudah mengakomodasi hukum lokal sebagaimana dimaksud di sini.

Kelima, para penjaga dan perawat hukum Indonesia hendaknya bisa memperbaiki kesalahan yang dilakukan di masa lalu, yaitu telah “membiarkan hukum adat dimakan oleh hukum negara (baca: hukum modern).” Di berbagai tempat, hukum adat telah menunjukkan kemampuan untuk menjadi pengorganisir masyarakatnya secara baik, kendati Indonesia menggunakan hukum modern untuk seluruh wilayahnya. Orang Bali akan merasa tidak bahagia, apabila hukum adatnya rusak dan ambruk, kendati ada hukum negara.

Sejak disadari bahwa hukum adat merupakan pilar sosio-antropologis yang penting bagi kehidupan bernegara dan bermasyarakat, maka para penjaga dan perawat hukum, yang dalam kosakata modern disebut sebagai legislatif, eksekutif dan yudikatif, diharapkan dapat mengambil langkah yang lebih afirmatif dan progresif untuk menjaga hukum adat.

Sekaranglah saatnya untuk memperbaiki kesalahan retorisi di masa lalu, sebagaimana diuraikan di muka, yang mengakibatkan hukum yang ada cenderung terpuruk dalam naungan hukum negara. Hukum adat memerlukan penjagaan dan perawatan, se-

hingga dapat sejajar dengan hukum negara (baca: hukum modern).

Bertindak afirmatif, partisan, progresif, berarti menghindarkan diri dari membuat keputusan-keputusan yang bersifat *status-quo* dan secara aktif dan kreatif mengusahakan agar hukum adat dapat bertahan di zaman modern sekarang ini.

Sampai di sini disadari, bahwa kita sudah memasuki ranah dan wacana ilmu dan teori hukum, oleh karena untuk bertindak progresif diperlukan dukungan teori yang progresif pula.

Selama ini praktik menjalankan negara hukum dan hukum di Indonesia lebih banyak didominasi oleh kultur liberal, sehingga kita lebih bersikap submisif terhadap hukum yang ada. Paradigma legalisme liberal menghendaki agar orang menjalankan peraturan sebagaimana adanya. Campur tangan akan mengganggu pemuliaan terhadap kemerdekaan individu. Oleh sebab itu apabila diharapkan agar sekalian institusi bertindak progresif, maka diperlukan teori yang tidak liberal, melainkan progresif. Salah satu pilar teori progresif di sini adalah yang berani melakukan pembebasan terhadap dominasi sistem dan kultur liberal.

Akhirnya berdasarkan sekalian uraian di muka, untuk memberi komentar terhadap empat persyaratan bagi eksistensi hukum adat ex Pasal 18B ayat (2) UUD, dikemukakan hal-hal berikut.

Ps 18B ayat (2) UUD sudah menjadi hukum positif, sehingga kita terikat kepadanya. Terikat berarti menerima dan dimulai dengan membaca apa isi peraturan tersebut. Membaca peraturan bukanlah mengeja kalimat dan kata-kata dari peraturan, melainkan lebih daripada itu, kita memberi makna terhadap peraturan tersebut. Maka melalui pemberian makna itulah ingin diberikan komentar terhadap ketentuan dalam UUD tersebut.

Makna yang ingin diberikan terhadap ketentuan UUD tersebut bertolak dan berdasarkan tata-pikiran (*mind-set*) yang telah disiapkan melalui halaman-halaman terdahulu tulisan ini. Intinya adalah, bahwa hukum adat adalah suatu hukum yang khas mengandung muatan bahan sosio-antropologis Indonesia. Sifatnya yang penuh dengan afeksi tersebut membuat para penggunanya merasa bahagia. Hal ini menjadi alasan penting untuk menjaga dan merawatnya. Tata-pikir yang telah disiapkan tersebut akan memandu kita

dalam mencermati keempat syarat bagi eksistensi hukum adat, sebagaimana diuraikan berikut ini.

(1) “Sepanjang masih hidup”

Persyaratan tersebut perlu diteliti dengan seksama dan hati-hati, tidak hanya menggunakan tolok ukur kuantitatif-rasional, melainkan lebih dengan empati dan partisipasi. Kita tidak semata-mata melakukan pengamatan dari luar, melainkan juga dari dalam, dengan menyelami perasaan masyarakat setempat. Metodologi yang digunakan adalah partisipatif.

(2) “Sesuai dengan perkembangan masyarakat”

Syarat tersebut tidak ditafsirkan dari segi ekonomi dan politik, melainkan dari kacamata masyarakat setempat. Penafsiran dari kedua segi tersebut mengandung risiko untuk memaksakan (*imposing*) kepentingan raksasa atas nama “perkembangan masyarakat.”

Masyarakat adat akan sulit untuk menghindari dari penetrasi teknologi dan itu akan menimbulkan dinamika di dalam masyarakat tersebut. Yang ingin dikatakan di sini adalah untuk memberi peluang dan membiarkan dinamika masyarakat setempat itu berproses sendiri secara bebas.

(3) “Sesuai dengan prinsip NKRI”

Di muka sudah diuraikan, bahwa Negara R.I. dan masyarakat lokal adalah satu kesatuan tubuh. Keduanya tidak dihadapkan secara dikotomis atau hitam-putih. Dipahami, bahwa masyarakat lokal atau adat adalah bagian dari dan darah-daging dari NKRI itu sendiri. Penelitian yang dilakukan berdasar paradigma tersebut akan berbeda daripada yang melihat NKRI dan masyarakat adat sebagai dua entitas yang berbeda dan berhadap-hadapan. Metode holistik akan lebih cocok apabila digunakan paradigma tersebut.

(4) “Diatur dalam undang-undang”

Indonesia adalah negara berdasar hukum. Apabila dalam negara yang demikian itu segalanya diserahkan kepada hukum, maka kehidupan sehari-hari tidak akan berjalan dengan produktif. Banyak kejadian telah membuktikan hal itu. Pada waktu di tahun 60-an di Amerika Serikat terjadi pergolakan sosial dan politik dan memunculkan problem-problem baru, ternyata hu-

kum yang ada gagal untuk memberi penyelesaian. David M. Trubek bahkan sempat mengajukan pertanyaan dramatis, “*Is law dead?*” (Trubek, 1972). Tetapi Nonet dan Selznick menyarankan jalan keluar yang lebih konkret, yaitu dengan mensintesisasikan “*jurisprudence*” dan “*social sciences.*” Hukum yang selalu ingin mengatur ranahnya sendiri dan merasa cakap untuk itu telah gagal. Maka disarankan agar hukum itu diceerahkan dan diperkaya oleh ilmu-ilmu sosial (Nonet & Selznick, 1978).

Contoh di atas hanya ingin menunjukkan, bahwa hukum tidak bisa hanya melihat ke dalam dirinya sendiri dan berpatokan pada “*rules and logic.*” Cara yang demikian ini hanya akan menghambat berlangsungnya proses-proses produktif dalam masyarakat. Negara hukum tidak hanya membutuhkan praksis yang didasarkan pada “*the logic of the law*” melainkan juga “*social reasonableness.*” Di sini kita diingatkan kepada kata-kata Karl Renner, bahwa “*The development of the law gradually works out what is socially reasonable*” (Renner, 1969).

Pasal 18B ayat (2) UUD memang sudah menjadi bagian dari hukum positif Indonesia dan oleh karena itu dijalankan. Tulisan ini menyarankan agar menjalankan hukum tidak disamakan dengan kerja mesin otomatis (*subsumptie automaat*) yang tinggal memencet tombol dan putusan yang benar akan keluar. Menjalankan hukum adalah sekaligus memberi makna terhadap peraturan yang tertulis hitam-putih itu. Disarankan agar dalam membaca, memaknai dan menerapkan Pasal 18B ayat (2) UUD itu Mahkamah Konstitusi dan pengadilan-pengadilan lain disemangati oleh keinginan dan tekad untuk menjaga dan merawat hukum adat sebaik-baiknya.

Demikianlah gagasan-gagasan yang dapat disumbangkan kepada Lokakarya Nasional ini, semoga ada manfaatnya.

Wallahu a’lam.

Bacaan

- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Glasgow: Oxford Univ. Press, 1961/1972.
- Horsman, Mathew & Marshall, Andrew, *After the Nation-State*, London: HarperCollins, 1995.
- Ismail, Badruzzaman, "Persoalan-persoalan Hukum Pasca Gempa dan Tsunami dari Perspektif Hukum Adat (Peradilan Adat)," Semarang: Makalah Semiloka Nasional PDIH Undip, Bappenas dan AusAid, 2005.
- Nonet, Philippe & Selznick, Philip, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, N.Y.: Harper Colophon Books, 1978.
- Ohmae, Kenichi, *The End of the Nation State*, London: HarperCollins, 1996.
- , *The Borderless World*, 1992, London: HarperCollins, 1994.
- Pha, Muhammad Hakim Nyak, "Pembangunan Propinsi NAD Pasca Bencana Gempa dan Tsunami dari Perspektif Antropologi (Adat dan Budaya)," Semarang: Makalah Semiloka Nasional, PDIH Undip, Bappenas dan AusAid, 2005.
- Poggi, Gianfranco, *The Development of the Modern State*, London: Hutchinson, 1978.
- Rahardjo, Satjipto, *Sosiologi Hukum: Metode, Perkembangan dan Pilihan Masalah*, Surakarta: Muhammadiyah Univ. Press, 2002.
- Renner, Karl, "The Development of Capitalist Property and the Legal Institutions Complementary to the Property Norm," dalam *Sociology of Law*, Vilhelm Auber (ed.), Baltimore: Penguin Books, 1969.
- Tanya, Bernard L., *Beban Budaya Lokal Menghadapi Hukum Negara – Analisis Budaya atas Kesulitan Sosio-Kultural Orang Sabu menghadapi Regulasi Negara* (disertasi), Semarang, 2000.
- The Report of the Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood*, N.Y.: Oxford Univ. Press, 1995.
- Trubek, David M., "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development," dalam *The Yale Law Journal*, Vol. 82, No. 1, 1972.
- Unger, Roberto Mangabeira, *Law in Modern Society*, London:

Collier Macmillan, 1976.

3

ASAS-ASAS HUKUM

(Hukum bukan hanya sebuah dokumen perundang-undangan yang terdiri dari ribuan pasal, melainkan sebuah dokumen moral, yang menyimpan pesan-pesan moral untuk kehidupan bermasyarakat. Maka menjadi tugas kita untuk memahaminya sebagai demikian).

Pendahuluan

Sejak hukum modern itu lebih merupakan *legislated law*, maka perhatian lebih ditujukan kepada pembacaan terhadap substansi peraturan, hukum, atau perundang-undangan secara rasional. Apa yang diatur di situ? Apa yang dilarang dan dibolehkan? Bagaimana bunyi undang-undang, bagaimana prosedurnya? Kultur ber hukum modern seperti itu mengabaikan pertanyaan **filosofis** tentang alasan dan tujuan moral undang-undang.

Jantung Perundang-Undangan

Asas-asas hukum itu merupakan bagian sangat penting dan mendasar dalam hukum, bahkan bisa dinamakan **jantung** dari hukum. Namun ia belum mendapatkan perhatian yang memadai sesuai dengan sifat dan kedudukannya yang demikian itu. Dalam pelajaran dan pembelajaran di fakultas hukum, ia juga belum mendapatkan pengakuan yang sepadan. Ia masih lebih terselip dan diselipkan di mana-mana, daripada diangkat sebagai topik dan masalah tersendiri yang utuh.

Apabila di kalangan akademis saja keadaan adalah seperti itu, maka janganlah disalahkan manakala dalam praktik asas hukum masih sangat terabaikan. Itu berarti, bahwa orang masih lebih membaca pasal-pasal undang-undang daripada membaca, mengenali dan meresapkan asas-asas hukum terlebih dahulu.

Pengabaian terhadap arti penting asas hukum menyebabkan, bahwa pembuatannya oleh badan legislatif juga tidak mendapatkan perhatian yang seksama. Dengan demikian, maka badan le-

gislatif lebih pantas disebut sebagai produsen pasal-pasal daripada asas hukum. Masih terlalu sering dijumpai asas-asas hukum yang hampir tidak memberikan panduan pada waktu hukum itu dilaksanakan. Pembuatan asas hukum masih sering dilakukan secara salah. Ini bisa mengakibatkan hal-hal yang lebih fatal pada waktu suatu undang-undang dilaksanakan.

Hukum sebagai Rancangan Kehidupan

Mendirikan negara hukum, membuat hukum dan menjalankan hukum tidak bisa dilepaskan dari **rancangan besar** mengenai bagaimana **kehidupan manusia** itu ingin dibangun. Memang hukum mengatur lalu lintas di jalan umum, perdagangan, kepailitan, pembangunan pemerintahan, pengadaan badan-badan publik, penghukuman orang yang melakukan kejahatan, tetapi itu semua bertolak dari satu titik, yaitu merancang kehidupan manusia.

Bagaimana negara hukum Indonesia itu merancang kehidupan sekian ratus juta rakyatnya menjadi pintu masuk bagi legislasi di negeri ini. Para legislator pada berbagai tingkat, mulai teratas sampai terbawah, sebaiknya melakukan pembelajaran diri terlebih dahulu sebelum melaksanakan tugasnya. Yang dimaksud dengan pembelajaran diri di sini adalah, bahwa mereka perlu menyadari apa yang akan dan sedang mereka lakukan, yaitu merancang suatu kehidupan manusia. Rancangan besar itulah yang perlu disadari dan diresapkan terlebih dahulu. Inilah hakikat pembelajaran yang dimaksud.

Rasanya, Negara Hukum Indonesia ini didirikan untuk merancang kehidupan rakyat yang sejahtera dan bahagia; begitulah inti-sari pembukaan Undang-Undang Dasar (UUD). Begitu kata UUD, begitu pula seharusnya **ruh** itu dijabarkan ke dalam rancangan yang lebih **konkret**. Sifat konkret itu barang tentu tergantung pada posisi otoritas legislator. Konkretisasi tertinggi dilakukan melalui pembuatan **asas-asas hukum**. Kendati berbeda dalam otoritas, tetapi sekalian legislator itu perlu benar-benar menyadari “**ke mana bangsa ini mau dibawa.**”

Hukum Berangkat dari Titik Pandang (*Point of View*)

Hukum itu **memiliki titik pandang** dan akan **berangkat** dari situ pula. Hukum tanpa titik pandang bukan hukum namanya, tetapi

hanya kumpulan pasal-pasal suruhan dan larangan saja. Titik pandang tersebut mengandung filsafat kehidupan dan memuat kearifan tentang “*wat denkt gij van de mens en samenleving?*” (bagaimana pendapat anda tentang manusia dan kehidupan bersama manusia itu). Setiap bangsa akan memberi jawaban sendiri terhadap pertanyaan filsafati tersebut.

Perbedaan antarbangsa terletak pada dan ditentukan oleh cara anggota-anggota dari bangsa itu berhubungan satu sama lain (*the way people behave toward each other*). Amerika Serikat, misalnya, menjawab dengan paham individualisme, sedang Jepang dengan paham kolektivisme. Itulah yang menyebabkan praksis hukum kedua negara adikuasa tersebut berbeda. Posisi seseorang dalam masyarakat di Amerika dan Jepang berbeda. Di Amerika seseorang itu merdeka dan bebas hampir total, sedang di Jepang seseorang itu merupakan bagian dari jaringan kolektif setempat. *In the United States, the person tends to be perceived by self and others as an individual whose identity and sense of self stand apart from the group or the community; in Japan, the person tends to be perceived by self and others as a social participant whose identity is in large part defined by social relationships* (Hamilton & Sanders, 1992: 49). Dikatakan secara singkat, di Amerika ditemukan *individual actors*, sedang di Jepang *contextual actors*.

Perbedaan tersebut menentukan bagaimana hukum diciptakan dan dijalankan di kedua negara itu. Dalam istilah yang kita gunakan di atas, perbedaan tersebut merupakan titik pandang hukum masing-masing negara.

