

KONSEPSI TEORITIS PENELITIAN HUKUM NORMATIF

Oleh,
I Md Pasek Diantha

FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS UDAYANA, DENPASAR
2015

Daftar Isi

Bab I PENDAHULUAN	2
A. Pengertian Penelitian Hukum	2
B. Karakteristik Ilmu Hukum	4
C. Lapisan Ilmu Hukum	8
D. Hubungan Teori Hukum Dan Metode Penelitian Hukum	
E. Jenis-Jenis Penelitian Hukum	
Bab II RELEVANSI PILIHAN TEORI HUKUM DALAM PEMECAHAN PERMASALAHAN PENELITIAN HUKUM	19
A. Ruang Lingkup Materi Teori Hukum	19
B. Dinamika Teori Hukum	46
Bab III JUSTIFIKASI TEORITIS EKSISTENSI RAGAM PENELITIAN HUKUM	95
A. Upaya Pengintegrasian Teori Hukum	95
B. Sekilas Tentang Karakteristik Teori Hukum Normatif	101
C. Justifikasi Tepritis Metode Penelitian Hukum Normatif	109
D. Sekilas Tentang Karakteristik Teori Hukum Empiris	120

BAB I

PENDAHULUAN

A. Pengertian Penelitian Hukum

Istilah “penelitian hukum” terdiri dari dua kata yakni : “penelitian” dan “hukum”. Asal kata “penelitian” adalah “teliti” yang berarti suatu tindakan yang penuh kehati-hatian dan kecermatan. Sementara “hukum” diartikan sangat beragam sesuai dengan sudut pandang masing-masing aliran filsafat hukum. Secara netral dan sederhana hukum dapat diartikan sebagai : **norma yang dibentuk, ditegakkan dan diakui oleh otoritas kekuasaan publik untuk mengatur negara dan masyarakat, ditegakkan dengan sanksi.** Obyek kajian ilmu hukum sesungguhnya adalah norma, dan bukan sikap atau perilaku manusia, seperti yang dijadikan obyek kajian misalnya oleh ilmu sosiologi, anthropologi, psikologi, ekonomi, dan politik.

Lebih jauh kata “penelitian” yang dalam kepustakaan keilmuan dikenal dengan kata “*research*” terdiri dari dua akar kata yakni “*re*” dan “*search*”; “*re*” berarti kembali dan “*search*” berarti menemukan sesuatu secara berhati-hati atau “*examine, look carefully at, through, or into in order to find something*”.¹ Dengan demikian penelitian hukum atau “*legal research*” berarti penemuan kembali secara teliti dan cermat bahan hukum atau data hukum untuk memecahkan permasalahan hukum. Mengapa dikatakan penemuan kembali ? Karena sebelum penulisan proposal, skripsi, thesis, disertasi dan

¹ As Hornby; 1985, “*Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current English*”, Oxford University Press, New York, Halaman 720, 768.

lain-lain, bahan-bahan hukum atau data-data hukum itu sudah ada di berbagai tempat baik di perpustakaan maupun di lapangan.

Agak sedikit berbeda, pengertian penelitian hukum versi Cohen & Olson sebagai berikut : *“Legal research is the process of finding the law that governs activities in human society”*.²

Senada dengan itu P Mahmud Marzuki mengemukakan :

..... “bahwa penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi”.³

Pengertian yang dikemukakan oleh mereka itu mengacu kepada penelitian hukum normatif yang obyek penelitiannya berupa norma hukum, konsep hukum, asas hukum dan doktrin hukum. Dapat dikatakan pengertian penelitian hukum yang demikian adalah penelitian hukum dalam arti sempit. Sementara apa yang penulis kemukakan sebelumnya adalah pengertian penelitian hukum dalam arti luas seiring perkembangan Teori Hukum di awal abad 20 yang mengakui adanya Teori Hukum Empiris selain Teori Hukum Normatif.⁴

² Morris L Cohen & Kent C Olson; 1992, *“Legal Research in A Nutshell”*, St Paul Minn, West Publishing Co, Halaman. 1.

³ Peter Mahmud Marzuki; 2007, *“Penelitian Hukum”*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, Halaman. 35.

⁴ J J H Bruggink; 1996, *“Rechts Reflectief”*, Terjemahan Arief Sidharta dalam *“Refleksi Tentang Hukum”*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, Halaman. 168, 176, 186.

B. Karakteristik Ilmu Hukum

Keseluruhan ilmu dapat dibagi dalam tiga kelompok besar yakni Ilmu Formal, Ilmu Empiris, dan Ilmu Praktis. Contoh Ilmu Formal adalah antara lain; Logika, Matematika. Sementara Ilmu Empiris meliputi Ilmu-Ilmu Alam dan Ilmu-Ilmu Manusia, contohnya adalah Ilmu Biologi, Non Biologi, Ilmu Sosiologi, Ilmu Sejarah dan Ilmu Bahasa. Disisi lain Ilmu Praktis adalah ilmu yang kegiatannya mempelajari penerapan Ilmu Teoritis bertujuan untuk menawarkan penyelesaian terhadap masalah konkrit. Ilmu Praktis dibagi menjadi dua jenis yakni Ilmu Praktis Nomologis dan Ilmu Praktis Normologis atau Ilmu Normatif.⁵

Contoh Ilmu Praktis Nomologis adalah Ilmu Kedokteran yang mempelajari hubungan ajeg (*ceteris paribus*) dari dua hal atau lebih yang bersifat kausalitas – deterministik yang menimbulkan akibat tertentu. Jika misalnya secara empiris sudah ditemukan bahwa suatu X menyebabkan penyakit Y maka secara "*ceteris paribus*" untuk menyembuhkan orang yang mengidap penyakit Y harus diberi terapi agar suatu X itu hilang atau ternetralisir. Disisi lain Ilmu Praktis Normologis berusaha menemukan hubungan dua hal atau lebih berdasarkan asas imputasi yakni mempertautkan tanggung jawab atau kewajiban subyek tertentu sehubungan dengan perbuatan tertentu yang pada akhirnya dia mau bertanggung jawab atau tidak mau bertanggung jawab. Contohnya antara lain ilmu tentang Etika, Pedagogi dan Ilmu Hukum. Khusus Ilmu Hukum digolongkan dalam Ilmu Praktis

⁵ Bernard Arief Sidharta; 2000, "*Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*"; CV. Mandar Maju, Bandung, Halaman 114.

Normologis-Otoritatif sedangkan Ilmu Etika dan Ilmu Pedagogi digolongkan dalam Ilmu Praktis Normologis Non-Otoritatif.⁶

Dengan penggolongan seperti itu nampak bahwa Ilmu Hukum mempunyai karakteristik tersendiri yang tidak dimiliki oleh Ilmu Etika, Pedagogi bahkan oleh Ilmu Agama, terlebih-lebih oleh ilmu yang tergolong bukan Ilmu Praktis seperti Ilmu Formal dan Ilmu Empiris (Ilmu Matematika, Ilmu Humaniora, dan lain-lain). Kekhasan Ilmu Hukum itu terlihat pada keberadaan norma hukum sebagai obyek kajiannya (*normologic*) dan untuk penegakkan norma hukum itu diperlukan otoritas kekuasaan (*otoritatif*) tersendiri seperti kepolisian, kejaksaan dan kehakiman. Tidak demikian halnya pada penegakkan norma kesopanan (etika), norma pendidikan (pedagogi) dan norma agama (teologi) yang bersifat anjuran atau himbauan disebabkan tidak dimilikinya otoritas kekuasaan negara yang bersifat memaksa seperti penjatuhan sanksi hukum oleh kekuasaan judisial atau kekuasaan administratif.

Berhubung karakternya yang khas itu P M Hadjon & T S Djatmiati menyebutkan sebagai ilmu yang "*sui generis*" disebabkan oleh empat hal yakni: (1), Karakternya yang normatif; (2), Terminologi keilmuannya; (3), Jenis cakupan keilmuannya; dan (4), Lapisan keilmuannya.⁷

Menurut hemat penulis, selain empat hal itu, nampaknya ada beberapa faktor yang mendasari kekhasan karakternya itu sehingga ilmu

⁶ Bernard Arief Sidharta; 2000, *Ibid*, Halaman 111- 112, 114

⁷ Philipus M Hadjon & Tatiek S Djatmiati; 2008, "*Argumentasi Hukum*", Gajah Mada University Press, Yogyakarta, Halaman 1-12. P Mahmud Marzuki juga menggolongkan ilmu hukum sebagai ilmu *sui generis* dalam "Pengantar Ilmu Hukum", 2008, P M Group, Jakarta, halaman 27, 34, 35. Di sisi lain, M van Hoecke mencoba menunjukkan beberapa karakter ilmu hukum yang dapat dimaknai sebagai ilmu *sui generis* seperti termuat dalam buku editorial "*Methodologies of Legal Research*" 2011, Hart Publishing, Oxford And Portland, Oregon, halaman 4 s/d 10. Disitu disebutkan karakternya sebagai berikut : *hermeneutic, argumentative, empirical, explanatory, axiomatic, logical, normative*.

hukum tidak begitu saja dapat digolongkan ke dalam ilmu sosial atau ilmu lainnya yakni :

- (1). Obyek penelitiannya
- (2). Jenis kebenaran keilmuannya
- (3). Penggunaan logika berpikir

Obyek penelitian hukum dengan karakter keilmuan yang normatif adalah norma hukum yang tersebar dalam peraturan hukum primer (*primary rules*) dan peraturan hukum sekunder (*secondary rules*).⁸ Norma sebagai obyek penelitian hukum menggambarkan perbedaan yang hakiki dengan ilmu lainnya seperti ilmu pengetahuan alam yang menjadikan obyek penelitiannya adalah gejala alam dari suatu benda bernyawa maupun benda tak bernyawa. Berbeda pula dengan Ilmu Sosial yang obyek penelitian adalah gejala sosial yang berupa sikap (*attitude*), perilaku (*behaviour*) dan tindakan (*action*) manusia sebagai makhluk social. Oleh karena obyek penelitiannya berbeda dengan ilmu lainnya, maka hal ini akan menimbulkan perbedaan berikutnya terutama mengenai jenis data dan tehnik analisisnya.

Berkenaan dengan jenis kebenarannya, sebagaimana diketahui dalam kajian filsafat ilmu dikenal bahwa Ilmu-Ilmu Formal yang bersifat eksakta, jenis kebenarannya bersifat "koherensi" (*ceteris paribus*). Suatu yang ajeg dari dahulu hingga sekarang atau kapan saja adalah sama; misalnya 2 x 2 pasti selalu empat. Sedangkan ilmu pengetahuan sosial dan ilmu pengetahuan alam sifat kebenarannya adalah "korespondensi" yakni sesuatu itu benar bila bersesuaian (*to corresponce*) dengan fakta di lapangan.⁹ Dapat dikatakan bahwa kebenaran ilmu eksakta, ilmu alam, ilmu sosial kebenarannya bersifat

⁸ H L A Hart; 1981, *"The Concept of Law"*, Clarendon Press, Oxford, Halaman 77.

⁹ Jujun Soeriasumantri; 1985, *"Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer"*, Sinar Harapan, Jakarta, Halaman 55-59.

obyektif. Berbeda dengan ilmu hukum, kebenarannya bersifat inter-subyektif dan untuk menjadikan obyektif atau minimal mendekati obyektif diperlukan proses “konsensus”. Dengan begitu kebenaran ilmu hukum dapat dikatakan bersifat “konsensus” bukan bersifat koherensi atau korespondensi.

Dalam menelaah karakter kebenaran keilmuan hukum, dikenal adanya dua jenis konsensus yakni konsensus horisontal diterapkan pada tataran teoritis – akademis, ketika para ilmuwan hukum mengkaji suatu masalah hukum dan kajian itu akan dianggap benar jika telah mendapat persetujuan (konsensus) teman sejawat. Konsensus vertikal diperlukan pada pengkajian permasalahan hukum yang lebih berat dan serius yang berkaitan dengan keadilan hukum. Konsensus vertikal diterapkan pada tataran praktikal – judicial, ketika lembaga judicial akan memutus suatu perkara. Paling tidak diperlukan empat tingkatan konsensus agar suatu putusan memenuhi rasa keadilan; atau dengan kata lain agar putusan itu bersifat mendekati obyektif. Konsensus tingkat pertama terjadi di tingkat pengadilan pertama, konsensus tingkat kedua terjadi di tingkat pengadilan banding; konsensus ketiga terjadi pada tingkat pengadilan kasasi dan konsensus keempat yang bersifat final terjadi pada tingkatan peninjauan kembali. Apabila suatu perkara telah diputus melalui empat tingkatan konsensus dengan proses yang jujur, maka perkara itu dalam ilmu hukum disebut telah memperoleh kualifikasi “*res judicata*” artinya putusan itu telah dianggap adil atau obyektif bagi semua pihak.

Adapun penggunaan logika berpikir dalam ilmu hukum tidak terpaku melulu pada logika yang dikenal dengan logika “*syllogisme*” dari Aristoteles. Logika ini dibangun atas tiga komponen yakni premis mayor, premis minor dan konklusi. Contoh; premis mayor : “Setiap manusia pasti mati”; premis minor: “Si Polan adalah manusia”; jadi konklusinya “Si Polan pasti mati”. Dalam ilmu hukum dikenal pola logika “*deontik*” yakni logika yang bersifat pragmatis yang

menekankan pada kegunaan atau kemanfaatan. Logika “*deontik*” menolak cara bekerjanya logika “*sylogisme*” artinya tidak semua permasalahan hukum dapat dipecahkan dengan cara berpikir yang silogistis. Ketidak tepatan bangunan “*sylogisme*” dapat dilihat dalam contoh berikut. Premis mayor; “Setiap orang yang melakukan pembunuhan dihukum dengan hukuman pidana”; premis minor: “Si Polan membunuh si Badu”; konklusi; “Si Polan harus dijatuhi hukuman pidana”. Betulkah konklusi itu ditinjau dari teori hukum pidana. Si Polan meskipun dia membunuh si Badu tidaklah selalu perlu dihukum pidana. Tergantung kondisi si Polan, dalam arti kalau dia pejabat eksekusi pidana mati, atau kalau dia dalam keadaan membela diri, atau kalau dia dalam keadaan sakit jiwa, tentunya dia tidak dapat dihukum pidana karena membunuh.

Tentang karakteristik keilmuan hukum akan diuraikan lebih lanjut dalam Bab berikutnya karena hal itu mempunyai nilai penting dalam upaya memahami karakteristik Metodologi Penelitian Hukum.

C.Lapisan Ilmu Hukum

Sebagaimana telah disinggung oleh beberapa intelektual hukum, bahwa salah satu ciri khas ilmu hukum sebagai ilmu yang *sui generis* adalah luas cakupan bidang kajiannya yang terdiri tiga lapis yakni; lapisan Dogmatika Hukum; lapisan Teori Hukum dan lapisan Filsafat Hukum.¹⁰ J J H Bruggink menggambarkan lapisan itu bersifat vertikal, yang terendah adalah Dogmatika Hukum, di atasnya Teori Hukum dan paling di atas adalah Filsafat Hukum.¹¹

¹⁰ Jan Gijssels & Mark van Hoecke; 2000, “*Apakah Teori Hukum Itu ?*” terjemahan B Arief Sidharta, Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, Hal. 6-11 dan 51-55.

¹¹ J J H Bruggink; 1996, *Op.Cit*, Halaman 172.

Meski dikatakan vertikal tidaklah berarti manfaat kajiannya (aksiologinya) lebih rendah atau lebih tinggi satu sama lainnya. Menurut hemat penulis nuansa vertikal itu nampaknya dimaksudkan untuk menunjukkan bahwa dari segi keilmuan, rasionalitas Dogmatika Hukum dijelaskan oleh Teori Hukum dan rasionalitas Teori Hukum dijelaskan oleh Filsafat Hukum, sehingga Filsafat Hukum dalam kedudukan yang demikian berfungsi sebagai pemberi penjelasan berganda yang sangat mendalam terhadap rasionalitas Dogmatika Hukum. Dalam istilah Bruggink hubungan fungsional dari struktur vertikal semacam itu dikatakan bahwa Teori Hukum merupakan meta-teori dari Dogmatika Hukum, Filsafat Hukum merupakan meta-teori dari Teori Hukum dan juga Filsafat Hukum sekaligus sebagai meta dari meta-teori Dogmatika Hukum.¹²

Secara sederhana dapat dikatakan Filsafat Hukum mengkaji tentang “nilai” (*value*), kepatutan (*equity*), keseimbangan (*equilibrium*), dan lain lain. Teori hukum mengkaji ajaran hukum (*doctrine/theory*), asas-asas hukum (*principles*), konsep-konsep hukum (*concepts*), adagium hukum (*maxims*), dan lain-lain. Sementara Dogmatika Hukum mengkaji tentang norma yang telah tertuang dalam aturan tertulis atau tidak tertulis yang terdapat dalam sistem hukum suatu negara tertentu. Secara kasat mata piranti Dogmatika Hukum dapat dilihat berupa Bab, Bagian, Paragraf, Pasal, Ayat, Angka, dan Huruf dari suatu peraturan perundang-undangan. Berdasarkan konsepsi seperti itu dapat digambarkan implementasi dari hubungan fungsional (meta-teori) dari ketiga lapisan ilmu hukum tersebut antara lain sebagai berikut :

- a) Dalam hukum perdata :
 - 1) Nilai “Keadilan” → Filsafat Hukum

¹² J J H Bruggink; 1996, *Loc.Cit.*

- 2) Asas “Ganti Rugi” → Teori Hukum
- 3) Pasal 1365 KUHPer → Dogmatika Hukum
- b) Dalam hukum pidana :
 - 1) Nilai “ Keadilan” → Filsafat Hukum
 - 2) Asas “Penestapaan” (pemenjaraan untuk penjeraan) → Teori Hukum
 - 3) Pasal 338 (dst) KUH Pid (larangan membunuh dan sanksi) → Dogmatika Hukum

Berkenaan dengan hal tersebut, maka penelitian hukum yang normatif kiranya perlu ditentukan batas penelusuran bahan hukum sesuai dengan luas sempitnya lapisan keilmuan atau sesuai dengan strata pendidikan hukum yang ditempuh seorang mahasiswa hukum.

D. Hubungan Teori Hukum dan Metode Penelitian Hukum

Dalam pengembangan Teori Hukum, sarjana-sarjana penekun Teori Hukum seperti Gijssel & van Hoecke dan D H M Meuwissen menyatakan bahwa bidang kajian Teori Hukum meliputi tiga bidang besar yakni : (1), Ajaran hukum; (2), Hubungan hukum dan logika; (3), Metodologi.¹³

Ajaran hukum terdiri dari, analisis pengertian-pengertian dalam hukum atau konsep-konsep dalam hukum, analisis asas dan sistem hukum, analisis norma hukum, dan analisis keberlakuan hukum. Dalam bidang hubungan hukum dan logika diuraikan tentang argumentasi yuridis, tentang

¹³ B. Arief Sidharta; 2000, *Op.Cit*, Halaman 123.

penerapan logika “*deontik*” serta kaitan hukum dan bahasa. Sementara dalam bidang metodologi dibedakan atas ajaran ilmu dan ajaran metode praktek hukum. Dalam ajaran keilmuan dibahas tentang metode penelitian hukum yang berlandaskan pada sifat keilmuan ilmu hukum dan landasan teoritis-filosofisnya dengan bertumpu pada struktur berpikir yuridis. Disisi lain ajaran metode praktek hukum dipelajari tentang metode pembentukan hukum dan metode penemuan hukum.¹⁴

Dari paparan tersebut nampak dengan jelas hubungan antara Teori Hukum dan Metode Penelitian Hukum. Terutama metodologi terkait ajaran keilmuan hukum dan metodologi terkait kebutuhan praktek hukum. Dalam kenyataannya metodologi berkenaan ajaran keilmuan hukum dikembangkan oleh kalangan ilmuwan hukum (akademisi hukum) yang berupa penelitian hukum untuk menghasilkan skripsi, thesis dan disertasi. Sedangkan metodologi yang terkait kebutuhan praktek hukum dipelajari oleh kalangan pembentuk hukum (eksekutif, legislatif) dan kalangan penegak hukum (judisial) berupa teknis atau “*arts*”, cara bagaimana membentuk hukum yang ideal dan cara bagaimana menegakkan hukum yang efektif. Dengan kata lain, model metodologi yang terkait praktek hukum lebih banyak bicara tentang pemberian keterampilan (*skill*) untuk keperluan pembentukan dan penerapan hukum. Oleh karena itu, sebaiknya dibedakan konten metode penelitian hukum bagi akademisi (teoritis) dan konten metode pemberian ketrampilan hukum untuk praktisi. Konten yang pertama, disamping meneliti norma pada tataran Dogmatika Hukum, juga wajib meneliti asas hukum dan nilai hukum yang ada pada tataran Teori Hukum dan Filsafat Hukum. Sementara konten kedua, berupa pemberian ketrampilan hukum lebih banyak bicara tentang

¹⁴ B. Arief Sidharta; 2000, *Loc.Cit.*

Dogmatika Hukum berupa ketrampilan teknis untuk menegakkan norma hukum, misalnya ketrampilan membuat berita acara pemeriksaan, ketrampilan membuat surat tuduhan, ketrampilan membuat pembelaan, ketrampilan membuat putusan, dengan catatan yang disebut terakhir ini disamping berupa ketrampilan, sebagiannya berupa keahlian penguasaan Teori Hukum dalam pembuatan pertimbangan putusan.

E. Jenis-Jenis Penelitian Hukum

Ilmu hukum adalah ilmu tentang norma yang dalam suatu sistem hukum norma menurut H Kelsen mempunyai 3 fungsi yakni : memerintahkan (*commanding*); meneguhkan (*empowering*); dan mengesampingkan (*derogating*).¹⁵ Meski dibedakan fungsinya, namun dari segi hakikatnya, norma adalah “perintah” untuk bertingkah laku atau berbuat sesuatu. Demikianlah misalnya norma “larangan” itu sesungguhnya adalah perintah untuk tidak berbuat sesuatu. Norma kebolehan (*permitting*) adalah perintah yang sangat lunak yang boleh diikuti atau tidak. Norma peneguhan (*empowering*) terhadap norma lain adalah suatu perintah untuk dalam situasi tertentu memberlakukan norma lain, misalnya suatu aturan peralihan dari suatu Undang-Undang. Norma derogasi (*derogating*) adalah juga perintah untuk mengesampingkan suatu norma lain sehingga tidak mempunyai kekuatan berlaku.

Hakikat norma sebagai perintah atau keharusan oleh Kelsen disebutnya dengan “*Ought*”. “*Ought*” merangkum semua fungsi normatif dari norma itu sehingga menyebabkan ilmu hukum tergolong ilmu normatif yang *sui generis*. Dengan demikian ilmu hukum sesungguhnya adalah ilmu tentang norma yang

¹⁵ Hans Kelsen; 1991, “*General Theory Of Norms*”, Clarendon Press, Oxford, Halaman 96.

mengharuskan seseorang untuk berbuat sesuatu (*the ought*) disertai dengan sanksi yang sebagian besar bersifat memaksa.

Disisi lain tidak semua orang dalam kenyataan sehari-hari rela mentaati apa yang diperintahkan oleh norma itu. Keadaan norma yang terlanggar atau tersimpangi itu disebabkan oleh kemauan yang berlainan di masyarakat yang oleh Kelsen disebutnya sebagai "*Is*". "*Is*" dengan demikian adalah pelanggaran terhadap norma ketika norma itu diterapkan di masyarakat. Tentang "*Oughts*" dan "*Is*" lebih jauh Kelsen mengatakan sebagai berikut :¹⁶

".....the willing of one's own behaviour has to be distinguished from willing that another person is to behave in a certain way..... An individual ought to do something another individual wills something. These are two statements which concern different objects. The first a statement about an Ought, the other a statement about an Is.

Dengan demikian maka "*Ought*" adalah norma tentang apa yang seharusnya diperbuat yang disusun dalam peraturan perundang-undangan atau "*law in books*" atau "*das Sollen*"; sedangkan "*Is*" adalah tingkah laku yang tidak sesuai dengan norma dalam "*Ought*" yang terlihat sebagai suatu kenyataan di masyarakat atau sebagai "*law in society*" atau "*das Sein*".

Dalam pengembangan keilmuan, nampak bahwa tentang "norma" tetap dikembangkan oleh disiplin ilmu hukum terutama oleh aliran positivisme modern baik aliran teori hukum murni (*pure theory of law*) dari H. Kelsen, maupun aliran hukum analitis (*analytical jurisprudence*) dari Hart dan J Raz. Sementara tentang tingkah laku manusia yang berkaitan dengan penerapan norma dipelajari dan dikembangkan oleh disiplin ilmu sosial beraspek hukum

¹⁶ H. Kelsen; 1991, *Ibid*, Halaman 58.

yang kemudian dikenal sebagai sosiologi hukum. Sosiologi hukum yang dimaksud disini adalah sosiologi hukum yang bertumpu pada aliran realisme hukum dari Holmes dan "*Sociological Jurisprudence*" dari Roscoe Pound.

Kendati perilaku orang dimasyarakat dipelajari oleh ilmu sosial dalam hal ini sosiologi hukum, tidak perlu kemudian ditafsirkan secara keliru dengan menggolongkan ilmu hukum sebagai ilmu sosial. Dengan bersikap seperti itu ilmu hukum akan kehilangan penalaran dan argumentasi hukumnya. Tentang ini dilukiskan dengan sangat tepat oleh L L Hampstead & Freeman sebagai berikut :¹⁷

"The emphasis of law as a social science can lead to a neglect even a denial of critical aspect of the concepts of law. This is particularly where jurisprudence as seen as realist see it a study of factual pattern of behavior, but human laws are not in themselves statement of fact, they are rules of norm which prescribe a course of conduct and indicate what should happen (the sanction) if default".

Dikatakan bahwa penekanan hukum sebagai ilmu sosial dapat membawa pada suatu pemahaman yang mengabaikan bahkan mengingkari aspek kritis dari konsep-konsep hukum. Hal ini dilakukan oleh aliran realis dimana mereka menganggap bahwa hukum mempelajari pola tingkah laku faktual, tetapi sebenarnya hukum itu sendiri bukanlah pernyataan tentang fakta-fakta, dia adalah aturan-aturan tentang norma yang mengatur perilaku dan sanksi apa yang akan dijatuhkan bila dilanggar.

Namun seiring dengan perkembangan Teori Hukum seperti ditegaskan oleh J J H Bruggink, bahwa disamping Teori Hukum Kontemplatif/Normatif ada

¹⁷ Lord Lloyd of Hampstead & MDA Freeman; 1985, "*Introduction to Jurisprudence*"; Steven & Son, London, Halaman 13.

pula Teori Hukum Empirik;¹⁸ yang dapat menjelaskan mengapa pola tingkah laku (*pattern of behaviour*) manusia itu dapat menjadi penyebab tidak efektifnya penerapan norma. Dengan kata lain derajat kesenjangan antara “*Is*” dan “*Ought*” tergantung dari derajat kesesuaian antara tingkah laku masyarakat dengan apa yang dikehendaki oleh perintah norma hukum. Ini berarti ilmu hukum perlu minta bantuan sosiologi hukum untuk menjelaskan faktor-faktor apa yang menyebabkan hukum kerap dilanggar.

Dengan demikian kesenjangan internal antar norma dijelaskan melalui pendekatan normatif dengan perspektif internal, sementara kesenjangan antara norma dengan perilaku faktual masyarakat dijelaskan melalui pendekatan empiris dengan perspektif eksternal. Gejala tentang norma dan gejala tentang perilaku terhadap norma dapat didekati dengan dua perspektif yang berbeda yakni internal dan eksternal. Dalam memperluas cakrawala wawasan ilmu hukum dua jenis pendekatan itu sama pentingnya untuk digeluti. Tentang ini L L Ophamstead & Freeman kembali mengatakan .¹⁹

“.....Although therefore a law as a system of norm, and as form of social control based on certain pattern of human behaviour, are equally legitimate field of study and inquiry, it is suggested that it is unduly narrowing attitude to limit jurisprudence rigidly to one approach”.

Ditekankan bahwa hukum dalam sudut pandang internal sebagai norma dan hukum dalam sudut pandang eksternal sebagai kontrol tingkah laku (kontrol sosial) adalah sama-sama penting untuk diteliti; disarankan

¹⁸ JJH Bruggink; 1996, *Op.Cit*, Halaman 176.

¹⁹ LL Ophamstead & Freeman; 1985, *Ibid*, Halaman 17-18.

ilmuwan hukum janganlah bersikap picik dengan meneliti ilmu hukum hanya dari satu jenis penelitian hukum saja.

Pandangan sinergitas juga dianut oleh Bruggink²⁰ seperti telah disebut diatas dan juga oleh J Gijssel & V Hoecke antara lain sebagai berikut : ²¹

“Teori Hukum adalah sebuah upaya untuk kegiatan mempelajari hukum mengintegrasikan lagi ke dalam kontek total dari keterberian-keterberian faktual dan keyakinan-keyakinan idiil yang hidup yang terkait padanya, singkatnya mengintegrasikannya ke dalam masyarakat (pergaulan hidup)”.

Dari uraian di atas dapat dirumuskan bahwa cara meneliti hukum yang dalam kontek ini berupa metode penelitian hukum terdiri dua jenis yakni :

1. Metode Penelitian Hukum Normatif yang meneliti hukum dari perspektif internal dengan obyek penelitiannya adalah norma hukum.
2. Metode Penelitian Hukum Empiris yang meneliti hukum dari perspektif eksternal dengan obyek penelitiannya adalah sikap dan perilaku sosial terhadap hukum.

Seperti dikemukakan oleh B Arief Sidharta, kendati ilmu hukum mengenal penelitian hukum empiris dengan metode hasil pinjaman dari ilmu sosial (sosiologi) tidak berarti ilmu hukum berubah menjadi ilmu sosial dengan kehilangan karakter khasnya sebagai ilmu normatif.²²

²⁰ JJ Bruggink; 1996, *Op.Cit*, Halaman 176.

²¹ J Gijssel & van Hoeke; 2000, *Op.Cit*, Halaman 27.

²² B Arief Sidharta; 2000, *Op.Cit*, Halaman 114.

Metode Penelitian Hukum Empiris dipinjam dari ilmu sosiologi hukum kerap diperlukan untuk menjelaskan apa yang oleh Kelsen disebut “*an Is*” yakni suatu kenyataan faktual dari pola tingkah laku yang tidak sesuai dengan apa yang diperintahkan oleh norma (“*an Ought*”) dari suatu aturan hukum.

Jika ilmuwan hukum mengakui *an “Is”* dan *an “Ought”* adalah totalitas dari unsur pemahaman ilmu hukum, maka sangat masuk akal jika penjelasan tentang *an “Is”* itu diperlukan sebagai umpan balik bagi penyempurnaan norma dalam *an “Ought”*, ataupun untuk solusi dalam pengambilan kebijakan oleh lembaga eksekutif. Fungsi penelitian hukum empiris adalah untuk memberi penjelasan sejelas-jelasnya tentang perilaku warga masyarakat terhadap hukum sehingga pejabat tidak salah dalam mengambil kebijakan.

Disisi lain Penelitian Hukum Normatif berfungsi untuk memberi argumentasi yuridis ketika terjadi **kekosongan**, **kekaburan** dan **konflik** norma. Lebih jauh ini berarti Penelitian Hukum Normatif berperan untuk mempertahankan aspek kritis dari keilmuan hukumnya sebagai ilmu normatif yang *sui generis*. Oleh karena itu landasan teoritis yang dipergunakan adalah landasan teoritis yang terdapat dalam tataran Teori Hukum Normatif/Kontemplatif, sementara Penelitian Hukum Empiris menggunakan landasan teoritis yang terdapat dalam Teori Hukum Empiris atau teori-teori yang terdapat dalam Sosiologi Hukum.

Seorang ilmuwan hukum sebaiknya menguasai kedua jenis metode penelitian hukum. Penggunaannya tergantung keperluannya, jika yang diperlukan adalah kejelasan tentang **perilaku** (*to explain human behaviour*) terhadap hukum, digunakan Metode Penelitian Hukum Empiris, dan jika yang diperlukan adalah **argumentasi** hukum (*legal argumentation*) maka digunakan Metode Penelitian Hukum Normatif.

Lebih jauh berkenaan dengan landasan teoritis dan jastifikasi dari keberadaan kedua jenis Metode Penelitian Hukum akan dicoba dijelaskan secara lebih mendalam dalam Bab II dan Bab III buku ini. Tidak dapat dihindari akan adanya pengulangan di sana-sini dari uraian yang telah disinggung secara sepintas dalam Bab I ini, disebabkan adanya koneksitas rasionalitasnya.

BAB II
RELEVANSI PILIHAN TEORI HUKUM DALAM PEMECAHAN PERMASALAHAN
PENELITIAN HUKUM

A. Ruang Lingkup Materi Teori Hukum

1 Peristilahan

Dalam kepustakaan hukum, sering dijumpai beberapa istilah yang berkaitan dengan derajat keilmuan hukum. Istilah-istilah itu misalnya “Filsafat Hukum”, “Teori Hukum”, dan “Teori Ilmu Hukum”. Penggunaan istilah itu oleh beberapa penulis terkadang membingungkan seperti misalnya penggunaan istilah Filsafat Hukum dan Teori Hukum yang cenderung tumpang tindih, seakan-akan kedua cabang Ilmu Hukum itu materinya sama. Pada akhirnya orang akan bertanya, apakah materi Filsafat Hukum memang sama dengan materi Teori Hukum? Kalau materinya sama, salahkah orang menggunakan kedua istilah itu secara silih berganti. Tetapi jika materinya berbeda, tentunya harus dapat ditunjukkan dimana letak perbedaannya sehingga penggunaannya menjadi jelas, tidak tumpang tindih.

Dalam perkembangan Ilmu Hukum tercatat bahwa pada akhir abad XIX dan permulaan abad XX telah muncul cabang Ilmu Hukum baru yakni Teori Hukum. Cabang baru ini memisahkan diri dari Filsafat Hukum dimana Teori Hukum ini memfokuskan kajian-kajiannya pada suatu analisis ilmiah positif terhadap persoalan-persoalan hukum. Sementara Filsafat Hukum lebih banyak berkiprah pada diskusi-diskusi yang bersifat spekulatif terhadap keadilan, keberadaan hukum kodrat, dan adanya hukum yang absolut. Para eksponen dari cabang Ilmu Hukum baru (Teori Hukum) ini antara lain Han Kelsen, Leon Duguit dan Francois Weyr. Mereka tidak lagi menggunakan istilah “*Allgemeine Rechtslehre*” (ajaran hukum umum) atau

“Theorie generale du droit” (teori hukum umum) tetapi cukup *“Theorie des Rechts”*, atau *“Theorie du droit”* atau *“Teori Hukum”* saja.²³

Dalam kepustakaan berbahasa Inggris juga terlihat adanya tumpang tindih penggunaan istilah: *“Legal Philosophy”*, *“Legal Theory”* dan *“Jurisprudence”*. Nampaknya istilah *Jurisprudence* lebih dekat ke istilah *Legal Theory* karena *Jurisprudence* adalah kumpulan teori-teori hukum dari pemikiran (ideologi-ideologi) yang berbeda-beda yang satu sama lain saling melengkapi sehingga dapat membentuk satu bangunan Teori Hukum yang lengkap. Hal ini dinyatakan secara tepat oleh Coubrey & White sebagai berikut : *“It is helpful to think at jurisprudence as a kind of jigsaw puzzle in which each piece fit with the others to produce a whole picture. The picture in this case would ultimately be a complete model of law”*. Dikatakan bahwa Teori Hukum ibarat sebuah kotak dalam teka teki silang, dimana kotak tertentu harus dihubungkan dengan kotak-kotak lainnya jika orang ingin mendapatkan rangkaian huruf-huruf yang menghasilkan satu kata yang memiliki sebuah makna. Ditegaskan pula bahwa *“Jurisprudence”* itu adalah asimilasi dari berbagai aliran Teori Hukum yang tidak harus dipandang sebagai saling bertentangan, tetapi satu sama lain saling memberi sumbangan untuk terbentuknya suatu pengetahuan Teori Hukum yang lengkap, atau ... *“but progress toward it necessarily involves the assimilation of many differences of theoretical insights which are not necessarily in conflict but which of each make a contribution to a whole”**). Hal ini sesuai dengan asal kata *“Jurisprudence”* yang berasal dari bahasa Latin yakni

²³Jan Gijssels dan & van Hoecke; 2000, *“Apakah Teori Hukum Itu?”*, Terjemahan B Arief Sidharta, Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, (Tidak Dipublikasikan), Halaman 40.

*)H McCoubrey & N D White; 1996 *“Textbooks on Jurisprudence”*, Blackstone Press Limited, London, H 459alamanan 2.

**) I P M Ranuhandoko; 2013 *“Terminologi Hukum”*, Sinar Grafika, Jakarta, Halaman 363

“*jurist*” (sarjana hukum) dan “*prudentia* “ (kehati-hatian, kebijaksanaan dalam bertindak) **).

Pengetahuan yang lengkap tentang Teori Hukum oleh Lloyd & Freeman dipandang perlu untuk memecahkan masalah hukum positif yang dihadapi sehari-hari. Dicontohkan penggunaan Teori Hukum yang beraneka ragam itu misalnya: (1) Kasus pencabutan kewarganegaraan Jerman dari pengungsi Yahudi yang berdasarkan hukum Nazi, sehingga menimbulkan permasalahan hukum di negara Inggris, hal ini dapat diuji dari teori naturalis apakah hukum Nazi itu bermoral atau adil (*moral argument*); (2) Kasus keberlakuan hukum kolonial dinegara bekas jajahan, apakah hukum kolonial itu masih punya landasan berlaku (*Grund norm*), ini dapat diuji dari aliran teori murni hukum atau positivisme; (3) Kasus bila hakim tidak menemukan hukum atau hukum mengalami kesenjangan (*gaps of law*) sehingga menimbulkan pertanyaan apakah yang dipakai sumber hukum oleh hakim, dalam hal ini dapat dipakai pemikiran aliran realisme bahwa hakim harus memutus perkara karena jabatannya namun harus diberi penalaran hukum dalam pertimbangan putusannya (*reasoned decision*).²⁴

Pandangan lain yang mengisyaratkan bahwa “*Jurisprudence*” adalah Teori Hukum dikemukakan oleh HC Black bahwa : *Jurisprudence* pada awalnya adalah Filsafat Hukum, kemudian berkembang menjadi suatu ilmu pengetahuan hukum yang berfungsi tidak saja untuk menentukan prinsip hukum sebagai dasar pembentukan aturan hukum tetapi juga untuk memecahkan permasalahan hukum yang tidak jelas aturan hukumnya, atau“*to settle the manner in which new or doubtful cases should be brought under the appropriate rules*”.²⁵ Ini berarti ada dua fungsi pokok “*Jurisprudence*” yakni penyediaan prinsip-prinsip hukum untuk pembentukan hukum positif, dan penyediaan prinsip-prinsip hukum untuk

²⁴ L L of Hampstead & M D A Freeman; 1985, “*Introduction to Jurisprudence*”, ELBS, English Language Book Society, London, Halaman 5-7.

Berkenaan dengan jastifikasi putusan hakim dalam kekosongan atau kesenjangan hukum baca juga, M Cohen; 1984, “*Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*”, R Dworkin; 1977, “*Taking Rights Seriously*”.

²⁵ H C Black; 1979, “*Black’s Law Dictionary*”, St Paul Minn West Publishing Co, Halaman 767.

memecahkan permasalahan hukum yang timbul akibat tidak jelas atau tidak lengkapnya norma hukum positif. Dalam pemecahan masalah hukum positif yang tidak jelas norma hukumnya, maka hakim dapat berpaling kepada teori naturalisme tentang keadilan dan moral, teori positivisme tentang kepastian hukum dan teori hukum sosiologis tentang kemanfaatan. Dengan demikian tepat sepenuhnya apa yang dinyatakan oleh Coubrey & White bahwa "*jurisprudence*" tugas utamanya adalah untuk merakit pandangan Teori Hukum yang bermacam-macam itu dan memahami dimana sebenarnya letak perbedaan satu sama lainnya dan kemudian perlu dicari pemecahannya, atau "*that a central task of jurisprudential study is to determine how the various insight of theory relate one to another and where the genuine incompatibilities lie and require to be resolved*".²⁶

Berdasarkan uraian diatas dapat dinyatakan bahwa "*jurisprudence*" (ilmu pengetahuan hukum) adalah kumpulan atau rakitan dari bermacam-macam teori hukum yang merupakan hasil pengembangan lebih spesifik dari Filsafat Hukum kearah aspek fraksis untuk pembentukan hukum (*law making*) dan penegakan hukum (*law enforcement*). Dalam fungsi seperti itu, dan dalam perkembangannya kemudian "*Jurisprudence*" mempunyai hubungan inter disipliner dengan ilmu sosiologi, psikologi dan antropologi atau "*there were links between jurisprudence and another field of study, such as sociology, psychology dan anthropology*".²⁷ Dapat ditambahkan, bahwa berkaitan dengan penggunaan istilah-istilah seperti disinggung didepan, ada lagi istilah "Teori Ilmu Hukum" yang di introdusir of oleh B A Sidharta. Dikatakan bahwa istilah "Teori Ilmu Hukum" adalah terjemahan dari "*Rechtstheorie*" yang dapat diartikan sebagai suatu disiplin ilmu hukum yang secara kritis menganalisis berbagai gejala hukum dalam perspektif

²⁶H M Coubrey & N D White; 1996, *Op.Cit*, Halaman 3.

²⁷L L of Hampstead & M D A Freeman; 1985, *Op.Cit*, Halaman 4.

interdisipliner dan eksternal.²⁸ Ini berarti istilah “Teori Ilmu Hukum” dalam pengertian ilmiah populer dapat disamakan dengan istilah “Theori Hukum” karena sama-sama berasal dari satu istilah asing yakni “*Rechtstheorie*”.

Selanjutnya, berkenaan dengan ruang lingkup Teori Hukum dalam perkembangannya dewasa ini, para juris kontemporer seperti misalnya Meuwissen menyatakan bahwa materi Teori Hukum terdiri dari: (1).Ajaran hukum (Teori Hukum dalam arti sempit); (2).Hubungan hukum dan logika; (3).Metodelogi hukum.²⁹

Dalam Bab I di depan, pembagian materi seperti itu telah disinggung seperlunya, disini akan disinggung sekali lagi dengan penambahan materi baru yang justru menurut hemat penulis materi ini merupakan benang merah hubungan Teori Hukum dan Filsafat Hukum, dalam konstelasi bahwa Teori Hukum berperan untuk membumikan Filsafat Hukum yang abstrak-spekulatif.

2. Ajaran Hukum

Ajaran hukum contohnya antara lain: pengertian atau definisi hukum, asas hukum, konsep-konsep hukum pada semua cabang hukum seperti; uji materiil, pemakzulan (*impeachment*), pertanggungjawaban presiden dalam Hukum Tata Negara; perbuatan melawan hukum penguasa, penyalahgunaan wewenang, ijin mendirikan bangunan, dalam Hukum Tata Usaha Negara: kekebalan diplomatik, ekstradisi, landas kontinen, dalam Hukum Internasional; percobaan, pembunuhan berencana, penganiayaan, dalam Hukum Pidana; tidak melalukan prestasi (wanprestasi), sewa-menyewa, gadai, sita jaminan, fidusia, dalam Hukum Perdata; hak ulayat, perjanjian bagi hasil, pemulihan keseimbangan magis dalam Hukum Adat.

²⁸B Arief Sidharta; 2000, “*Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*”; Mandar Maju, Bandung, Halaman 122.

²⁹Meuwissen; 2008, “*Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, Dan Filsafat Hukum*”, Terjemahan B A Sidharta, PT Refika Aditama, Bandung, Halaman 31

Terkadang “konsep hukum” sulit dibedakan dengan “asas hukum” atau prinsip hukum, sebagai patokan kiranya dapat dirumuskan bahwa konsep hukum lebih berkonotasi pada suatu gambaran tentang perbuatan hukum yang dapat dilakukan oleh subyek hukum. Sementara asas hukum (*legal principles*) hasil pemikiran dalam merefleksi hakikat “nilai hukum” (*legal values*) untuk dijadikan landasan bagi pembentukan aturan hukum (*legal rules*). Misalnya nilai keadilan menderivasi asas “ganti rugi” dalam perumusan pasal tentang ganti rugi dalam hukum perdata; nilai keadilan juga menderivasi asas “pidana” dalam pembentukan pasal-pasal hukum pidana, dan seterusnya.

Selain tentang pengertian, asas dan konsep hukum; ajaran hukum juga mencakup sistem hukum, struktur hukum, keberlakuan hukum dan kelembagaan hukum. Dalam skala yang lebih luas, bidang ajaran hukum dilukiskan oleh van Apeldoorn meliputi: arti dan tujuan hukum, hukum sebagai kaidah dan sebagai kebiasaan, hukum dan kaidah-kaidah lainnya; hukum objektif dan subjektif, hak dan kekuasaan, sumber hukum, hukum menurut isi dan daya memaksanya, subyek hukum serta cabang-cabang hukum.³⁰

3. Hukum Dan Logika

Berkaitan dengan hukum dan logika, Teori Hukum membahas ragam penggunaan logika dalam memecahkan permasalahan hukum. Logika adalah ilmu pengetahuan dan kecakapan untuk berpikir lurus. Berpikir adalah obyek material dari logika, dengan berpikir manusia mengolah segala pengetahuan dan pengalamannya dan dengan mengolah segala pengetahuan seperti itu, manusia akhirnya memperoleh kebenaran.³¹ Dengan demikian secara singkat dapat dipahami bahwa “logika” adalah cara berpikir untuk membangun penalaran. Dalam kontek

³⁰L J Van Apeldoorn; 1980, “*Pengantar Ilmu Hukum*”, terjemahan Octarid Sadino, judul asli “*Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Rechts*”; Pradnya Paramita, Jakarta, Halaman 7-12.

³¹Alex Lanur; 1989, “*Logika Selayang Pandang*”, Kanisius, Yogyakarta, Halaman 6.

Teori Hukum, logika adalah cara berpikir lurus dalam hukum untuk membangun penalaran hukum.

Kegunaan logika dalam Ilmu Hukum adalah untuk mengupayakan pernyataan-pernyataan yang inter subyektif dari para sejawat hukum menjadi pernyataan yang obyektif (setidaknya-tidaknya mendekati obyektif) yakni pernyataan yang dapat diterima oleh akal sehat. Tindakan untuk mengobyektifkan kebenaran hukum lazimnya disebut tindakan memahami hukum dengan daya nalar atau “penalaran hukum” (*legal reasoning*).

Untuk dapat membangun penalaran hukum yang memuaskan perlu dipertimbangkan prinsip-prinsip penalaran pada umumnya yakni: (1).Prinsip identitas (*principium identitatis*), (2).Prinsip non kontradiksi (*principium non contradictionis*); (3). Prinsip tidak ada kemungkinan ketiga (*eksklusi tertii*); (4).Prinsip cukup alasan (*principium rationis sufficientis*).³²

Prinsip “ identitas” artinya jika sesuatu itu sudah ditentukan sebagai “p” maka p berikutnya adalah “p” itu sendiri, atau kalau sudah disebut “hukum pidana Indonesia” tidak dapat kemudian diartikan hukum pidana Negara lain. Prinsip “non kontradiksi” berarti pada saat yang bersamaan suatu pernyataan tidak mungkin sekaligus mengandung nilai benar dan tidak benar, atau suatu norma perintah tidak mungkin sekaligus mengandung norma larangan. Sementara prinsip “tidak adanya kemungkinan ketiga”, maksudnya kalau misalnya A membeli barang pada B maka A harus membayarkan uang pada B dan B harus menyerahkan barang kepada A, tidak mungkin seorang C menyerahkan barang kepada A atau seorang C membayar harga barang pada B, karena C tidak terikat pada perjanjian jual beli yang diadakan antara A dan B. Di sisi lain prinsip “cukup alasan” (*principium rationis sufficientis*) berarti

³²Noor Ms Bakry; 1986, “*Logika Praktis*”, Liberty, Yogyakarta, Halaman 44-48. Lebih jauh dalam buku ini penulisnya memaparkan selain tentang unsur-unsur penalaran juga tentang pengolahan proposisi kategoris dan penalaran silogisme kategoris secara singkat dan padat.

jika A semula menyatakan diri berhutang kepada B kemudian dia merubah pernyataan itu menjadi sebaliknya maka A harus memberi alasan yang masuk akal atas perubahan itu.

Lebih jauh tentang logika hukum dapat dipilah dalam tiga aspek yakni: ontologi, epistemologi dan aksiologi. Ontologi adalah pernyataan secara keseluruhan keberadaan logika hukum; epistemologi adalah cara atau metode penggunaan untuk dapat bekerjanya logika hukum yakni dengan menggunakan logika deduksi, induksi, abduksi dan deontik; sementara aksiologi adalah manfaat dari penggunaan logika hukum dalam pengembangan teoritikal hukum maupun praktikal hukum.

Dalam aspek epistemologi logika deduksi dan induksi digunakan untuk membentuk premis mayor dan premis minor dari sebuah silogisme dan selanjutnya ditarik suatu kesimpulan, contohnya :

Premis mayor : Setiap orang yang membangun rumah dipinggir jalan umum tanpa ijin harus ditindak.

Premis minor : Wayan Merkak membangun rumah dipinggir jalan umum tanpa ijin membangun.

Kesimpulan : Jadi Wayan Merkak harus ditindak.

Agar silogisme berlaku valid, antara premis mayor dan premis minor harus mempunyai persamaan kualitas dalam dua hal yakni: (a). derajat kesamaan dalam kualitas perbuatan dan; (b). derajat kesamaan dalam kualitas orang (subyek hukum). Dalam contoh diatas bila kualitas perbuatan premis mayor tidak sama dengan kualitas perbuatan yang ditentukan dalam premis minor maka akan terjadi penarikan kesimpulan yang salah. Misalnya Wayan Merkak tidak membangun rumah di pinggir jalan umum tapi dipinggir gang pribadinya atau di areal kebunnya sendiri. Oleh karena itu perlu kehati-hatian dalam merumuskan premis mayor dan premis minor. Hal ini sempat disinggung oleh Bernad S Jackson yang mewanti-wanti bahwa

hubungan premis mayor dan premis minor adalah hubungan yang menggambarkan adanya sampai sejauh mana ada derajat kesamaannya. Tentang ini dikatakan sebagai berikut:³³

..... *“The relationship between the mayor premise and the minor premise should be conceive as one of pattern matching, a question of degree rather than absolute, of similarities rather than identities”.*

Di bagian lain dikatakannya bahwa dalam kaitan analisis hukum dan fakta derajat kesamaan ini memegang peranan penting, atau *“the relationship between mayor premise and the minor premise of the syllogisme,the application of law and fact is conceived is similar manner”.*³⁴

Kekeliruan penarikan silogisme juga bisa disebabkan oleh tidak adanya kesamaan kualitas orang (subyek hukum). Hal itu nampak jelas terutama dalam penerapannya pada hukum pidana seperti contoh berikut ini:

Premis mayor : Setiap orang yang membunuh orang lain harus dipidana
Premis minor : Made Jagal membunuh Ketut Budi
Jadi : Made Jagal harus dipidana

Pertanyaannya, bagaimana kalau Made Jagal dalam keadaan sakit jiwa atau dalam keadaan terpaksa (*overmacht*)? Bagi para juris jawabannya sudah terang yakni Made Jagal tidak perlu dijatuhi hukuman pidana. Dari contoh itu, dapat dilihat betapa pentingnya kualitas subyek hukum untuk dapat tidaknya dibebani pertanggungjawaban hukum. Penulis kira tidak saja dibidang hukum pidana, dibidang hukum lainnya pun persyaratan kemampuan bertindak (*bevoeg, bekwam*) sangat penting untuk menentukan apakah seseorang dapat dihukum atau tidak.

³³ Bernard S Jackson; 1990, *“The Normative Syllogism and The Problem of Reference”*, Dalam *“Law, Interpretation and Reality”*, Editor, P Nerhot, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht etc, Halaman 396.

³⁴ Bernard S Jackson; 1990, *Ibid*, Halaman 399.

Dengan demikian selain kualitas perbuatan , kualitas kondisi internal dan eksternal pelaku juga ikut menentukan besar kecilnya hukuman. Dalam pembunuhan misalnya, apakah tindak pidana itu berupa pembunuhan biasa, pembunuhan berencana atau penganiayaan yang menimbulkan kematian dan bagaimana kondisi internal (kejiwaan) serta eksternal (daya paksa yang dialami) pelaku.

Dari uraian diatas, nampak bahwa logika sillogisme yang hanya menggabungkan logika deduksi dan induksi tidak selalu cocok diterapkan dalam ilmu hukum. Ilmu hukum memerlukan logika yang lebih kritis yang tidak hanya sekedar penggabungan deduksi-induksi tetapi mencoba memprediksi kemungkinan yang ada dibalik rumusan premis mayor dan premis minor.

Logika semacam itu disebut logika “abduksi” atau “retroduksi” yang dipelopori penggunaannya oleh Charles Pierce yang juga pendiri aliran pragmatisme hukum di Amerika Serikat. Tentang ini A Kaufman mengatakan :³⁵

..... “It is not accidental, but of internal necessary, that Pierce who developed a rational logic..... speaks not only of induction and deduction, but also of a third form of concluding, namely “abduction” some time referred to as “retroduction” to understand this,one has to keep in mind that Pierce is one of the founders of American pragmatism”.

Apa yang dimaksud dengan logika abduksi oleh Pierce lebih jauh dinyatakan oleh A Kaufman bahwa:³⁶

..... “Abduction precedes induction delivering a basic of argumentation in the face abductively formed hyphotesis forcasting the result of possible experiment. Abduction advance our knowledge by providing us only

³⁵ Arthur Kaufman; 1990, “Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relation”, Dalam “Law Interpretation and Reality”, Editor, P Nerhot, Kluwer Academic Publisher, Dordrecht, Boston, etc, Halaman 107.

³⁶ Arthur Kaufman; 1990, *Ibid*, Halaman 109.

probabilities. Pierce's logic is a probability logic which can be according to his pragmatical maxim, nothing but that".

Secara garis besar dikatakan bahwa abduksi berada mendahului induksi menyajikan pijakan argumentasi berupa perkiraan dan ramalan apa yang akan terjadi atas suatu kemungkinan tindakan-tindakan. Abduksi mendahului pengetahuan kita dengan cara menyediakan kemungkinan-kemungkinan, logika berpikir dari Pierce ini adalah logika probabilitas atau tentang kemungkinan-kemungkinan, tidak lain dari itu, setidaknya-tidaknya ditinjau dari segi adagium pragmatik hukum.