Pembuatan hukum yang baik akan bertolak dari titik pandang, oleh karena berangkat dari titik pandang dan senantiasa menyadari kehadiran titik pandang tersebut, akan menjadikan hukum itu benar-benar satu kesatuan pengaturan. Ciri asas hukum yang baik adalah, bahwa “*it should give cohesion to a particular branch of the law by capably explaining the relevant cases: it must be suited to the practical needs and ethical requirements of that particular community and be elastic enough to afford opportunities for development in the rules that are based upon it.*” (Paton, 1964: 205).

Asas Hukum

Titik pandang tersebut mendapatkan tempat dalam hukum dalam bentuk **asas-asas hukum** (*“Through the medium of the principle, law can draw nourishment from the views of community,”* Paton, 1964: 204). Asas hukum itulah yang akan mewedahi titik pandang tersebut. Hukum itu mengatur dan berhubungan dengan kehidupan manusia dalam waktu dan geografi tertentu. Oleh sebab itu kita juga akan berbicara mengenai sistem hukum tertentu.

Dalam legislasi akan dijumpai hal-hal yang oleh suatu bangsa atau komunitas dianggap sebagai ‘sudah seharusnya,’ ‘**sudah dengan sendirinya**’ (Bld.: *onmiddelijk evident*, Scholten, 1954). Dalam konteks pembicaraan kita, pengertian-pengertian tersebut sebenarnya masih harus diikuti oleh penjelasan ‘bagi suatu komunitas tertentu.’ Hak-hak seperti itu termasuk kategori asas hukum. Misalnya hukum tidak perlu memberikan penjelasan mengapa orang yang berhutang itu harus melunasi hutang itu. Komunitas di situ berpendapat bahwa hutang dengan sendirinya akan membawa beban bagi yang berhutang untuk melunasi. Berangkat dari asas hukum tersebut lalu dapat dilanjutkan pengaturan lebih lanjut dalam hubungan utang-piutang.

Dari uraian di atas diketahui tentang betapa penting kehadiran dan kedudukan asas hukum dalam suatu sistem hukum. Asas hukum merupakan **kelengkapan** vital dalam legislasi. Ia bukan sekadar hiasan yang bisa dilepas begitu saja dari suatu undang-undang tanpa risiko apapun. Ia adalah bagian **integral** dari suatu undang-undang dan sistem hukum. Maka sebaiknya kita mengutuhkan pemahaman kita, bahwa pengaturan oleh hukum itu dilakukan baik melalui pasal-pasal maupun asas hukum. Oleh sebab itu membaca dan memahami asas merupakan aspek penting dari ikhwal membaca undang-undang. Implikasi yang muncul dari situ adalah, bahwa **legislator** tidak boleh sembarangan atau asal-asalan dalam mencantumkan suatu asas hukum.

Sehubungan dengan hal tersebut di atas, sayangnya perlu diakui, bahwa masih banyak asas-asas hukum yang tidak pantas untuk disebut demikian. Tidak sedikit undang-undang yang mencantumkan suatu asas hukum, tetapi pada waktu dibaca, ia hampir tidak mempunyai **fungsi** dalam kaitan dengan undang-undang bersangkutan.

Undang-Undang No. 14 Tahun 1992 tentang Lalu lintas Jalan merupakan contoh yang baik tentang pencantumkan asas hukum yang tidak baik. Undang-undang tersebut mencantumkan asas-asas yang tidak memberitahu rakyat tentang titik pandang dalam bagaimana berlalu-lintas. Menurut saya, yang disebut sebagai asas di situ, lebih merupakan jargon-jargon P-4 (Penataran Pancasila), daripada asas hukum berlalu-lintas dalam artian sebenarnya. Pencantuman asas seperti itu hampir tidak memberi **tuntunan** sama sekali dalam hal berlalu-lintas di jalan di Indonesia. Asas yang lebih tepat adalah yang memberikan panduan moral dalam berlalu-lintas. Asas seperti itu bisa dirumuskan sebagai berikut: (1) Dalam berkendara di jalan, hendaknya seorang pengendara memerhatikan orang lain; (2) Dalam berkendara di jalan, hendaknya jangan menyusahkan orang lain. Keduanya merupakan panduan moral dalam berlalu-lintas dan bisa menjadi sumber inspirasi pada saat orang mempertanyakan apa makna pasal-pasal dalam undang-undang tersebut.

Asas hukum itu sesungguhnya mengatur tetapi dengan cara tidak muncul sebagai aturan yang konkret. Tidak ada hukum dan sistem hukum yang bisa berjalan tanpa memiliki asas hukum. Mungkin ia dinyatakan secara eksplisit, tetapi mungkin juga tersembunyi di belakang peraturan. Di bawah nanti ia akan dibicarakan lebih lanjut.

Suatu peraturan atau perundang-undangan itu cacat sejak dilahirkan. Cacat di sini terletak pada ketidakmampuannya untuk mengatur suatu substansi secara **tuntas**, kendatipun ia mengelim hal itu. Kita akan selalu dihadapkan kepada **celah-celah** yang tidak diatur oleh suatu peraturan. Dalam keadaan seperti itu asas hukum akan datang sebagai malaikat penyelamat yang memberikan panduan untuk memutuskan apa yang harus dilakukan. Dalam contoh mengenai UU 1992 tentang Lalu lintas Jalan tersebut di atas, asas hukum seharusnya bisa mengisi celah-celah dalam berlalu-lintas yang tidak ditemukan aturan konkretnya dalam Undang-Undang Lalu lintas Jalan. Sayangnya, asas di situ lebih bersifat abstrak daripada fungsional.

Asas Hukum: Unsur Moral Hukum

Dibandingkan dengan pasal-pasal undang-undang, maka asas hukum itu memang bukan peraturan, tetapi seperti dikatakan oleh Scholten, "*doch geen recht is te begrijpen zonder die beginselen*" (hukum tidak dapat dipahami dengan baik tanpa asas-asas).

Hukum modern dibuat secara sengaja dan rasional (*purposeful human action*, Trubek, 1972), tetapi pada waktu yang sama, dengan cara pembuatan yang demikian itu, ia makin **kehilangan pijakan moralnya**. Yang menonjol dalam hukum modern adalah pasal-pasal yang dibuat secara rasional itu. Lebih lanjut Scholten mengatakan, "*het zijn tendenzen, welke ons zedelijk oordeel aan het recht stelt, algemeenheden, ... maar die toch niet te missen zijn*" (ia berupa arah/kecenderungan yang datang dari putusan moral kita yang kita tanamkan dalam hukum, berupa pernyataan umum, yang namun demikian tak dapat diabaikan).

Mengenai fungsi asas hukum, lebih lanjut Paton mengatakan, "*A principle is the broad reason which lies at the base of a rule of law; it has not exhausted itself in giving birth to that particular rule but is fertile. Principle, the means by which the law lives, grows, and develops, demonstrate that law is not a mere collection of rules.*" (Paton, 1964: 204).

Asas hukum itu mengawal dan **memberi daya hidup** (*nourishment*) kepada hukum dan bagian-bagian atau bidang-bidang dari hukum. Paton menyebutnya sebagai suatu sarana yang membuat hukum itu hidup, tumbuh dan berkembang.

Asas hukum menjadikan hukum lebih daripada sekadar peraturan yang dibuat dengan sengaja dan rasional, tetapi juga suatu **dokumen moral-etis**. Asas hukum memang tidak tampil sebagai **aturan** (*rule*) yang konkret, tetapi lebih berkualitas sebagai **kaidah** (*norm*) di belakang peraturan. Aturan itu rasional, sedang kaidah memiliki kandungan moral dan bersifat etis. Sebuah peraturan bisa mengatakan, bahwa perbuatan yang merugikan orang lain mengharuskan pelaku perbuatan itu untuk membayar ganti rugi. Peraturan seperti itu sebetulnya didasari oleh suatu pertimbangan etis dan moral, yaitu bahwa merugikan orang lain adalah perbuatan tercela dan oleh karena itu membutuhkan keadilan yang memulihkan, di sini dalam bentuk pemberian ganti kerugian.

Asas hukum menjelaskan dan memberi *ratio legis* mengapa harus ada aturan begini atau begitu. Ia menjadi jembatan antara peraturan hukum dan cita-cita sosial serta pandangan etis masyarakatnya.

Asas Hukum: Dibuat atau Ditemukan?

Pertanyaan yang menarik adalah apakah asas itu dibuat dengan sengaja sejak awal, ataukah ditemukan kemudian?

Asas hukum yang dibuat dengan sengaja dan dicantumkan dalam undang-undang memang mudah diketahui. Bagaimana apabila hal itu tidak terjadi, yaitu apabila asas hukum tidak ditemukan secara eksplisit tertulis dalam suatu undang-undang? Apakah dengan demikian memang undang-undang itu tidak memiliki asas dan dengan demikian tidak disusun berdasar asas hukum tertentu? Ataukah ia mengandung asas hukum, tetapi tersembunyi di tengah-tengah rimba pasal-pasal?

Apabila kita berpendapat, bahwa tidak mungkin suatu peraturan itu tidak bertolak dari suatu titik pandang tertentu, maka sekalipun tidak ditemukan pencantuman asas hukum secara jelas, tetap kita berusaha **menemukannya**. Scholten yang berpendapat seperti itu memberi tugas kepada **ilmu hukum** untuk menemukan asas-asas tersebut.

Asas hukum itu mungkin bisa ditemukan dengan mencari kesamaan antara pasal-pasal yang tersebar, yang sepintas lalu terlihat seperti tidak ada hubungan satu sama lain (*het rechtsbeginsel vinden door het gemeenschappelijke in schijnbaar uit elkaar liggende regelingen aan te wijzen*).

Kendatipun asas hukum itu tidak dinyatakan secara tegas dan juga tidak bisa ditemukan dengan cara mencari ikatan keumuman yang menyatukan berbagai pasal, tetapi tetap diandaikan (*verondersteld*), bahwa ada "**sesuatu**" yang menyatukan hukum sebagai satu keseluruhan. Sesuatu itu pun bisa kita namakan sebagai asas hukum.

Asas Hukum sebagai Sumber Penafsiran

Salah satu fungsi penting asas hukum muncul pada waktu kita dihadapkan kepada penafsiran suatu pasal dalam undang-undang bersangkutan.

Penafsiran merupakan bagian yang rumit (*crucial*) dalam kehidupan hukum. Sesungguhnya tidak ada peraturan perundang-undangan yang benar-benar jelas. Sesuatu yang pada suatu saat tampak sebagai jelas, di waktu lain bisa menjadi tidak jelas atau kurang jelas. Maka dari itu tidak ada peraturan yang bebas dari penafsiran. Dengan perkataan lain, membaca undang-undang adalah sekaligus **menafsirkannya**.

Peraturan hukum bisa berlaku untuk masa yang berbeda-beda, tetapi asas hukum yang memuat pertimbangan atau alasan etis/moral, akan bisa bertahan terus. Ia relatif tidak terjamah oleh perubahan, karena mengandung kearifan dasar tentang pandangan terhadap manusia dan masyarakat (*mens en samenleving*). Pandangan mendasar ini sulit sekali untuk berubah.

Di atas sudah dikemukakan perbedaan cara pandang antara Jepang dan Amerika Serikat terhadap tempat manusia dalam masyarakat. Perbedaan tersebut terus menembus sampai ke penggunaan hukum di masyarakat. Sebuah penelitian tentang penggunaan kontrak di Jepang pada tahun 70-an menampilkan gambar yang sangat menarik (Parker Jr., 1984 : 26-27).

Dalam sebuah survei yang dilakukan oleh 'The Japan Culture Council' (*Nihon Bunka Kaigi*) terhadap 1.500 penduduk yang tinggal di Tokyo, ditunjukkan bagaimana sikap orang Jepang terhadap persoalan hukum. Di Jepang dijumpai dua lapis sikap, yaitu forma (*tatema*) dan perasaan yang ada di dalam (*honne*). Kedua lapis sikap tersebut terungkap dalam jawaban terhadap kuesioner yang diajukan. Delapan puluh sembilan persen responden menjawab, bahwa sebaiknya kontrak itu dituangkan secara tertulis, bagaimanapun kedua pihak sudah saling percaya. Sembilan puluh persen berpendapat, bahwa kontrak itu dirumuskan secara rinci untuk menghindari salah penafsiran. Kendati sikap yang menunjukkan pemahaman kontrak secara modern-individual tersebut, pada waktu menjawab butir ketiga, muncul sikap yang berlawanan dengan jawaban pertama dan kedua tersebut. Enam puluh lima responden merasa, bahwa kontrak bisa dikesampingkan hanya dengan cara musyawarah, apabila situasi menghendaki. Yang terakhir ini menunjukkan sikap *honne*, yaitu yang ada di dalam atau di balik sikap formal.

Apabila sikap pertama dan kedua konsisten dengan westernisasi Jepang, maka yang ketiga menunjukkan sikap yang bertolak dari tradisi Jepang. Sosiolog Jepang terkemuka, Kawashima, mengatakan, “*The expectation that agreements will be kept and obligation met makes the notion of ‘demanding one’s rights’ something of anomaly. Historically, the individual’s rights have been subservient to the needs of the group in Japan... the individual’s desires are ‘absorbed in the interest of the collectivity to which he belongs, and the interest of the collectivity is recognized as having primary importance, while the interest of the individual has merely a secondary importance.’*”

Dari keterangan di atas dapat diketahui, bahwa dicantumkan atau tidak, asas dan dimensi asas yang memuat kandungan moral, selalu hadir dalam suatu tata hukum. Di Jepang, keadaan menjadi lebih ekstrem, sebab setiap langkah yang diambil akan selalu disaring kembali melalui sebuah penapis yang disebut *honne*.

Penutup

Asas hukum adalah sebuah cara untuk memasukkan pesan dan dimensi etis serta moral dalam hukum. Ia tidak boleh ada di situ hanya sekadar sebagai hiasan atau kelengkapan suatu undang-undang. Dengan demikian ia mengangkat kualitas hukum, bukan hanya sebagai karya rasional, melainkan suatu karya yang sarat dengan panduan moral bagi kehidupan bermasyarakat.

Oleh sebab itu pembuatannya memerlukan pemikiran yang bersungguh-sungguh dan ini mengingatkan agar para legislator tidak melihat tuntutan pencantuman asas hukum sekadar sebagai suatu *fashion*. Sikap yang demikian itu malah akan menurunkan derajat (*to degrade*) kemuliaan asas hukum.

Di sisi lain, pada tingkat penggunaannya, kehadiran asas hukum merupakan isyarat tentang diperlukannya pemahaman terhadap hukum secara bermakna, dalam hal ini makna dalam konteks moral-etis. Maka membaca undang-undang adalah tidak sekadar mengeja pasal-pasalanya (*tatema-e-like*), melainkan mencari dan memberi makna (*honne-like*) kepadanya.

Bacaan

- Hamilton, V.Lee & Sanders, Joseph, *Everyday Justice – Responsibility and the Individual in Japan and the United States*, New Haven: Yale Univ. Press, 1992.
- Paton, G.W., *A Text-book of Jurisprudence*, London: Oxford Univ. Press, 1964.
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996.
- Scholten, Paul, *Algemeen Deel*, Zwolle: WEJ Tjeenk Willink, 1954.
- Parker, Jr., L. Craig, *The Japanese Police System Today - An American Perspective*, Tokyo: Kodansha International Ltd., 1984.
- Trubek, David M., “*Toward a Social Theory of Law*”, dalam *The Yale Law Journal*, Vol. 82, Number 1, November 1972: 1-50.

4

KEPASTIAN HUKUM

Setiap ranah kehidupan memiliki semacam **ikon** masing-masing. Untuk ekonomi ikon tersebut adalah: efisiensi, untuk kedokteran: mengawal hidup manusia dan seterusnya. Ikon untuk hukum modern adalah: **kepastian hukum**. Setiap orang akan melihat fungsi hukum modern sebagai menghasilkan kepastian hukum. Masyarakat, terutama masyarakat modern, sangat membutuhkan adanya kepastian dalam berbagai interaksi antara para anggotanya dan tugas itu diletakkan di pundak hukum. Ilmu hukum pun disibukkan oleh masalah tersebut.