Dalam kaitan dua contoh diatas kiranya kemungkinan-kemungkinan yang terkandung dalam dua premise minor yakni : "Wayan Merkak membangun rumah di pinggir jalan umum tanpa ijin" dan "Made Jagal membunuh Ketut Budi" perlu dicermati. Dua premise minor itu adalah fakta (*a matter of fact*) yang memerlukan ketepatan norma hukum (*a matter of law*) dalam penyelesaian kasusnya. Untuk itulah perlu dicermati kemungkinan-kemungkinan seperti telah di singgung diatas apakah Wayan Merkak betul-betul lokasi bangunannya dipinggir jalan umum, apakah tidak dipinggir gang yang mirip jalan umum, atau apakah di areal kebunnya yang kebetulan berdekatan dengan jalan umum.

Demikian juga probabilitas yang terdapat pada kalimat "Made Jagal membunuh Ketut Budi", apakah Made Jagal dalam keadaan sehat jiwanya, apakah karena kepentingan membela diri, apakah karena ia sedang menjalankan perintah yang sah dari atasannya, apakah ia sedang menjalankan fungsi jabatan yang sah, misalnya seorang tentara membunuh musuh dalam peperangan.

Dengan demikian logika abduksi sangat cocok diterapkan dalam khasanah keilmuan hukum karena menekankan pada perlunya kecermatan dalam menilai fakta hukumannya sebelum dicarikan aturan hukum yang tepat. Menurut A Kaufman, kecermatan menilai hubungan antara "factual" atau "*Sachverhalt*" dan "legal" atau

“Tatbestand” adalah diperlukan untuk menyelesaikan perkara hukum, atau *“a correspondence of case and norm in the form of factual and legal, normative framework of “Sachverhalt” and “Tatbestand” is accomplished.*³⁷

Logika abduksi dipopulerkan oleh C Pierce kedalam disiplin ilmu hukum sekitar menjelang akhir abad XX atau sekitar tahun 1970 an di Amerika Serikat, setelah sebelumnya di Eropah dicoba diperkenalkan oleh Gottlob Frege, Bertrand Russel, Alfred Whitehead, dan Wolfgang Fikentscher.³⁸ Sementara Arthur Kaufman adalah salah seorang pendukung setia C Pierce.

Dikalangan yang lebih luas selain logika abduksi yang dikembangkan dalam disiplin ilmu hukum dikenal sebagai logika “deontik” yang juga bertumpu pada pemikiran filsafat pragmatisme. Logika deontik mula-mula diperkenalkan oleh Ernst Mally dan dipopulerkan G H Von Wright pada sekitar pertengahan abad XX. Kata deontik berasal dari bahasa Yunani yakni *“deon”* yang berarti wajar (*proper*). Para eksponen logika deontik memberi beberapa contoh kewajaran misalnya: (1) adalah wajar kalau orang yang kelaparan diberi makan (*It seen true that the starving and poor ought to be fed*); (2) adalah wajar bila anda merokok anda harus juga menggunakan asbak (*If you smoke then you ought to use an astray*).³⁹

Dari contoh-contoh tersebut dapat dipahami bahwa logika deontik sangat pragmatis yakni menekankan pada kewajaran, kepantasan atau kepatutan. Dikaitkan dengan logika abduksi nampak adanya persamaan karakter yang pragmatis, bahwa adalah wajar orang yang tanpa ijin mendirikan bangunan dipinggir jalan umum patut ditindak, atau adalah wajar orang yang sakit jiwa tidak pantas dijatuhi sanksi pidana. Hanya bedanya logika abduksi lebih cermat dalam menilai kemungkinan-

³⁷ Arthur Kaufman; 1990, *Ibid*, Halaman 111.

³⁸ Arthur Kaufman; 1990, *Ibid*, halaman 107, 111

³⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/deonticlogic;29-11-2014>. Istilah “deontic” diperkenalkan pertama kali dalam Bahasa Inggris oleh G Van Wright, dalam tulisannya *“Deontic Logic”* 1951 dan disusul kemudian dalam tulisannya *“A New System of Deontic Logic”* 1964.

kemungkinan (*probability*) yang ada pada kualitas prinsip minor (*fact, Sachverhalt*) sebelum ditarik suatu kesimpulan yang masuk akal. Perbedaan lain dari segi asalnya, bahwa logika deontik berkembang dalam teoritikal hukum sedangkan logika abduksi muncul dari praktikal hukum. Dengan demikian ditinjau dari segi kegunaanya logika abduksi sama dengan logika deontik sama-sama menginginkan kewajaran yang masuk akal sehingga diperoleh manfaat praktis dalam menyelesaikan permasalahan hukum. Perbedaannya, logika deontik secara langsung menilai kewajaran itu dari keadaan kualitas subyek hukum dan obyek hukum, sementara logika abduksi sebelumnya memperoleh kewajaran atau keputusan itu dengan terlebih dulu mengidentifikasi probabilitas dari kualitas premis minor, sepanjang premis mayornya dianggap valid. Oleh karena itu Arthur Kaufman menyebut logika abduksi yang dikembangkan oleh C Pierce itu tidak lain suatu logika yang berangkat dari probabilitas, atau "*Pierce's logic is a probability logic.....*".⁴⁰

Disamping penggunaan logika dalam memecahkan permasalahan hukum juga dikenal penggunaan metode penafsiran yang kiranya masih termasuk dalam rumpun bahasan hubungan hukum dan logika. Nampaknya tentang penafsiran bisa juga dimasukkan kedalam bahasan metodologi hukum karena diperlukan dalam kegiatan penegakkan hukum. Menafsirkan suatu obyek diperlukan pikiran yang lurus untuk mendapatkan pengertian dan hakikat yang benar dari obyek itu.

Metode penafsiran dalam Ilmu Hukum berinduk pada filsafat hermeneutik yang merupakan salah satu cabang dari filsafat pada umumnya. Istilah "hermeneutik" berasal dari bahasa Yunani yakni "*hermeneuo*" yang berarti menerjemahkan atau menafsirkan; "*hermeneus*" berarti penerjemah atau penafsir; "*hermeneia*" berarti penafsiran atau penjelasan. Istilah "*hermeneia*" menjadi lebih populer dengan terbitnya karya Aristoteles tentang penafsiran dalam bukunya "*De Interpretatione*" pada sekitar 360 S.M. Metode hermeneutik sebelum dikembangkan

⁴⁰ Arthur Kaufman; 1990, *Op.Cit*, Halaman 109.

dalam alam pikiran filsafat modern, mula-mula tumbuh dan berkembang pada masa klasik untuk tujuan mencari arti yang sebenarnya dari kata-kata yang ada baik pada wacana oral maupun pada naskah tertulis dari naskah suci agama Yahudi dan Kristen. Dalam tradisi Yahudi dikenal dengan beberapa teknik penafsiran seperti: *Talmud* adalah teknik untuk menafsir wacana oral; *Gezerah Shavah* adalah cara menafsir dengan melihat hubungan satu bagian naskah dengan bagian naskah lainya dimana satu kata/istilah sering muncul; *Tanakh* adalah suatu teknik menafsir naskah kitab suci secara sedemikian rupa sehingga didapat pengertian yang benar. Dari penggunaan tehnik penafsiran itu akan diperoleh hasil berupa : pengertian yang akurat (*plain meaning*); hukum yang jelas tentang penafsiran atas teks (*expounded the law given in the text*) dan tingkat kesakralan atau mistik dari pemahaman atas teks (*secret or mystical level of understanding*).⁴¹

Para eksponen filsafat modern yang mengembangkan tehnik hermeneutik dari hal-hal yang semata-mata berbau agama ke filsafat umum antara lain : Wilhelm Dilthey, M Heidegger, H G Gadamer, Paul Ricoeur dan Jurgen Habermas pada abad XIX hingga permulaan abad XX. Sementara metode hermeneutik dalam ilmu hukum sudah berkembang mulai abad ke XI. Bahkan penggunaannya sudah terlihat pada abad Pertengahan dan masa Renaissance ketika para glosator (*glossatore, commentatores*) memberi tafsiran atas kitab hukum Corpus Juris Civilis dari Justinianus pada abad XX. Metode hermeneutik dikembangkan dalam Teori Hukum secara lebih komprehensif oleh Friederich Carl von Savigny dan Emilio Betti. Di Jerman, Savigny meneruskan rintisan pemikiran dari pendahulunya yakni Schleirmacher dan Dilthey. Ajaran Savigny yang terkenal adalah bahwa untuk memahami jalan pikiran pembuat Undang-Undang harus dipahami rumusan kata-kata (*text*) Undang-Undang dari segi sejarah (*historical*), tata bahasa (*grammatical*), kelogisan tujuan (*logical*) dan kesistematiskan (*systematik*). Berkat kepeloporan von

⁴¹<http://en.wikipedia.org/wiki/hermeneutics,19-12-2014>

Savigny, di Jerman berkembang luas studi tentang metode hermeneutik atau penafsiran dalam ilmu hukum. Para penerus ajaran von Savigny antara lain Karel Lorenz, Josef Esser, Karl English, Ernest Forstholf, Faederich Muller dan Martin Kriele. Mereka berpandangan bahwa teori hermeneutik dalam Ilmu Hukum bertujuan untuk menjembatani perdebatan antara kaum positivis dan analitis tentang keadilan hukum. Undang-Undang selalu tidak jelas sehingga perlu ditafsir untuk menimbulkan keadilan. Menjelaskan Undang-Undang adalah menafsir secara sistematis pemikiran pembuat Undang-Undang yang secara apriori bersifat deduktif. Oleh karena itu, menerapkan Undang-Undang tidak lain adalah merupakan serangkaian tindakan nyata untuk menafsirkan fakta atau perbuatan.

Tentang ini dikatakan :

“The hermeneutical interpretation method in jurisprudence was intended mainly to serve as a counterbalance (alternative) to the positivist and analytical school which prefers a systematic approach of thinking on the law, conceived as a category with an a priori-deductived character. As a consequencelaw is conceived as a concrete interpretive fact or interpretative activity.”⁴²

Di sisi lain, secara lebih tegas Kaufman mengatakan bahwa metode hermeneutik tidak saja dapat menjembatani antara kaum positivis (klasik) dan kaum analitik tetapi juga antara kaum naturalis dan positivis (klassik). Lebih jauh dikatakan*“that only through hermeneutic the ontological of understanding will it be possible to overcome the one-sidedness which has encumbered both natural-legal concepts and positivist concepts.”⁴³*

Berkaitan dengan fungsi metode hermeneutik untuk menjembatani terutama antara aliran naturalis dan positivis, maka para juris yang memahami teori tentang penafsiran tidak lagi menempatkan sosok keberpihakannya pada salah satu aliran. Mereka tampak lebih netral dan lebih komprehensif dalam menafsirkan hukum. Demikianlah misalnya R Dworkin yang terkadang mengkritisi positivisme dalam ajaran penafsiran hukumnya (*legal interpretive*) menekankan bahwa hukum

⁴²Jerzy Stelmach, *“Hermeneutical Legal Theory”* dalam <http://iv-enc.info/index.php?title=hermeneuticallegaltheory>, diakses 19-12-2014

⁴³*Ibid*; Menurut Kaufman ada tiga tahapan dalam menerapkan hukum (*Rechtsverwirklichung*) yakni: melihat prinsip hukumnya (*legal principles*), menentukan norma hukumnya (*legal norm*) dan membuat putusan hukum berdasar fakta hukum (*decision in actual legal case*). Jadi penegakan hukum adalah relasi antara prinsip hukum dan norma hukum disatu sisi dengan fakta hukum disisi lain. Tentang ini lihat juga tulisan Kaufman; 1990, *“Preliminary Remark on a Legal Logic And Ontology of Relation”*, Dalam P Nerhot, *“Law Interpretation And Reality”*, Halaman 112, 113.

sebagai suatu totalitas atau sebagai integritas (*law as integrity*) dari norma yang terstruktur oleh serangkaian prinsip-prinsip yang koheren dengan keadilan dan keterbukaan, atau..... *law is structured by a coherent set of principle about justice and fairness.*⁴⁴

Dengan memandang hukum sebagai suatu integritas norma, sebagai integritas prinsip hukum yang satu dengan prinsip hukum yang lain dan antara prinsip hukum itu sendiri dengan prinsip non hukum maka hakim akan sampai pada tingkat pembuatan putusan yang paling benar. Putusan yang benar adalah merupakan jawaban yang benar atas suatu perkara yang ditangani hakim, thesis ini oleh Dworkin disebutnya sebagai "*the right answer thesis*". Disarankan bahwa hakim tidak hanya memperhatikan hak terdakwa/tergugat tetapi juga memperhatikan hak individu/komunitas yang tidak terlibat langsung atau tidak terwakili dalam perkara. Pandangan Dworkin ini secara luas dikenal sebagai teori "konsekwensi tentang hak" atau *consequentialist theory of rights*.⁴⁵ Dengan mengakui adanya struktur hukum nampak Dworkin belum sepenuhnya dapat melepaskan diri dari pandangan positivisme karena struktur menggambarkan hubungan vertikal dan horisontal dari suatu norma. Disisi lain Peter Goodrich lebih jelas lagi dengan mengatakan bahwa hukum adalah disiplin normatif yang dipengaruhi oleh wacana moralitas, agama dan kebiasaan yang saling berkaitan, atau*legal discourses simply of many competing normative disciplinary of morality, religion and social custom to which is closely related*"..... Goodrich juga menekankan pentingnya penafsiran historis dari rumusan

⁴⁴Gregory Leyh, 1992, "*Legal Hermeneutic, History, Theory and Practice*", University of California Press, Berkeley, Halaman 24.

⁴⁵H Mc Coubrey dan N D White; 1996, "*Textbook on Jurisprudence*", Blackstone Press Limited, London, Halaman 155

teks terutama yang berasal dari sistem hukum asing seperti Corpus Juris dari Justinianus dengan mengatakan; *“the legal text must always be historicized”*.⁴⁶

Sementara itu N MacCormick yang oleh sebagian orang digolongkan sebagai pengikut aliran positivisme sesungguhnya juga mengakui bahwa fakta hukum yang ada dilapangan kemunculannya dipengaruhi berbagai fakta non hukum. Faktor-faktor ini harus dipertimbangkan oleh hakim dalam mengambil putusan, sehingga bisa diperoleh putusan yang adil bagi semua pihak. Hakim tidak saja terpaku pada struktur norma yang ada (*normative coherence*) tetapi juga pada faktor-faktor non hukum yang mempengaruhi munculnya fakta dan peristiwa dilapangan yang oleh MacCormick disebutnya sebagai *“Narrative Coherence”*. Menurutnya, *“Narrative Coherence”* sangat penting bagi hakim untuk menghasilkan putusan yang obyektif. Tentang ini MacCormick mengatakan:⁴⁷

“Since almost every legal dispute concern facts or events in the past, and since almost neither the facts nor the events are capable of direct proof through immediate observation, Narrative Coherence is a test of great, indeed central, importance in the justification of legal”.

Seperti telah disinggung diatas, di Jerman berkat kepeloporan von Savigny berhasil dikembangkan metode penafsiran historis, gramatikal, logis/teleologis dan sistematis. Sementara, di sisi lain pada saat yang sama dalam sistem hukum berkembang metode penalaran hukum dengan cara mengkontruksi hukum yang dikenal dengan sebutan *“analogi”* dan *“acontrario”*. Analogi dibedakan menjadi dua macam yakni analogi yang luas (*broad analogy*) dan yang sempit (*narrow analogy*).

⁴⁶Gregory Leyh, 1992, *Op Cit*. Halaman 24

⁴⁷Patrick Nerhot; 1990, *“Interpretation in Legal Science, the Notion of Narrative Coherence”*, Dalam *“Law, Interpretation and Reality”*, Editor , P Nerhot, Kluwer Academic Publisher, the Netherland, Halaman 204.

Lebih jauh dapat dibaca karya-karya MacCormick tentang penafsiran hukum antara lain; *“Theory of Legal Science”*; 1984; *“Universalisme and Induction in Law”*, 1985; *“Legal Reasoning and Legal Theory”*, 1978.

Analogi sempit apabila argumentasi didasarkan pada fakta yang sama (*similar facts*) dengan fakta yang ada pada putusan hakim terdahulu sesuai doktrin "*stare decisis*". Analogi luas apabila muncul fakta yang unik (*unusual facts*) yang tidak sama dengan apa yang terdapat dalam putusan hakim terdahulu. Untuk ini diperlukan pemahaman yang luas dari hakim tentang norma-norma yang ada pada suatu sistem hukum atau *integration of large body of law*.⁴⁸

Dewasa ini baik metode interpretasi maupun metode konstruksi dikenal secara luas dan digunakan secara bersama-sama⁴⁹ dalam mencari kejelasan arti dari norma hukum yang tidak jelas.⁵⁰ Penggunaan secara luas artinya metode itu digunakan baik pada negara-negara yang menganut sistem "*Civil Law*" maupun "*Common Law*".

4. Metodologi Hukum

Pokok bahasan berikutnya dari Teori Hukum adalah metodologi hukum. Secara garis besar metodologi hukum dapat dibedakan menjadi 3 bagian yakni: metodologi pengembangan hukum, metodologi pembentukan hukum, dan metodologi penegakkan hukum. Metodologi pengembangan hukum perlu dikuasai oleh kalangan akademisi hukum seperti dosen dan mahasiswa hukum. Mengingat ilmu hukum memiliki sifat yang "*sui generis*" yakni sifat khas yang tidak bisa disamakan dengan ilmu-ilmu lainnya, maka metode penelitiannya kemudian berkembang menjadi metode penelitian hukum normatif dan metode penelitian hukum empiris. Jastifikasi tentang ini akan diuraikan lebih jauh pada Bab III.

⁴⁸D S Romantz dan K E Vinson; 1998, "*Legal Analysis The Fundamental Skill*", Carolina Academic Press, North Carolina, Halaman 43, 49.

⁴⁹Sudikno Mertokusumo; 1996, "*Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*", Liberty, Yogyakarta, Halaman 140-163.

⁵⁰P Mahmud Marzuki; 2008, "*Pengantar Ilmu Hukum*" , Prenada Media Group, Jakarta, Halaman 33.

Di sisi lain, metodologi pembentukan hukum harus dikuasai oleh pembentuk Undang-Undang. Sebelum suatu Undang-Undang dibentuk perlu dilakukan penelitian normatif maupun empiris. Setelah didapat hasil penelitian, kemudian hasil penelitian dijadikan bahan untuk pembuatan naskah akademik. Setelah naskah akademik terbentuk, disusunlah rancangan Undang-Undang yang pada akhirnya akan menjadi Undang-Undang. Pada tahap penelitian, pembuatan naskah akademik, dan penyusunan rancangan Undang-Undang diperlukan keterlibatan para akademisi, sedangkan pada tahap dan pembahasan rancangan Undang-Undang sepenuhnya merupakan kewenangan eksekutif dan legislatif. Dalam ketiga tahap terdahulu mutlak diperlukan penguasaan Teori Hukum terutama yang berkaitan dengan teori yang dipakai landasan membahas permasalahan penelitian dan teori tentang perancangan Undang-Undang atau *Theory of legislative drafting*.

Hasil penelitian (*research report*) adalah bahan awal dari pembuatan Undang-Undang. Dalam pembentukan Undang-Undang di negara-negara berkembang yang memerlukan banyak inovasi dan perubahan sosial, "*research report*" mempunyai dua fungsi. Pertama, untuk memastikan nilai-nilai lama yang perlu dirubah dengan mengidentifikasi norma-norma yang sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan jaman, tentunya dengan melakukan penelitian hukum normatif. Kedua, untuk mengetahui faktor-faktor apa saja yang mempengaruhi sikap dan perilaku masyarakat yang menyebabkan nilai lama harus ditinggalkan, dan nilai baru yang bagaimana yang harus diintrodusir ke dalam Undang-Undang baru, sehingga dalam penerapannya nantinya bisa ditaati oleh pemangku kepentingan (*stake holder*) dan pemegang peran (*role occupant*). Dengan kata lain, kedua fungsi dari "*research report*" ini gunanya adalah untuk menjamin efektivitas pada saat implementasi sebuah Undang-Undang, seperti dikatakan oleh Bob Seidman Cs bahwa ... "*a research report that demonstrated that a bill is likely to ensure its own*

effective implementation".⁵¹ Lebih jauh ini berarti bahwa hukum yang baru dibentuk akan ditaati bila sesuai dengan respon masyarakat. Hukum yang dibentuk sesuai dengan respon masyarakat ini oleh Nonet & Zelznick disebutnya sebagai hukum yang responsif atau "*Responsive Law*".⁵²

Mengupayakan hukum yang responsif merupakan tujuan utama dari kaum realis seperti dikemukakan oleh salah seorang eksponennya, Jerome Frank sebagai berikut: "*a key purpose of the legal realist was to make law more responsive to social need*".⁵³ Dalam hal ini tentunya diperlukan penelitian hukum empiris untuk mengetahui sikap dan perilaku masyarakat yang akan terkena inovasi atau perubahan melalui sebuah Undang-Undang yang baru.

Untuk mendapatkan hasil penelitian atau *research report* yang demikian itu dalam melakukan penelitian empiris perlu diperhitungkan beberapa faktor yang ada pada segi internal dan eksternal peneliti yakni: aturan yang lama (*Rules*), peluang (*Opportunity*), kemampuan/kualitas (*Capacity*), komunikasi (*Communication*), kepentingan (*Interest*), prosedur (*Process*), dan keyakinan (*Ideology*). Menurut Seidman Cs, jika huruf depan dari masing-masing terminologi itu digabung maka akan diperoleh akronim ROCCIPI. Teknik untuk memperoleh *research report* yang akuntabel dengan memperhitungkan unsur-unsur yang tergabung dalam akronim ROCCIPI disebut metode ROCCIPI.⁵⁴

Berkenaan dengan metodologi hukum dalam penegakan hukum nampaknya penguasaan Teori Hukum sangat penting bagi hakim, penasihat hukum dan jaksa berturut-turut dalam pembuatan putusan, pembelaan dan tuntutan pidana.

⁵¹ Ann Seidman Cs; 2001, "*Legislative Drafting for Democratic Social Change*", Kluwer Law International, the Hague, Halaman 109.

⁵² Philippe Nonet and Philip Selznick; 2001, "*Law And Society in Transition*", Transaction Publisher, New Brunswick (USA), London (UK), Halaman 73

⁵³ Philippe Nonet dan Philip Selznick; 2001, *Ibid*

⁵⁴ Seidman CS; 2001, *Ibid*

Sementara bagi polisi nampaknya penguasa teori tidak begitu banyak diperlukan, melainkan yang diperlukan adalah keterampilan menemukan pasal-pasal hukum dogmatik yang relevan, ketrampilan membuat berita acara dan kelengkapan berkas perkara dalam proses penyelidikan dan penyidikan. Kejelasan berita acara dan kelengkapan berkas sangat penting untuk menggambarkan telah adanya dua alat bukti permulaan yang cukup sehingga perkara telah layak untuk diserahkan kepada pihak kejaksaan. Dalam pembuatan berita acara biasanya telah tersedia bermacam-macam blanko sesuai jenis pemeriksaan, polisi tinggal mengisinya dengan cermat sehingga tidak begitu banyak diperlukan pemahaman Teori Hukum.

Bagi hakim, dalam pembuatan putusan diharapkan penguasaan Teori Hukumnya harus nampak dalam konsideran, yang dalam istilah Teori Hukum disebut sebagai "*ratio decidendi*". *Ratio decidendi* adalah uraian yang mengandung alasan atau jawaban dari suatu pertanyaan mengapa hakim sampai pada putusan seperti itu? Dengan demikian *ratio decidendi* dapat dimaknai sebagai suatu alasan yang masuk akal dari suatu amar putusan seperti disebut oleh MC Leod sebagai ... "*reason for the decision*".⁵⁵ Untuk ini hakim dapat menggunakan interpretasi dan kontruksi hukum seperti sudah disinggung di depan.

Lebih jauh menurut Mc Leod teori "*ratio decidendi*" pertama kali dikemukakan oleh Goodhart yang mengajarkan bahwa "*ratio decidendi*" yang ideal terdiri dari dua bagian pokok yakni "*prescriptive ratio*" dan "*descriptive ration*". *Prescriptive ratio* adalah pernyataan tentang hukumnya (*the statement of law*), sementara *descriptive ratio* adalah penilaian atas semua fakta-fakta yang muncul dalam persidangan (*the material facts*).⁵⁶

Sementara, penguasaan Teori Hukum bagi penasehat hukum adalah membantah dan mematahkan akurasi dari pertimbangan (*ratio decidendi*) putusan

⁵⁵ Ian Mc Leod; 1996, "*Legal Method*", Macmillan Press Limited, London, Halaman 137

⁵⁶ Ian Mc Leod, 1996, *Ibid*, Halaman 138,139

hakim dan amar putusan (*obiter dicta*), jika penasehat hukum membawa perkara ke tingkat banding maupun kasasi. Oleh karena itulah pemahaman Teori Hukum dari hakim pada tingkat peradilan yang lebih tinggi dituntut lebih luas dari pemahaman hukum dari hakim pada tingkat peradilan yang lebih rendah.

Dalam pembelaan pada tingkat peradilan yang lebih tinggi karakter pembelaan dari penasehat hukum memiliki warna spesifik yakni membujuk keyakinan hakim peradilan lebih tinggi bahwa teori yang digunakan oleh hakim terdahulu adalah keliru dan bahwa teori yang dia kemukakan adalah benar. Penasehat hukum harus menunjukkan kekeliruannya dan bukan pertentangannya dengan aliran lain. Misalnya jika hakim terdahulu membangun "*ratio decidendi*" dengan bertumpu pada aliran positivis harus dikritik dari sudut pandang positivis pula, bukan di pertentangan dengan aliran naturalis atau sosiologis. Kemudian bila kelemahan itu sudah berhasil ditunjukkan barulah penasehat hukum bila perlu mengeksplorasi pandangan aliran lain untuk memperkuat argumentasinya.

Berkaitan dengan itu D'Amato mengatakan:⁵⁷

"It a previous opinion reveal her to be a positivist then we have an idea from the theories of positivism we have learned how to bring our client's side of the case within her theories".

Demikian juga jika penasehat hukum membantah keabsahan surat tuduhan dan rasionalitas tuntutan jaksa, diperlukan pengetahuan Teori Hukum. Sebaliknya jaksa disamping menguasai ketrampilan membuat surat tuduhan juga dituntut pengetahuannya tentang Teori Hukum ketika mempertahankan rasionalitas tuntutan. Misalnya jika jaksa menuntut terdakwa dengan hukuman tertentu, karena menurutnya kesalahan terdakwa telah terbukti dengan sah dan menyakinkan; juga misalnya kalau terdakwa dituduh melakukan kejahatan, unsur

⁵⁷Anthony D'Amato; 2010, "*The Efect of Legal Theories on Judicial Decisions*", Northwestern Univerity School of Law, US, Halaman 8.

subyektif dari kejahatan telah terbukti dengan ditemukannya faktor kesengajaan atau adanya niat dari terdakwa. Masalah adanya niat (*mens rea*) dan perbuatan (*reus actus*) dalam suatu tindak pidana adalah merupakan bidang kajian Teori Hukum. Berkenaan dengan intensitas dan kualitas perbuatan pidana dari terdakwa harus diuraikan secara cermat, jelas dan lengkap, sebagai syarat material dari suatu surat dakwaan, sementara syarat formalnya berupa pencatuman nama lengkap, tanggal lahir, umur atau tanggal lahir, jenis kelamin, kebangsaan, tempat tinggal, agama dan pekerjaan. Semua itu tercantum dalam ketentuan Pasal 143 ayat (2) KUHAP. Syarat formal dan material dari suatu dakwaan adalah penting karena jika persyaratan itu tidak terpenuhi dapat berakibat pada batalnya surat dakwaan demi hukum. Namun batalnya itu tidak berlaku secara otomatis atau spontan melainkan harus melalui putusan hakim baik berupa putusan sela maupun putusan akhir.⁵⁸

5. Aplikasi Filsafat Hukum

Selain dari materi Teori Hukum yang diuraikan di depan, perlu kiranya Teori Hukum juga menyajikan bahasan aplikasi Filsafat Hukum pada masalah hukum konkrit. Menurut hemat penulis, bagian materi ini merupakan tugas Teori Hukum yang sangat relevan dalam penelitian hukum maupun dalam praktek hukum. Ini adalah merupakan tugas Teori Hukum untuk membumikan Filsafat Hukum yang begitu abstrak kedalam penyelesaian permasalahan hukum yang konkrit yang dihadapi oleh lapisan Hukum Dogmatik. Hal ini sesuai pandangan Gijssels & van Hoecke bahwa Teori Hukum adalah teori yang dapat dipakai untuk memecahkan masalah hukum konkrit.*) Pada titik ini Teori Hukum secara mandiri maupun secara bersama-sama dengan ajaran (*doctrine*), konsep, asas, dan adagium hukum dapat dipakai landasan untuk memperkuat argumentasi hukum.

⁵⁸Gatot Suparno; 1999, "Surat Dakwaan Dan Putusan Hakim Yang Batal Demi Hukum", Djambatan, Jakarta, Halaman 11, 74.

Dengan penegasan fungsi Teori Hukum seperti itu, maka akan dapat dibedakan medan tugas Filsafat Hukum dan Teori Hukum. Filsafat Hukum bertugas untuk menggambarkan secara luas ontologinya baik dari segi perkembangan sejarahnya maupun dari segi perbedaan aliran masing-masing mashab hukum, sebagai digambarkan oleh beberapa penulis buku Filsafat Hukum.

Theo Huijbers dalam sebuah bukunya membagi materi Filsafat Hukum menjadi : Filsafat Hukum sebelum abad XX, Filsafat Hukum dalam abad XX, Neo Positivisme, Sosiologi Hukum, Fenomenologi Dan Eksistensialisme, Teori-Teori Hukum Alam, dan Garis-Garis Besar Filsafat Hukum.⁵⁹

Di sisi lain, Darji Darmodiharjo & Shidarta menggambarkan materi Filsafat Hukum terdiri dari : Sejarah filsafat timur dan barat, Sejarah filsafat hukum, Aliran-aliran dalam filsafat hukum, Masalah-masalah filsafat hukum, Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum, Nilai-nilai Pancasila dan penerapannya, serta Etika profesi hukum.⁶⁰

Sementara, H M Agus Santoso menegaskan bahwa materi atau obyek penyelidikan Filsafat Hukum jika dirumuskan dengan kalimat tanya nampaknya sebagai berikut: Apakah hakikat hukum itu?, Apakah keadilan itu?, Apakah tujuan hukum?, Apakah sebabnya orang harus menaati hukum ? Apakah dasar mengikatnya hukum?, Bagaimanakah hubungan hukum alam dengan hukum positif?, dan Bagaimanakah hubungan hukum dengan kekuasaan ?.⁶¹

^{*})Jan Gijssels dan Mark van Hoecke; 2000, *Op Cit*, Halaman 3

⁵⁹Theo Huijbers; 1982, "Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah", Kanisius, Yogyakarta, Halaman 7-8.

⁶⁰Dardji Darmodiharjo dan Shidanta; 2004, "Pokok-Pokok Filsafat Hukum", PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, Halaman vii-ix.

⁶¹ H M Agus Santoso; 2012, "Hukum, Moral dan Keadilan", Kencana Prenada Media Group, Halaman 20-21

Pandangan para penulis tersebut menggambarkan bahwa Theo Huijbers, Darji Darmadiharjo & Sidharta lebih menekankan pada sejarah dan aliran-aliran dalam Filsafat Hukum, sementara H M Agus Santoso menekankan pada fungsi Filsafat Hukum untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan yang timbul dari karakter filosofisnya aturan hukum. Dengan demikian materi pokok dari Filsafat Hukum kiranya dapat disederhanakan menjadi 3 kelompok yakni: Sejarah Filsafat Hukum, Aliran-aliran Dalam Filsafat Hukum, dan Fungsi Filsafat Hukum dalam mendalami hakikat hukum.

Berbeda dengan Teori Hukum, salah satu materinya justru mengambil manfaat praktis dari pemikiran-pemikiran berbagai aliran Filsafat Hukum untuk dipakai memecahkan masalah-masalah hukum yang dihadapi ketika bekerjanya lapisan Hukum Dogmatik. Dalam kaitan ini tidak dapat dipungkiri masih adanya kaitan Filsafat Hukum dengan Teori Hukum. Namun sekali lagi perlu ditegaskan, bahwa fungsi Teori Hukum secara spesifik membumikan pemikiran Filsafat Hukum untuk memecahkan masalah hukum dalam praktek hukum. Hal ini sesuai dengan apa yang pernah disinggung oleh Marc De Girolami bahwa*a legal theory must prescribe a normative legal framework or offer recommendations about practical problem.*⁶² Senada dengan itu R Dworkin⁶³ juga memandang bahwa Teori Hukum berguna bagi hakim dalam memutus perkara hukum konkrit, atau*“A theory of law is a theory of how cases ought to be decided”* . Dengan demikian dalam Teori Hukum tidak diajarkan lagi tentang sejarah perkembangan Filsafat Hukum dari abad ke abad, dan fungsi Filsafat Hukum secara umum-abstrak. Sudah cukup kiranya disinggung sekilas aliran-aliran yang melahirkan Teori-Teori Hukum, identifikasi Teori Hukum yang dapat digunakan dalam penelitian hukum normatif, identifikasi teori

⁶²Marc De Girolami dalam <http://prawfsbawg/what-is-a-legal-theory.htm>, diakses 17-11-2014.

⁶³<http://en.wikipedia.org/wiki/RonaldDworkin>, diakses 7-8-2014.

hukum yang layak digunakan dalam penelitian hukum empiris, identifikasi Teori Hukum yang mungkin dapat digunakan pada kedua jenis penelitian hukum baik normatif maupun empiris, identifikasi tentang mana yang tergolong Teori Hukum umum dan Teori Hukum khusus. Teori Hukum umum adalah Teori Hukum yang dapat digunakan pada permasalahan penelitian untuk berbagai bidang hukum (Tata Negara, Tata Usaha Negara, Pidana, Perdata, Adat, Internasional), sedangkan Teori Hukum khusus hanya bisa digunakan pada permasalahan penelitian hukum dari satu bidang hukum tertentu.

Dengan demikian, jika mau ditarik persamaan dan perbedaan dari sudut pandang kefilsafatan ilmu, antara Filsafat Hukum, Teori Hukum dan Dogmatika Hukum adalah sebagai berikut: Persamaanya, terletak pada bidang ontologi dan aksiologinya yakni sama-sama menjadikan hukum sebagai obyek pengkajian, dan sama-sama bertujuan untuk memberi manfaat kepada umat manusia dengan cara menghasilkan hukum yang ideal sebagai norma tingkah laku dan sebagai kontrol sosial dalam masyarakat. Perbedaannya hanyalah dari segi epistemologi atau cara dan prosedur, atau metode pengembangan keilmuannya. Filsafat Hukum menggunakan metode ekspolarasi dan identifikasi secara abstrak umum bersifat spekulatif, Teori Hukum menggunakan metode eksplorasi dan identifikasi secara khusus-aplikatif dan bersifat konkrit, sementara Dogmatika Hukum menggunakan metode analitis argumentatif pada penelitian hukum normatif, dan analitis explanatoris pada penelitian hukum empiris.

Dengan demikian materi Teori Hukum adalah, selain yang telah digambarkan oleh penulis-penulis Teori Hukum mutakhir diantaranya Meuwissen yang menyatakan bahwa materi Teori Hukum adalah tri-tugas yang terdiri dari: Ajaran hukum, Hubungan hukum dan logika, Metodologi hukum, juga perlu dirangkum satu materi lagi yakni tentang aplikasi-praktikal bagian Filsafat Hukum terhadap permasalahan hukum dogmatik seperti apa yang telah disinggung oleh Gijssel &

Hoecke di depan. Akhirnya dapat disimpulkan bahwa materi Teori Hukum meliputi : (1), Ajaran Hukum; (2), Hubungan Hukum Dan Logika; (3), Metodologi Hukum; (4), dan Aplikasi-praktikal Bagian Tertentu Filsafat Hukum.

B. Dinamika Teori Hukum

1. Pendekatan Komprehensif –Integratif

Bila materi tertentu dari Teori Hukum dipahami sebagai aplikatinsi dari bagian tertentu Filsafat Hukum maka perkembangan Teori Hukum tidak terlepas dari perkembangan Filsafat Hukum itu sendiri.

Dari sejarahnya, seperti telah disebut didepan, Teo Huijbers membaginya menjadi empat zaman yakni: Zaman klasik, Zaman abad pertengahan, Zaman modern, dan Zaman sekarang. Zaman klasik dari tahun 600 sebelum masehi hingga 400 sesudah masehi yang terbagi lagi menjadi zaman Yunani dan zaman Romawi. Zaman abad petengahan dari tahun 500 sesudah masehi hingga tahun 1400. Zaman modern dibagi menjadi zaman Renaissance (1500-1600), zaman Aufklarung (1650-1750), zaman abad XIX (1800-1850) dan zaman sekarang (1900-200). Dari rentangan sejarah itu muncul beberapa aliran seperti aliran klasik, skolastik, nominalisme, rasionalisme, empirisisme, idialisme, materialisme historis, positivisme sosiologis, positivisme juridis, ajaran hukum umum, neo kantianisme, neo hegelianisme, neo marxisme, neo positivisme, sosiologi hukum, fenomenologi, eksistensialisme dan hukum alam.⁶⁴

Jika “zaman modern” dalam pembabakan tersebut dimaksudkan untuk menunjuk pada era Renaissance hingga era abad XIX, maka “zaman sekarang” kiranya termasuk didalamnya pemikiran post modern dari gerakan hukum kritis

⁶⁴Theo Huijbers; 1982, *Op Cit*, Lampiran I

(*critical legal etudies/CLS*) yang muncul sekitar tahun 1970 an di Amerika. Gerakan ini pada intinya ingin mendekonstruksi dan merekonstruksi hukum dari dominasi tradisi hukum liberal yang dianggapnya memanipulasi konsep kebebasan HAM dan demokrasi, untuk melangsungkan dominasi kapitalis. Dalam konteks ini tidak jarang pemikiran CLS disamakan dengan pemikiran neo Marxis dari Gramsci dan Collin, seperti dinyatakan Mc Coubrey & White sebagai berikut:” *In many respects, it will be seen that the major themes of critical legal studies movement, are similar to those ideal developed by marxist particularly modern marxist writter such as Gramsci and Collins*”. Para eksponen dari gerakan ini diantaranya D Kennedy dan R.M Unger.⁶⁵

Di sisi lain, Roscoe Pound pada permulaan abad XX membagi aliran-aliran Filsafat Hukum secara lebih sederhana ditinjau dari sudut pandang para jurist tentang hakikat hukum. Menurutnya, aliran-aliran itu adalah; (1), mashab Filosofis (*Philosophical school*), (2), mashab Sejarah (*Historical school*), (3), mashab Analitis (*Analiticalschool*), dan (4) mashab baru yang sedang berkembang saat itu adalah mashab Sociologis (*sociological school*). Mashab baru ini dalam mengembangkan ajarannya memerlukan bantuan ilmu psikologi, sosiologi, anthropologi dan etnologi. Sependapat dengan Kohler, Roscoe Pound memandang mashab sosiologis ini adalah penggabungan unsur mashab filosofis dan mashab historis dalam bentuk yang baru yang dapat juga disebut sebagai mashab filsafat sosial tentang hukum (*social-philosophical jurisprudence*). Semenjak bergabung, masing-masingnya itu telah kehilangan identitasnya. Tentang ini Roscoe Pound mengatakan:.....”*Thus in his view historical and philosophical jurisprudence are merged in a social-philosophical jurisprudence and lose their identity*”.⁶⁶

⁶⁵ H McCoubrey & D White; 1996, *Op Cit*, Halaman 214,216,233.

⁶⁶ Roscoe Pound; 1911, “*The Scope And Purpose Of Sociological Jurisprudence*”, Dalam “*Harvard Law Review*”, Volume XXIV, No.8, 1911, Halaman 591, 592, 594, 615, 616

Dengan demikian pada awal abad XX terdapat tiga aliran besar Filsafat Hukum yakni mashab Filosofis yang lebih dikenal dengan mashab hukum alam atau naturalis; mashab positivis atau mashab analitis (*Analytical jurisprudence*); dan mashab Sosiologis (*Sociological jurisprudence*).

Perkembangan mashab sosiologis tidak terlepas dari pengaruh ilmu sosial (sosiologi) yang berkembang pesat dengan pionernya antara lain, M Weber, Talcolt Parson dan Jurgen Habermas. Talcolt Parson terkenal dengan teori “interaksionis-simbolik”nya yang mula-mula dimuat dalam bukunya “*The Structure Of Social Action*” 1937, dan kemudian dikembangkan lebih jauh oleh Habermas 1981 dengan sebutan teori “aksi-komunikatif” atau *theory of communicative action*).⁶⁷

Mashab sosiologis yang di Amerika dipelopori oleh Roscoe Pound juga mempunyai persamaan dengan mashab naturalis dalam hubungan hukum dan moral, bahwa hukum tidak dapat dipisahkan dari moral. Perbedaannya ; menurut Pound moral hukum berasal dari kesadaran moral individu yang selalu berubah menurut ruang dan waktu pada kelompok masyarakat tertentu, atau “*Pound speaks of morality in the law but on these principles it could be only, morality born of the social conscience of the time and place*”.⁶⁸ Itu sebabnya hukum harus dipandang sebagai alat untuk melakukan perubahan social dari suatu kelompok masyarakat tertentu.

Mashab hukum alam tidak memandang moral hukum itu berasal dari moral individu melainkan berasal dari moral obyektif dari umat manusia secara keseluruhan. Kemauan individu harus tunduk pada moral obyektif yang diturunkan dari kesadaran kodrati umat manusia, atau ... “*the individual is perfectly subjected to*

⁶⁷ Mathieu Deflem; 2013, “*The Legal Theory Of Jurgen Habermas*”; Hart Publishing, Oxford, UK, Halaman 70-95

⁶⁸ Linus J Mc Manaman; 2013, “*Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound*”, Dalam St John’s “*Law Review*”, Edisi I, Volume 33, Number 1, Halaman 45.

the objective norm deriving from human nature".⁶⁹ Moral individu bersifat relatif dan subyektif sehingga tidak dapat dipakai parameter untuk perubahan aturan hukum. Selain itu moral individu atau moral kelompok tidak dapat dianggap representasi dari moral umum. Untuk mengatasi hal ini, penganut aliran hukum alam menganjurkan adanya penentuan suara mayoritas yang dapat dianggap mewakili suara keseluruhan dalam merumuskan aturan hukum yang sesuai dengan aspirasi hukum alam. Tentang ini Mc Manaman mengatakan :⁷⁰

"Admittedly it would be difficult to the point of impossibility to form the conscience of all ... But if a majority or even a large number of the citizen were so formed then their desires would be reflected in Laws conformity with the demands of natural law"

Dari uraian tersebut dapat dilihat adanya kedekatan visi antara mashab sosiologis, mashab sejarah dan mashab naturalis yang memandang hukum dari sisi aspek eksternalnya. Hingga akhir abad XX dan permulaan abad XXI mashab sosiologis berkembang lebih jauh dalam beberapa variannya seperti : mashab realis, pragmatis, dan gerakan studi hukum kritis. Disisi lain mashab positivis berkembang dalam varian legisme, formalisme, dan analitisisme.

Hampstead & Freeman memandang dewasa ini ada dua mashab besar sebagai sumber Teori Hukum yakni : mashab hukum analitis (*analytical jurisprudence*) dan mashab hukum sosiologis (*sociological jurisprudence*) yang masing-masing memandang hukum sebagai sistem norma (*law as a system of norm*) dan hukum sebagai bentuk kontrol sosial (*law as a form of social control*) yang sama-sama penting untuk dikaji, dan hendaknya dihindari pandangan yang sempit untuk mementingkan salah satunya saja. Cara pandang yang demikian mereka sebut

⁶⁹Linus J Mc Manaman; 2013, *Ibid*, Halaman 46.

⁷⁰Linus J Mc Manaman; 2013, *Loc Cit*.

sebagai cara pandang yang komprehensif (*comprehensive jurisprudence*) atau menurut J Hall sebagai cara pandang yang integratif (*integrative jurisprudence*).⁷¹

Pandangan senada juga disampaikan oleh Coubrey & White dengan menyatakan bahwa semua aliran dalam Teori Hukum harus dipahami untuk memecahkan persoalan hukum konkrit; kecermatan dan ketepatan dalam memberi argumentasi dan solusi hukum, tergantung dari kecermatan dan ketepatan memilih aliran-aliran Teori Hukum yang ada. Tentang ini dikatakan lebih jauh sebagai berikut :.....“*Law is a practical discipline, and its practically is based upon the adequasi of theory upon which it rest.....*”.⁷²

Demikian juga Anthony D’Amato berpandangan bahwa dewasa ini ada dua aliran besar dalam filsafat hukum yakni aliran *Analitic Jurisprudence* (aliran hukum analitis) dan aliran *Social Jurisprudence* (aliran hukum sosial), dimana yang pertama tidak seluruhnya dapat dipisahkan dari yang kedua, atau.... “*Analytic and social jurisprudence are not wholly separate from each other*”.⁷³ Namun dalam metode pengkajiannya perlu dipisahkan karena dalam pendekatannya terhadap hukum, kedua aliran itu menggunakan pendekatan yang berbeda. *Analitical Jurisprudence* menggunakan pendekatan dari sisi internal hukum sedangkan *Social Jurisprudence* mendekati hukum dari sisi eksternalnya; secara jelas dikatakan sebagai berikut:⁷⁴

.....“*Indeed, any account of the internalities of law would have to be grounded in the context of existing externalitis. However, I think efficiency in legal instruction is served by treating separately laws internal and external logic, leaving it to the student to build bridges between them. A student who*

⁷¹Lord Loyd Hampstead & M D A Freeman; 1985; *Op Cit*, Halaman 17, 20,21.

⁷² H Mc Coubrey &an N D White; 1996, *Op Cit*, Halaman 10

⁷³ Anthony D’Amato; 1996, *Op Cit*, Halaman xi.

⁷⁴ Anthony D’Amato; 1996, *Loc Cit*.

takes a course in analytical jurisprudence should be able to 'plug in' to the substantive social or policy issues in other course".

Cara pandang komprehensif dan integratif adalah cara pandang yang mutakhir karena masing-masing aliran dalam Filsafat Hukum mempunyai kelemahan sehingga persoalan kebenaran dalam ilmu hukum tidak dapat diletakkan diatas paham aliran tertentu saja.

2. Kelemahan Aliran Positivisme

Beberapa kelemahan yang dianggap menonjol dari aliran positivisme klasik⁷⁵ adalah sebagai berikut:

- (1) Oleh aliran naturalis dan sosiologis, aliran positivisme dianggap memisahkan hukum dengan unsur-unsur lain diluar hukum terutama dengan moral. Dalam kaitan ini Bodenheimer sempat mengatakan ...” *the law inevitably intersects with ethics, economics, social policy and other factors considered “extraneous” by the radical positivist*”.⁷⁶ Persoalan hukum dan moral sempat pula memunculkan debat dan kritik yang cukup seru antara Hart-Fuller, Hart-Devlin, dan Hart-Dworkin.⁷⁷

Menurut hemat penulis, apa yang dianggap sebagai kelemahan dari positivisme adalah merupakan kesalahan pahaman diakibatkan kekurangan cermatan terutama dalam memahami ajaran Kelsen tentang Teori Murni Hukum yang dimuat dalam bukunya, *“The Pure Theory of Law”* dan *“Introduction To The Problems of Legal Theory”*. Di situ dijelaskan bahwa Kelsen membangun teorinya itu untuk memperjelas sosok keilmuan dari ilmu hukum, apakah ilmu hukum dapat dimasukkan dalam kelompok ilmu alam atau ilmu sosial berkaitan dengan kejelasan metodologinya. Pada masa sebelumnya, Kelsen menilai tidak jelasnya metodologi penelitian hukum karena dicampur-campur dengan metodologi dari ilmu-ilmu lainnya, dan

⁷⁵Beberapa literatur menyamakan terminologi ‘analytical jurisprudence’ dengan terminologi ‘positivisme’. Lihat misalnya: Ian Mc Leod (1966: 6); Malcolm N Shaw (2008 : 49); H Mc Coubrey & N D White (1966 : 11, 32); Anthony D’Amato (1966 : 12).

⁷⁶Edgar Bodenheimer; 1916, *“Modern Analytical Jurisprudence And The Limits of its Usefulness”*, Dalam *“University of Pennsylvania Law Review”*, Volume 104, Tahun 1956, Halaman 1083.

⁷⁷H Mc Coubrey & N D white; 1966, *Op Cit*, Halaman 50 s/d 55, 147.

Kelsen bukannya sama sekali tidak mengakui bahwa hukum mempunyai hubungan dalam penerapannya dengan unsur-unsur diluar hukum. Tentang ini Kelsen dengan jelas mengatakan:

....."The Pure Theory of Law undertakes to delimit the cognition of law against these disciplines, not because it ignores or denies the connection, but because it wishes to avoid the uncritical mixture of methodologically different disciplines (methodological syncretism) which obscure the essence of the science of law".⁷⁸ (Garis bawah dari penulis)

Ini berarti metodologi penelitian social tidak bisa dipakai sepenuhnya untuk meneliti seluruh gejala norma hukum. Kalaupun digunakan, itu sekedar sebagai alat bantu untuk menjelaskan aspek eksternal norma, mengapa orang berperilaku patuh atau tidak patuh pada norma, jadi penelitiannya masih tetap ada kaitan dengan norma. Tentang ini lebih jauh akan diuraikan pada Bab lain.

Untuk memperjelas hubungan hukum dan moral dibagian lain Kelsen menyatakan bahwa ilmu hukum positif tidak menghilangkan moral sebagai cita-etik dari keadilan sebagaimana telah disepakati dalam cita hukum (*Rechtsidee*) yang kemudian lebih dikenal dengan sebutan *Grund Norm* sebagai sumber hukum positif. Penempatan moral atau etik dalam cita hukum dilukiskan oleh Kelsen bahwa, *the notion of absolute legal value, however, is not completely lost, living on in idea cherished even in positive jurisprudence namely in the ethical idea of justice*".⁷⁹ Oleh karenanya hukum positif supaya dapat disebut hukum haruslah mengacu kepada ukuran moral yang tertuang dalam *the ideal of justice* atau *Rechtsidee*, atau *Grund Norm*. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa positivismenya Kelsen tidak menolak moral,

⁷⁸Hans Kelsen; 2005, "Pure Theory of Law", The Lawbooks Exchange Ltd, Clark New Jersey, Halaman 1, (E-books).

⁷⁹Hans Kelsen; 1996,"Introduction to The Problems of Legal Theory", Clarendon Press, Oxford, Halaman 21.

bahkan menjadikan moral itu sebagai *Rechtsidee* atau *Grund Norm*. Tentang ini dikatakan:.....*“In order to be “Law” the positive law must correspond in some measure, however modest, to idea of law, to justice”*.⁸⁰

Lebih jelas lagi pandangan Kelsen tentang hubungan hukum dan moral tertuang dalam bukunya yang sangat terkenal yakni *“The Pure Theory of Law”* (Teori Murni Tentang Hukum). Oleh karena poin ini sangat penting dan untuk menghilangkan kesalahan pemahaman tentang Kelsen, maka perlu dikutip agak panjang sebagai berikut :

*.....“It question of the relationship between law and morals is understood as a question concerning the content of law and not as a question concerning it form; if it is said that law according to its nature has a moral content or constitute a moral value; then one assert by these statements the law is valid within the sphere of morals, that the legal order is a part of the moral order, that law is moral and therefore by its nature just ... and that only norms that conform with this moral order and therefore consitute an absolute moral value can be regarded as law”*⁸¹ (Garis bawah dari penulis)

Dikatakan bahwa jika orang berbicara tentang hukum dari segi isinya dan tidak dari segi bentuknya dan jika orang berbicara bahwa hukum sesuai hakikatnya memiliki inti moral atau membentuk suatu nilai moral, maka orang akan menyatakan dengan tegas bahwa hukum berlaku atas dasar moral, maka kaidah hukum itu adalah bagian dari kaidah moral, jadi hukum adalah moral, oleh karena itu sesuai hakikatnya hukum itu adil, dan hanya norma yang sesuai

⁸⁰Han Kelsen; 1996, *Ibid*, Halaman 22. Pada catatan kaki no 18 dari halaman 22 itu disebutkan bahwa *“Idea Of Law”* adalah *Rechtsidee*.

⁸¹Han Kelsen; 2005, *Op Cit*, Halaman 63. (E.Book).

dengan kaidah moral yang kemudian membentuk nilai moral yang mutlak dapat disebut sebagai hukum.

Dari kutipan itu ternyata Kelsen tidak memisahkan moral dengan hukum bahkan moral itu dijadikan isi (*content*) dari hukum positif sehingga hukum positif yang tidak sesuai dengan nilai moral absolut tidak dapat disebut sebagai hukum.

Dibagian lain dikatakan bahwa agar hukum positif menjadi efektif, pembentukannya haruslah berdasar kenyataan atau fakta yang ada dilapangan, artinya di dahului dengan penelitian lapangan; atau ... *"because the act by which a positive legal norm is created, too, is an 'Is' fact (German : Seinstatsache) just as the effectiveness of the legal norm"*.⁸²

Disamping memiliki efektifitas, hukum positif juga harus memiliki validitas. Disamping konstitusi merupakan dasar tertinggi dari validitas norm, Kelsen juga melihat tidak kalah pentingnya hal yang sama bagi penyebab efektifitas yakni realitas yang ada dilapangan. Dengan kata lain dalam pembentukan hukum positif perlu di perhatikan realitas faktual di lapangan agar validitasnya lebih terjamin. Namun demikian konstitusi tetap merupakan dasar tertinggi dari validitas. Tentang ini Kelsen menegaskan:⁸³

....."insofar as the positive legal norm to be valid, must be created by in act which exist in the reality of being .. As soon as the constitution loses its effectiveness, that is as soon as the legal order as a whole base on the constitution loses its effectiveness, the legal order and every single norm lose their validity".

Dari sitasi beberapa poin pandangan Kelsen dalam berbagai bukunya dapat dinilai bahwa Kelsen justru sangat mengapresiasi moral dalam pembentukan

⁸²Han Kelsen; 2005, *Loc Cit*, Halaman 211.

⁸³Han Kelsen; 2005, *Loc Cit*, Halaman 211, 212

hukum positif (*law making*), tetapi disisi lain nampaknya Kelsen memisahkan moral dalam penegakan hukum positif (*law enforcement*) karena norma hukum adalah kristalisasi moral itu sendiri yang harus ditegakkan secara murni dan konsekwen. Demikian juga dalam penegakkannya, hukum harus dijauhkan dari unsur-unsur diluar hukum seperti pengaruh politik, kekuasaan, uang (ekonomi), tekanan kekuatan sosial atau tekanan kelompok, demi terwujudnya keadilan yang obyektif. Inilah barang kali hakikat kemurnian hukum seperti dijelaskan dalam *Pure Theory of Law*nya Hans Kelsen.