Pada hemat saya, kepastian hukum sudah menjadi semacam **ideologi** dalam kehidupan ber hukum, sehingga diperlukan suatu pemahaman yang kritis mengenai kata tersebut. Dengan menjadi ideologi akan terjadi kecenderungan untuk mencampur-adukkan antara pernyataan dan kebenarannya.

Kepastian hukum sebagaimana biasa dipahami orang, juga bukan produk otomatis dari hukum. Dengan bernegara hukum tidak serta merta muncul kepastian-kepastian dalam masyarakat. Nanti akan kita lihat, bahwa dibutuhkan proses-proses lain daripada yuridis bagi terjadinya kepastian hukum. Di sini, misalnya, saya terpikir antara lain kepada proses-proses **psikologis** dan **politis**.

Secara sosio-historis, masalah kepastian hukum muncul bersamaan dengan sistem produksi **ekonomi kapitalis**. Berbeda dengan sistem produksi sebelumnya, maka yang terakhir itu mendasarkan kepada penghitungan efisiensi. Semua harus bisa dihitung (*calculated*) dengan jelas dan pasti, berapa barang yang dihasilkan, berapa harga ongkos yang dikeluarkan dan berapa harga jual. Sekalian besaran tersebut membutuhkan penghitungan yang pasti. **Industrialisasi**, produksi ekonomi dengan menggunakan **mesin**, menambah sifat eksak dari sistem tersebut.

Ini berbeda dengan sistem produksi ekonomi yang sebelumnya yang tidak mendasarkan pada kalkulasi rasional serta belum menggunakan mesin. Perputaran ekonomi dalam komunitas-

komunitas kecil dan terbatas yang bersifat **siklis** (*cyclical*) juga hanya menghasilkan aktivitas produksi yang terbatas dan sederhana pula. Sistem produksi seperti itu disebut perekonomian **subsisten**.

Tetapi begitu mesin mulai masuk, maka **rasionalisasi** dalam sistem produksi tak dapat lagi dibendung. Rasionalisasi dan produksi masinal membutuhkan dukungan dari komponen lain lagi, yaitu suatu **orde sosial** baru. Orde sosial baru ini harus dapat dimasukkan ke dalam komponen produksi dan dihitung. Orde sosial yang lama dengan konsep-konsep dan struktur yang tidak eksak akan mengganggu kelancaran sistem produksi ekonomi yang sudah menjadi rasional dan kapitalis tersebut. Konsep kepemilikan harus jelas, termasuk ukuran-ukuran fisiknya.

Hukum modern tampil menjawab kebutuhan zaman tersebut. Capaian (*achievement*) hukum modern yang menjawab tantangan kebutuhan tersebut adalah **tertulis** dan **publik**. Ini sangat mendukung kebutuhan sistem ekonomi baru waktu itu dalam memberikan **prediktabilitas**. Karena tertulis dan diumumkan secara publik, maka segalanya bisa diramalkan dan dimasukkan ke dalam komponen produksi.

Ilmu hukum juga terpanggil untuk memberikan legitimasi teori terhadap perkembangan tersebut. Di sinilah munculnya **positivisme** dan berpikir secara **positivistik-analitis**.

Orang mungkin tidak akan melihat kepastian hukum sebagai bagian dari permasalahan dalam hukum modern. Tetapi, apabila orang membandingkan antara hukum modern sebagai bagian dari orde sosial baru dengan orde sosial yang lama, maka akan jelas sekali dimensi kepastian hukum di situ.

Wacana keilmuan juga ditantang untuk mendiskusikan fenomena baru hukum modern tersebut. Cara para ilmuwan mendiskusikan hukum di masa **Hukum Alam** pasti sangat berbeda dari ilmuwan yang harus menjawab permasalahan hukum modern itu. Kepastian hukum belum menjadi masalah besar dan sentral di masa itu. Berbicara mengenai hukum hampir identik dengan berbicara mengenai keadilan yang tidak diganggu oleh unsur lain seperti akan dibicarakan di bawah ini. Masalah-masalah hukum yang dibicarakan sekarang, termasuk kepastian hukum, adalah **derivasi** dari kemunculan hukum modern.

Gustav Radbruch memberi kontribusi yang cukup mendasar terhadap diskusi kita mengenai topik kepastian hukum. Pada hemat saya, Radbruch tidak akan membuat ekspose seperti akan diuraikan di bawah ini, apabila ia tidak dihadapkan kepada fenomena hukum modern. Radbruch berbicara tentang adanya **cita hukum** (*"Idee des Rechts,"* Radbruch, 1961: 36). Cita hukum ini akan membimbing manusia dalam kehidupannya ber hukum. Radbruch, yang tesisnya sudah diterima luas oleh komunitas ilmu hukum, mengatakan, bahwa cita hukum tersebut ditopang oleh kehadiran **tiga nilai dasar** (*Grundwerten*), yaitu **keadilan** (*Gerechtigkeit*), **kemanfaatan** (*Zweckmaeszigkeit*) dan **kepastian hukum** (*Rechtssicherheit*).

Ketiga nilai dasar tersebut tidak selalu berada dalam hubungan serasi (harmonis) satu sama lain, melainkan berhadapan, bertentangan, ketegangan (*Spannungsverhaeltnis*) satu sama lain. Keadilan bisa bertabrakan dengan kemanfaatan dan kepastian hukum; tuntutan kemanfaatan bisa bertabrakan dengan keadilan dan kepastian hukum dan seterusnya.

Perbincangan Radbruch mengenai cita hukum tersebut menjadi lebih menonjol bila ditempatkan pada latar belakang kehadiran hukum modern. Semakin hukum itu dituliskan atau dipositifkan, semakin kuat pula nilai perbincangan mengenai cita hukum dengan sekalian konsep tentang nilai-nilai dasar yang menyertainya.

Kemunculan hukum modern membuka pintu bagi masuknya permasalahan yang tidak ada sebelumnya, yang sekarang kita kenal dengan nama kepastian hukum itu. Nilai keadilan dan kemanfaatan secara tradisional sudah ada sebelum era hukum modern. Sudah sejak masa ribuan tahun kedua nilai tersebut ada dalam wacana hukum, tetapi kepastian hukum adalah sesuatu yang baru.

Sekali lagi, kepastian hukum atau *Rechtssicherheit*, *security*, *rechtszekerheid*, adalah sesuatu yang baru, yaitu sejak hukum itu dituliskan, dipositifkan dan menjadi publik. Kepastian hukum menyangkut masalah "*law being written down*," bukan tentang keadilan dan kemanfaatan. Kepastian hukum itu tidak ada hubungannya dengan "*die Sicherheit durch das Recht*," seperti memastikan, bahwa pencurian, pembunuhan, menurut hukum merupakan kejahatan. Kepastian hukum adalah "*Sicherheit des Rechts selbst*"

(kepastian tentang hukum itu sendiri). Ada empat hal yang berhubungan dengan makna kepastian hukum.

Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa ia adalah perundang-undangan (*gesetzliches Recht*). Kedua, bahwa hukum ini didasarkan pada fakta (*Tatsachen*), bukan suatu rumusan tentang penilaian yang nanti akan dilakukan oleh hakim, seperti “kemauan baik,” “kesopanan.” Ketiga, bahwa fakta itu harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping juga mudah dijalankan. Keempat, hukum positif itu tidak boleh sering diubah-ubah.

Fuller (1971) juga memajukan delapan asas yang harus dipenuhi oleh hukum dan apabila itu tidak dipenuhi, maka gagallah hukum disebut sebagai hukum. Kedelapan asas tersebut adalah sebagai berikut:

- (1) suatu sistem hukum terdiri dari peraturan-peraturan, tidak berdasarkan putusan-putusan sesaat untuk hal-hal tertentu (*ad hoc*),
- (2) peraturan tersebut diumumkan kepada publik,
- (3) tidak berlaku surut, karena akan merusak integritas sistem,
- (4) dibuat dalam rumusan yang dimengerti oleh umum,
- (5) tidak boleh ada peraturan yang saling bertentangan,
- (6) tidak boleh menuntut suatu tindakan yang melebihi apa yang bisa dilakukan,
- (7) tidak boleh sering diubah-ubah,
- (8) harus ada kesesuaian antara peraturan dan pelaksanaan sehari-hari.

Baik Radbruch maupun Fuller memberikan pandangan tentang masalah kepastian hukum dengan rincian yang hampir sama. Pada hemat saya, keduanya, dan banyak penulis serta ilmuwan lain, bisa dimasukkan ke dalam kubu **liberal-individual**. Kepastian hukum dijadikan bastion untuk menjaga dan menjamin keselamatan individu.

Aliran liberal dalam hukum memang mempunyai sejarah panjang (Rahardjo, 1996), yang membentang dari masa feodalisme sampai abad kesembilanbelas di Eropa. Oleh sebab itu dapatlah dipahami, bahwa hukum modern itu sarat dengan hasil-hasil perkembangan dan pergulatan sosio-kultural-politik-ekonomi yang ada

di bagian dunia tersebut. Perkembangan tersebut, misalnya, tidak dapat dilepaskan dari munculnya golongan **burjuasi** dan sebuah masyarakat yang disebut **civil society**. Golongan borjuis tersebut merupakan faktor pendorong kuat dan menentukan bagi lahirnya hukum modern. Sebagai golongan baru yang sekalipun kuat, mereka masih membutuhkan dukungan legitimasi hukum. Masalah kepastian hukum menjadi sangat penting bagi menjaga kelangsungan hidup mereka. Sekalipun sudah menyebar ke segenap penjuru dunia, tetapi ia adalah tetap suatu institusi dan produk yang **unik**. Maka memahami hukum modern harus melibatkan asal-usul sosial dan lain-lain dari hukum tersebut, sehingga diperoleh pencerahan.

Di atas sudah dikemukakan, bahwa munculnya hukum modern berkorespondensi secara erat dengan negara modern, industrialisasi dan sistem produksi ekonomi yang kapitalistis. Sistem kenegaraan, politik dan ekonomi yang rasional itu membutuhkan pula jaminan tempat berpijak yang rasional dan komponen-komponen yang bisa diramal/diprediksi.

Radbruch dan Fuller sama-sama menyinggung masalah **pelaksanaan** dari kepastian hukum. Radbruch berbicara tentang "*Geltung des positiven Rechts*," sedang Fuller mengatakan, bahwa "harus ada kesesuaian antara peraturan dan pelaksanaan sehari-hari." Pada hemat saya, di sini sebetulnya pembicaraan sudah memasuki ranah yang berbeda daripada waktu membicarakan kepastian hukum sebagai peraturan positif.

Apabila kepastian hukum dibicarakan sebagai "**kepastian pelaksanaan peraturan**," maka kita sudah memasuki ranah aksi, perilaku, manusia dan faktor-faktor lain yang bisa memengaruhi bagaimana hukum positif dijalankan. Kita memasuki masalah dan wacana **perilaku** dan psikologi sosial.

Sebelum memasuki pembicaraan mengenai masalah tersebut lebih lanjut, masih ada yang perlu ditambahkan mengenai eksistensi dari hukum positif atau peraturan hukum itu sendiri. Seperti dikatakan oleh Paton (1971), hukum positif itu mengandung berbagai macam **formulasi**, yang berbeda-beda kualitasnya, yaitu *principles, standards, concepts*, dan *rules*. Masing-masing memiliki **ketaatan formulasi** yang berbeda-beda dan itu tentu berpengaruh terhadap masalah kepastian hukum atau **tingkat kepastiannya**.

Rules adalah yang paling konkret, sedang ketiga yang lain lebih longgar, abstrak.

Di muka sudah diuraikan tentang dimensi liberal-individualistik dari masalah kepastian hukum. Dikatakan di situ, bahwa masalah kepastian hukum, sebagaimana dikaitkan pada hukum modern, tak dapat dilepaskan dari kultur liberal-individualistik kemunculan hukum modern, termasuk munculnya golongan borjuis sebagai kekuatan pendorong lahirnya sistem hukum modern (Unger, 1976).

Dalam kultur liberal dan sistem **hukum liberal** yang demikian itu, **tugas hukum menjadi selesai dengan selesainya hukum dibuat**. Parameter yang dipakai di sini adalah apakah hukum sudah dibuat sesuai dengan standar seperti dikemukakan oleh Radbruch dan Fuller di atas. Syarat yang mendasar adalah bahwa pembuatan peraturan tidak bersifat **diskriminatif**. Sampai di situlah tugas hukum dan untuk selanjutnya pelaksanaan diserahkan sepenuhnya kepada publik, termasuk para administrator dan operator hukum. Struktur liberal kuat bertumpu pada mekanisme "*check and balances*." Negara tidak boleh campur tangan (*laissez faire, laissez passer*).

Kepastian hukum liberal sama sekali tidak mau melihat kenyataan, bahwa masyarakat penuh dengan perbedaan dan kesenjangan kehidupan. Kalau seseorang berada dalam status ekonomi rendah dan dengan demikian tidak mampu memperoleh hak yang semestinya ia nikmati, itu sudah menjadi **risiko** '*for being poor*.' Maka dalam iklim liberal seperti itu dikenal kata-kata '*the poor pay more*.' Untuk melunakkan hal tersebut lahir institusi seperti lembaga bantuan hukum. Lembaga bantuan hukum bisa dilihat sebagai produk yang dihasilkan oleh sistem liberal. **Aliran Hukum Kritis** banyak menyoroiti kesenjangan tersebut.

Di atas sudah dikemukakan, bahwa pada saat memasuki pelaksanaan hukum, maka kita memasuki ranah yang bukan lagi yuridis, melainkan lebih **psikologis**. Apabila masalah pelaksanaan dikaitkan kepada kepastian hukum, maka kita berurusan dengan **manusia** atau **perilaku manusia**. Ia tidak ada hubungannya dengan '*secherkeit des Rechts selbst*'.

Perilaku manusia dalam hukum akan selalu cenderung '**terjatuh di luar bagan**' yang telah disediakan. Van Doorn, sosiolog hu-

kum Belanda mengatakan, bahwa manusia sebagai adresat hukum mempunyai kecenderungan untuk melarikan diri dari hukum yang berlaku baginya. Ini disebabkan oleh bekerjanya faktor-faktor di luar hukum, seperti kepribadian, asal-usul sosial, tingkat pendidikan, kepentingan ekonomi dan politik serta pandangan hidup (Schuyt, 1971; juga Rahardjo, 2002: 113).

Memerhatikan penjelasan sosiologis tersebut, masalah kepastian hukum dalam kaitan dengan pelaksanaan hukum, memang sama sekali tak dapat dilepaskan dari perilaku manusia. Kepastian hukum bukan mengikuti prinsip 'pencet tombol' (subsumsi otomatis), melainkan sesuatu yang cukup rumit, yang banyak berkaitan dengan faktor di luar hukum itu sendiri. Berbicara mengenai kepastian, maka seperti dikatakan Radbruch, yang lebih tepat adalah kepastian dari adanya peraturan itu sendiri atau **kepastian peraturan** (*sicherheit des Rechts*).

Masalah kepastian hukum juga menjadi lebih problematik, apabila kita berpendapat, bahwa semua peraturan itu sudah **jelas**. Sebenarnya tidak ada atau sangat kecil jumlah peraturan yang benar-benar jelas. Hal itu disebabkan oleh karena kita tidak hanya membaca pasal-pasal undang-undang, melainkan pada waktu yang sama sekaligus juga memberi **makna** kepada yang kita baca itu (lihat "Penafsiran Hukum Yang Progresif"). Satu pasal undang-undang yang sama bisa diberi arti yang berbeda-beda.

Bacaan

Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1971.

Paton, G.W., *A Text-book of Jurisprudence*, 3rd ed., Oxford: University Press, 1971.

Radbruch, Gustav, *Einfuehrung In Die Rechtswissenschaft*, Stuttgart: Koehler Verlag, 1961.

- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Cet. IV, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996.
- , *Sosiologi Hukum*, Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2002.
- Schuyt, C.J.M., *Rechtssociologie – een Terreinverkenning*, Rotterdam: Rotterdam Universitaire Press, 1971.
- Unger, Roberto Mangabeira, *Law in Modern Society*, New York: The Free Press, 1976.