Disisi lain, H L A Hart salah seorang eksponen aliran *Analytical Jurisprudence* atau positivisme modern juga telah mengakui bahwa moral yang menjadi diskursus aliran naturalis layak dijadikan sumber hukum positif. Hal itu dikemukakan Hart dalam penjelasan mengenai hubungan hukum dan moral dengan topik "*The minimum Content of Natural Law*". Menurut Hart, umat manusia setidaknya sebagian besar terdiri dari makhluk yang lemah dan hanya sebagian kecil merupakan makhluk yang kuat. Hukum harus melindungi yang lemah dan membatasi kekuasaan yang kuat. Dengan begitu manusia satu sama lain dapat menjalin asosiasi dengan bekerja sama (*minimum of cooperation*) untuk memecahkan permasalahan kebutuhan minimum dari kehidupan (*minimum purpose of survival*). Kelemahan makhluk manusia terhadap yang lainnya oleh Hart dinyatakan ada dalam 5 kondisi yakni: (1). *Human Vulnerability* (manusia makhluk rentan) sehingga perlu dilindungi dari ancaman fisik; (2). *Approximate equality* (kira-kira sama) tapi beda satu sama lain baik dalam kekuatan kecerdasan, lebih-lebih kemampuan intelektual; (3), *limited altruism* (keterbatasan kepedulian terhadap orang lain); (4), *limited resources* (keterbatasan sumber daya) sehingga perlu perlindungan terhadap harta benda; (5), *limited understanding and strength will* (keterbatasan pengertian dan kemauan kuat); berdasarkan kesemuanya itu maka perlu

diciptakan hukum yang bersifat memaksa (*coercive system*) disertai dengan sanksi sebagai jaminan atas pentaatannya (*guarantee to voluntarily obey*).⁸⁴

Barangkali tuduhan atas kelemahan positivisme berkenaan dengan pemisahan hukum dan moral sangat tepat jika ditujukan kepada ajaran hukum dari aliran positivisme klasik seperti apa yang dikemukakan Bentham dan Austin. Mereka memandang hukum adalah perintah dari penguasa yang berdaulat (*command of the sovereign**) yang harus dijalankan tidak peduli apakah isinya mengandung moral atau tidak.

- (2) Kelemahan lain dari positivisme adalah keberadaan bentuk hukum yang hampir seluruhnya tertulis menimbulkan kesulitan dalam memahami makna hukum yang dituangkan dalam suatu naskah tertulis. Kesulitan itu terutama disebabkan keterbatasan kemampuan manusia dalam menuangkan pikiran secara utuh-totalitas ke dalam bentuk tertulis sehingga dikemudian hari dapat menimbulkan ketidaksesuaian pemaknaan antara pembentuk hukum disatu pihak, dengan penegak dan pengguna hukum di pihak lain. Sebab lain yang dapat dikatakan merupakan cacat bawaan dari aturan hukum tertulis, adalah ketidakmampuan bentuk tertulis mengikuti perkembangan masyarakat disegala bidang kehidupan yang diatur oleh hukum. Masyarakat berkembang dengan sangat dinamis menyebabkan hukum tertulis ketinggalan jaman dan kehilangan konteks. Pada titik ini hukum tertulis lalu dituduh sebagai hukum yang statis, kaku, rigid, atau tidak fleksibel. Berkaitan dengan kesulitan yang disebabkan oleh faktor bahasa, kaum positivis sendiri telah mengakuinya dengan memberi jalan keluar berupa perlu adanya penafsiran atau interpretasi. Hart menganjurkan agar dalam melakukan interpretasi dibedakan antara “makna inti” (*core*) dan “makna sampingan” (*penumbra*) dari sebuah

⁸⁴H LA Hart; 1961, *“The Concept of Law”*, Oxford At The Clarendon Press, Oxford, Halaman 189-193.

prasa hukum, atau..... *"It depends whether the case fall within the" core" or" penumbra" of the meaning of the general word"*⁸⁵. Jika suatu istilah dalam teks mengangkut substansi yang sangat penting (prinsip) sebaiknya diserahkan kepada legislator untuk merevisinya, sebaliknya kalau menyangkut hal yang kurang penting (*penumbra*) diserahkan pada hakim untuk menafsirkannya. Contohnya barang kali tentang hukuman mati, jika masyarakat menghendaki penghapusan hukuman mati tidaklah serta merta hakim dapat menggantinya dengan hukuman seumur hidup dalam perkara yang sangat berat. Di sisi lain jika misalnya Undang-Undang tidak jelas mengatur wanita hamil dikecualikan dari hukuman mati, maka dalam hal ini hakim dapat memberi tafsir bahwa wanita itu tetap bisa dihukum dengan syarat pelaksanaan hukuman menunggu sampai bayinya lahir. Pelaksanaan hukuman merupakan *penumbra* atau teknis, sedangkan hukuman mati itu sendiri merupakan *"core"* atau inti. Jadi hakim harus dapat membedakan mana termasuk teknis, mana tergolong inti dari phrasa sebuah Undang-Undang.

Disisi lain, Dworkin seorang realis mengkritisi pandangan Hart dengan mengatakan bahwa dalam perkara yang besar (*hard cases*) dimana tidak ada satu jawaban yang tepat dari keragu-raguan sebuah phrasa hukum, maka hakim dapat memberi tafsir kendati keraguan terjadi dalam tataran inti terutama manakala terjadi konflik inti. Hakim harus dapat menggali secara mendalam fakta dan normanya untuk mendapatkan satu solusi, prinsip mana kiranya yang paling tepat ... *" that there is a conflict of underlying principles which has to be resolved at a level comparable to that of literary fit" ...*⁸⁶

*) Coubrey & White; 1996, *Op Cit*, Halaman 13 s/d 20

⁸⁵Bernad S Jackson; 1990, *"Semiotic and the Problem of Interpretation"*, Dalam *"Law Interpretation and reality"*, Editor, P Nerhot, Kluwer Academic Publishers, Halaman 101.

⁸⁶Bernard B Jackson; 1990, *Ibid*, Halaman 101.

Tentang peranan interpretasi dalam ilmu hukum lebih jauh dapat dibaca karya Aulis Aarnio,; *"On Rational Acceptability, Some Remarks on Legal Justification"*, 1990; Patrick Nerhot; *"Interpretation in*

Pandangan Dworkin semacam ini sangat cocok untuk sistem *common law* dimana hukum dipandang sebagai serangkaian prinsip-prinsip dan bukan serangkaian kebijakan politik dari legislator seperti apa yang dianut pada sistem *civil law*....."Dworkin adheres to the view that judges decide cases on principle not on policy".⁸⁷ Oleh karena itu tugas hakim dalam mengadili perkara adalah menciptakan prinsip-prinsip hukum baru dan mengganti prinsip-prinsip lama yang dianggap tidak sesuai dengan dinamika masyarakat. Kodifikasipun tidak begitu penting dalam sistem *common law*, karena hakim sewaktu-waktu, terutama dalam kasus yang berat dan rumit dapat menciptakan prinsip hukum baru.

Mengadaptasi pandangan Dworkin, dalam contoh di depan, hakim dapat mengganti hukuman mati dengan hukuman seumur hidup atas dasar analisis yang mendalam dalam suatu perkara besar dan rumit (*hard cases*). Di sini Dworkin yang realis berbeda dengan Hart yang positivis dalam hal, bahwa menurut Dworkin interpretasi dapat dilakukan oleh hakim tidak saja pada phrasa menyangkut "*penumbra*" tapi juga yang menyangkut "*core*" dari norma. Akibat dari pandangan Dworkin yang demikian itu, hakim menjadi merangkap fungsi legislator, artinya disamping berwenang mengadili juga berwenang merubah Undang-Undang. Akibat lebih jauh, dalam suatu negara hukum yang demokratis fungsi legislasi dari parlemen menjadi sangat kecil karena direduksi tidak saja oleh badan judicial, tetapi terkadang juga oleh eksekutif dengan membuat peraturan pelaksanaan yang meterinya melampaui Undang-Undang.

Legal Science", 1990; Didalamnya dinyatakan antara lain bahwa interpretasi muncul berawal dari teks sering tidak jelas (*a text is not clear*) tetapi jika teks telah jelas tidak perlu lagi ada interpretasi atau "*in claris non fit interpretatio*", Halaman 199.

⁸⁷ Hilaire Mc Coubrey & Nigel D White; 1996, *Op Cit*, Halaman 158.

Berkenaan dengan kritik bahwa hukum tertulis bersifat kaku dan akan ketinggalan jaman, Hart memberi solusi dengan menegaskan bahwa hukum dalam suatu sistem hukum terdiri dari “*primary rules*” dan “*secondary rules*”. *Primary rules* mengatur kewajiban dan hak individu, sedangkan *secondary rules* mengatur tentang cara dan prosedur untuk menerapkan *primary rules* oleh penguasa yang berwenang. Dalam hal ini *secondary rule* dapat di maknai sebagai hukum yang mengatur kekuasaan yang terdiri dari tiga jenis yakni : (1), *Rule of recognition* atau aturan hukum yang bertujuan menghilangkan ketidakpastian tentang keberadaan suatu aturan hukum, apakah ada sumber atau dasar pembentukannya sehingga aturan itu dapat dikualifikasi sebagai hukum; (2), *Rule of change* adalah aturan hukum yang memberi dasar hukum untuk dilakukan perubahan norma hukum; (3), *Rule of adjudication* adalah aturan hukum yang tidak mengatur kewajiban individu tetapi memberi kewenangan kepada badan judicial berupa prosedur yang harus diikuti.....(*they do not impose duties but confer judicial power*), dalam penerapan dan penegakkan aturan hukum substansial (*primary rules*)⁸⁸. Aturan hukum semacam itu familiar dengan sebutan hukum acara atau hukum prosedural.

Dari ketiga jenis “*secondary rules*” itu nampak jelas bahwa *rule of change* bertujuan untuk mengatasi cacat bawaan hukum tertulis yakni sifatnya yang selalu akan ketinggalan jaman seiring dinamika ruang dan waktu.

3. Kelemahan Aliran Hukum Sosiologis

Aliran hukum sosiologis atau *Sociological Jurisprudence* ternyata juga mengandung beberapa kelemahan jika ditinjau dari posisi netral pengembangan keilmuan hukum. Kelemahannya antara lain :

⁸⁸ H C A Hart; 1981, *Op Cit*, Halaman 92 s/d -94.

1) Aliran hukum sosiologis kurang menjamin kepastian hukum. Seperti diketahui, aliran ini di Amerika dipelopori oleh Roscoe Pound dengan mendapat pengaruh dari pemikiran seorang sosiolog Amerika, Lester Ward dan seorang jurisd Austria, Eugen Ehrlich, atau..... *“he has been influenced by the American sociologist Lester Ward and the Austrian jurist Eugen Ehrlich”*.⁸⁹

Kepeloporan Pound ditandai dengan munculnya pemikiran baru dari Pound berupa Teori Kepentingan Sosial atau *Theory of Social Interest*⁹⁰ 1921, sebagai tiang penyangga utama dari seluruh bangunan Teori Hukum Sosiologis yang dikembangkannya kemudian. Inti dari Teori Kepentingan Sosial itu adalah bahwa dalam suatu kelompok masyarakat ada kepentingan individu, kepentingan kelembagaan politik dan kepentingan sosial. Kepentingan individu harus di dahulukan karena individu memiliki kebebasan tidak seperti apa yang di ajarkan oleh paham Neo-Kantian, individu kebebasannya dibatasi oleh hukum, atau *by underlining individual freedom is in no way in agreement with the Neo-Kantian....*⁹¹ Hukum sebagai alat kontrol sosial harus dapat mengkompromikan kepentingan yang saling berkonflik*can only be resolve by a compromise of conflicting interest*, sehingga Pound dalam hal ini memandang hukum tiada lain adalah norma yang sesuai dengan kepentingan warga dari suatu masyarakat yang diorganisir secara politik, atau *“he admits as similar to norms are the interest of the citizens organized in a political society”*.⁹² Artinya, jika

⁸⁹Eli E Nobleman; 1961, *“Review of Roscoe Pound, Treatise on Jurisprudence”*, The American University Law Review, Volume 10, 1961, Halaman 187, 188

⁹⁰Eli E Nobleman;1961, *Ibid*, Halaman 189

⁹¹Eli Nobleman; 1961, *Ibid*.

⁹²Linus J Mc Manaman; 2013, *“Social Engineering, the Legal Philosophy of Roscoe Pound”*, St John Law Review, Volume 33, Number 1, 1958, Halaman 42.

kepentingan individu sudah meningkat menjadi kepentingan sosial maka hukum harus menyesuaikan diri dengan kepentingan sosial itu. Hukum tidak ditemukan dalam Undang-Undang yang bersifat prediktif, tetapi secara konkrit dan pragmatis ditemukan dalam perubahan masyarakat (*social engineering*) yang ditandai dengan adanya perubahan kepentingan masyarakat. Undang-Undang tidak begitu penting, yang penting adalah kesadaran hukum masyarakat, oleh karena itu Undang-Undang harus ditempatkan dibawah kebiasaan masyarakat. Pandangan ini berasal dari pandangan mashab sejarah ajaran Savigny yang dilanjutkan oleh aliran hukum sosiologis dibawah kepeloporan Roscoe Pound. Pound menyebut gejala kelemahan Undang-Undang itu sebagai suatu "*juristic pessimism*" yakni keragu-raguan para juris terhadap kemampuan Undang-Undang dalam mengikuti dinamika kepentingan masyarakat, oleh karena itu kodifikasi harus ditolak. Semua itu dapat dilihat dalam penuturan Manaman sebagai berikut:⁹³

..... "stated briefly, this school maintains, after Savigny that law can not be made but must be found, the growth of law being an unconcious, organic process with legislation subordinated to custom ... the historical school has always been sceptical of legislation and opposed to codification"

Dibagian lain dinyatakan bahwa:⁹⁴

..... "Consequently, they develop what Pound call a 'juristic pessimism' substantcially the same as the historical and philosophical school. It is a curious phenomenon that the different school by different paths,

⁹³Linus L J Mac Manaman; 2013, *Ibid*, Halaman 5.

⁹⁴Linus L J Mac Manaman; 2013, *Ibid*, Halaman 6.

arrived at the common conclusion that constructive legislation was impossible”.

Kelemahan pokok dari pandangan hukum-sosiologis itu adalah dalam menentukan kriteria atau alat uji untuk mengkualisir bahwa sesuatu itu telah menjadi kepentingan masyarakat (*social interest*). Apakah kepentingan segelintir orang yang dipopulerkan melalui media massa misalnya telah memenuhi kriteria kepentingan seluruh anggota masyarakat? Atau, apakah jika suatu ketika sebagian anggota masyarakat memperlihatkan adanya perubahan kepentingan seketika itu juga Undang-Undang otomatis tidak berlaku? Kalau tidak cermat mengelola kesukaran-kesukaran dari kelemahan itu, dikhawatirkan akan terjadi ketidak pastian hukum di masyarakat. Berbeda dengan mashab positivist atau analitis yang telah menyediakan piranti untuk menentukan kriteria kepentingan masyarakat yakni dengan melakukan pemungutan suara terbanyak melalui badan perwakilan rakyat (*general will*) atau pemungutan suara langsung dari seluruh rakyat (*will of all*).⁹⁵

2) Dominannya kekuasaan judicial.

Berhubung tidak jelasnya kriteria untuk menentukan kepentingan masyarakat, maka R Pound menyerahkan penentuan kriteria itu kepada badan judicial, seberapa jauh kepentingan itu dapat disebut sebagai kepentingan masyarakat. Untuk itu R Pound mengatakan :

..... “a legal system attains the ends of the legal order; by recognizing certain interest, individual, public and social; by defining the limits within which those interest shall be recognized and given effect through legal precepts developed and applied by the judicial process

⁹⁵Jean Jacques Rousseau; 1958, *“The Social Contract Discourses”*, J M Dent & Sons Ltd, London, E P Dutton & Co Inc, New York, Halaman xx, 5, 33,34

according to an authoritative technique; by endeavoring to secure the interest so recognized within the defined limits".⁹⁶

Dengan demikian kepentingan masyarakat adalah sebagai dasar otoritas judicial yang dijadikan arahan bagi hakim dalam mengambil putusan atau *"law in the sense at the body of authoritative ground of or guides to judicial decisions"*.⁹⁷ Lebih jauh ini berarti menurut R Pound hukum sewaktu-waktu dapat berubah seiring dengan kepentingan masyarakat yang sangat besar sehingga ia dapat menyimpangi, merubah, mengesampingkan Undang-Undang yang sedang berlaku secara syah. Dengan pembuatan atau penambahan norma baru seperti itu maka kekuasaan perundang-undangan lama kelamaan bergeser dari tangan legislatif ke tangan judicial. Terlebih-lebih jika dikaitkan dengan ajaran *"interpretive"* dari Dworkin, bahwa dalam perkara yang sukar dan berat (*hard cases*) hakim bila perlu dapat mengesampingkan prinsip substansial dari Undang-Undang. Ini adalah pandangan khas *"common law"* yang memulai penalarannya dari putusan hakim (*reasoning by analogy*) dan tidak seperti tradisi *"civil law"* yang memulai penalaran hukumnya dari ketentuan Undang-Undang (*reasoning by legislative precepts*).⁹⁸ Penalaran *civil law* semacam itu membawa koskwensi bahwa hanya jika terjadi kekosongan norma (*lacuna of norm, leemten van normen*) atau kekaburan norma (*vague van normen*) barulah hakim dapat menciptakan norma baru berhubung adanya ketentuan bahwa hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan tidak ada Undang-Undangnya atau Undang-Undangnya tidak jelas (*ius curia novit*).

⁹⁶Eli E Nobleman; 1961, *Op.Cit.* Halaman 194.

⁹⁷Eli E Nobleman;1961, *Loc Cit*, Halaman 193.

⁹⁸Linus J Mc Manaman; 2013; *Op Cit*, Halaman 14

- 3) Aliran hukum sosiologis juga mendapat kritik dari para sarjana penganut paham negara hukum sosialis (*socialist rule of law*). Mereka melancarkan kecaman sebagai berikut :⁹⁹

....."*Sociological jurisprudence was reduced for the most part of an erroneous juxtaposition of legislative norms (law in books) to law in everyday life*". *The latter was consider the true law, and consequently a court could refuse to apply the law in force if such a law was in the opinion of the court contradictory to the "living law"*. *Law was not as a system of norm but chiefly as " a matrix of relationship"*

Dinyatakan bahwa aliran hukum sosialis menolak jika Undang-Undang (*law in books*) disepadankan dengan hukum yang berlaku dalam kehidupan sehari-hari ("*the living law*"/*law in society*), karena yang disebutkan belakangan adalah hukum yang sesungguhnya. Akibatnya pengadilan dapat menolak Undang-Undang yang sedang berlaku bila dinilai bertentangan dengan hukum yang hidup, karena hukum bukan sebagai suatu sistem norma melainkan bagi mereka semata-mata sebagai matrikulasi dari hubungan-hubungan sosial.

Penekanan hukum sebagai matrikulasi hubungan sosial, orang akan segera teringat dengan teori kepentingan sosial (*Theory of social Interest*) dari R Pound seperti telah disinggung sebelumnya, yang pada pokoknya mengutamakan kepentingan individu dan kepentingan sosial yang selalu berubah dari waktu ke waktu. Kepentingan individu yang terkadang meningkat menjadi kepentingan sosial dilandasi oleh konsepsi kebebasan individu (*individual freedom*) merupakan pembelaan teori kepentingan sosialnya R Pound terhadap kebebasan individu. Konsepsi kebebasan

⁹⁹The Great Soviet Encyclopedia, 3rd Edition, 2010; The Gale Group, Inc.

individu dalam memenuhi kepentingan ekonomi dan sosialnya melahirkan regim kapitalis-libralis yang diformalkan dalam bentuk monopoli negara (*state-monopolistic capitalism*). Dalam hal ini pengadilan diberi keleluasan untuk melakukan diskresi guna menentukan apa hukumnya jika hukum yang berlaku tidak sesuai dengan kepentingan individu dan kepentingan sosial. Pada titik terakhir kritik sarjana hukum sosialis menuduh bahwa kemunculan aliran hukum sosiologis adalah untuk membela kepentingan kapitalis dengan konsepsi kebebasan diskresi judisialnya yang juga bermuara pada ketidak pastian hukum. Tentang ini dikatakan bahwa..... *they also object to school's vulgar empiricism and to the concept of free judicial discretion which serves to undermine the principles of legality.*¹⁰⁰

4. Relevansi Teori Hukum Terkait Putusan Hakim Sarpin Rizaldi 2015

Sarpin Rizaldi adalah hakim pada pengadilan negeri Jakarta Selatan. Namanya menjadi sangat populer namun penuh kontroversial semenjak menerbitkan putusan pragmatik yang membatalkan status tersangka Komjen BG (Budi Gunawan). Dikatakan kontroversial, karena Sarpin dalam putusannya itu pada pokoknya menyatakan bahwa pengujian penetapan tersangka adalah merupakan kewenangan praperadilan. Putusan seperti itu dianggapnya sebagai trobosan atau lebih tepat sebagai perubahan dengan menambah norma atas Pasal 77 KUHP, karena Pasal ini secara limitatif dan lugas telah menentukan bahwa obyek kewenangan praperadilan hanya terhadap masalah : (1). syah tidaknya penangkapan, penahanan, penghentian penyidikan, penghentian penuntutan; (2). gantirugi dan/ atau rehabilitasi atas penghentian penyidikan atau penuntutan.

Polemik dan kontroversi semakin menghangat ketika justru Mahkamah Konstitusi (M K) dalam putusannya No.21/PUU-XII/2014 pada intinya membenarkan

¹⁰⁰The Great Soviet Encyclopedia, 2010, *Ibid*

penetapan status tersangka pengujiannya termasuk obyek kewenangan praperadilan; dengan alasan bahwa tindakan penetapan seorang menjadi tersangka adalah bagian dari proses penyidikan. “Sudah seharusnya penetapan tersangka yang menjadi bagian dari proses penyidikan, tersangka dapat minta perlindungan melalui pranata pra-peradilan”, ujar hakim M K Anwar Usman.¹⁰¹

Putusan pra-peradilan dari Sarpin dan putusan MK mengguncang dunia hukum Indonesia yang berakibat terbelahnya pandangan para sarjana hukum menjadi dua pandangan, pro dan kontra. Bagi yang pro putusan-putusan itu adalah suatu trobosan hukum demi untuk melindungi hak asasi manusia bagi mereka yang menyanggah status tersangka. Bagi yang kontra, menuduh bahwa putusan-putusan itu telah menimbulkan kekacauan sistem hukum, tidak adanya kepastian hukum dan ini cenderung menunjukkan kedangkalan kemampuan hakim dalam membuat pertimbangan hukumnya.

Tidak kurang dari beberapa sarjana hukum ternama di negeri ini yang angkat bicara mengkritisi putusan hakim Sarpin, diantaranya: Prof Andi Hamzah guru besar senior Fakultas Hukum Universitas Indonesia; Prof Bagir Manan, mantan ketua Mahkamah Agung; Prof Laica Marzuki, mantan wakil ketua Mahkamah Konstitusi.

Prof Andi Hamzah menilai kesalahan terbesar Sarpin adalah menyatakan bahwa asas legalitas hanya ada pada hukum pidana material, bukan ada pada hukum pidana formal (hukum acara pidana), pada hal, menurut Andi, justru asas legalitas itu lebih kencang ada pada hukum acara pidana. Buktinya aturan-aturan pidana material selain diatur dalam Undang-Undang juga bisa diatur dalam Peraturan Pemerintah dan Peraturan Daerah.¹⁰² Di Belanda juga seperti itu.

¹⁰¹<http://www.hukumonline.com/berita/baca/H553f557/acd85/mk-rombak-bukti-permulaan-dan-objek-praperadilan;diakses6-5-2015>.

¹⁰²Menurut Pasal 15 (1) UU No 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, hanya Undang-Undang, Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota yang dapat memuat ketentuan pidana, Peraturan Pemerintah tidak dapat. Mungkin yang dimaksud oleh Prof Andi Hamzah, Peraturan Pemerintah dapat mengatur lebih lanjut ketentuan

Sementara, aturan pidana formal katanya harus diatur hanya dalam bentuk Undang-Undang, seseorang tidak bisa ditangkap berdasarkan PP atau Perda. Lebih lanjut Andi berkata: “Dia bilang hukum acara pidana bisa diterobos?, astagafirullah”.¹⁰³

Disisi lain Prof Bagir Manan menilai bahwa putusan yang dikeluarkan oleh Sarpin sebagai putusan yang nekat. Dikatakan nekat karena Undang-Undang sendiri sudah merumuskan objek praperadilan secara limitif, dan kalau sudah limitif tidak boleh ditambah dan ditafsirkan lain, “jadi, Sarpin itu nekat benar”, ujar Bagir. Ditambahkan pula bahwa Sarpin sudah memasuki materi perkara dan tidak bicara prosedur tetapi pembuktian bahwa tersangka Budi Gunawan tidak terbukti melakukan tindak pidana. Sementara, Prof Laica Marzuki juga berpendapat bahwa hakim Sarpin telah melintasi batas Pasal 77 KUHP. Lebih lanjut dia berkata:.... “Hakim Sarpin jangan dihajar, biarkan dia mengembangkan pendapatnya. Saya adalah yang tidak setuju dengan pertimbangannya, tetapi ini menyangkut keyakinan hakim” ...¹⁰⁴

Dalam kesempatan lain, Prof Andi Hamzah juga sempat mengecam putusan MK tersebut diatas. Menurutnya, putusan itu sebagai suatu kekeliruan besar, sebab dengan memasukkan penetapan tersangka sebagai obyek kewenangan praperadilan berarti MK telah menambahkan norma baru pada Pasal 77 KUHP dimana kewenangan itu sebenarnya ada di tangan DPR, ini berarti MK telah melampaui kewenangan. Selanjutnya beliau berkata :..... “ya beginilah putusan MK final dan

Undang-Undang pidana. Hal ini memang benar jika dihubungkan dengan ketentuan Pasal 12 UU No 12 Tahun 2011 yang menyatakan bahwa materi muatan Peraturan Pemerintah berisi materi untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya. Atau mungkin yang dimaksudkan beliau adalah Peraturan Pemerintah pada sistem hukum Negara lain.