5

HUKUM DAN BUDAYA HUKUM

Hukum adalah lembaga yang melakukan pengaturan masyarakat dan karena itu berkaitan dengan perilaku para anggota masyarakat. Mengatur tidak ada untuk diri sendiri, melainkan berinteraksi dengan masyarakat, dengan perilaku anggota masyarakat. Berhukum dan mengatur menjadi suatu usaha (*enterprise*), suatu proyek besar. Pengaturan itu dilakukan dengan membuat/mengeluarkan aturan, petunjuk perilaku (*rule making*), serta menjalankannya (*handhaving, management, enforcement*) termasuk memutus dan mengadili (*adjudication*). Karena pekerjaan hukum yang demikian itu maka produknya adalah pekerjaan-pekerjaan yang berkualitas **normatif** (dari *norma, rule, kaidah*). Pada dasarnya normatif adalah pekerjaan **deduktif**, yang dimulai dari pembuatan aturan dan memaksa masyarakat untuk berbuat sesuai dengan peraturan. Oleh Lon Fuller, cara pekerja seperti itu disebut sebagai “*the governing of human conduct by formally enacted rules*” (Fuller, 1964: 55).

* * *

Kita sekarang sudah sampai ke tingkat peradaban manusia sedemikian rupa, di mana masyarakat sudah ditata (*organized*) secara sangat maju. Maka sekalian pekerjaan hukum tersebut di atas juga ditempatkan dalam konteks dan bingkai (*framework*) penataan masyarakat yang sudah dilakukan sangat maju dan rasional itu. Masyarakat dunia sudah berubah dari suatu komunitas yang **alami** menjadi sesuatu yang serba ditata dan tertata secara rasional. Dengan demikian ia sudah menjadi masyarakat yang sarat dengan berbagai konstruksi, suatu masyarakat yang **dikonstruksikan** secara rasional (“*geconstrueerde samenleving*”, Beus & Doorn, 1986). Hukum menjadi bagian dari konstruksi tersebut dan dengan demikian menjadi suatu **hasil-konstruksi** atau **artifisial**.

Sejak hukum (modern) menjadi bangunan artifisial, maka ia berhenti sebagai sesuatu yang lebih bersifat **alami** (*natural*).

Manusia sebagai pelaku-pelaku hukum dan objek hukum tidak lagi memiliki identitas alami yang lama, melainkan berubah menjadi (hasil) konstruksi. Hasil konstruksi tersebut adalah seperti subjek hukum, hak hukum, atas hak, proses hukum, hubungan hukum dan akibat hukum.

Kendati demikian, masyarakat tempat hukum itu ada dan bekerja tidak sepenuhnya ikut direkonstruksi. Bahkan untuk sebagian besar tetap menjalani kehidupannya yang biasa, yaitu yang alami.

Sejak hukum itu diadakan tidak untuk diri dan kepentingan sendiri, melainkan untuk bekerja dalam masyarakat, maka hukum sebagai konstruksi dihadapkan kepada lingkungan yang alami. Sebuah konstruksi harus bekerja dalam lingkungan yang alami. Keadaan ini menimbulkan banyak persoalan dan komplikasi. Hukum tidak selalu berhasil dengan baik untuk memroyeksikan “keinginannya” ke dalam masyarakat. Secara padat bisa dikatakan, bahwa

**“hukum bekerja dan tertanam
dalam sebuah matriks sosio-kultural.”**

Itulah awal dari apa yang nanti akan muncul sebagai **budaya hukum**. Ternyata, bagaimanapun hegemonial hukum negara itu, ia tidak pernah sepenuhnya berhasil memastikan apa yang diwajibkan berlaku dalam masyarakat. Masyarakat ternyata tetap menjadi **pemegang saham** (*stakeholder*) utama dalam bisnis pengaturan oleh hukum itu. Masyarakat atau kekuatan masyarakat akan **menuntun, membatasi** dan **menentukan** seberapa jauh dan secara bagaimana hukum itu akan nyata-nyata berjalan, bekerja dan berlaku dalam masyarakat.

* * *

Interaksi antara hukum dan masyarakat dipertajam oleh kehadiran negara modern di abad ke-XVII. Munculnya **negara modern** menjadi kekuatan politik yang melakukan konstruksi tersebut. Negara modern ini mengalami perubahan dari sebuah entitas alami menjadi artifisial dan sebuah bangunan konstruksi-rasional. Dari situlah diturunkan penataan dan pengorganisasian hukum secara rasional pula. Negara modern menjadi kekuatan politik hegemonial yang meminggirkan sekalian komunitas politik alami yang ada sebelumnya.

Tetapi eksistensi alami tidak tergusur dan lenyap sama sekali sejak kemunculan negara dan hukum modern. Hal ini penting bagi para penstudi hukum, karena mereka diingatkan, bahwa berkon-sentrasi dan berkuat pada hukum sebagai suatu konstruksi rasional (baca: *state-based positivism*) tidak akan mampu mengan-tarkan mereka kepada pemahaman hukum atau suatu komunitas hukum secara lengkap dan utuh. Lawrence Friedman yang mencoba untuk membuat suatu peta lengkap mengenai sistem hukum mengajukan tiga unsur sistem hukum, yaitu **substansi**, **struktur** dan **kultur**.

Friedman menjelaskan budaya hukum sebagai suatu *inter-vening variables*, berupa “*Attitudes and feelings that predispose groups and individuals to turn to or against the law ... These attitudes differ from person to person, but one can also speak of the legal culture of a country or a groups, if there are patterns that distinguish it from the culture of other countries or groups ...* (Friedman, 1975: 193-194). Friedman menulis tentang budaya hukum sebagai faktor penting dalam perkembangan hukum pada tahun 1969 (Friedman, 1969).

Maka sudah benar, apabila para calon doktor mencantumkan di dinding kelas kata-kata “**Law as a great anthropological monument.**” Mempelajari hukum menjadi studi tentang antropologi yang melibatkan manusia, habitat, lingkungan, tradisi, nilai-nilai, pandangan hidup dan seterusnya.

* * *

Saya ingin menggunakan perumpamaan adonan untuk membuat kue dengan cetakannya. Hukum suatu bangsa tidak dapat kita pahami sebagai sesuatu yang jadi, selesai, *finite*. Lebih baik ia kita terima sebagai semacam **bahan**, **adonan** yang masih harus **dicetak**. Baru sesudah adonan itu dimasukkan ke dalam cetakan, maka jadilah hukum suatu bangsa.

Setiap bangsa memiliki cetakannya sendiri, yang tidak lain adalah bentuk-bentuk **kehidupan sosialnya** (*form of social life*). Cetakan yang untuk setiap bangsa berkualitas unik inilah yang pada akhirnya akan memunculkan hukum suatu bangsa.

Secara garis besar diawali dengan ide tentang **ketertiban** (**order**). Bagaimanapun keadaannya, komunitas manusia tidak akan

dapat bertahan hidup tanpa ada ketertiban. Ketertiban ada untuk menjalankan masyarakat sehingga secara sosial menjadi produktif.

Banyak faktor, elemen, dalam suatu masyarakat yang berkompetisi untuk memunculkan ketertiban itu. Dalam proses bernegara modern, harus diputuskan bagaimana sekalian faktor tersebut pada akhirnya membentuk suatu pola ketertiban. Dalam bernegara modern itu dilakukan melalui legislasi dan hasilnya adalah **hukum positif**.

Positivisme berhenti pada hukum positif sebagai pola ketertiban yang final, tetapi tidak dari optik yang kita pakai, yang ingin menangkap potret hukum selengkap-lengkapnyanya dan sebenarnya. Dari optik yang demikian itu, hukum suatu bangsa baru selesai sesudah dimasukkan dan kemudian selesai dicetak. Seperti dikatakan di atas, dari perspektif ini, hukum positif baru berkualitas adonan yang harus masih dicetak.

* * *

Hukum suatu bangsa bukan merupakan himpunan sejumlah besar **peraturan**, melainkan suatu bangunan yang berwatak dan **bermakna**. Maka mempelajari hukum dituntut untuk sampai kepada pengetahuan tentang watak dan makna tersebut.

Saya kira tidak ada sistem hukum di dunia ini yang tidak mencoba untuk melakukan pencitraan diri (*self defining*). Pencitraan diri ini adalah usaha untuk memasukkan tradisi dan nilai ke dalam sistem hukum. Maka itu diinginkan, bahwa sistem hukum itu selalu tertanam ke dalam "**a peculiar form of social life.**"

UUD kita juga melakukan pencitraan diri tersebut pada waktu menuliskan, bahwa "UUD bersifat kekeluargaan." Juga pada waktu dimunculkan konsep Hubungan Industrial Pancasila, maka di situ ada usaha untuk melakukan pencitraan diri di bidang perburuhan. Jadi mempelajari hukum Indonesia tidak dapat dilepaskan dari pengetahuan tentang sosiologi Indonesia, antropologi Indonesia, psikologi Indonesia dan seterusnya.

Di sini pencitraan diri bisa dilihat sebagai satu sisi dari budaya hukum. Kultur hukum adalah bagaimana hukum itu dibuat dan diterima oleh suatu bangsa dan itu merupakan manifestasi dari pencitraan diri.



Kehadiran dan wacana budaya hukum memberikan pencerahan, oleh karena orang menjadi tahu, bahwa tidak hanya ada satu **cara ber hukum** di dunia ini. Kendati sama-sama disebut negara hukum, tetapi tidak sama cara hukum itu diproduksi dan dijalankan.

Menampilkan *civil law system* dan *common law system* menjadi perbincangan yang menarik dan merupakan satu *exercise* dalam kaitan dengan perbincangan mengenai budaya hukum. Kedua-duanya adalah eksponen dari kehadiran suatu budaya hukum yang berbeda.

Jejaring sosial Jepang juga berdasarkan hirarki dan solidaritas. Ini menyebabkan, bahwa kehidupan Jepang “*is organized around the principle of frame rather than attribute.*” Dalam keadaan yang demikian itu, maka konsep tentang penghukuman dan pertanggungjawaban juga menjadi beda dibanding Amerika Serikat dengan matriks kultural individual-egalitarian.

Sejak Jepang menggunakan sistem hukum modern yang pada hakikatnya berwatak individual-liberal, maka mereka harus selalu membuat “bengkokan-bengkokan” (*twist*), sehingga hukum masih bisa diterima oleh budaya hukum Jepang (Ozaki, 1978: 125).

Seperti Inggris, Jepang adalah masyarakat yang “*tradition-bound*”, seperti ditulis oleh Ozaki (123), “*This traditional mode of thinking, after centuries of conditioning, could change only slowly. It was much easier to write and install new statutes than to change people’s minds. The exterior of Japan’s legal system was hastily modernized in the 1890’s. On the other hand, the substance of Japanese legal thought—not what was written in the law books but what people thought and felt about law—resisted rapid transformation.*”

Untuk membendung penetrasi asing dan mempertahankan tradisi Jepang, bangsa itu secara sadar menciptakan struktur “luar/depan” (*omote*) dan “dalam/belakang” (*ura*). Penelitian yang dilakukan oleh Parker pada tahun 70-an menunjukkan, bahwa struktur tersebut dalam hukum menjelma menjadi “apa yang tampak di luar” (*tatemaie*) dan apa yang “ada dalam nurani” (*honne*) (Parker, 1984: 26-27). Jepang modern memang membuat dan mengguna-

kan dokumen modern, seperti kontrak, tetapi pelaksanaan kontrak tertulis itu menjadi nomor dua sesudah cara-cara penyelesaian Jepang tradisional gagal dilakukan. *Honne* didahulukan daripada *tatemaie*.

* * *

Apa yang dikemukakan oleh Lawrence Friedman, yaitu budaya hukum, sebagai salah satu komponen sistem hukum (Friedman, 1969), bukanlah suatu temuan yang benar-benar baru. Konsep tersebut memiliki semacam pendahulu-pendahulunya sendiri. Jauh di abad XIX, Savigny, Puchta, Hugo telah dikenal dengan *historical jurisprudence*-nya. Savigny menjadi sangat terkenal waktu menepiskan hukum tertulis, karena bukan hukum yang sengaja dibuat itu yang mengikat masyarakat, “ ... *That which binds them into one whole is the common convention of the people ... law grows with the growth, and strengthens with the strength of the people and finally dies away as a nation loses its nationality ...* ” (Friedmann, 1954: 136).

Juga pada tahun 1912, Eugen Ehrlich telah berbicara tentang, apa yang disebutnya, *living law* (Ehrlich, 1912). Dalam buku itu ia mengatakan, “*The centre gravity of legal development lies not in legislation not in juristic science, nor in juristic science, but in society itself ...*”

Demikian pula pada waktu Penjelasan UUD 1945 mengatakan, bahwa “... sekalipun dibuat UUD yang bersifat kekeluargaan, tetapi apabila semangat para penyelenggara bersifat perorangan, maka UUD itu tidak ada gunanya ...,” maka saat itu kita sudah membicarakan budaya hukum.

* * *

Seperti dikatakan oleh Friedman, budaya hukum itu berupa intervensi yang dilakukan dalam besaran bangsa, tetapi juga bisa dalam kelompok komunitas tertentu, yang oleh Friedman disebut *internal legal culture* (... *is the legal culture of those members of society who performed specialized legal tasks ...*, Friedman, 1975 : 223). Komunitas para ahli hukum profesional termasuk yang memiliki budaya hukum internal tersebut.

Kita bisa juga memasukkan praksis para pebisnis dalam mengoperasikan kontrak, sebagaimana diteliti oleh Stewart Macaulay di awal tahun 60-an, ke dalam budaya hukum internal tersebut. Dalam penelitian Macaulay tersebut para pebisnis menjalankan kontrak menurut cara mereka sendiri yang berbeda dari cara para *lawyers* menafsirkan dan menjalankannya (Macaulay, 1963, 1970, juga Rahardjo, 2002: 179-181). Menurut para pebisnis, kontrak ditafsirkan sebagai suatu aktivitas ekonomi pertukaran (*exchange*), sedang para ahli hukum memahaminya sebagai suatu dokumen kesempatan tertulis (*document*) yang dengan demikian harus dijalankan menurut kata-kata yang tertulis di situ.

* * *

Membicarakan budaya hukum adalah bagian belaka dari keinginan kita untuk membicarakan hukum secara lengkap dan utuh. Metode yang diharapkan mampu mengantar kepada pemahaman yang lengkap-utuh tersebut adalah: **metoda holistik**. Kuliah-kuliah dalam Ilmu dan Teori hukum diberikan dalam alur pemikiran holistik tersebut.

Dipahami dari sudut disiplin-disiplin yang ada sekarang, pada hakikatnya, metode holistik adalah sebuah meta-disiplin, oleh karena ia tidak ingin dibatasi hanya oleh disiplin tertentu. Pembatasan tersebut hanya akan menyebabkan lolosnya sosok hukum yang utuh itu. Di sini disarankan agar studi hukum yang demikian itu menjadi suatu studi tentang orde sosial, yang melihat hukum sebagai usaha untuk melakukan penataan masyarakat secara otentik. Di situ hukum negara (hukum positif) hanya menempati satu sudut saja dari peta penataan yang luas.

Sebagai kelanjutannya, maka hukum negara juga tidak bisa dipahami secara terisolasi dan terinsulasi, melainkan senantiasa dalam konteks sosial yang lebih besar.