¹⁰³<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt554933dd5e0b/ini-kesalahan-terbesar-sarpin-menurut-andi-hamzah>;diakses 6-5-2015

¹⁰⁴<http://www.hukumonline.com>. *Ibid.*

mengikat. Akibatnya pranata hukum kita semakin kacau saja. MK itu kan bukan pembuat Undang-Undang, tapi hanya menguji Undang-Undang, apakah sebuah Undang-Undang sesuai atau tidak dengan UUD”.¹⁰⁵

Bahwa penetapan tersangka bukan merupakan domain pra-peradilan, dan bahwa MK tidak berwenang mengadili perkara itu, Prof Andi Hamzah sependapat dengan 3 hakim MK yang mengajukan “*dissenting opinion*” yakni : I Dewa Gede Palguna, Muhammad Alim dan Aswanto.¹⁰⁶

Hakim Konstitusi I Dewa Gede Palguna pada intinya berpendapat bahwa tidak masuknya penetapan tersangka sebagai obyek kewenangan pra-peradilan adalah tidak bertentangan dengan Pasal 1 (3), Pasal 28 D (1) dan Pasal 28 J (5) UUD 1945. Lagi pula dengan tidak masuknya itu tidak dapat dipakai alasan untuk meminta tanggung jawab negara (*state responsibility*) menurut hukum internasional, karena justru substansi Pasal 77 KUHAP itu telah identik dengan isi Pasal 9 ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Rights*, 1966). Di sisi lain hakim Konstitusi Muhammad Amin beralasan bahwa penetapan tersangka bukan merupakan obyek kewenangan pra-peradilan sepanjang hukum acara pidana dilaksanakan dengan sebagaimana mestinya. Adapun misalnya penyidik menetapkan tersangka tanpa dengan mengumpulkan alat bukti, itu berarti penyidik telah melakukan pelanggaran hukum acara pidana, dan masalah pelanggaran hukum bukan kewenangan MK untuk mengadilinya tetapi merupakan kewenangan institusi lain. Sementara itu hakim MK Aswanto berargumen bahwa dengan memasukkan penetapan tersangka kedalam obyek kewenangan pra-peradilan bukanlah soal penafsiran, sebab tidak ada phrasa dalam Pasal 77 huruf a KUHAP yang dapat dimaknai sebagai penetapan tersangka. Ketentuan *aquo* sudah sangat jelas

¹⁰⁵Majalah Hukum, “*Forum Keadilan*”, No. 01, Tahun XXIV, edisi 04-10 Mei 2015, Halaman 64,65.

¹⁰⁶Majalah Hukum, “*Forum Keadilan*”; *Ibid*, Halaman 64.

mengatur apa saja yang dapat diuji di forum praperadilan. Dengan demikian menjadikan penetapan tersangka sebagai obyek kewenangan pra-peradilan yang sebelumnya tidak ada pada KUHP, adalah membuat norma baru yang bukan merupakan kewenangan MK, melainkan kewenangan pembentuk Undang-Undang.¹⁰⁷

Penulis dapat sepenuhnya menyetujui argumentasi semua guru besar senior dan para hakim konstitusi diatas. Disamping argumen yang didasarkan analisis dogmatika hukum, seperti teurai diatas penulis ingin menambahkan landasan argumentasi yang berada pada tataran Teori Hukum. Landasan teoritis itu akan didasarkan pada : (1) teori kebenaran dari ilmu hukum; (2) pilihan teori hukum yang relevan, (3), prinsip dasar penafsiran yakni prinsip "*in claris non fit interpretatio*".

(1) Teori kebenaran Ilmu Hukum

Teori kebenaran untuk berbagai jenis ilmu pada pokoknya dapat dibagi menjadi 3 teori besar yakni: Teori Kebenaran "Koherensi" dari Plato 427-347 SM, Aristoteles 384-322 SM; Teori Kebenaran "Korespondensi" dari Bertrand Russel 1872-1970; dan Teori Kebenaran "Pragmatik" atau konsensus dari Charles S Piere 1839-1914.¹⁰⁸

¹⁰⁷<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt553f5575acd85/mk.rombak-bukti-permukaan-dan-objek-praperadilan,diakses6-5-2015>

¹⁰⁸The Great Soviet Encyclopedia, 3rd Edition, 2010; The Gale Group, Inc.diuraikan bahwa selain 3 jenis kebenaran yang diakui secara tradisional ada pula teori kebenaran yang tidak begitu populer karena mirip-mirip dengan logika seperti teori kebenaran kesahihan semantik, atau teori kebenaran kesahihan logika berlebihan. Sementara teori kebenaran Non-Deskripsi dikatakannya hampir serupa dengan teori kebenaran Pragmatik.

Lebih jauh berkenaan dengan 3 jenis kebenaran keilmuan, baca juga: Suwardi Endra Swara, 2012, "*Filsafat Ilmu, Konsep, Sejarah dan Pengembangan Metode Ilmiah*", CAPS, Yogyakarta, Halaman 214; Amsal Bakhtiar, 2007, "*Filsafat Ilmu*"; PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, Halaman 112-120; Jujun S Suria Sumantri, 1985, "*Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer*", Sinar Harapan, Jakarta, Halaman 55-59

Seperti telah disinggung di awal buku ini, Teori Kebenaran Koherensi pada intinya mengatakan bahwa suatu proposisi dianggap benar bila adanya konsistensi logika dengan pernyataan dan kesimpulan sebelumnya. Kebenaran jenis ini berlaku pada ilmu yang tergolong Ilmu Formal seperti Matematika dan Logika. Kebenarannya tidak memerlukan pembuktian atau verifikasi empiris, melainkan hanya perlu pembuktian rasional dan konsistensi rasional.¹⁰⁹ Misalnya $2 \times 2 = 4$, $3 + 2 = 5$, $10 - 6 = 4$, kesemua pernyataan itu adalah benar karena terdapat rasionalitas.

Teori Kebenaran Korespondensi menekankan bahwa proposisi atau pernyataan dianggap benar bila sesuai dengan kenyataan empiris. Kebenarannya itu dapat diverifikasi atau dibuktikan secara langsung. Teori kebenaran ini berlaku bagi ilmu empiris yang terdiri dari ilmu pengetahuan alam dan ilmu tentang manusia (Ilmu Sosial, Ilmu Sejarah dan Ilmu Bahasa). Ilmu pengetahuan alam (*naturwissenschaften*) menggunakan metode analitis yang bersifat eksak atau metode penjelasan (*erklaren*) untuk menemukan hubungan kausalitas deterministik dari gejala yang ditelaah yang tidak tunduk pada kemauan manusia. Sementara pada ilmu-ilmu manusia (*kultur wissenschaften*) gejala yang ditelaah tidak berupa hubungan kausalitas-deterministik tetapi gejala yang berupa motivasi, idialisme, hak, kasih sayang, keprihatinan, dan menggunakan metode pemahaman (*verstehen*).¹¹⁰

Teori kebenaran ketiga adalah Teori Kebenaran Pragmatik. Teori ini menekankan bahwa nilai akhir dari suatu pernyataan atau ide harus adanya kesepakatan tentang kegunaan atau manfaatnya untuk menyelesaikan masalah-

¹⁰⁹B. Arief Sidharta; 2008, "Apakah Filsafat Dan Filsafat Ilmu Itu?", Pustaka Sutra, Bandung, Halaman 107

¹¹⁰B Arief Sidharta; 2008, *Ibid*, Halaman 108, 109

masalah praktis.¹¹¹ Oleh karena penilaian akhir tentang kebenaran diambil berdasarkan kesepakatan maka teori ini juga sering disebut teori kebenaran konsensus. Teori ini berlaku pada ilmu-ilmu yang tergolong ilmu Praktikal yang dapat dibagi menjadi Praktikal Nomologik seperti Ilmu Kedokteran, Ilmu Teknik, dan Teknologi; serta Praktikal Normologik yang terdiri dari normologik otoritatif seperti Ilmu Hukum dan normologik non otoritatif seperti Ilmu Etika, Pedagogi, Manajemen dan Komunikasi.¹¹²

Dari uraian diatas nampak bahwa Ilmu Hukum tergolong jenis ilmu yang khas atau sering disebut ilmu yang “Sui Generis”¹¹³. Tentang ini sudah disinggung juga pada Bab terdahulu diawal buku ini, disini sekedar untuk menegaskan kembali (sesuai dengan kontek kontroversi putusan hakim Sarpin), maka perlu diperinci lagi unsur-unsur Sui Generis itu yakni :

- (1) Ilmu Hukum tidak tergolong kedalam Ilmu Formal yang menggunakan Teori Kebenaran Koherensi.
- (2) Ilmu Hukum juga tidak tergolong Ilmu Sosial (bagian dari Ilmu Empirik) yang menggunakan Teori Kebenaran Korespondensi.
- (3) Ilmu Hukum tergolong kedalam Ilmu Praktikal dengan jenis khusus yakni Normologik–Otoritatif.¹¹⁴ Prasa “Normologik – Otoritatif” mengandung

¹¹¹Stefanus Supriyanto; 2013, *Op Cit*, Halaman 92. Disebutkan bahwa inti dari teori kebenaran pragmatis atau konsensus adalah bahwa secara konsesus sesuatu dianggap benar bila dapat dimanfaatkan secara praktis.

¹¹²B Arief Sidharta; 2008, *Op Cit*, Halaman 111, 112, 113. Lebih jauh dinyatakan bahwa ilmu hukum mempunyai kedudukan istimewa dibanding ilmu-ilmu lainnya karena ilmu hukum satu-satunya ilmu normatif yang otoritatif

¹¹³P M Hadjon & T S Djatmiati; 2008, “Argumentasi Hukum”, Gajah Mada University Pess, Halaman 1. Baca juga P Mahmud Marzuki; 2007, “ Penelitian Hukum”, Prenada Group, Halaman 17 antara lain menyatakan bahwa oleh karena hakikat ke ilmuannya berbeda dari ilmu sosial, tidak dapat disangkal metode pendekatannya pun berbeda. Baca juga P Mahmud Marzuki; 2008, “Pengantar Ilmu Hukum”, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, Halaman 27-34.

¹¹⁴B Arief Sidharta; 2008, *Loc Cit*, Halaman 113.

makna bahwa untuk membentuk, mengakui, menerapkan atau menegakkan norma, hukum memerlukan otoritas publik yang dalam negara hukum yang demokratis terdiri dari kekuasaan legislatif, eksekutif dan judisial.¹¹⁵

- (4) Berhubung dengan karakternya yang normologik-otoritatif maka obyek penelitian Ilmu Hukum Dogmatik adalah norma hukum, obyek penelitian Filsafat Hukum adalah otoritas kekuasaan terutama kekuasaan yang sewenang-wenang dan juga HAM, sementara obyek penelitian Teori Hukum adalah konsep, asas, maxim, doktrin/ajaran, dan teori yang langsung bisa dipakai memecahkan masalah hukum dogmatik.
- (5) Oleh karena obyek penelitian adalah norma, maka metode penelitiannya tidak sama dengan metode penelitian ilmu-ilmu lainnya seperti ilmu pengetahuan alam yang berobyekkan "alam" dan ilmu pengetahuan manusia yang berobyekkan "manusia". Metode penelitian Ilmu Hukum Dogmatik adalah bagian terbesarnya berupa metode penelitian hukum normatif. Hasil penelitian secara pragmatik dapat memberi jawaban langsung terhadap kebutuhan manusia sesuai kegunaan ilmu-ilmu praktikal lainnya. Apa obatnya jika orang sakit kepala?, dapat dijawab oleh Ilmu Kedokteran; apa bahannya agar bangunan kuat dan tahan gempa?, dapat dijawab oleh Ilmu Teknik; apa norma hukumnya jika orang sengaja membunuh orang lainnya?,

¹¹⁵Montesquieu; 1977, *"The Spirit of Law"*, University of California Press, Ltd, Berkeley, London, Halaman 201, 202. Dalam pemikiran Montesquieu di Halaman 201, 202, disebut bahwa kekuasaan legislatif (*the legislative*) adalah primat dari dua kekuasaan lainnya karena disebut pertama, kemudian baru menyusul penyebutan kekuasaan yang lainnya (*the executive, the judiciary*). Pemikiran primat legislatif dapat dipahami jika dihubungkan dengan Teori Kedaulatan Rakyat dimana kedaulatan rakyat itu dilaksanakan oleh kekuasaan legislatif, salah satunya fungsinya adalah membuat Undang-Undang. Oleh karena itu sulit dipahami pandangan bahwa judicial dapat mengambil alih fungsi legislatif dengan membentuk norma baru melalui putusan hakim, yang sesungguhnya ia merubah Undang-Undang yang sudah jelas dan pasti.

atau samakah hukumannya jika orang tidak sengaja membunuh?; ini dapat dijawab oleh Ilmu Hukum.

Sehubungan dengan teori kebenaran Ilmu Hukum yang bersifat pragmatik atau konsensus, maka mudah dipahami misalnya dalam memberi jawaban atas permasalahan, apa hukumnya jika orang membunuh atau analog dengan pertanyaan itu, apa hukumnya jika orang minta status tersangkanya agar diuji oleh pra-peradilan, atau pertanyaan lebih spesifik lagi: adakah atau tidak adakah norma hukum untuk dijadikan dasar hukum dalam memutus perkara *in casu*?. Berpegang pada Teori Kebenaran Konsensus dari ilmu hukum, maka untuk menjawab “ada” atau “tidak ada” dasar hukum, hakim harus mendapat konsensus dari sejawat sesama anggota majelis. Bagaimana mungkin dalam kaitan putusan hakim Sarpin bisa dicapai konsensus jika hakimnya hanya seorang Sarpin? Dengan siapa Sarpin berkonsensus karena hakim pra-peradilan tidak disusun dalam format majelis? Oleh karena itu putusan yang diambil hanya oleh seorang hakim akan cenderung subyektif, diragukan kebenarannya, diragukan obyektivitasnya, karena tidak memenuhi prosedur pencapaian kebenaran Ilmu Hukum yakni kebenaran konsensus.

Dapat ditambahkan bahwa dalam praktek hukum, untuk mendapatkan keadilan sekaligus kepastian hukum dikenal adanya konsensus vertikal dan konsensus horisontal, sampai pada tingkatan tertentu. Hal ini dapat dilihat dari adanya tingkatan peradilan yang berjenjang dalam rangka menempuh upaya hukum biasa dan upaya hukum luar biasa. Pada tiap tingkatan konsensus vertikal terdapat konsensus horisontal yakni konsensus yang dicapai diantara teman sejawat para anggota majelis hakim. Konsensus vertikal di dapat dari putusan pengadilan banding, selanjutnya putusan pengadilan kasasi melalui upaya hukum biasa. Bila terdapat keadaan luar biasa seperti bukti baru dan sebab khusus, putusan kasasi

dapat dimintakan peninjauan kembali (PK) hanya satu kali. Sebab kalau PK diajukan berkali-kali tanpa batas maka putusan akan tidak menjamin kepastian hukum meskipun keadilan hukumnya mungkin tercapai. Lagi pula sudah merupakan rahasia umum, pengajuan PK oleh pihak yang kalah adalah untuk mengulur-ulur waktu eksekusi putusan dan untuk tujuan sepekulatif lainnya. Pemeriksaan satu perkara yang sama dalam 4 tingkatan konsensus dipandang cukup memenuhi rasa keadilan, karena keadilan versi ilmu hukum akan terlihat dalam wujud kebenaran pragmatik atau konsensus yang bersifat intersubyektif, serta dicapai melalui konsensus horisontal dan vertikal. Tidaklah mungkin keadilan atau kebenaran versi ilmu hukum bersifat obyektif seperti kebenaran yang dicapai oleh Ilmu Matematika ataupun Ilmu Pengetahuan Alam yang kebenarannya bersifat Koherensi ataupun Korespondensi dengan alat uji yang eksak dan terukur.

Dengan demikian, dari sudut pandang teori kebenaran, agar suatu putusan memperoleh tingkatan "*Res Judicata*" atau tingkatan tidak bisa dibanding lagi karena sudah dianggap mengandung kepastian dan keadilan yang mendekati obyektif (inter-subyektif), cukuplah ditempuh melalui sebanyak-banyaknya 4 tingkatan peradilan yang masing-masing dicapai melalui konsensus vertikal dan horisontal. Dengan ajaran "*Res Judicata*"¹¹⁶ ini, sulit bisa diterima pandangan bahwa suatu putusan pengadilan sudah bersifat final dan mengikat hanya diputus dalam satu tingkatan saja seperti halnya MK. Meskipun terdapat konsensus horisontal di MK namun tidak ada konsensus vertikal sebagai pembanding dan penguji konsensus horisontal.

(2) Pilihan Teori Hukum Yang Relevan

¹¹⁶Henry Campbell Black; 1979, "*Black's Law Dictionary*", St Paul Minn West Publishing Co, Halaman 1174. Dikatakan bahwa "*Res Judicata*" ... *that a final judgment render by a court of competent jurisdiction ... constitute an absolute bar to a subsequent action involving the same claim ... (Res Judicata* adalah putusan akhir dari pengadilan yang berwenang yang merupakan larangan mutlak untuk upaya hukum berikutnya terkait perkara yang sama).

Isu sentral dari kasus Budi Gunawan 2015, yang diputus hakim Sarpin sebagai hakim tunggal pra-peradilan, adalah ; apakah pra-peradilan berwenang menyatakan sah atau tidak sahnya status tersangka Budi Gunawan? Permasalahan hukumnya adalah, apakah KUHP sebagai hukum acara pidana memberi kewenangan atributif kepada hakim pra-peradilan? Ternyata menurut Pasal 77 KUHP kewenangan atributif semacam itu tidak ada. Pertanyaan selanjutnya, apakah hakim dapat menambah ketentuan Undang-Undang yang sudah sangat jelas, tegas, dan limitatif? Pertanyaan ini nampaknya dijawab oleh hakim Sarpin dengan kata "dapat" melalui pertimbangan putusannya.

Sesuai dengan fungsi Teori Hukum untuk dapat memberi solusi terhadap permasalahan hukum konkrit yang muncul dalam praktek hukum, maka dari sekian banyak ragam Teori Hukum, teori manakah yang kiranya tepat digunakan sebagai landasan argumentasi untuk menolak kadar ilmiah putusan hakim Sarpin?

Secara garis besar, kiranya ragam Teori Hukum dapat di kelompokkan kedalam dua kelompok besar. Kelompok pertama, adalah Teori Hukum yang bercorak positivis seperti positivisme klasik, positivisme modern (analitik), yang didalamnya mencakup pandangan formalisme dan legisme. Positivisme di sini berarti suatu paham untuk mempositifkan hukum dalam bentuk baku dan tertulis oleh otoritas publik agar menjadi sah, sehingga hukum mencapai tingkatan *ius konstitutum*. Dalam tingkatan itu, hukum dipelajari sebagai "*legal science*" menurut Langdell atau "*eine rechtslehre*" menurut Kelsen.¹¹⁷

Kelompok kedua adalah Teori Hukum yang bercorak sosiologis yang didalamnya mencakup juga pandangan kaum realis dan pragmatis. Teori kelompok kedua ini diawali dengan kemunculan mashab "*Sociological Jurisprudence*" yang

¹¹⁷Soetandyo Wignjosoebroto; 2013, "*Pergeseran Paradigma Dalam Kajian-Kajian Sosial Dan Hukum*", Setara Press, Malang, Halaman 84,85.

dipelopori oleh R Pound dalam tulisannya "*The Scope And Purpose of Sociological Jurisprudence*", tahun 1911.¹¹⁸

Dengan berbasis pada Teori Hukum Sosiologis (*Sociological Jurisprudence*) P Nonet & P Selznick kemudian menawarkan Teori Hukum Responsif (*responsive law*) berdasarkan fase perkembangan hukum mulai dari fase hukum represif, hukum otonom dan terakhir hukum responsif. Untuk sampai pada fase hukum responsif, pendekatan dalam ilmu hukum, mereka menganjurkan agar menggunakan pendekatan ilmu sosial tanpa mengabaikan masalah-masalah mendasar keilmuan hukum, tentang ini dikatakan :... "*we do not dismiss the great issues of legal theory, but we do suggest that they may yield to a social-science perspective*".¹¹⁹ Lebih jauh diuraikan bahwa hukum represif adalah hukum yang digunakan penguasa untuk menekan yang dikuasai, hukum otonom adalah hukum yang netral bebas dari pengaruh politik, hukum responsif adalah hukum yang muncul dari bawah berupa aspirasi masyarakat untuk merespon kepentingan mereka dibidang ekonomi dan sosial melalui partisipasi politik.¹²⁰

Menurut mereka, baik dalam fase hukum represif maupun dalam fase hukum responsif jika salah kelola, dapat mematikan pertumbuhan hukum itu sendiri, karena otoritas keilmuan hukum menjadi lemah disebabkan pada kedua fase itu muncul hanya argumentasi hukum yang kaku, dan analisis kebijakan dilakukan secara longgar tanpa standar hukum. Secara lebih jelas mereka mengatakan:

¹¹⁸Roscoe Pound; 1911, "*Op Cit*", Halaman 591

¹¹⁹Philippe Nonet & Philip Selznick; 2001, "*Toward Responsive Law, Law And Society in Transition*", Transaction Publisher, USA, UK, Halaman 9.

¹²⁰P Nonet & Selznick; 2001, *Ibid*, Halaman 33-43, 57, 70-72, 95. Pada halaman 70-72 diuraikan bahwa hukum otonom mendapat kritik karena terlalu kaku hanya membatasi kewenangan penguasa tetapi mengabaikan aspirasi lapis bawah atau tidak membuka diri terhadap aspirasi masyarakat sehingga tidak efektif dalam pelaksanaannya.

*“The death of law in that sense is a mark of both stages. In both repressive and responsive law the authority of rules is weakened, discretion is enlarged; ... legal argumentation is less easily distinguishable from policy analysis, and legal institution at once more accesible and more vurnerable”.*¹²¹

Dikatakan pula bahwa dalam kondisi seperti itu, institusi hukum terutama pengadilan menjadi semakin rentan karena mudahnya diintervensi (*accessible*) baik oleh penguasa (pada hukum repressif) maupun oleh masyarakat (pada hukum responsif). Oleh karena itu fase hukum responsif yang diinginkan oleh P Nonet & Zelznick adalah fase dimana hukum memberikan kewenangan yang lebih luas kepada institusi hukum terutama pengadilan dalam mewujudkan keadilan yang hidup dalam perasaan masyarakat.¹²²Sikap mereka itu dipertegas dengan kata-kata sebagai berikut :

*... “ the development model we have proposed that is the sense in which responsive law represent a higher stage of legal evolution law. Our thesis is that responsive law brings larger istitutionnal competencies to the quest for justice”.*¹²³

Di Indonesia teori hukum sosiologis dikembangkan oleh Mochtar Kusumaatmadja yang oleh beberapa kalangan pengembangan teori itu disebut sebagai Teori Hukum Pembangunan. Sebenarnya dalam karya-karya tulis beliau tidak pernah menyebut dengan tegas istilah “Teori Hukum Pembangunan”, tetapi dalam wawancara lisan dengan seorang Shidarta, beliau konon lebih suka kalau teorinya itu disebut Teori

¹²¹P Nonet dan P Selznick; 2001,*Ibid*, Halaman 117

¹²²Pandangan seperti itu mirip dengan pandangan kaum realis Amerika dalam memaknai kewenangan hakim untuk mewujudkan keadilan yang berorientasi pada kepentingan masyarakat lapis bawah.

¹²³P Nonet dan Selznick; 2001, *Ibid*, halaman 116

Hukum Pembangunan.¹²⁴ Sepanjang penulis dapat menyimaknya, Teori Hukum Pembangunan memaknai "*social engineering*" (rekayasa social) secara agak berbeda dengan pemahaman Roscoe Pound.¹²⁵ Roscoe Pound seperti halnya Nonet & Selznick bermaksud memberi kewenangan yang lebih besar kepada judicial untuk melakukan rekayasa sosial demi keadilan atau "*quest for justice*" meminjam istilah Nonet & Selznick. Menurut R Pound tugas judicial adalah untuk memberi solusi hukum berupa putusan yang mengkompromikan kepentingan-kepentingan di masyarakat yang saling berkonflik, atau..... *resolved by a compromise of conflicting interest*.¹²⁶ Seperti telah disinggung di depan, menurutnya dimasyarakat ada tiga jenis kepentingan yakni:¹²⁷ *individual interest, political interest, dan social interest*. Nampaknya R Pound tidak memaknai rekayasa sosial dilakukan oleh badan legislatif melalui pembentukan Undang-Undang (seperti dimaknai oleh Teori Hukum Pembangunan), karena hal itu sudah dengan sendirinya merupakan fungsi pokok legislatif. Dengan demikian tesis dari teori rekayasa sosial R. Pound bukan hukum (Undang-Undang) yang merubah masyarakat tetapi masyarakatlah yang merubah hukum melalui putusan hakim. Kondisi demikian cocok dengan sistem hukum *common law* dimana seperti telah disinggung di depan, reasoning itu dimulai dari putusan pengadilan yang membentuk hukum (*judge made law*) atau "*reasoning by analogy from reported judicial decision*", sementara reasoning yang dimulai dari

¹²⁴Shidarta; 2012, "*Posisi Pemikiran Teori Hukum Pembangunan Dalam Konfigurasi Aliran Pemikiran Hukum, Sebuah Diagnosis Awal*", Dalam "*Mochtar Kusuma Atmadja Dan Teori Hukum Pembangunan*", Editor, Shidarta, Epistema Institute, Jakarta, Halaman 9,10.

¹²⁵ Perbedaan pemahaman atau kesalah pahaman atas teori "*Social Engineering*" dari R Pound dapat pula dijumpai dalam buku "*Teori-Teori Besar Dalam Hukum*"; 2013, oleh Dr Munir Fuady SH. MH. LLM, Penerbit Kencana Prenada Media Group, Jakarta, Halaman 248 s/d 252.

¹²⁶Linus, Mc Manaman; 2013, *Op Cit*, Halaman 42.

¹²⁷Eli E Nobleman; 1961, *Op Cit*, Halaman 195.

Undang-Undang adalah merupakan tradisi tehnik sistem hukum *civil law* yang kerap disebut “*reasoning by analogy from legislative precepts*.”¹²⁸

Sementara itu, di Indonesia juga belakangan ini berkembang pemikiran hukum progresif yang kemungkinan akan meningkat menjadi Teori Hukum Progresif yang konon memiliki asumsi dasar bahwa “hukum untuk manusia, bukan manusia untuk hukum”. Selain itu Teori Hukum Progresif menolak tradisi “*analytical jurisprudence*” atau “*rechts dogmatik*” dan berbagi paham dengan aliran *legal realism*, *freirechts lehre*, *sociological jurisprudence*, *interessen jurisprudence* di Jerman, teori hukum alam dan *critical legal studies*.¹²⁹ Jika benar demikian, jelas Teori Hukum Progresif dapat dikelompokkan kedalam teori besar hukum yang berbasis sosiologis dengan postulat “hukum untuk manusia”. Dengan demikian yang terpenting menurut teori itu adalah manusia (*anthropocentris*) dalam upayanya mencapai keadilan. Demi mendapat keadilan, epistimo-prosedural dari hukum dapat dikesampingkan atau dengan kata lain dalam upayanya mencapai keadilan, hukum harus dikembangkan secara bebas (*freirechtslehre*) tidak perlu terikat oleh aturan hukum yang bersifat prosedural. Pada hal, tidak bisa diingkari bahwa hukum prosedural mempunyai fungsi penting dalam suatu sistem hukum yakni untuk memberi legitimasi, keabsahan dan kepastian hukum. Akibatnya, pandangan progresivisme hukum cenderung mengejar keadilan dengan mengesampingkan kepastian hukum. Dalam sistem peradilan dewasa ini pandangan hukum bebas atau hukum progresif di dukung oleh doktrin *judicial activism* “(kebebasan hakim yang sangat luas), sebaliknya pandangan kepastian hukum didukung oleh doktrin “*judicial selfrestraint*” (kebebasan hakim yang terbatas).

¹²⁸ Linus J Mc Manaman; 2013, *Loc Cit*, Halaman 14

¹²⁹ A Mukthie Fadjar; 2013, “*Teori-Teori Hukum Kontemporer*”, Setara Press, Malang, Halaman 123.