Daftar Bacaan

- Beus, J.W. de & J.A.A. van Doorn (red.), *De Geconstrueerde Samenleving*, Amsterdam: Boom Mepeel, 1986.
- Ehrlich, Eugen, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (terj. asli: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1912), New York: Russel & Russel, 1962.
- Friedman, Lawrence M., "Legal Culture and Social Development," dalam *4 Law and Society Review* 29 (1969).
- , *The Legal System – A Social Science Perspective*, New York: Russell Sage Foundation, 1975.
- Friedmann, Wolfgang, *Legal Theory*, London: Stevens & Sons Ltd, 1953.
- Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven: The Yale University Press, 1969.
- Hamilton V. Lee & Sanders, Joseph, *Everyday Justice – Responsibility and the Individual in Japan and USA*, New Haven: Yale University Press, 1992.
- Macaulay, Stewart, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study," dalam *28 Am. Soc. Rev.* 55 (1963).
- , "Non-Contractual Relation in Business (Abridged with Renumbered Notes)," dalam *Society and the Legal Order* (Richard D. Schwartz & Jerome H. Skolnick, eds.), New York: Basic Books, 1970: 161-177). Edisi ini yang dipakai dalam makalah.
- Ozaki, Robert S., *The Japanese – A Cultural Portrait*, Tokyo: Charles E. Tuttle Company, 1978.
- Parker, L. Craig Jr., *The Japanese Police System Today – An American Perspective*, Tokyo: Kodanza International Ltd., 1984.
- Rahardjo, Satjipto, *Sosiologi Hukum*, Surakarta: Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2002.
- Twining, William (ed.), *Legal Theory and Common Law*, Oxford, UK: Basil Blackwell, 1986.

6

HUKUM DAN PSIKOLOGI

(Para pembelajar (student) hukum, apalagi para calon doktor, juga memerlukan psikologi untuk mencerdaskan pembelajarannya. Tetapi umumnya masalah psikologi masih saja ditangani sendiri oleh komunitas pembelajar hukum, tanpa menengok kepada ahlinya atau ilmu yang membicarakan manusia, yaitu psikologi).

Pendahuluan

Hukum itu mengatur perilaku manusia dan oleh karena itu apa yang ia kerjakan banyak bersinggungan dengan manusia. Maka sudah semestinya kita melihat ilmu hukum itu (juga) sebagai ilmu tentang manusia. Namun di kalangan komunitas pembelajar hukum, kesadaran tersebut masih sangat rendah. Ilmu hukum masih lebih asyik dengan dunia peraturan, sehingga yang mendapat prioritas adalah pembicaraan tentang sistemnya, logika internal sistem, keabsahan secara hukum, prosedur dan lain-lain. Faktor dan perhatian terhadap manusia menjadi terdorong ke belakang.

Mempertanyakan Penjelasan Normatif

Kendati pekerjaan hukum berhubungan dengan manusia, tetapi selama ini hukum lebih didominasi oleh penjelasan normatif. Artinya, apapun yang dilakukan oleh hukum terhadap manusia itu, penjelasannya dilakukan oleh hukum sendiri, bukan atas alasan biologis maupun psikologis. Maka dalam risalah yang membicarakan peran psikologi dalam hukum ini, pertama-tama dilakukan semacam gugatan terhadap penjelasan-penjelasan normatif. Sudah tepatkah *raison d'être* tindakan hukum yang ditujukan kepada manusia itu dimonopoli oleh hukum atau disiplin hukum sendiri? Apakah, misalnya, kepatuhan terhadap hukum itu memang disebabkan oleh karena orang ingin mematuhi hukum? Ataukah karena sebab-sebab lain?

Pengkajian lebih dalam dari segi sosiologis menemukan, bahwa penjelasan normatif bisa mengecoh. Artinya, seseorang mema-

tuhi peraturan hukum, bukan karena ia benar-benar ingin mengikuti apa yang dikatakan oleh undang-undang, tetapi bisa oleh sebab yang lain.

Seseorang mematuhi undang-undang lalu lintas, misalnya, belum tentu disebabkan karena ia tahu persis apa yang dilarang, tetapi karena mengikuti contoh orang lain. Memang dari luar ia tampak sebagai bentuk kepatuhan terhadap pasal-pasal undang-undang, tetapi dalam pengkajian lebih mendalam, ternyata bukan itu alasan yang utama. Dengan demikian, di sini penjelasan normatif telah mengecoh kita. Apabila penjelasan normatif itu diterima, maka ia bisa menjadi dasar dari politik hukum atau politik penegakan hukum. Dengan demikian langkah-langkah hukum didasarkan pada pondasi yang tidak kokoh, untuk tidak mengatakan salah.

Untuk memastikan apa yang sebenarnya terjadi, diperlukan suatu kajian yang lebih menukik dan itu bisa dilakukan melalui pengamatan terhadap pengalaman seseorang (*the experience of law*). Kisah yang dialami oleh Milie Simpson berikut ini boleh mewakili suatu studi kasus tentang kesesuaian (sepintas lalu) antara perilaku dan apa yang diatur dalam hukum (Ewick & Silbey, 2001). Simpson adalah orang biasa, yang tentunya juga pernah sedikit-sedikit mendengar tentang hukum, tetapi tidak tahu persis seperti pengetahuan seorang profesional. Jadi apabila ia nanti menjalani suatu proses hukum, maka ia mengalaminya dengan bekal pengetahuan orang biasa, yang jelas salah apabila ia diminta menjelaskan secara hukum.

Simpson bekerja sebagai pembantu sebuah rumah tangga, jauh dari tempat tinggalnya. Ia memiliki mobil yang tidak diasuransikan dan oleh karena takut akan kemungkinan kecelakaan, maka mobil itu dibiarkan di parkir di depan rumah. Simpson memilih menggunakan transportasi lain. Pada suatu hari teman anaknya dengan diam-diam menggunakan mobil tersebut dan benar telah menabrak mobil orang lain di tempat parkir. Anak ini segera meninggalkan tempat kejadian dan memarkir mobil itu kembali di tempat semula. Simpson akhirnya mendapat panggilan untuk maju di pengadilan. Dengan polos dan berdasarkan *common sense*, ia menjawab semua pertanyaan hakim. Ia menyangkal telah mengendarai mobilnya yang akhirnya menabrak itu. Tetapi waktu ditanya apakah mobil itu diasuransikan, ia mengaku salah. Pengakuan sa-

lah (*plea guilty*) inilah yang dicatat oleh pengadilan dan menyebabkan Simpson didenda \$300 dan kerja publik sukarela selama dua minggu. Simpson menerima kejadian itu karena menurut pikirannya semua berjalan logis, bukan karena pertimbangan dari kaca mata hukum.

Majikannya melihat ada yang salah dalam pengadilan Simpson, sehingga harus menerima hukuman. Maka ia minta pertolongan *lawyer* kantornya untuk membuka kembali kasus Milie Simpson. Pembelaan *lawyer* tersebut berhasil dan denda dikembalikan. Simpson mengikuti sekalian proses hukum yang berlangsung, tetapi tetap dengan pemahamannya sebagai orang awam yang menggunakan *common sense*.

Dari contoh di atas kita belajar, bahwa proses hukum tidak selalu dipahami sebagai proses yang demikian itu atau dari kaca mata hukum, melainkan juga dari kaca mata awam yang menggunakan *common sense*. Andaikata Simpson diminta untuk menceritakan kembali apa yang dialaminya di pengadilan, maka ceritanya akan sangat berbeda daripada cerita seorang yang tahu hukum. Cerita Simpson adalah yang disebut '*the experience of law*' di muka dan pengalaman adalah masalah psikologi.

Peraturan (*Rules*) dan Manusia (*People*)

Hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya, demikian paradigma yang kita gunakan dalam mempelajari hukum. Ini merupakan pintu masuk dan titik-pandang (*point of view*) yang akan memengaruhi seluruh aspek pembelajaran kita mengenai hukum. Orang yang menggunakan titik-pandang berbeda juga akan menghasilkan pembelajaran tentang hukum yang berbeda pula.

Mengakui kehadiran manusia sebagai *stakeholder* utama dalam hukum akan menempatkannya sejajar dengan peraturan hukum, kalau tidak, bahkan pada tempat yang lebih tinggi. Diakui, bahwa hal tersebut tidak mudah diwujudkan atau dilaksanakan. Jauh lebih mudah manakala kita hanya harus berurusan dengan peraturan saja.

Namun, kendati menekankan pada peraturan, seperti dilakukan oleh Fuller (1971), tetap saja faktor manusia tidak bisa diabaikan. Fuller memasukkan kegagalan dalam perlakuan terha-

dap manusia, sebagai salah satu faktor yang menyebabkan kegagalan hukum untuk mengatur. Berbicara tentang '*eight principles of legality*,' disyaratkan, bahwa suatu peraturan itu tidak boleh memuat '*rules that require conduct beyond the powers of the affected party*' (39). Persyaratan yang tampak sederhana itu sesungguhnya mengandung pesan penting dan besar untuk melakukan pemahaman terhadap manusia dan perilakunya. Di sini jelas, bahwa komunitas hukum dihadapkan kepada sesuatu yang berada di luar jangkauan keahliannya. Mereka ini harus menengok dan belajar kepada disiplin-disiplin seperti biologi, psikologi dan ilmu-ilmu perilaku (*behavioral sciences*) lain.

Sebagai ilmu yang paling tua dibanding ilmu sosial yang lain, maka, seperti dikatakan oleh Fuller (1968) '*It can be said that the law is the oldest and richest of the social sciences. Before there were psychologists, judges had to deal with problems of intent and responsibility, and their way of dealing with these problems seems to many even now to contain a deeper wisdom than that to be found in textbooks on psychology.*' (10).

Komunitas hukum dan ilmuwan hukum, di masa lalu yang jauh, menikmati kemewahan untuk bertindak apa yang menurut pendapat dan pengetahuannya benar. Manusia dan perilaku manusia yang menjadi sasaran pengaturan dipahami sejauh pengetahuan yang mereka miliki tentang manusia. Apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan oleh hukum sepenuhnya ditentukan oleh cakrawala pengetahuan mereka tentang apa, siapa dan bagaimana manusia itu.

Tetapi di tengah-tengah "*the state of the arts of science*" dewasa ini kemewahan tersebut tidak bisa dipertahankan lebih lama. Pengetahuan komunitas hukum tentang manusia di masa lalu itu menjadi berkualitas amatir diproyeksikan kepada latar belakang kemajuan ilmu-ilmu tentang manusia dan perilakunya dewasa ini. Ehrenzweig yang menekuni psikologi hukum mengatakan, "*the age of Plato has yielded to the age of Freud*" (Ehrenzweig, 1971: 35).

Hukum Berangkat dari Asumsi-asumsi

Sejak hukum berurusan dengan manusia, maka tak dapat dihindari, bahwa ia perlu mencerahkan diri dengan '*pikiran-pikiran tentang manusia*' atau dari disiplin dan pikiran psikologi. Yang di-

maksud dengan pikiran psikologi di sini adalah benar-benar memperhitungkan respons dan reaksi psikologis manusia terhadap pengaturan hukum.

Apa yang dikemukakan di atas menjadi lebih relevan lagi dalam kaitan dengan Hukum Progresif. Hukum Progresif ini mendahulukan manusia, yaitu hukum yang berparadigma 'Hukum untuk Manusia.' Maka apapun yang dilakukan olehnya, hukum tidak boleh memosisikan diri sebagai 'hukum untuk hukum,' yang akan memunculkan paradigma 'Manusia untuk Hukum.'

Hampir dapat dipastikan, bahwa setiap hukum melangkah, maka ia akan mengiris ke dalam daging manusia. Maka segera hukum menjadi bermasalah, pada waktu ia mengabaikan eksistensi manusia atau lebih daripada itu bertentangan dengan alam manusia. Peringatan Fuller di muka cukup gamblang, yaitu jangan meminta manusia (baca: adrekat hukum) untuk melakukan sesuatu yang, secara hakikat manusia (*nature of man*), tidak bisa dilakukan.

Hukum bukannya tidak sadar mengenai hubungan erat antara manusia dan hukum, meskipun tanpa mengatakannya secara eksplisit. Kendatipun ia harus berhadapan dengan kenyataan psikologis, tetapi ia tetap menanganinya dengan pikiran hukum dan sebagai pekerjaan rumah hukum, bukan psikologi.

Dalam membicarakan hubungan antara hukum dan manusia, maka sisi biologis manusia adalah faktor yang muncul paling kentara. Teori-teori biologis sudah lama diadopsi ke dalam hukum, seperti Teori Spencer dan Darwinisme dalam hukum. Bahkan sebelum Talcott Parsons menyusun teori besarnya (*grand theory*) tentang masyarakat, ia secara sengaja (*purposeful*) dan sistematis mempelajari anatomi tubuh manusia. Demikian pula teori auto-poietik yang berbicara mengenai 'ketertutupan sistem tubuh manusia' yang diajukan oleh kedua biolog, Vaturana dan Varela, kemudian diadopsi ke dalam ilmu hukum oleh Watson dengan teori otonomi hukumnya (Evan, 1990).

Kendati tidak "semaju" biologi dalam hukum, kaitan yang erat antara psikologi dan hukum memerlukan perhatian kita.

Psikologi dalam hukum

Undang-undang memerintahkan agar hakim memutus berdasarkan keyakinannya. Bagaimana mungkin hukum memerintahkan seperti itu apabila ia tidak terlebih dulu mengetahui, bahwa hakim (baca: manusia) itu memiliki apa yang disebut sebagai keyakinan? Keyakinan adalah suatu 'barang psikologis.' Di sini hukum mengatur dengan bertolak dari suatu asumsi psikologis.

Maka pada waktu kita menghadapi ketentuan hukum seperti itu, hukum perlu membuka pintu terhadap analisis psikologi. Hukum tidak mempunyai keahlian untuk melakukan analisis tersebut. Ia perlu banyak belajar dan dicerahkan oleh ahlinya.

Hukum juga memaksa agar suruhan dan larangannya dipatuhi. Apabila tidak, maka akan dikenai hukuman. Seperti 'keyakinan,' maka 'kepatuhan' adalah juga barang psikologis. Membicarakan kepatuhan sudah memasuki ranah psikologi, bukan lagi ranah hukum. Membicarakan kepatuhan terhadap hukum akan melibatkan berbagai kondisi psikologis. Apa yang dikenal dengan *The Chicago Study* terhadap masalah kepatuhan hukum, menunjukkan berbagai variabel psikologis yang terlibat di situ (Tyler, 1990). Pengalaman orang berhadapan dengan perlakuan hukum (oleh polisi dll.) terhadap mereka, ternyata merupakan variabel penting dalam mematuhi hukum. Pengalaman di masa lalu saat berhadapan dengan otorita penegakan hukum dan membandingkannya dengan sekarang merupakan variabel penting pula.

Yang menarik juga adalah mengamati *lay out* dari ruang pengadilan, yang sesungguhnya menyimpan banyak masalah psikologi. Posisi-posisi yang ditempati oleh hakim, jaksa, advokat, terdakwa dan publik, merupakan objek studi psikologi yang sangat menarik. Berbagai pertanyaan psikologis bisa dimunculkan, seperti mengapa tempat terdakwa ada di situ? Apakah dengan posisi yang demikian itu tidak menimbulkan masalah dan komplikasi psikologis tersendiri? Apakah dengan 'posisi psikologis' seperti itu, masih pantas kita berbicara mengenai 'asas praduga tak bersalah'?

Apabila di sini peran polisi juga dilibatkan, maka dimensi-dimensi psikologis dalam hukum menjadi lebih menonjol lagi. Mengamalkan pekerjaan polisi sangat erat kaitannya dengan hukum, bahkan hukum tanpa polisi menjadi lumpuh. Ini disebabkan oleh karena

pada intinya, hukum itu mengandung harapan-harapan, tetapi tidak mampu mewujudkannya sendiri. Di sini polisi akan tampil, yaitu dengan melakukan mobilisasi hukum. Hanya melalui mobilisasi inilah apa yang semula berupa harapan bisa diwujudkan. Singkat kata, polisi adalah hukum yang hidup atau polisi adalah institusi yang menghidupkan hukum (Rahardjo, tt.: 95-115; Rahardjo, 2002).

Dengan melibatkan polisi, sedang aspek keperilakuan banyak menghiasi pekerjaan polisi, maka hukum pun lalu memiliki perilaku (*behavior*). Perbedaan-perbedaan dalam orientasi akan menghasilkan perilaku yang berbeda pula. Dalam menjalankan pekerjaannya, polisi yang memiliki orientasi anti-negro dan *sexist* akan menampilkan sikap dan perilaku yang bersumber pada orientasi tersebut (Langworthy & Travis III, 1994: 225-226).

Untuk menilai bagaimana efek psikologis terhadap seseorang yang dimasukkan dalam penahanan (*confinement*), para psikolog sosial dilibatkan. Mereka inilah yang bisa memberikan penilaian terhadap keadaan psikis seseorang yang dimasukkan dalam suatu tahanan secara tidak sukarela (*involuntary*) (Brodsky & Fowler Jr., 1979: 260-270).

Hukum juga bekerja dengan lembaga 'diskresi' atau '*freies Ermessung*.' Keduanya digunakan untuk melembutkan kekakuan peraturan hukum. Ia bisa memasuki pekerjaan polisi, pemilihan anggota juri dan juga pembuatan hukum (*legislation*). Lorong-lorong diskresi tidak bisa hanya dengan mudah diputus oleh para *lawyer*. Mereka membutuhkan psikolog (*expert opinion*) yang memiliki keahlian khusus untuk itu. Di sini misalnya peran psikolog membantu menentukan apakah seseorang mampu untuk bicara benar (*voir dire*), baik sebagai saksi maupun anggota juri (Herbsleb *et al.*, 1979: 197-214).

Daftar berikut ini adalah isu-isu hukum yang sebetulnya tidak boleh diterima begitu saja (*taken for granted*) oleh hukum, melainkan membutuhkan konsultasi dengan para ahlinya, yaitu psikolog, seperti:

- keyakinan hakim,
- kesadaran hukum,
- kepatuhan hukum,
- kesalahan,

- pertanggungjawaban,
- kemauan baik,
- anak (batas usia, perlakuan),
- pertanyaan hakim dalam sidang terhadap terdakwa (cara, memaksa, memvonis, membingungkan, “meneror”).

Maka apabila sekalian hal tersebut harus ditempatkan di bawah sorotan psikologi, akan banyak tindakan dan putusan hukum yang bisa dianggap “salah.” Memang mungkin tidak ada yang salah menurut hukum, seperti dalam kasus penyidikan Raju yang berusia 8 tahun. Berkali-kali pengadilan menegaskan, bahwa Raju sudah berusia 8 tahun dan dengan demikian sah untuk diadili.

Apakah hanya batas usia itu yang menjadi ukuran dan dijadikan persoalan utama? Para positivis hukum akan mengatakan ya, tetapi para psikolog anak pasti mengatakan tidak. Maka kita menyaksikan, betapa Seto Mulyadi, seorang psikolog anak, begitu peduli mendampingi Raju di pengadilan. Di situ kita melihat bertemunya dua orde, yaitu hukum dan psikologi.

Teori-teori psikologi

Dalam arsenal teori hukum, dijumpai teori-teori psikologi, sekalipun jumlahnya tidak besar, seperti Tarde dan Petrazhitsky (Friedmann, 1953). Teori-teori psikologi banyak bergerak dalam ranah abstrak, seperti persepsi tentang keadilan. Petrazhitsky menolak paham positivisme, yaitu yang memastikan adanya hukum secara objektif dan intelektual. Berseberangan dengan itu, Petrazhitsky mengatakan, bahwa yang menentukan adalah variabel subjektif dan intuitif.

Edmond N. Cahn, lebih mempersepsikan keadilan sebagai penolakan terhadap ketidakadilan. Semangat untuk menolak ketidakadilan ini merupakan campuran antara akal dan empati, seperti tuntutan persamaan, martabat manusia, pengadilan yang dilakukan dengan sungguh-sungguh dan membatasi pemerintah pada fungsi yang semestinya.

Menurut Ehrenzweig (1971), hukum itu lebih berkaitan dengan ikhwal psikis (*mind*) daripada pengetahuan (*sophia*). Oleh karena itu, maka masalah-masalah hukum hendaknya lebih didalami dari segi psikologis daripada pengetahuan rasional.

Ilmu hukum keperilakuan (*behavioral jurisprudence*) memiliki saham besar dalam menampilkan hubungan antara hukum dan psikologi. Glendon Schubert boleh ditampilkan sebagai seorang yang mempunyai perhatian besar terhadap sikap dan motivasi yang melatarbelakangi putusan para hakim, yang berarti sudah memasuki ranah psikologi (Hampstead, 1979; Rahardjo, 1996).

Schubert meyakini, bahwa sikap hakim merupakan faktor dalam pengambilan putusan yang lebih menentukan daripada yang lain. Ia menepiskan faktor-faktor lain, seperti pendidikan, tradisi yang diajarkan dan cara penalaran. Apabila akhirnya hakim mengambil sikap, maka ini ditentukan oleh hal-hal yang sifatnya subjektif. Hakim bersikap begini atau begitu, karena ia menjatuhkan pilihan terhadap sesuatu yang diyakininya lebih daripada yang lain. Di sinilah pendapat Schubert menjadi kental dengan dimensi-dimensi psikologis. Sayangnya pendapat tersebut tidak memperoleh konfirmasi dari psikologi. Schubert sendiri adalah seorang profesor ilmu politik, yang tertarik pada motif-motif di belakang pengambilan putusan hakim.

Cukup banyak masalah yang oleh hukum dianggap sebagai sesuatu yang tidak perlu dipersoalkan, sesungguhnya secara ontologik tidak demikian. Seperti dikatakan di muka, hal itu disebabkan karena komunitas hukum, secara tidak sadar, memonopoli kebenaran. Karena hukum merupakan institusi publik yang memiliki kewenangan mengatur, maka fungsi itu dilaksanakannya menurut apa yang dianggapnya benar dan harus dilakukan.

Berdasarkan persepsi yang demikian itu, maka hukum pun membuat definisi-definisi, menyatakan seseorang bersalah dan sebagainya, menurut pendapat sendiri. Hukum, misalnya, membuat definisi tentang kesalahan dan berdasar itu menentukan siapa yang bersalah, seberapa berat hukumannya. Dalam menentukan kesalahan, hukum membuat sendiri teori-teori tentang kategorisasi kesalahan.

Sementara itu, dari segi psikologi, hal-hal yang merupakan masalah dalam hukum, didiskusikan berdasarkan kompetensinya sebagai suatu disiplin ilmu. Dalam hubungan ini tentu saja terbuka kemungkinan, bahwa hukum telah membuat penetapan, membuat definisi dan melangkah secara salah.

Membaca buku yang ditulis oleh Ehrenzweig di muka, kita menemukan banyak masalah dalam hukum yang menjadi topik pembahasan tersendiri yang tidak diketahui oleh komunitas hukum. Dalam buku *Psychoanalytical Jurisprudence* di atas, kesalahan disoroti dari *Oedipus complex* yang menghasilkan konsep kejahatan Oedipus (*Oedipal crimes*). Dibicarakan juga tentang mengapa harus menghukum dan siapa yang harus dihukum?

Contoh-contoh di atas barang tentu sangat penting, tetapi oleh komunitas hukum diterima secara *'taken for granted'* begitu saja. Dari segi keilmuan, cara-cara hukum bekerja tentu saja menyimpan kemungkinan kekeliruan yang bisa fatal. Misalnya hukum menjatuhkan pidana terhadap seseorang yang menurut psikologi sebelumnya tidak tepat.

Contoh mutakhir adalah kasus yang menimpa anak delapan tahun bernama Raju (Muhammad Azwar). Hakim yang mengadili bocah tersebut bersikukuh, bahwa ia telah menjalankan hukum dengan benar. Di lain pihak, para psikolog anak, berdasarkan pertimbangan keilmuannya, meminta agar pengadilan terhadap Raju harus segera dihentikan. Mengadili Raju seperti layaknya mengadili subjek hukum pada umumnya hanya akan menimbulkan keadaan traumatis dan menghancurkan masa depan sang anak.

Pertanyaan kemudian, apakah hukum, pengadilan hanya akan peduli dengan dijalankannya undang-undang *at face value*, tanpa membaca maknanya lebih dalam? Apakah hukum itu hanya untuk hukum dan melupakan masa depan seorang anak manusia?

Ini adalah pelajaran dan pembelajaran yang sangat bagus tentang adanya 'logika hukum' dan 'logika psikologi.' Para calon doktor hendaknya menjadi ilmuwan hukum yang tercerahkan, yang senantiasa berkeinginan kuat (*eager*) untuk menjadikan ilmu hukum sebagai sebenar ilmu, yang selalu berdialog dengan *the state of the arts* dalam sains. Sekali lagi, paradigma kita adalah "hukum untuk manusia" dan bukan sebaliknya.

Penutup

Hukum dan ilmu hukum dewasa ini dihadapkan kepada garis depan sains yang berbeda daripada abad kesembilan belas. Pada waktu itu ilmu hukum boleh mewakili sekalian disiplin ilmu di luar

'*the hard sciences*.' Tetapi lewat dari abad tersebut sains sudah berkembang cepat dan membiakkan diri ke dalam berbagai disiplin ilmu, seperti sosiologi, antropologi, psikologi, ekonomi, informatika dan seterusnya.

Apabila di abad kesembilan belas ilmu hukum harus mengerjakan semuanya menurut pikiran dan pengetahuan serta pemahaman sendiri, maka sekarang hal tersebut tidak lagi dapat dilakukan, dengan risiko disebut sebagai tidak ilmiah. Fritjof Capra sudah mengingatkan, bahwa dunia sains sekarang tidak "berjalan mulus," melainkan menghadapi suatu '*turning point*' (Capra, 1982). Dewasa ini, banyak konsep, pendekatan, metodologi, yang dalam dunia sains lama diterima dengan segala kemapanan, sekarang digugat kembali.

Barangkali, seperti ditulis oleh Thomas Kuhn, inilah saatnya ilmu yang normal berubah menjadi abnormal untuk kemudian menuju kepada suasana normal kembali (Kuhn, 1963). Dalam kurun sains yang normal, maka para pembelajar (*student*) hanya mengunyah-kunyah apa yang sudah direkam dalam kitab-kitab ajar (*textbook*). Kitab-kitab ajar itu merekam perkembangan dalam ilmu pengetahuan. Maka sains pun menjadi berhenti dan tidak lagi menciptakan hal-hal baru. Mereka tidak mewarisi semangat para pelopor yang telah menemukan ini dan itu dan karena itu tidak didorong untuk melakukan pencarian lebih lanjut.

Wilson juga sudah mengingatkan, bahwa sekarang bukan waktunya lagi untuk membuat pengkotak-kotakan disiplin ilmu secara ketat dan bicara mengenai '*the unity of knowledge*.' Biologi yang tidak berujung ke ilmu-ilmu sosial belum merampungkan tugas ilmi-ahnya; sedang ilmu sosial yang tidak berakar pada biologi adalah bodoh, bebal, usang (*banal*) (Wilson, 1998).

Hukum tidak bisa lagi menentukan sendiri permasalahan yang sebenarnya membutuhkan dukungan dari studi psikologis. Buku Ehrenzweig mengingatkan kita agar tidak bertindak sendiri menghadapi masalah hukum yang mengandung muatan psikologis.

Bagi para calon doktor, ini mengingatkan mereka agar senantiasa berusaha untuk mencerdaskan dan mencerahkan diri dengan menjelajahi bacaan yang lebih luas dan selalu menjadikan dirinya sebagai pembelajar (*student*) yang baik. Sejak hukum itu mema-

suki hampir semua ranah kehidupan manusia dan sejak disiplin-disiplin sains berkembang cepat, maka ilmu hukum dan disiplin lain saling memasuki.

Pembelajaran hukum pada aras teratas, khususnya melalui perkuliahan ilmu dan teori hukum, hendaknya selalu berusaha untuk melakukan reposisi mengenai tempat ilmu hukum di tengah-tengah perkembangan sains abad kedua puluh satu ini dan perubahan apa yang sekiranya perlu dilakukannya. Pembicaraan mengenai hukum dan psikologi merupakan satu eksemplar dari interaksi dan interpenetrasi antara disiplin-disiplin sains.

Bacaan

- Brodsky, Stanley L., & Fowler Jr., Raymond D., "*The Social Psychological Consequences of Confinement*," dalam *Social Psychology and Discretionary Law* (Lawrence Edwin Abt. & Irving R. Stuart, eds), N.Y.: Van Nostrand Reinhold, 1997: 260-270).
- Capra, Fritjof, *The Turning Point – Science, Society and The Rising Culture*, London: Flamingo, 1982.
- Ehrenzweig, Albert A., *Psychoanalytic Jurisprudence*, Leiden: A.W. Sijthoff, 1971.
- Evan, William M., *Social Structure and Law*, London: Sage Publications, 1990.
- Ewick, Patricia & Silbey, Susan S., "*Conformity, Contestation, and Resistance: An Account of Legal Consciousness*," dalam Roger Cotterrell (ed), *Sociological Perspectives on Law* (Vol. II: 3-21), Aldershot: Ashgate, 2001.
- Friedmann, Wolfgang, *Legal Theory*, London: Stevens & Sons Ltd., 1953.
- Fuller, Lon L., *Anatomy of the Law*, N.Y.: A Minton Book, 1968.
- , *The Morality of Law*, New Haven, Conn.: The Yale Univ. Press, 1971.

- Hampstead, Lord Lloyd of, *Introduction to Jurisprudence*, London: Stevens & Sons, 1979.
- Hersleb, James D., et al, "When Psychologists Aid in the *Voir Dire*: Legal And Etical Considerations," dalam *Social Psychology and Discretionary Law*, (Lawrence Edwin Abt. & Irving R. Stuart, eds), N.Y.: Van Nostrand Reinhold, 1997: 197-218.
- Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: The Univ. of Chicago Press, 1963.
- Rahardjo, Satjipto, *Masalah Penegakan Hukum – Suatu Tinjauan Sosiologis*, Bandung: Sinar Baru, tanpa tahun.
- , *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996.
- , *Polisi Sipil dalam Perubahan Sosial di Indonesia*, Jakarta: Kompas, 2002.
- Tyler, Tom R., *Why People Obey the Law*, New Haven: Yale Univ. Press, 1990.
- Wilson, Edward O., *Consilience – The Unity of Knowledge*, N.Y.: Alfred A. Knopf, 1998.

7

PENAFSIRAN HUKUM YANG PROGRESIF

Sejak hukum membuat tradisi untuk dituliskan (*written law*), maka pembacaan terhadap teks hukum menjadi masalah yang penting sekali. Sejak pembacaan teks menjadi penting, maka penafsiran terhadap teks hukum tak dapat dihindarkan. Bahkan tidak berlebihan apabila kita dapat mengatakan, bahwa penafsiran hukum itu merupakan jantung hukum. Hampir tidak mungkin hukum bisa dijalankan tanpa membuka pintu bagi penafsiran. Penafsiran hukum merupakan aktivitas yang mutlak terbuka untuk dilakukan, sejak hukum berbentuk tertulis. Diajukan sebuah adagium. **“Membaca hukum adalah menafsirkan hukum.”** Mengatakan, bahwa teks hukum sudah jelas, adalah suatu cara saja bagi pembuat hukum untuk bertindak pragmatis seraya diam-diam mengakui, bahwa ia mengalami kesulitan untuk memberikan penjelasan.

* * *

Untuk menjelaskan posisi awal saya di sini, kita mulai dengan membicarakan penulisan atau **perumusan hukum** ke dalam bentuk tertulis itu sendiri. Tuntutan terhadap hukum modern, seperti dikatakan oleh Unger, yaitu untuk menjadi positif dan publik, melahirkan tradisi hukum yang dituliskan atau tertulis. Tentunya cukup susah dibayangkan, bagaimana hukum bisa menjadi bersifat publik, kalau ia tidak bisa ditentukan secara konkret terlebih dahulu. Agar hukum bisa diumumkan kepada rakyat, maka hukum itu harus ada terlebih dahulu. Dalam tradisi modern sekarang, umumnya hukum itu memang dituliskan dan kemudian diumumkan kepada publik, supaya bisa dibaca oleh rakyat dan dengan demikian rakyat mengetahui apa yang menjadi hukum dalam masyarakat.