Pandangan hukum progresif mengandung paling tidak tiga kelemahan yakni: (1).Tidak membedakan dengan cermat antara hukum substansial dan hukum prosedural, di mana menurut aliran hukum progresif, pada kedua ranah hukum itu hakim secara bebas dapat melakukan diskresi dan penyimpangan demi mencapai keadilan: (2).Hasil akhir dari pandangan hukum bebas adalah tidak terjaminnya atau dikesampingkannya kepastian hukum, pada hal tujuan ideal hukum adalah untuk mencapai keadilan dan kepastian hukum secara simultan: (3), Aliran hukum progresif tidak holistik-integralistik dalam memahami teori hukum karena sesungguhnya ada teori atau pemikiran alternatif yang berusaha untuk dapat mewujudkan tujuan ideal hukum yakni terpenuhinya keadilan dan kepastian sekaligus.

Pertanyaannya kini, teori hukum apakah yang dapat dipakai landasan untuk membenarkan putusan peradilan hakim Sarpin?

Dapat diduga bahwa para pendukung putusan hakim Sarpin nampaknya menggunakan teori hukum yang sosiologis yang di Indonesia salah satu variannya adalah Teori Hukum Progresif. Dugaan ini didasarkan pada asumsi dasar Teori Hukum Progresif yakni “hukum untuk manusia” dan oleh karena itu hakim bisa bebas melakukan trobosan tidak peduli jenis hukumnya apakah hukum substansial atau hukum prosedural, tidak peduli apakah rumusan normanya sudah jelas atau masih kabur. Akibatnya terjadi ketidak pastian hukum atau kekacauan hukum acara pidana di Indonesia semenjak adanya putusan hakim Sarpin tersebut. Menurut hemat penulis, kurang tepat kalau para juris Indonesia menggunakan Teori Hukum Progresif untuk membenarkan hakim Sarpin melakukan terobosan dalam kasus Budi Gunawan yang memohon hakim untuk menyatakan tidak sah status tersangkanya. Para juris hendaknya mempertimbangkan pilihannya pada teori yang berinduk pada mashab positivisme modern (*analytical jurisprudence*), khususnya yang dibangun oleh Hart dan J Raz. Sesuai dengan judul buku Hart “*The Concept of Law*” penulis

akan menyebut teori itu sebagai teori “Konsep Hukum” dari Hart. Teori ini penting dipahami, karena teori ini dapat menjelaskan menyatunya keadilan, kepastian, dan kemanfaatan dalam satu saat yang bersamaan, tidak terpisah satu sama lainnya. Teori ini ingin menjembatani friksi antara mashab positivisme klasik, naturalis dan sosiologis dalam memandang apa sebenarnya tujuan hukum itu.

Menurut teori Konsep Hukum, bahwa keseluruhan hukum dalam sebuah sistem hukum negara, dikonsepsikan sebagai suatu kesatuan dari dua tipe aturan hukum yakni aturan hukum primer dan aturan hukum sekunder. Aturan tipe pertama membebankan kewajiban kepada manusia untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu. Aturan tipe kedua berfungsi untuk memodifikasi, merubah, dan bahkan mengontrol beroperasinya tipe pertama. Aturan tipe pertama membebankan kewajiban, aturan tipe kedua memberi kekuasaan publik atau privat. Tentang ini Hart mengatakan ... *“Rule of the first type impose duties. Rules of the second type confer powers, public or private”*.¹³⁰ Joseph Raz secara lebih jelas menyebut tipe pertama dengan *D-Laws (Duty imposing Laws)* dan tipe kedua disebutnya sebagai *“P-Laws (Power conferring Laws)* yakni masing-masing sebagai aturan hukum yang membebankan kewajiban pada individu, dan sebagai aturan hukum yang memberi kekuasaan dari dan oleh negara kepada otoritas publik ataupun dari individu kepada individu lainnya.¹³¹

Lebih jauh Teori Konsep Hukum dari Hart menjelaskan bahwa aturan hukum tipe kedua atau aturan hukum sekunder terdiri dari tiga bagian yakni: (1) Aturan

¹³⁰H L A Hart; 1981, *“The Concept of Law”*, Oxford at the Ctarendon Press, Halaman 79.

¹³¹Joseph Raz; 1980, *“The Concept of A Legal System”*, Clarendon Press, Oxford, Halaman 147, 157, 163. J Raz adalah pendukung setia Hart, dimana sebagian isi bukunya didasarkan pada buku *The Concept of Law* dari Hart dan sebagian lagi didasarkan pada pemikiran Kelsen tentang unsur dan eksistensi norma, identitas dan struktur sistem hukum (Bab III, IV, V). Hal ini dikemukakan J Raz dalam kata pengantar buku *“The concept of a Legal System”* yang awalnya berupa disentasi untuk memperoleh gelar Doktor ilmu hukum pada Universitas Oxford.

110) H LA Hart; 1981, *Op Cit*, Halaman 92, 93, 94.

tentang pengakuan (*rule of recognition*); (2) Aturan tentang perubahan (*rule of change*); dan (3) Aturan tentang tindakan mengadili (*rule of adjudication*). Aturan pengakuan untuk memastikan eksistensi dari suatu norma bila norma itu diragukan apakah memiliki kualitas hukum atau bukan, atau *the proper way of disposing of doubts as to the existen of the rule*. Aturan perubahan adalah aturan untuk merubah aturan yang lama, atau *to introduce new primary rule and to eliminate old rules*. Aturan untuk mengadili adalah aturan yang memberi kekuasaan kepada aparat judicial untuk menentukan siapa-siapa orangnya yang dapat diadili dan bagaimana prosedur mengadili orang tersebut, atau *identifying the individual who are to adjudicate also define the procedure to be followed*.¹³²

Mencermati pemikiran Hart dalam bentuk Teori Konsep Hukum dapat dipahami bahwa Hart nampaknya ingin menghilangkan gejala antinomi hukum yakni dipertentangkannya keadilan (moral) dan kepastian, lebih konkrit lagi pertentangan antara isi/hakikat hukum dan bentuk hukum. Bentuk hukum oleh kaum positivis klasik dianggap faktor penting sehingga hukum mempunyai kekuatan mengikat tanpa mempedulikan isinya, bermoral atau tidak, sementara isi hukum yang adil dan bermoral merupakan fokus utama bagi kaum naturalis, dengan tanpa mempersoalkan bentuk. Adapun persoalan kemanfaatan hukum bagi masyarakat yang merupakan pusat perhatian hukum sosiologis, menurut hemat penulis sudah otomatis tercakup kedalam persoalan keadilan dan moral sebab tidak mungkin hukum yang tidak adil dan tidak bermoral, bermanfaat bagi masyarakat.

Jika ditelusuri lebih jauh konsepsi Teori Konsep Hukum dari Hart dapat ditengarai Hart ingin menghilangkan antinomi hukum dengan alasan yakni: (1). Hart menentang anggapan teori hukum positivisme klasik yang dimotori Austin yang

¹³²H L A Hart; 1981, *Op Cit*, Halaman 92, 93, 94

menganggap hukum adalah perintah yang memaksa dari penguasa yang berdaulat, dengan tidak mempedulikan apakah perintah itu bermoral atau tidak, sementara Hart menerima pandangan kaum naturalis bahwa isi hukum positif harus minimum bermoral karena bagian terbesar manusia secara kualitas fisik, kapasitas intelektual, dan aksesibilitas material adalah makhluk yang lemah (*vulnerable*) namun cenderung lebih mudah berbuat jahat, mementingkan diri sendiri (*predominantly selfish*) dan mudah menyerah atas godaan iblis (*succumb to the temptation*)¹³³; (2), ketidak pastian atas status norma apakah ia mempunyai eksistensi hukum dihilangkan dengan adanya aturan pengakuan (*rule of recognition*); (3), sementara kepastian atas norma yang tidak jelas diatasi dengan adanya aturan untuk mengadili (*rule of adjudication*) karena dalam aturan itu ditegaskan adanya kewenangan hakim menggali, mengkonstruksi serta menafsirkan norma yang kabur secara bertanggungjawab; (4), kepastian untuk mengatasi keragu-raguan hukum tertulis yang cenderung selalu ketinggalan jaman diantisipasi dengan adanya aturan perubahan (*rule of change*) untuk menjawab pertanyaan, apakah nilai norma yang lama masih berlaku atau apakah nilai lama perlu dikurangi atau ditambah dengan nilai baru.

Dengan mengadakan telaah atas Teori Konsep Hukum dari Hart tersebut, akhirnya penulis sampai pada suatu pemahaman bahwa sebenarnya hanya teori hukum positivisme modern (*analytical jurisprudence*) dan teori hukum naturalislah yang dapat digolongkan kedalam teori hukum normatif karena kedua teori ini mempersoalkan norma hukum dari segi bentuk dan isinya. Adapun konsepsi hukum kritis (*Critical Legal Studies*) tidak dapat dikualifikasi sebagai teori hukum melainkan hanya sekedar sebagai suatu gerakan (*movement*) untuk mendekonstruksi dan merekonstruksi hukum sebagai akibat intervensi faktor-faktor non hukum terutama faktor politik dalam penegakkan hukum. Mendekonstruksi dan mendekonstruksi

¹³³H L A Hart; 1981, *Loc cit*, Halaman 189 s/d 193

hukum adalah pekerjaan untuk meniadakan konstruksi norma hukum dan merumuskan kembali norma hukum. Apabila kelompok hukum kritis dihadapkan pada pertanyaan, apakah isi dan bagaimana bentuk norma yang akan direkonstruksi itu, jawabannya tentulah akan kembali kepada teori naturalis dan teori positivisme modern yakni isinya adalah moral/keadilan, dan bentuknya adalah tertulis atau kalau tidak tertulis perlu diakui keberlakuannya dalam aturan pengakuan (*rule of recognition*).

Dengan uraian diatas, relevansi Teori Konsep Hukum terkait putusan hakim Sarpin adalah hakim harus cermat membedakan karakter dari tipe aturan hukum primer atau *D-Laws* dan karakter dari tipe aturan sekunder atau *P-Laws*. *D-Laws* mengatur orang perorangan, *P-Laws* memberikan kekuasaan yang dalam ranah hukum publik kepada lembaga legislatif, eksekutif, dan judisial. Dengan demikian *P-Laws* memberi kewenangan atribusi dan kewenangan delegasi seperti apa orang diajarkan dalam hukum administrasi. Hukum acara pidana yang tergolong "*rule of adjudication*" merupakan bagian dari "*secondary norm*" atau *P-Laws*, memberi kewenangan atribusi melalui Undang-Undang Acara Pidana (KUHP) atau *conferring power* kepada polisi, jaksa, advokat dan hakim untuk melakukan proses peradilan. Khusus dalam kaitan dengan hakim, ini berarti bahwa hakim dalam melaksanakan fungsi mengadili, diatur dan dibatasi kewenangannya oleh Undang-Undang terutama oleh KUHP. Oleh karena KUHP berfungsi sebagai aturan pembatas, maka hakim tidak dapat mendiskresi atau menafsir KUHP. Alangkah tidak masuk akal jika hakim yang diatur dan dibatasi kewenangannya dapat mengurangi, menambah atau mengganti prasa dari norma dalam aturan yang membatasi kewenangannya sendiri, tak pelak akan timbul trobosan hukum yang mengacaukan logika karakter "*secondary norm*" atau *P-Laws*. Dengan demikian hakim Sarpin tidak bisa menerobos KUHP yang bermuara pada penambahan norma yang sesungguhnya merupakan kewenangan parlemen. Justru KUHP harus

dimaknai sebagai pemberian kewenangan atribusi kepada judicial yang diberikan oleh parlemen sebagai representasi Negara, dan oleh karena itu hukum acara hanya boleh dirubah oleh parlemen dan perubahannya itu harus diberi sekala prioritas. Berbeda dengan aturan *D-Laws* yang tidak mengandung kewenangan atribusi kepada hakim, tentu hakim dapat melakukan penafsiran atau diskresi sepanjang Undang-Undang itu tidak jelas atau ketinggalan jaman.

Dengan demikian hakim Sarpin seyogyanya bisa menahan diri untuk tidak merubah Pasal 77 KUHAP, karena KUHAP tergolong "*secondary norm*" (*P-Laws*) yang perubahannya harus dilakukan oleh parlemen. Prinsip menahan diri oleh hakim adalah sesuai dengan doktrin *judicial selfrestraint*, dimana kebebasan hakim bukanlah kebebasan yang sebebaskan-bebasnya, tapi kebebasan yang terbatas, dan salah satu batasnya adalah hukum acara. Dalam keadaan sangat mendesak atau perubahan itu sangat diperlukan dalam lancarnya praktek hukum, sementara parlemen tidak sempat bersidang, konstitusi Indonesia telah memberikan jalan untuk itu melalui Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu). Sebelum terbitnya Perpu atau dirubahnya Pasal 77 KUHAP oleh DPR RI, hakim harus melaksanakan Undang-Undang yang sudah jelas kendatipun tindakannya itu mungkin tidak memuaskan bagi segelintir orang. Untuk ini dapat dirujuk pandangan Ian Mc Leod sebagai berikut.¹³⁴

"In accordance with the distinction drawn by that eminent jurist, this court my not substitute its discretion for that of the community legislature; when the meaning of the legislation is clear it has to be applied with that meaning, even if the solution prescribed may be thought to be unsatisfactory".

Pernyataan ini tidak hanya ditujukan kepada tipe aturan hukum *P-Laws* tetapi juga kepada tipe aturan hukum *D-Laws*.

¹³⁴Ian Mac Leod; 1996, "*Legal Method*", Macmillan Press Ltd, London, Halaman 336. Ian Mac Leod adalah Dosen senior pada London Guildhall University dan mantan Jaksa Tinggi Inggris

Dari uraian diatas penulis beranggapan bahwa hukum acara tidak dapat dirubah oleh hakim, dengan alasan sebagai berikut : (1).Hukum acara termasuk tipe aturan *P-Laws* yang justru mengatur kewenangan hakim itu sendiri beserta aparat penegak hukum lainnya, yang oleh Packer dinyatakan bahwa hukum acara pidana sebagai aturan main yang tidak boleh dilanggar oleh aktor penegak hukum dalam sebuah proses peradilan¹³⁵; (2) Sarjana hukum tata negara dan pemerintahan seperti M Iver¹³⁶ dan Peperzak¹³⁷ beranggapan bahwa kualitas hukum acara dapat disetarakan dengan konstitusi dalam arti luas, karena mengatur kewenangan lembaga negara terutama lembaga judicial dan bahkan ia dapat dianggap sebagai representasi substansi negara hukum (*rule of law*). Dengan demikian hukum acara dapat dimaknai sebagai batas kebebasan kekuasaan kehakiman karena hakim tidak dapat melakukan diskresi terhadap aturan hukum yang setara konstitusi, terlebih-lebih hukum yang mengatur perlindungan HAM, seperti halnya hukum acara itu sendiri¹³⁸

¹³⁵H.L. Paker; 1968, *"The Limit of Criminal Sanction"*, Stanford University Press, California, Halaman 4. Disitu dikatakan antara lain: *"Law of Criminal Processes is the rules of the game tell us about what the state may and may not do, to apprehend, charge, convcet and dispose of person, suspceted of committing crime"*

¹³⁶Mac Iver; 1950, *"The Modern State"*, Oxford University Press, London, Halaman 25. Dikatakan bahwa pada suatu negara hokum, ada dua macam hukum yakni hukum yang mengatur negara (*the law which govern the state*) dan hukum yang dipakai sebagai alat oleh negara untuk menjalankan proses pemerintahan (*the law by means of which the state govern*). Hukum jenis pertama adalah konstitusi dan hukum acara (*due process of law*) menurut M Iver dapat disetarakan dengan hukum jenis pertama yakni konstitusi.

¹³⁷A Th Peperzack; 1971, *"The Ideal of Law"*, Universiteit Op Nijmegen, Halaman 162. Disitu dikatakan bahwa, *the rule of law is here referred to in it narrow sense, as imposing those procedural guarantee which have been found necessary to ensure what in American Constitutional practise is knowns as "due process of law"*.

¹³⁸ I Md Pasek Diantha; 2000, *"Batas Kebebasan Kekuasaan Kehakiman"*, Disertasi Untuk Memperoleh Gelar Doktor Ilmu Hukum Pada Universitas Airlangga, Surabaya, Halaman 272-278

(3) Doktrin “*Inclaris Non Fit Interpretatio*”

Doktrin “*in claris non fit interpretatio*”¹³⁹ terkadang juga dirumuskan dengan istilah lain yakni “*inclaris non est locus conjecturis*”¹⁴⁰, yang artinya sesuatu yang sudah jelas tidak perlu ditafsirkan. Lebih jauh berarti rumusan Undang-Undang yang sudah jelas seperti rumusan Pasal 77 KUHP seharusnya tidak perlu lagi diberi penafsiran oleh hakim Sarpin ataupun oleh hakim-hakim MK. Apalagi kalau tafsiran itu dikaitkan-kaitkan dengan tidak jelasnya arti prasa “bukti permulaan yang cukup”. Bukankah mempermasalahkan alat bukti sebenarnya itu sudah memasuki proses pembuktian dalam tahap pemeriksaan materi perkara. Artinya kalau tidak ada alat bukti berarti tersangka yang terlanjur dijadikan terdakwa demi hukum harus dibebaskan. Dalam hal ini, agar polisi dan jaksa berhati-hati atau tidak ceroboh dalam “menjadikan” (bukan “menetapkan”) seseorang tersangka atau terdakwa, maka jika sampai terjadi putusan bebas, polisi dan jaksanya harus diberikan sanksi jabatan dan hakim harus memberi ganti rugi dan merehabilitasi kepada orang yang terlanjur dijadikan tersangka yang berlanjut menjadi terdakwa, kemudian ternyata bebas.

Bertitik tolak dari doktrin “*in claris non fit interpretatio*” maka yang seharusnya diberi penafsiran adalah Undang-Undang yang tidak jelas (*vague van normen*). Teknik penafsiran dalam ilmu hukum seperti telah disinggung di awal Bab ini, sebagai akibat dari munculnya teori hermeneutik dalam filsafat ilmu yang dipelopori oleh Gadamer tujuannya untuk memahami makna atau arti dari sesuatu yang bisa ditangkap oleh indera manusia. Teknik interpretasi dalam ilmu hukum sangat diperlukan untuk mengatasi kelemahan pandangan aliran positivisme yang

¹³⁹Patrick Nerhot; 1990, “*Interpretation in Legal Science the Notion of Narrative Coherence*”, Dalam “*Law Interpretation And Reality*”, Editor, P Nerhot, Kluwer Academic Publishers, Halaman 199.

¹⁴⁰Henry Campbell Black; 1979, *Op Cit*, Halaman 687

menganggap hukum adalah sebagai sistem norma terutama dalam bentuknya yang tertulis. Undang-Undang memiliki cacat bawaan sebagai aturan tertulis disebabkan ketidakmampuan manusia pembentuknya (legislator) dalam menuangkan keutuhan totalitas pemikirannya yang semula berada di alam ideal–abstrak kedalam alam yang konkrit–komplit. Itulah sebabnya terkadang terbentuk Undang-Undang yang tidak jelas misalnya masyarakat memberi maksud B pada hal pembentuk Undang-Undang maksudnya A. Teknik penafsiran secara optimal sedapat-dapatnya mengembalikan kearah apa yang sebenarnya dimaksudkan semula oleh pembuat Undang-Undang. Tentang ini N Mac Cormick mengatakan ... *“interpretation of a statute ... will consist in presenting the statute on the basis of the idea that is the legislator’s intention to legislate coherently.”*¹⁴¹

P Nerhot lebih maju dari MacCormick dalam memaknai fungsi interpretasi dalam kritiknya terhadap pandangan positivis yang mengkonsepikan hukum sebagai sistem norma. Menurutnya penafsiran tidak saja berusaha mengembalikan maksud Undang-Undang sesuai dengan maksud parlemen pada saat mensyahkan Undang-Undang (tekstual), tetapi juga menyesuaikan dengan makna dan tujuan Undang-Undang (kontekstual), karena Undang-Undang mengalami dinamika seiring dengan perkembangan jaman. Oleh karena itu hakim harus diberi diskresi untuk melakukan penafsiran kontekstual sehubungan dengan adanya faktor-faktor luar, diluar jangkauan pemikiran prediktif legislator (*extra-legislative factor*).¹⁴² Penulis setuju dengan P Nerhot dengan catatan disampinga memberikan kewenangan kepada hakim melakukan penafsiran, parlemen harus segera merevisi Undang-Undang yang ketinggalan jaman agar memiliki kekuatan berlaku *“erga omnes”* yakni berlaku untuk umum. Sementara putusan hakim yang diambil berdasarkan penafsiran

¹⁴¹Patrik Nerkot; 1990, *Op Cit*, Halaman 203. Penafsiran tekstual oleh hakim seperti itu kurang memuaskan karena hanya badan legislatiflah sebenarnya yang paling tepat memberi tafsir atas produknya terdahulu, melalui mekanisme perubahan Undang-Undang.

¹⁴²Patrik Nerkot; 1990, *Loc Cit*, Halaman 197

kontektual hanya bersifat *"inter partes"* yakni hanya berlaku terhadap pihak-pihak yang berperkara saja, hal demikian akan dapat menimbulkan ambiguitas dan ketidakpastian hukum karena hakim yang satu berbeda dengan hakim lainnya dalam menafsirkan hal yang sama. Lebih-lebih dalam sistem *"civil law"* yang tidak mengenal prinsip *"stare decisis"* atau *"precedent"* atau *"judge made law"* sebagaimana halnya dalam sistem hukum *"common law"*. Dalam sistem *common law* pun meski putusan yang diambil berdasarkan prinsip *"stare decisis"* dapat dibatalkan oleh pengadilan yang lebih tinggi jika bertentangan dengan aturan umum dan prinsip umum hukum atau ... *that a precedent conflicting with general rule and principal is not binding*.¹⁴³ Selain pengadilan yang lebih tinggi, legislatif melalui sebuah Undang-Undang yang baru dapat mendesak atau meniadakan berlakunya norma yang muncul dari kejanggalan atau kekosongan norma yang diisi melalui bekerjanya asas preseden. Preseden tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang, preseden sub ordinasi terhadap Undang-Undang atau ... *precedent is of course sub ordinate to legislation in the sense that legislation can abrogate it*.¹⁴⁴ *Raison d'etere* dari pernyataan ini adalah karena masing-masing lembaga pembuatnya berbeda, Undang-Undang dibuat oleh parlemen suatu lembaga negara yang disertai kekuasaan pembentuk Undang-Undang, sementara preseden pembuatnya badan judicial yang dalam kerangka pemikiran teori *trias politica* bukan lembaga pembentuk Undang-Undang. Berkenaan dengan ajaran Undang-Undang yang sudah jelas tidak perlu ditafsirkan, sebaliknya hanya Undang-Undang yang tidak jelaslah yang perlu ditafsirkan, maka akan timbul pertanyaan, apakah yang tidak jelas, rumusan kalimatnya atau kata-katanya? Hal ini perlu diperjelas, mengingat badan judicial bukan sebagai pembentuk Undang-Undang, oleh karena

¹⁴³Rupert Cross; 1977, *"Precedent in English Law"*, Clarendon Press, Oxford, Halaman 124, 126.

¹⁴⁴Rupert Cross; 1977, *Ibid*, Halaman 165, 166

itu jika rumusan kalimatnya yang tidak jelas, berarti maksud dan tujuan legislatif yang kemudian harus ditafsirkan dalam praktek penegakan hukum oleh hakim. Seperti telah disinggung di depan ini kurang tepat karena bukan hakim yang seharusnya menafsir maksud dan tujuan badan legislatif, melainkan yang harusnya menafsir adalah badan legislatif itu sendiri. Dalam konteks ini perlu dirujuk kembali kata-kata MacComick sbb: *“on the basis of the idea that is the legislator’s intention to legislate coherently”*.¹⁴⁵

Pertanyaan berikutnya, kalau hakim tidak layak menafsir maksud dan tujuan legislatif yang tersirat dalam rumusan kalimat Undang-undang, lalu bagian apa yang dari Undang-Undang yang layak menjadi bagian penafsiran hakim? Pertanyaan ini dijawab R Cross sebagai berikut : *“Court are not often than not concerned with the effect of whole phrases and sentences in a particular context rather than with that of a single word”*.¹⁴⁶ Arti bebasnya bahwa pada umumnya bagian Undang-Undang yang ditafsir adalah bukan bagian kalimat dan kumpulan prasa, tetapi bagian “kata” dari sebuah kalimat dari kumpulan prasa itu sendiri.

Ian McLeod nampaknya mendukung pandangan R Cross dengan terlebih dahulu menjelaskan bahwa ada tiga jenis arti kata yang perlu diperhatikan disekitar kegiatan menafsir sebuah aturan hukum yakni: (1) arti kata sesungguhnya (*literal meaning*); (2) arti kata yang jelas dipahami secara umum (*clear meaning*); dan (3), arti kata yang hanya dipahami secara hukum (*legal meaning*).¹⁴⁷

Lebih jauh McLeod memberi sebuah contoh untuk lebih memperjelas pandangan R Cross. Dicontohkan, sebuah norma dengan rumusan kalimat sebagai berikut: “Para karyawan yang tinggal melebihi dari kejauhan tertentu dari tempatnya bekerja, berhak mendapat bayaran tambahan”, atau.... *Employees who*

¹⁴⁵Patrick Nerhot; 1990, *Op Cit*, Halaman 203.

¹⁴⁶Rupert Cross; 1977, *Op Cit*, Halaman 170.

¹⁴⁷Ian McLeod; 1996, *Op Cit*, Halaman 336.

*live more than a certain distance from their place of work were eligible for separation allowances.*¹⁴⁸ Dalam hal ini hakim tentu tidak perlu lagi menafsir rumusan kalimat itu karena maksud dan tujuan pembuat aturan sudah jelas yakni ingin memberi upah yang layak dan adil kepada karyawan sesuai dengan jauh dekatnya tempat tinggal mereka menuju tempat kerja. Namun yang perlu mendapat penafsiran adalah kata “kejauhan tertentu” karena kata ini bisa membingungkan dalam penerapan aturannya. Kalau ditinjau dari arti sesungguhnya (*literal meaning*) maka kata “kejauhan-tertentu” dimana “kejauhan” artinya sebuah rentang dari hal jauh, “tertentu” artinya sudah tentu, jadi “kejauhan tertentu” arti sesungguhnya adalah sebuah rentang dari hal jauh yang sudah ditentukan. Arti seperti itu tentu sangat tidak berarti atau sangat tidak bermakna apa-apa sehingga tidak bisa dipergunakan oleh hakim dalam menangani sengketa antara karyawan versus majikan. Oleh karena itu harus dicari pengertian menurut apa yang dipahami oleh masyarakat secara umum (*clear meaning*) sehingga kata “kejauhan tertentu” menemukan artinya yang jelas. Masyarakat Inggris ketika itu menganggap kejauhan tertentu berkaitan dengan letak antara suatu tempat dengan tempat lainnya adalah sejauh kemampuan burung gagak terbang (*the crow flies*) yang dikonversi menjadi 25 km. Hakim kemudian menafsirkan 25 km itu adalah radius sebuah lingkaran yang titik pusatnya adalah tempat tinggal sang karyawan. Akibatnya hakim memutuskan bahwa karyawan yang radius dari tempat tinggalnya ke tempat perusahaan, jika tidak melebihi 25 km tidak mendapat tambahan uang transportasi. Putusan demikian ternyata menuai protes, dinilai sebagai suatu yang tidak adil karena jika seorang karyawan bekerja mengendarai mobil atau sepeda motor jaraknya menjadi 26 km dari tempat tinggalnya, dan jika naik kereta api jaraknya menjadi 29 km yang keduanya itu ternyata kurang dari radius 25 km (

¹⁴⁸Ian McLeod; 1996, *Loc Cit*, Halaman 337.

karena jalan mobil atau kereta api penuh kelokan yang misalnya sudut kelokannya rata-rata kurang dari 20 derajat) maka akibatnya mereka tidak mendapat tambahan pembayaran uang transportasi.¹⁴⁹ Akhirnya pembentuk aturan merubah ketentuan lama itu dengan mengganti kata “kejauhan tertentu” dengan kata “jarak” (“*distance*”). Dalam hal ini kata “jarak” memiliki arti hukum (*legal meaning*) karena kata itulah yang secara hukum dapat memberi kepastian untuk menghindari timbulnya penafsiran lagi.