Pertanyaan pertama yang muncul adalah, apakah yang sebelumnya dituliskan atau dirumuskan itu? Apakah rumusan itu sama belaka dengan hal yang dirumuskan? Apakah rumusan itu diterima sebagai kebenaran absolut? Apakah ia merupakan perintah yang absolut ataukah lebih merupakan petunjuk atau pedoman? Misalnya hukum merumuskan “Barangsiapa mengambil barang milik

orang lain, dengan tujuan untuk dimiliki bagi diri sendiri, diancam dengan pidana karena pencurian.” Apakah hanya yang tertulis di situ yang harus dijalankan? Apakah segalanya sudah menjadi konkret dan jelas?

Pertanyaan tersebut muncul, karena kita juga bisa berpendapat bahwa kalimat dalam peraturan tersebut hanyalah semacam **eksemplar** saja, sedang yang ingin dijangkau adalah suatu **makna** yang lebih dalam lagi, katakanlah: keadilan. Apabila demikianlah posisi awal dalam membuat hukum tertulis, maka kita tak dapat memegang peraturan tersebut secara mutlak atau hitam-putih. Peraturan tersebut hanya mengingatkan saja, bahwa dalam masyarakat harus ada keadilan dan keadilan itulah yang kemudian dirumuskan ke dalam kata-kata atau kalimat peraturan tersebut. Keadilan baru merupakan satu hal, karena masih ada yang lain, seperti *justice*, *utility*, *doelmatigheid*, *billijkheid*. Dengan perkataan lain, setiap kali membaca peraturan, maka setiap kali pula kita harus mencari makna lebih dalam yang ada di belakang peraturan tersebut.

Diberikan contoh, yaitu pasal undang-undang tentang lembaga “Peninjauan Kembali.” Dalam pasal bersangkutan ditulis, bahwa PK hanya boleh diajukan oleh terpidana atau ahli warisnya. Dalam Bab Penjelasan ditulis, bahwa ketentuan tersebut bersifat limitatif. Tetapi dalam sejarah di Indonesia, jaksa pernah mengajukan PK dan diterima oleh pengadilan. Artinya, jaksa (dan pengadilan) telah memberi makna sendiri terhadap ketentuan tersebut. Buktinya, pengacara T. Mulya Lubis berpendapat bahwa dengan diterimanya PK yang diajukan oleh jaksa, telah terjadi tragedi dalam hukum di Indonesia. Hal itu berarti, bahwa Lubis telah memberi makna yang berbeda terhadap PK dibanding kejaksaan dan pengadilan. Di sini kita lihat betapa pasal yang sama telah diberi makna yang berbeda-beda.

* * *

Memang di dunia ini ada tradisi yang berbeda-beda, seperti *common law* dan *civil law*. Dalam tradisi *civil law*, hukum adalah tertulis, maka sekalian penalaran hukum akan dikembalikan kepada ‘*a finite-closed scheme of permissible justification*’ (William Twining), yang tidak lain adalah teks hukum tertulis itu. Apa yang

merupakan hukum ditentukan oleh legislatif dalam bentuk rumusan yang abstrak untuk kemudian melalui proses *stufenweise konkretisierung* (konkretisasi secara bertingkat ke bawah, Kelsen), akhirnya hukum yang semula abstrak menjadi konkret. Di sini sebetulnya kita melihat suatu proses yang tidak lain adalah penafsiran juga. Pembuat peraturan yang lebih rendah dari Undang-Undang Dasar (di Indonesia) harus membuat ketentuan-ketentuan organik untuk mengonkritkan kaidah-kaidah dalam UUD. Badan-badan di bawah konstituante sesungguhnya telah membuat penafsiran tentang apa yang dikehendaki oleh UUD.

Teks-teks itu harus ditafsirkan, oleh karena ia merupakan 'a *finite-closed scheme of permissible justification*' (Twining), sedang alam dan kehidupan sosial itu bukan suatu "scheme" yang "finite-closed," melainkan terus berubah, bergerak secara dinamis. Bagaimana sesuatu yang bergerak seperti itu bisa ditangkap dan kemudian diwadahi secara sempurna ke dalam rumusan atau kalimat-kalimat hukum.

Dalam *common law*, penafsiran hukum tidak menjadi begitu mendesak sebagaimana dalam tradisi hukum tertulis, oleh karena *common law* yang tidak tertulis itu, seperti dikatakan Twining, tidak "finite-closed." Pada dasarnya, dalam *common law* tidak ada teks yang harus ditafsirkan. Penafsiran tidak menjadi masalah yang berdiri sendiri, oleh *common law* sendiri hakikatnya dibangun dari penafsiran kejadian yang berlangsung terus-menerus dari waktu ke waktu. Penafsiran itu mengalir secara alami. Meminjam kata-kata Karl Renner, *common law* itu "works out what is socially reasonable" dan menurut saya 'working out' itu tidak lain adalah suatu proses penafsiran juga. Tentu saja untuk keadaan sekarang harus diingatkan, bahwa dalam negara-negara *common law* juga sudah dijumpai banyak peraturan tertulis.

* * *

Penafsiran merupakan fungsi dari hukum tertulis yang membuat rumusan-rumusan. **Pembuatan** dan **penafsiran** merupakan dua sisi dari barang yang sama, yaitu: hukum. Teks hukum tidak lain adalah suatu bentuk rumusan, suatu konseptualisasi dari sesuatu yang ada dan terjadi di alam. Pencurian adalah kejadian dalam alam yang kemudian dirumuskan dalam teks hukum.

Setiap perumusan adalah penegasan atau pencitraan tentang suatu hal (*to define, definition*). Pencitraan adalah pembuatan konsep. Dalam pembuatan konsep tersebut selalu dimulai dengan pembatasan atau pembedaan antara yang dirumuskan dan yang tidak atau yang berada di luarnya. Dengan adanya rumusan tertulis oleh hukum tentang pencurian, maka orang menjadi tahu perbuatan mana yang bukan pencurian. Oleh karena perumusan itu bekerja dengan cara membatasi seperti itu, maka timbul risiko besar akan ketidaktepatan perumusan. Hampir tidak ada jaminan, bahwa perumusan itu akan tepat sesuai kebenaran. Sesungguhnya itu sudah kegagalan itu bukan risiko lagi, tetapi sesuatu yang pasti akan terjadi. Perumusan selalu akan membawa kegagalan. Dengan demikian, kita boleh mengatakan, bahwa rumusan-rumusan itu merupakan “proyek kegagalan.” Tidak ada rumusan yang absolut benar, lengkap, komprehensif. Penafsiran merupakan **jembatan** untuk mengatasi jurang yang menganga antara objek yang dirumuskan dan perumusannya.

Menurut Jakob Sumardjo misalnya dalam bahasa Jawa terdapat setidaknya 15 macam atau jenis pencurian. Itu berarti, bahwa untuk komunitas Jawa, Pasal 362 KUHP mengandung cacat besar, karena pasti tidak mampu merumuskan ke-15 jenis itu secara benar hanya dalam satu kalimat. Padahal pasal tersebut akan dipakai untuk mengadili seluruh bangsa Indonesia, termasuk komunitas Jawa.

* * *

Disebabkan oleh tuntutan untuk merumuskan ke dalam teks tersebut, maka hukum sudah memasuki ranah **kebahasaan** dan dengan demikian memasuki suatu **permainan bahasa** (*language game*, Sampford). Kalau hukum itu dituntut untuk membuat rumusan-rumusan, maka pada waktu yang sama ia ditakdirkan akan **gagal** menjalankan tugas tersebut. Dalam perspektif tersebut hukum itu sudah **cacat** sejak dilahirkan. Inilah tragedi hukum. Masyarakat diatur oleh hukum yang penuh cacat, karena ketidakmampuannya untuk merumuskan dengan tepat hal-hal yang ada di masyarakat. Maka sebenarnya masyarakat pun diatur oleh hukum yang sudah cacat sejak awal.

Legitimasi yang masih bisa menolong suasana cacat tersebut adalah **mengganggu** hukum itu sebagai produk dokumen yang tidak cacat. Untuk menolong keadaan, maka menurut Charles Sampford, satu-satunya cara adalah mengalihkannya kepada **kepercayaan** (*belief*), bahwa rumusan hukum itu sudah benar. Pada waktu mengkritik tentang ‘*the non-systemness of legal system,*’ Sampford mengatakan, “... *Thus it is common to find theorists taking more and more unrealistic positions ignoring or denying the existence of various aspects of law or trying to call them irrelevant in order to protect their beliefs in law’s systemness... But because they hold just as strongly their belief in law’s systemness, systems theories are forced to abandon the insights of other theorists.*”

Mutatis mutandis, apa yang dikatakan oleh Sampford mengenai sistem hukum, dapat juga diterapkan pada waktu kita membicarakan cacat perumusan hukum. Dengan sedikit perubahan kita juga bisa mengatakan, “... *how something so untrue may seem, or at least be hoped to be, true ...*” Berdasarkan cara berpikir seperti itu, maka perdebatan pun ditutup sudah, semata-mata “apa yang tidak benar” itu menjadi “dianggap benar.” Legitimasi secara demikian itu memang diperlukan agar hukum segera bisa dijalankan, jadi suatu alasan **pragmatis**.

* * *

Dengan membuat rumusan, maka hukum membangun konsep dan konsep adalah suatu **konstruksi mental**, sesuatu yang tidak asli, tetapi **artifisial**. Konstruksi tersebut dibangun dengan cara **mereduksi** sebuah kenyataan penuh, seperti 15 arti pencurian dipangkas menjadi hanya satu saja. Sebagian orang menggunakan istilah “amputasi.” Kenyataan yang penuh harus diamputasi untuk membuat konsep. Konsep, rumusan, bukanlah releksi utuh dari kenyataan, melainkan sisa dari keutuhan yang sudah diamputasi.

Merumuskan dan membuat konsep adalah pekerjaan manusia yang sampai sekarang belum bisa diserahkan kepada mesin. Sebagai pekerjaan manusia yang demikian itu, maka pekerjaan merumuskan akan melibatkan **penilaian** atau pemberian nilai. Mengapa legislatif mereduksi kenyataan menjadi seperti ini atau itu, ditentukan oleh penilaian manusia-manusia pembuat hukum di belakangnya. Oleh karena itu pekerjaan merumuskan dan rumusan

yang diproduksi adalah **tidak bebas-nilai**. Oleh karena tidak bebas nilai seperti itu, maka ia juga terbuka untuk penilaian yang berbeda. Hal ini sangat penting karena kita akan berbicara mengenai adanya **ruang kebebasan** dalam hukum.

Sejak kita mengatakan, bahwa pekerjaan penafsiran itu melibatkan penilaian serta **manusia** yang melakukan penilaian tersebut, maka sebetulnya tidak bisa melihat penafsiran sebagai pekerjaan mesin.

Pekerjaan manusia penuh dengan **pilihan-pilihan** dan dengan demikian juga **subjektivitas**. Dari situ, maka kita juga bisa mengatakan, bahwa penafsiran berbeda dengan melakukan subsumsi terhadap mesin. Penafsiran juga merupakan pekerjaan yang **kreatif, inovatif, progresif**, bahkan terkadang merupakan suatu **lompatan**. Lompatan berarti bahwa penafsiran itu tidak lagi *rule-bound*, melainkan keluar dari logika peraturan (*logic of the rule*). Memasukkan listrik sebagai barang yang bisa dicuri atau diambil adalah pekerjaan kreatif.

* * *

Masyarakat membutuhkan ketertiban serta keteraturan dan oleh karena itu membutuhkan hukum. Tetapi masyarakat pasti menolak untuk diatur oleh hukum yang cacat tersebut. Maka cara-cara untuk lebih “mengadilkan,” “membenarkan,” “meluruskan” serta “membumikan” hukum menjadi pekerjaan yang tak dapat ditawar-tawar lagi. Cara-cara tersebut dilayani oleh penafsiran terhadap teks-teks hukum.

Ilmu hukum sama sekali tidak dapat menganggap masalah penafsiran sebagai hal kecil dan dipinggirkan. Kita mengatakan, bahwa hukum tidak akan berjalan tanpa penafsiran, oleh karena hukum membutuhkan pemaknaan lebih lanjut agar menjadi lebih adil dan membumi. Membuat hukum (*legislation*) adalah satu hal dan menafsirkan hukum yang sudah dibuat itu merupakan keharusan berikutnya.

Memasuki ranah penafsiran hukum adalah memasuki suatu dunia yang sangat luas dan di dalamnya penuh dengan tebaran pemikiran serta aliran-aliran yang menarik. Pertama muncul satu persoalan atau pertanyaan besar tentang apakah penafsiran hukum dan pembuatan hukum itu kita pisahkan secara ketat dan

tajam (*watertight*) atau tidak.

Pendapat yang mengatakan, bahwa keduanya harus dipisahkan secara tajam akan menempatkan penafsiran hukum pada kedudukan di bawah pembuatan hukum. Artinya, penafsiran hukum tidak boleh melampaui batas-batas yang sudah dibuat oleh legislatif (Bld: *binnen het kader van de wet*). Di sinilah muncul aliran seperti *Begriffsjurisprudenz* bersama yang lain, seperti 'dogmatik hukum,' 'normatif hukum' dan '*legal-positivism*,' yang menganggap teks hukum sebagai sesuatu yang memiliki otonomi mutlak. Penegakan hukum adalah ibarat mesin otomatis yang tinggal melakukan subsumsi saja. Tidak boleh ada hal yang baru sama sekali, oleh karena menciptakan sesuatu yang baru adalah monopoli oleh legislatif.

Pikiran tersebut membangun dinding yang tebal yang memisahkan antara hukum dan masyarakatnya atau menciptakan jurang yang menganga antara keduanya. Masyarakat di sini merupakan simbol dari perubahan dan dinamika sosial. Hukum benar-benar telah menjadi dunia yang **esoterik**. Diproyeksikan kepada uraian kita di muka, maka kekakuan (*rigidity*) tersebut menjauhkan hukum dari keadilan dan dari kebutuhan masyarakatnya. Hukum bisa menjadi semacam asesori yang kurang bermanfaat bagi masyarakat.

Pertanyaan lain yang muncul adalah tentang apa yang disebut sebagai batas-batas yang telah ditentukan oleh legislatif. Di manakah batas-batas tersebut? Hal ini sungguh rumit (*crucial*), semata-mata karena batas tersebut sulit untuk ditentukan secara mutlak. Di sini hukum lebih banyak menghadapi wilayah yang berwarna abu-abu daripada hitam-putih.

Kecuali kekurangan tersebut, penegakan hukum juga bisa berhenti manakala ia dibelenggu oleh batas-batas tersebut. Masyarakat itu dinamis dan menjadi lebih dinamis sejak abad ke-20 dengan kemajuan dalam sains dan teknologi. Apabila dinamika tersebut harus dikekang oleh kediktatoran legislatif, maka hukum tidak lagi bisa diandalkan untuk melayani masyarakatnya. Contoh tentang pasal pencurian yang harus diperbaharui untuk bisa didayagunakan bagi mengatur dan melayani masyarakatnya. Barang yang dimaksud oleh legislatif dalam pencurian tidak pernah akan memasukkan listrik sebagai barang, oleh karena listrik belum ada pada

waktu pembuatan pasal tersebut. Tetapi ternyata pengertian tentang barang itu diperluas sedemikian rupa, sehingga listrik pun bisa dicuri. Di sini orang telah melakukan penafsiran (tentang barang). Pembaruan teks dengan memasukkan listrik sebagai barang, tidak terjadi melalui perubahan teks hukum, melainkan melalui penafsiran dalam praktik.

Di seberang lain dari *Begriffsjurisprudenz* adalah Aliran Realisme (Amerika, Skandinavia) dan *Freierechtslehre*. Aliran-aliran tersebut menolak untuk memberi kekuasaan mutlak kepada legislatif untuk menentukan dan merumuskan arti sesuatu. Mereka hanya menganggap hukum itu sebagai pedoman yang bahkan terkadang bisa ditinggalkan. Aliran tersebut melihat hukum itu sebagai institusi yang ada dalam dan untuk masyarakat. Ini sangat berbeda dari yang disebut terdahulu, yang melihat hukum semata-mata ada dalam dunia peraturan. Perbedaan tersebut menyebabkan perbedaan dalam logika yang dipakai. Aliran dogmatik-hukum menggunakan **logika peraturan**, sedang yang lain memakai logika sosial (*the logic of social reasonableness, doelmatigheid*).

Dilema antara 'kepastian' dan 'kemerdekaan' juga melatarbelakangi wacana penafsiran. Kendati menerima penafsiran, aliran yang mengunggulkan kepastian menghendaki agar lingkaran peraturan itu tidak diterobos keluar. Metode-metode penafsiran yang kemudian diciptakan, seperti tata-bahasa, sejarah dan sistematis, tetap harus berlangsung dalam batas lingkaran peraturan. Aliran tersebut bahwa menerima konsekuensi disebut mengabadikan ketidakadilan manakala suatu peraturan dinilai tidak adil. Maka demi kepastian, 'kepastian dari ketidakadilan' atau kepastian yang tidak adil pun diterima sebagai risiko atau ongkos yang harus dibayar.

Di sisi lain, kemerdekaan tidak bisa menerima peraturan yang dirasa tidak adil dan karena itu memilih melakukan pembebasan dan keluar dari lingkaran peraturan yang ada. Inilah esensi dari Aliran Realisme.

* * *

Peraturan sebagai sesuatu yang *legal* dan kenyataan sebagai sesuatu yang *sociological, empirical*, bukan dua hal yang terpisah dan bisa dipisahkan secara mutlak. Pada waktu kita berbicara mengenai penafsiran, maka keduanya akan saling memasuki

(*onderlinge interactie*). Peraturan akan melihat kepada kenyataan, sedang kenyataan melihat kepada peraturan (Van Dunne, *Riskante rechtsvinding*, 1974).

Maka pekerjaan penafsiran menjadi bukan semata-mata membaca peraturan dengan menggunakan logika peraturan, melainkan juga membaca kenyataan atau apa yang terjadi di masyarakat. Kedua pembacaan itu disatukan dan dari situ akan muncul kreativitas, inovasi dan progresivisme.

Sejak peraturan itu keluar dari dapur yang memproduksinya, maka ia menjalani kehidupan sendiri. Ia dianggap sebagai sarana yang mampu untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang dihadapkannya. Dalam perjalanannya ia harus mampu mengatakan, bahwa listrik bisa dicuri, bahwa kapal itu juga berarti kapal terbang, sekalipun menurut legislatif yang bisa dicuri adalah barang dan pada waktu peraturan dibuat belum ada kapal terbang.

Sejak penerapan peraturan adalah *time-bound* dan *space-bound* dan sejak peraturan yang dibuat itu juga terikat kepada keduanya, maka setiap saat peraturan itu akan mengalami pendefinisian kembali agar bisa melayani situasi “di sini dan sekarang.” Paul Scholten mengatakannya sebagai berikut, “*Het recht is er, doch het moet worden gevonden*” (hukum itu ada, tetapi masih harus ditemukan). Oleh sebab itu dikatakan, bahwa penegakan hukum itu bukan semata-mata pekerjaan masinal, otomatis dan linier, melainkan penuh dengan kreativitas. Pekerjaan menemukan adalah pekerjaan kreatif dan di situlah letak penafsiran.

Dalam sejarah yurisprudensi sesekali ditemukan bukti-bukti tentang betapa harus dilakukan penafsiran yang revolusioner untuk bisa menemukan hukum. Ia antara lain terjadi pada putusan *Hoge Raad* Belanda pada 16 Januari 1916 tentang *onrechtmatige daad* (perbuatan melawan hukum). Putusan tersebut disebut revolusioner oleh karena **memutuskan hubungan** dengan pemahaman lama tentang konsep perbuatan melawan hukum. Tidak ada kesinambungan lagi antara konsep yang lama dan yang baru. Konsep lama mengatakan, bahwa untuk bisa disebut perbuatan melawan hukum harus ada peraturan yang dilanggar. Konsep baru mengatakan, bahwa perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan dan kepatutan dalam masyarakat pun bisa disebut melawan hukum. Inilah yang di atas dikatakan: cara berpikir yang melompat.

Peristiwa revolusioner yang mengubah praktik hukum takkan terjadi, manakala *Hoge Raad* tidak melakukan penafsiran yang **melompat**. Dikatakan melompat, oleh karena tidak ada hubungan logis antara konsep yang lama dengan yang baru. Ini juga memberi pelajaran kepada kita, bahwa penegakan hukum tidak selalu harus bertumpu pada logika, melainkan juga “**meninggalkan rutinitas logika.**”

Penafsiran progresif mencakup sekalian aspek sebagaimana diuraikan di atas. Penafsiran adalah pemberian makna terhadap teks peraturan dan karena itu tidak boleh berhenti pada pembacaan harafiah saja. Dengan cara seperti itu hukum menjadi progresif karena bisa melayani masyarakatnya. Melayani masyarakat berarti melayani kehidupan **masa kini** dan oleh sebab itu progresif.

Penafsiran progresif memahami proses hukum sebagai **proses pembebasan** terhadap suatu konsep yang kuno yang tidak dapat lagi dipakai untuk melayani kehidupan masa kini.

Kita sekarang akan membicarakan pikiran Paul Scholten sebagai suatu kasus yang menarik dalam kaitan dengan masalah penafsiran hukum. Topik yang akan kita bicarakan adalah konsep Scholten tentang **penemuan hukum** (*rechtsvinding*). Uraian berikut ini didasarkan pada pikiran Scholten yang diambil dari risalah yang terkenal, yaitu ‘*Algemeen Deel*’ (bagian Umum) dari bukunya ‘*Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*’ (Panduan untuk menjalankan hukum perdata Belanda, cet. Kedua, 1954). Kendati merupakan pengantar terhadap hukum perdata, namun karena ‘*Algemeen Deel*’ itu mengandung ajaran yang umum sifatnya, maka ia pantas diberi nilai tersendiri.

Scholten berangkat dari tradisi dan budaya penegakan abad ke-19, khususnya di Eropa kontinental. Pada waktu itu pengaruh Montesquieu mengenai pendapatnya tentang **pemisahan kekuasaan** sangat dominan melalui kata-katanya yang terkenal, “*Les juges de la nation ne sont que les bouches, qui prononcent les paroles de la loi, des etres inanimés, qui n’en peuvent moderer ni la force ni la rigueur.*” Pemisahan tersebut menentukan batas yang tegas bagi penegakan hukum, sehingga tidak boleh sama sekali memasuki ranah pembuatan hukum.

Di abad tersebut penemuan hukum diartikan sebagai penerapan aturan terhadap kenyataan dan aturan itu hanya diberikan oleh undang-undang. Suatu putusan tidak boleh dibatalkan atas pertimbangan yang sifatnya umum, melainkan hanya manakala terjadi kesalahan dalam penerapan undang-undang. Tugas mahkamah kasasi adalah untuk melindungi undang-undang agar tidak diganggu oleh hakim melalui putusannya.

Undang-undang itu tidak selalu jelas. Kemampuannya untuk memberikan jawaban terhadap seribu-satu persoalan yang dihadapi kepadanya juga sangat rendah. Ia tidak menyediakan pasal-pasal yang segera langsung bisa dipakai untuk menyelesaikan persoalan-persoalan tersebut. Menurut Scholten, adalah sesuatu yang khayal apabila orang beranggapan, bahwa undang-undang itu telah mengatur segalanya secara tuntas. Kodifikasi, yang merupakan ciri abad ke-19 beranggapan, bahwa legislatif dengan segala kekuatan telah mengatur semua kejadian yang akan datang. Tidak ada kekosongan (*leemte*) dan cacat, sehingga dengan demikian penafsiran adalah berlebihan dan tidak diperlukan. Memang undang-undang sebagai karya manusia mengandung cacat, tetapi itu harus dikembalikan kepada badan legislatif. Bukan menjadi tugas hakim untuk memberi penafsiran guna mengurangi cacat atau kekosongan itu.

Menurut Scholten, penemuan hukum itu berbeda dengan **penerapan hukum** (*rechtstoepassing*), oleh karena di sini "**ditemukan sesuatu yang baru.**" Ia mengatakan, bahwa penemuan hukum bisa dilakukan baik lewat **penafsiran**, atau **analogi**, maupun **penghalusan hukum** (*rechtsverfijning*). Penegakan hukum tidak hanya dilakukan dengan logika penerapan hukum, melainkan juga memasuki ranah **pembentukan hukum** (*rechtsvorming*). Pembentukan hukum itu tidak hanya berwujud penerapan hukum yang mengandalkan penggunaan logika (*een hanteren van logische figuren*), melainkan melibatkan penilaian, memasuki ranah pemberian makna. Melalui silogisme dan kesimpulan logis, kita tidak akan menemukan sesuatu yang baru, seperti dikehendaki oleh penemuan hukum.

* * *

Menjelang akhir abad ke-19 kejayaan dunia pemikiran hukum yang berbasis logika dan peraturan mulai pudar oleh pikiran-pikiran yang skeptis terhadap teori logika yang dominan itu. Mereka ini berpendapat, bahwa melihat hukum sebagai bangunan logis peraturan tidak membawa kita lebih dekat kepada kebenaran. Savigny bisa dilihat sebagai juru bicara dari pandangan skeptis seperti itu, misalnya melalui kata-katanya yang menjadi terkenal, “... *law grows with the growth, and strengthens with the strength of the people and finally dies away as a nation loses its nationality ...*” Savigny tidak memisahkan hukum sebagai kategori tersendiri terlepas dari masyarakatnya (*no separate existence*). Baginya hukum hanya merupakan salah satu dari milik masyarakat yang sudah ada bersamaan dengan lahirnya masyarakat, seperti bahasa. Seperti halnya dengan milik masyarakat yang lain, hukum itu adalah “... *they are but the particular faculties and tendencies of an individual people, inseparably united in nature and only wearing the semblance of distinct attributes to our view. That which binds them into one whole is the common convention of the people.*” Kenyataan seperti itu kita temukan kembali pada identitas *common law*, seperti kutipan dari William Twining (*Legal Theory and Common Law*, 1986) berikut ini, “*In the common law system no clear distinction existis between saying that a particular solution to a problem is in accordance with the law, and saying that it is rational, or fair, or just solution ..., legal justificatory reasoning does not depend upon a finite-closedscheme of permissible justification, nor does it employ conceptions which are insulated wholly from lay conceptions. The language of the law is not a private language. The legal and extra-legal worlds are intimately associated, not separated ...*”

Pikiran-pikiran yang keluar dari konsep dan persepsi hukum sebagai suatu bangunan rasional peraturan yang esoterik dan hanya boleh diperlakukan seperti itu, diwakili oleh **Aliran Realisme**, yang pada akhir abad ke-19 merupakan aliran pemikiran yang kuat di Amerika Serikat. Aliran ini menurunkan keperkasaan undang-undang yang dihasilkan oleh badan legislatif yang menjadi pusat kehidupan hukum dari singgasananya. Tidak ada satu pusat, tetapi sumber hukum itu tersebar pada berbagai sumber yang lain. Sejak kekuasaan tidak lagi dimonopoli oleh badan legislatif, maka hakim

muncul sebagai pusat yang baru (*judge-made law*).

Di antara para *lawyers* Amerika waktu itu juga berkembang **pragmatisme** yang menentang pemikiran abstrak dalam hukum. Lebih rinci lagi, pragmatisme tersebut mengandung penolakan terhadap: *a priori reasoning, fixed principles, closed systems, pretended absolutes*. Sebaliknya pragmatisme berpaling ke: *completeness, adequacy, facts, actions, powers* (W. Friedmann, *Legal Theory*, 1954).

Di sini para *lawyers* mengambil peran penting dalam memasukkan penafsiran mereka terhadap proses hukum. John Dewey mengatakan, "*logic is not deduction of certainties from theoretical principles such as syllogism, but a prediction of probabilities. Logic is a theory of inquiry into probable consequences, a process in which general principles can only be used as tools justified by the work they do ... the satisfaction of ready-made antecedents, universal principles, must be abandoned for a more experimental and flexible logic. The lawyer does not derive his conclusions from general principles. He starts with a problematic and often confused situation ... With the determination of the problem, a possible solution suggests itself to the inquirer ... Law then is an experimental process in which the logical factor is only one of many leading to certain conclusion ... the social importance of substituting this approach for that of logical positivism ...*"

Realisme Hukum di Amerika Serikat dan Ajaran Hukum Bebas (*Freirechtslehre*) di Eropa kontinental memberi saham besar pada waktu kita membicarakan masalah penafsiran hukum (W. Friedmann, *Legal Theory*, 1954: 196--209). Realisme dan Ajaran Bebas menolak cara-cara kerja Aliran Hukum Analitis (*analytical jurisprudence*). Aliran analitis sangat mengandalkan pada dan memercayai adanya kepastian (*certainty*). "*Lawyers in general, and judges in particular, have clung to the myth of legal certainty, by establishing a fictitious system of precedents and of complete codification, hiding before themselves and others the fact that every case is unique and requires creative decisions ... a certainty based on fallacious logic.*"

* * *

Mengapa menggagas penafsiran hukum yang progresif? Dari uraian panjang di atas, kita melihat bahwa sejarah hukum telah meninggalkan jejak-jejak yang amat menarik dan berharga untuk memahami hukum. Maka kita pun perlu pandai-pandai belajar dari sejarah tersebut.

Salah satu ikhwal penting adalah pergulatan antara pikiran analitis dan realis atau sosiologis seperti diwakili oleh *analytical jurisprudence* dan *legal realism*. Yang pertama selalu melihat ke dalam bingkai peraturan dan tidak keluar dari lingkaran itu (*in het kader van de wet*). Berdasarkan pikiran hukum yang demikian itu, maka penafsiran hukum menjadi hal yang ditabukan. Tidak ada dan tidak boleh ada penafsiran, yang ada ialah penerapan hukum, undang-undang. Penafsiran itu ada di tangan badan legislatif, oleh karena dalam pembuatan hukum sudah termasuk di situ penafsirannya. Di sini kepastian sangat diunggulkan, bahkan sampai titik mutlak dan kepastian itu diperoleh dengan membaca undang-undang.

Di pihak lain, pikiran realis, sosiologis dan bebas, berpendapat, bahwa hukum itu merupakan kerangka yang abstrak, sedang setiap perkara yang dihadapkan kepadanya adalah unik. Kalau orang berpegangan pada kata-kata undang-undang, maka sifat unik dari perkara itu akan hilang dan dikesampingkan. Maka setiap pembuatan putusan hukum adalah aktivitas yang kreatif, demi melayani keunikan tersebut.

Hukum progresif dan penafsiran progresif berpegangan pada paradigma "Hukum untuk Manusia," sedang *analytical jurisprudence* mengikuti paradigma "Manusia untuk Hukum." Manusia di sini merupakan simbol bagi kenyataan dan dinamika kehidupan. Hukum itu memandu dan melayani masyarakat. Dengan demikian diperlukan keseimbangan antara "**statika**" dan "**dinamika**," antara "**peraturan**" dan "**jalan-yang-terbuka**."

Hukum, pengadilan, tidak dipersepsikan sebagai mesin dan robot, tetapi sebagai lembaga yang kreatif memandu dan melayani masyarakat. Tugas tersebut bisa dilaksanakan, apabila hukum diberi kebebasan untuk memberi penafsiran. Menafsirkan di sini adalah bagian dari tugas memandu dan melayani tersebut.

Hukum progresif berbagi pendapat dengan pikiran-pikiran yang pernah ada dalam sejarah hukum, seperti historis (Savigny), realis (Amerika, Eropa), sosiologis (Pound, Ehrlich, Black), responsif (Nonet dan Selznick).

Sekalian alam pikiran hukum tersebut pada dasarnya menerima penafsiran hukum sebagai jembatan antara undang-undang yang statis, kaku, dengan masa kini dan masa depan. Hukum akan dicari dan dipercaya masyarakat, manakala ia mampu menjalankan tugas memandu dan melayani masyarakatnya. Untuk itu ia tak dapat bergayut ke belakang melainkan ke masa kini dan depan. Itulah hakikat hukum progresif dan penafsiran hukum yang progresif.