Kalau dikembalikan kepada putusan pra-peradilan hakim Sarpin dan putusan hakim Mahkamah Konstitusi, nampak bahwa baik rumusan kalimat maupun kata demi kata dari Pasal 77 KUHAP sudah sangat jelas sehingga penafsiran yang dilakukan oleh hakim-hakim itu menunjukkan kekeliruan yang fatal. Ada kemungkinan hakim-hakim itu memilih teori hukum progresif dalam membangun pertimbangannya. Seperti telah disebut di depan Teori Hukum Progresif memungkinkan hakim melakukan diskresi secara luas tanpa batas (*judicial activism*) sehingga cenderung menimbulkan kekacauan hukum sebagai akibat tidak adanya kepastian hukum. Kondisi inilah yang terjadi dalam dunia hukum Indonesia, pasca putusan Sarpin dan putusan MK. Seharusnya para hakim memilih Teori Konsep Hukum yang mengingatkan bahwa kebebasan hakim ada batasnya yang salah satu batasnya adalah hukum acara (*rule of adjudication*) yang tergolong *power conferring law (P-Laws)*. Batas yang lain adalah semua Undang-Undang tidak saja yang tergolong *P-Laws* yang rumusan kalimat dan kata-katanya sudah sangat jelas, sesuai maksud dan tujuan pembuat Undang-Undang.

Berdasarkan tiga alasan yang sudah dikemukakan diatas yakni: (1) dari sudut pandang kebenaran ilmu hukum; (2) pilihan teori hukum yang seharusnya relevan;

¹⁴⁹Ian Mc Leod; 1996, *Loc Cit*. Rumusan baru dari aturan dengan menggunakan kata “jarak” kira-kira sbb: “Para karyawan yang tinggal dalam jarak melebihi 25 km dari tempat kerjanya berhak mendapat bayaran tambahan”. Atau,... *Employess who lived more than 25 km from their place of work were eligible for separation allowances*.

(3) dan ajaran "*in claris non fit interpretatio*", maka putusan pra-peradilan hakim Sarpin dan putusan Mahkamah Konstitusi penulis nilai tidak berdasarkan argumentasi keilmuan hukum. Pada putusan Mahkamah Konstitusi memang ada konsensus horisontal tetapi tidak terdapat konsensus vertikal untuk sebuah putusan hakim agar dapat mencapai tingkatan "*res judicata*". Tidak adanya konsensus vertikal berarti tidak ada kesempatan bagi terhakum untuk menguji putusan ke jenjang pengadilan yang lebih tinggi sebagaimana halnya juga putusan praperadilan Sarpin. Keadaan seperti itu tidak menjamin tercapainya kebenaran "inter-subyektif" atau kebenaran "konsensus" menurut keilmuan hukum.

BAB III

JASTIFIKASI TEORITIS ATAS EKSISTENSI RAGAM METODE PENELITIAN HUKUM

A. Upaya Pengintegrasian Teori Hukum

1. Pemaknaan Integrasi

Dalam Bab sebelumnya telah disinggung bahwa ditinjau dari segi pengembangan Ilmu Hukum, Teori Hukum dewasa ini telah berkembang kearah tingkatan Teori Hukum yang terintegrasi (*integrative jurisprudence*). Teori Hukum yang terintegrasi dikembangkan oleh J Hall berlandaskan konsepsi "*law as action*" atau hukum sebagai pola tindak, dengan unsur-unsurnya berupa : idea atau konsep-konsep hukum (*ideal or concept*), fakta (*fact*) dan nilai (*values*). Dalam pengembangannya perlu diperhatikan aturan hukum dan konstruksinya (*legal*

concepts and constructions) disamping juga faktor internal dan eksternal dari aktor pengembangnya seperti : kesadaran, tujuan, motivasi, sosial, dan budaya¹⁵⁰. Senada dengan J Hall adalah apa yang dikemukakan oleh A D'Amato seperti telah disinggung juga terdahulu bahwa Teori Hukum positivistic jangan dipisahkan dari Teori Hukum sosiologis, kendati memang benar untuk efisiensi pengembangannya perlu secara metodologis dipisahkan dalam memandang hukum dari aspek internal (positivistic) dan aspek eksternal (sosiologis), atau..... *I think efficiency in legal instruction is served by treating separately law's internal and external logic*. Biarkan para penstudi hukum menjembatani antara satu dengan lainnya, ... *"to build bridge between them"*. Pegiat hukum yang mempelajari Teori Hukum yang positivistic (*Analytic Jurisprudence*) nantinya harus dapat menyambungkannya dengan Teori Hukum yang sosiologis dengan mempelajari masalah sosial sebagai dasar pengambilan kebijakan hukum, atau ... *"a course in Analytic Jurisprudence should be able to 'plug in' to substantive social or policy issues in other course."*¹⁵¹

Berkenaan dengan konsepsi *"integrative jurisprudence"* dari J Hall yang bertumpu pada konsep *"law as action"* dengan tiga unsurnya yakni : konsep (idea), fakta, dan nilai, kiranya perlu ditelaah lebih jauh kandungan makna dari tiga unsur itu.

Unsur "konsep hukum" merupakan pusat perhatian dari Teori Hukum positivistic, unsur "fakta" merupakan sasaran utama dari medan kegiatan eksplanasi Teori Hukum sosiologis, sementara unsur "nilai" merupakan kajian utama Teori Hukum yang naturalis. Misalnya, sebuah Undang-Undang harus jelas kategorinya apakah termasuk aturan primer atau sekunder, ragam normanya, bentuknya, dan prosedur pembuatannya. Pembentukannya seyogyanya melalui atau menggunakan

¹⁵⁰Lord Lloyd Hampstead & M D A Freeman; 1985, *"Introduction To Jurisprudence"*, English Language Book Society / Stevens (ELBS), London, Halaman 18, 19

¹⁵¹Anthony D'Amato; 1996, *"Analytic Jurisprudence Anthology"*, Anderson Publisheny Co, Cricinnati, Ohio, Halaman xi

pola pikir logika induksi, mulai dengan meneliti fakta-fakta dilapangan sehingga nantinya bisa berlaku umum (*erga omnes*) sesuai pola pikir logika deduksi. Diharap nantinya dapat menjadi alat kontrol sosial yang efektif untuk mewujudkan tujuan akhir dari hukum yakni keteraturan, keterlibatan dan ketentraman. Undang-Undang yang dibuat dengan penguasaan konsep hukum (*concepts*) yang mendalam disamping berdasarkan fakta-fakta dilapangan (*facts*) haruslah berisikan nilai moral (*values*) yang luhur dalam bentuk aturan perintah dan larangan.

Dari telaah itu, kiranya yang dimaksud oleh J Hall pengembangan hukum secara terintegratif adalah bahwa ketiga aliran Filsafat Hukum yakni : positivisme, naturalisme, dan sosiologisme haruslah dirujuk dalam pembuatan sebuah aturan hukum terutama yang berbentuk Undang-Undang. Dengan istilah terintegratif tentulah tidak dimaksudkan ketiga aliran itu harus disatukan menjadi satu aliran karena meskipun aksiologinya mungkin sama tetapi ontologi dan epistemologinya tetap berbeda. Dalam studi yang elaboratif masing-masing dari ketiga aliran itu dipelajari secara terpisah seperti dikatakan A D'Amato diatas,*"treating separatly"*, tetapi dalam pembentukan dan penegakkannya, agar mencapai derajat efektif-konseptual ketiganya tidak dapat dipisahkan.

Dalam bahasa yang berbeda tetapi maknanya hampir sama, McCoubrey & D White melukiskan pemaknaan Teori Hukum terintegratif (*integrative jurisprudence*) tak ubahnya seperti orang melihat sebuah teka-teki silang (*as a kind of jigsaw puzze*)¹⁵², seperti telah pernah disinggung sebelumnya. Sebuah kotak yang terletak tepat di areal persilangan, untuk dapat diisi dengan huruf yang tepat, harus dihubungkan dengan kotak-kotak lainnya yang mengandung huruf-huruf saling berkaitan. Demikian juga, dalam penggunaan Teori Hukum terkadang pilihan teori merupakan pekerjaan merangkum atau bahkan sebaliknya bila perlu memisahkan

¹⁵²Hilaire McCoubrey & Nigel D White; 1996, "*Texbook on Jurisprudence*", Blackstore Press Limited, London, Halaman 2.

satu Teori Hukum terhadap Teori Hukum lainnya sehingga tercapai hasil yang diinginkan. Satu contoh merangkum, misalnya dalam pembentukan sebuah Undang-Undang yang materi muatannya sama sekali baru, pembentuk Undang-Undang perlu menguasai teori pembentukan Undang-Undang terutama tentang penggunaan ragam norma, struktur norma, sistem norma, bahasa norma (bahasa hukum), pilihan konsep hukum, asas hukum, adagium hukum, ajaran hukum, penggolongan aturan hukum (apakah tergolong aturan primer atau aturan sekunder), yang kesemuanya itu berada dalam gugus Teori Hukum yang normatif-positivis. Disisi lain, agar Undang-Undang yang baru, bisa mendapatkan respon positif dari masyarakat dan dapat berlaku secara efektif, pembentuk Undang-Undang harus melakukan verifikasi fakta dan data yang diperoleh dari penelitian lapangan (empiris) yang berupa sikap, perilaku dan aspirasi masyarakat/lembaga yang akan diatur oleh Undang-Undang yang baru tersebut. Pemotretan dan penganalisaan sikap, perilaku dan aspirasi masyarakat/lembaga itu tergolong bahasan Teori Hukum yang sosiologis. Disinilah terlihat bentuk nyata dari pengintegrasian Teori-Teori Hukum. Penulis dapat menyetujui sepenuhnya pandangan integratif itu seperti telah dikemukakan oleh J Hall, A D'Amato, H Mc Coubrey & N D White diatas.

2. Model Teori Hukum Dewasa Ini

Berkaitan dengan penggolongan Teori Hukum dari perspektif pengembangan metodologi penelitian hukum, tampaknya Teori Hukum dewasa ini telah mengerucut menjadi dua gugusan besar Teori Hukum yakni Teori Hukum positivis ditandai dengan adanya penerimaan oleh aliran positivisme modern (Hart, J Raz) terhadap persepsi bahwa sumber atau isi hukum positif adalah moral,¹⁵³ maka persepsi aliran naturalis menjadi telah menyatu dengan persepsi aliran positivis modern. Kalau

¹⁵³Baca lebih jauh pandangan Hart tentang relevansi moral sebagai isi hukum positif dengan pernyataannya "*The Minimum Content of Nasural Law*" dalam bukunya "*The Concept of Law*", Halaman 189 – 195 seperti telah disinggung pada Bab sebelumnya.

ditelusuri kebelakang sebenarnya sejak era naturalis klasik telah dinyatakan bahwa morallah sebagai sumber hukum positif seperti dikemukakan oleh seorang tokohnya yakni T Aquinas seperti diungkap J Finnis sebagai berikut:¹⁵⁴

“Hence, Aquinas says that this sort of law is derived from natural law by a process analogous to deduction of demonstrative conclusion from general principles; and that such laws are not positive only but also have part of their force from the natural law”

Pada intinya dikatakan bahwa hukum positif berasal dari hukum alam dengan menyerap prinsip-prinsip umum hukum secara deduktif sehingga hukum positif mempunyai daya paksa dalam penerapannya. Dengan demikian dapat dimaknai bahwa positivisme modern (aliran hukum analitis) telah mengakui kebenaran pandangan naturalis sehingga berakhirlah perdebatan antara positivis dan naturalis, dan kenyataan inilah yang kini berlaku dalam pengembangan Ilmu Hukum modern.

Di sisi lain pemikiran aliran realisme hukum dapat dimasukkan kedalam gugusan Teori Hukum yang sosiologis karena aliran ini memfokuskan studinya pada sikap dan perilaku hakim sehingga mereka akhirnya sampai pada kesimpulan bahwa Undang-Undang tidak begitu penting. Menurut mereka sikap dan perilaku hakim dalam memutus perkara akan dipengaruhi oleh faktor-faktor non hukum seperti moral, pendapat umum, pribadi hakim, kebijakan publik, tekanan pemerintah, ekonomi, politik dan sosiologis dengan demikian *a truly realist approach would to indentify all those non-legal factors.*¹⁵⁵

Sementara, gerakan kelompok studi hukum kritis (*Critical Legal Studies/CLS*) yang post modern, mengkritik tajam tradisi hukum barat yang dituduhnya sebagai

¹⁵⁴John Finnis ; 2011, “ *Natural Law and Natural Rights*”, Oxford University Press, New York, Halaman 281.

¹⁵⁵H McCoubrey & N D White; 1996, *Op Cit*, Halaman 203.

liberal-individualistis karena katanya berlandaskan pada doktrin kebebasan individu, sehingga oleh sebagian kalangan juris, gerakan CLS ini sempat dikecam sebagai gerakan kiri yang neo-marxist.¹⁵⁶ Seperti telah disinggung didepan, pemikiran CLS ini kiranya belum bisa dikualifikasi sebagai Teori Hukum tetapi hanya sebatas sebagai gerakan untuk mendekonstruksi dan merekonstruksi tradisi hukum barat yang liberal. Sebagai kelanjutan dari implementasi pemikiran kaum realis, CLS yang dipelopori oleh R Hunger sangat membenci putusan hakim yang hakimnya berselingkuh dengan kekuatan politik, ekonomi, dan sosial. Hunger setelah mengecam habis-habis sistem hukum barat yang liberal sebagai hukum yang brutal, tidak bermoral (*brutal and amoral law*), sebagai alat si kaya menindas si miskin dengan memperalat hakim melalui putusan-putusannya, kemudian ia menyerang lembaga peradilan dengan mengatakan putusan hakim yang sewenang-wenang semata-mata digunakan untuk kepentingan tujuan politik penguasa, atau "*legal adjudication is purely arbitrary and use for political purpose to further the need of the powerful*"¹⁵⁷.

Perselingkuhan hakim dengan kekuatan politik menyebabkan pertumbuhan hukum tidak sehat sehingga perlu di dekonstruksi dan di rekonstruksi. Namun para pemikir studi hukum kritis (CLS) tidak menjelaskan lebih jauh atas pertanyaan apakah hukum yang baru hasil dekonstruksi dan rekonstruksi, isi dan bentuknya diberi dasar pembenar dengan menggunakan teori lain selain teori naturalis dan positivis ? Jangan-jangan mereka kembali ke Teori Hukum yang sosiologis ketika menjelaskan hukum hasil dekonstruksi juga berfungsi untuk mengakomodir dan mengkompromikan kepentingan-kepentingan sosial yang pada gilirannya hukum berfungsi sebagai alat perubahan sosial, dengan demikian akan dicapai tingkat

¹⁵⁶H McCoubrey & N D White; 1996, *Loc Cit*, Halaman 214 s/d 216.

¹⁵⁷H. McCoubrey & N D White; 1996, *Loc Cit*, Halaman 233.

efektifitas hukum yang optimal dimasyarakat. Oleh karena itu penulis memandang, apa yang dicanangkan *CLS* itu hanya sebatas sebagai gerakan yang beranjak dari kegelisahan dan ketikpuasan atas dominasi era regim lama terhadap keniscayaan perubahan sebagaimana dipikirkan oleh tokoh-tokoh post-modern seperti Facoult, K Ohmae, dan J Derrida. Lebih-lebih Derrida telah secara eksplisit menyatakan bahwa post-modern tidak bertentangan dengan moral,¹⁵⁸ sehingga dapat diasumsikan bahwa hukum pasca dekontruksi adalah hukum yang juga berlandaskan moral sebagaimana diajarkan kaum naturalis dimasa lalu.

Dengan demikian dapat diambil konklusi, bahwa ditinjau dari pengembangan metodologi penelitian hukum dan dikaitkan dengan dinamika Teori Hukum dewasa ini, hanya ada dua model besar Teori Hukum yakni : (1), Teori Hukum Normatif yang berasal dari pemikiran positivis dan naturalis : (2) Teori Hukum Empiris yang berasal dari pemikiran hukum sosiologis (*sociological jurisprudence*)

B. Sekilas Tentang Karakteristik Teori Hukum Normatif

1. Teori Hukum Normatif

J Gijssels & M van Hoecke menyebut istilah lain dari Teori Hukum Normatif adalah Teori Hukum Preskriptif atau Teori Hukum Kritis sebagai lawan dari Teori Hukum Emperikal¹⁵⁹. Teori Hukum Normatif adalah teori dari Ilmu Hukum Normatif. Meuwissen memandang bahwa istilah Ilmu Hukum Normatif sama dengan istilah Ilmu Hukum Dogmatik apabila orang ingin menonjolkan karakter normatifnya dari Ilmu Hukum Dogmatik seperti apa yang dipahami oleh Kelsen. Sementara P Scholten

¹⁵⁸Jan Ward; 2014, “ *Pengantar Teori Hukum Kritis*”, Terjemahan N Yusron dan M Khozin, Nusa Media, Bandung, Halaman 312,313

¹⁵⁹Jan Gijssels & Mark van Hoecke ; 2000, “ *Apakah Teori Hukum itu?* “, Terjemahan B Arief Sidhanta, Laboratorium Hukum, Bandung, (Untuk Kepentingan Intern), Halaman 81.

memandang bahwa Ilmu Hukum Normatif tidak saja memaparkan norma (*beschrijven*, deskriptif) tetapi juga menormai atau mengkaidahi (*voorschrijven*, preskriptif) sebagai tindakan yang berdimensi politik praktikal. Dalam kondisi seperti itu, menurut Meuwissen, Ilmu Hukum Normatif mempunyai tugas pokok untuk mengarahkan, menganalisis, mensistimatisasi, menginterpretasi dan menilai hukum positif.¹⁶⁰ Dengan itu dimaksudkan bahwa Ilmu Hukum Normatif mempunyai dimensi majemuk yakni selain dimensi menjelaskan secara tuntas tentang norma hukum juga berupaya memberi dimensi normatif-kontemplatif untuk dijadikan pedoman dalam praktik hukum. Dengan demikian hubungan antara dimensi normatif-kontemplatif dan praktek hukum adalah sangat erat bertemu dalam satu titik silang, dalam arti, silang pendapat dalam praktek hukum dapat diselesaikan dengan menggunakan dimensi normatif-kontemplatif dari Ilmu Hukum. Dimensi normatif-kontemplatif dari Ilmu Hukum Normatif yang bersifat umum (*algemeine rechtslehre*) mencapai tingkatan kematangan perkembangannya dalam bentuk Teori Hukum pada sekitar permulaan abad XX dengan eksponen-eksponennya seperti : Adolf Reinach, Hans Kelen, Leon Duguit dan Francois Weyr. Mulai saat itu Teori Hukum dikembangkan dengan fungsi teoritik untuk memberi refleksi atas penyelesaian masalah hukum oleh Dogmatika Hukum berdasarkan pemaparan dan sistimatisasi hukum positif.¹⁶¹ Dalam fungsinya seperti itu, Teori Hukum dapat dipandang sebagai teorinya Ilmu Hukum Dagmatik atau menurut istilah Bruggink sebagai meta teori dari Dogmatika Hukum, dan mengingat Filsafat Hukum adalah meta-teori dari Teori Hukum maka dengan demikian Filsafat Hukum menjadi meta

¹⁶⁰ Meuwissen; 2008, "*Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*", Terjemahan B Arief Sidharta, Reflika Aditama, Bandung, Halaman 54, 55.

¹⁶¹Jan Gijssels & Mark van Hoecke; 2000, "*Apakah Teori Hukum Itu?*", Laboratorium Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, Halaman 40, 52.

dari meta teori Dogmatika Hukum.¹⁶² Teori Hukum sebagai teorinya Dogmatika Hukum dapat dibagi menjadi dua jenis yakni : (1) Teori Hukum umum yang berasal dari ajaran hukum umum (*algemeine rechtslehre*) berupa prinsip-prinsip dan konsep-konsep hukum yang berlaku umum, (2), Teori Hukum yang berhubungan dengan pembentukan dan penegakan hukum yang lebih dikenal dengan Teori Perundang-undangan dan Teori Penemuan Hukum.¹⁶³ Pembagian atas Teori Hukum Umum dan Teori Perundang-undangan didasarkan pada sudut pandang berdirinya ilmuwan teoritis hukum dari sisi internal obyek hukum yang berupa norma hukum. Asas dan norma hukum dipikirkan secara mendalam hingga ketinggian kontemplatif dengan bantuan pemikiran filosofis sehingga teori hukum yang dihasilkan mampu meningkatkan kualitas praktek hukum. Teori hukum yang mengkontemplasi norma dari aspek internal norma itu sendiri oleh Bruggink disebutnya juga dengan istilah Teori Hukum Kontemplatif atau Teori Hukum Reflektif dengan proposisi normatif evaluatif. Dengan demikian para ilmuwan teoritis hukum menyebut Teori Hukum Normatif itu dengan berbagai istilah seperti Teori Hukum Dogmatik, Teori Hukum Kontemplatif, Teori Hukum Reflektif. Dalam kaitan dengan metodologi penelitian hukum normatif, penulis lebih cenderung menggunakan istilah Teori Hukum Normatif karena seperti Kelsen¹⁶⁴, sudah menekankan bahwa istilah Teori Hukum Normatif mengesankan pada penonjolan studi teoritis tentang norma

¹⁶² J J H Bruggink; 1996, "*Refleksi Tentang Hukum*", Terjemahan B Arief Sidharta, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, Halaman 172.

¹⁶³ J J H Bruggink; 1996, *Ibid*, Halaman 174. Menurut hemat penulis istilah penemuan "hukum lebih cocok diganti dengan istilah penciptaan hukum" karena penemuan hukum berarti mencari dan menemukan kaidah atau norma hukum yang sebelumnya sudah ada baik dalam hukum tertulis (kodifikasi) maupun dalam hukum tidak tertulis. Sementara penciptaan hukum menunjuk kepada situasi dimana hakim tidak boleh menolak suatu perkara dengan alasan normanya tidak ada (kekosongan norma) baik dalam hukum tertulis maupun tidak tertulis. Dalam hal ini hakim menciptakan norma hukum baru untuk perkara khusus tersebut sehingga kekuatan hukumnya hanya berlaku pada pihak-pihak yang berperkara saja.

¹⁶⁴ Meuwissen ; 2008, *Op Cit*, Halaman 54.

(*the Ought* atau *das Sollen*) yang diajarkan oleh Ilmu Hukum Dogmatik. Jika kemudian dalam penerapannya norma itu mengalami permasalahan, maka norma itu juga akan menjadi obyek dari penelitian hukum normatif. Jadi Teori Hukum Normatif adalah Teorinya Ilmu Hukum Dogmatik atau Ilmu Hukum Positif berkenaan dengan kebenaran norma dalam kegiatan pendeskripsian hukum, pembentukan hukum dan penegakkan hukum. Semua kegiatan itu tercakup dalam kegiatan Ilmu Hukum Dogmatik seperti telah ditegaskan oleh Meuwissen berupa : memaparkan, menganalisis, mensistimatisasi, menginterpretasi, dan menilai norma hukum positif. Memaparkan berarti menguraikan asas-asas hukum yang relevan untuk dijadikan norma hukum; menganalisis berarti memberi bimbingan atau pegangan teoritikal terhadap pembentuk dan penegakan hukum dalam pengambilan keputusan kerkenaan dengan permasalahan norma ; mensistimatisasi berarti mengembangkan norma hukum kedalam beberapa cabang hukum yang ada dalam suatu sistem hukum ; menginterpretasi adalah tindakan untuk memberi tafsir terhadap norma yang sedang berlaku, apakah dalam penerapannya telah sesuai dengan arti, makna dan tujuan dirumuskannya norma tsb ; menilai berarti mencocokkan apakah norma yang berlaku itu tidak bertentangan dengan cita hukum (*rechts-idea*) sebagai dasar dari semua dasar hukum.¹⁶⁵

Dengan demikian, Teori Hukum Normatif adalah Teori Hukum yang memberi pemahaman terhadap permasalahan norma yang dialami oleh Ilmu Hukum Dogmatik dalam kegiatannya mendiskripsikan norma hukum, merumuskan norma hukum (membentuk peraturan perundang-undangan) dan menegakkan norma hukum (praktek judicial). Merumuskan, atau menyusun norma dan menegakkan norma tergolong kegiatan yang preskriptif terdiri dari dua kegiatan yakni : (1) menganalisis, mempertimbangkan dan memilih norma yang mana yang pantas

¹⁶⁵Meuwissen ; 2008, *Loc Cit*, Halaman 55 s/d 57.

dirumuskan menjadi peraturan peundang-undangan oleh badan legislatif ; (2) menerapkan kedalam suatu perkara hukum konkrit norma yang sudah dibuat oleh badan legislatif serta bila perlu menafsirkan norma yang tidak jelas atau norma yang kurang lengkap hasil karya badan legislatif oleh pihak judicial.

Kegiatan preskriptif sudah tergolong kegiatan praktikal teknis juridis yang dikerjakan berdasarkan kemahiran dalam olah kemampuan masing-masing lembaga yang oleh McLeod disebutnya sebagai olah kemampuan seni atau ... *“the art of legislator”* ... dan.... *“the art of the judge”*.¹⁶⁶ Dengan demikian tindakan penyusunan norma hukum atau pembuatan Undang-Undang dan penegakkan norma hukum atau pembuatan putusan hukum memerlukan otoritas publik yang oleh negara otoritas itu biasanya diberikan kepada lembaga legislatif dan lembaga judicial. Bagaimana membuat Undang-Undang yang baik, bagaimana membuat putusan hakim yang baik, dan bagaimana menyelesaikan norma yang bermasalah, kesemuanya itu akan dijawab oleh Teori Hukum Normatif. Khusus dalam penegakkan hukum, apabila Ilmu Hukum Dogmatik (Hukum Positif) tidak bisa lagi dipakai landasan penyelesaian masalah hukum maka orang akan lari ke Teori Hukum mencari penyelesaian. Dalam hal ini Teori Hukum akan menyediakan perangkat penyelesaian yang dapat berupa ; Teori dari para eksponen hukum yang telah teruji kebenarannya dari waktu ke waktu, doktrin atau ajaran hukum yang penciptanya tidak diketahui¹⁶⁷, asas atau prinsip hukum, konsep hukum, dan adagium hukum (maxim). Secara lebih spesifik, norma yang mengalami permasalahan seperti : ketiadaan norma, pertentangan norma satu sama lainnya, norma yang rumusannya tidak jelas sehingga

¹⁶⁶Ian McLeod ; 1996, *“Legal Method”*, MacMilan Press Ltd, London, Halaman 336.

¹⁶⁷Menurut hemat penulis, ajaran hukum yang diketahui siapa mula-mula pencetusnya lebih tepat digolongkan kedalam ranah Teori Hukum.

menimbulkan multi tafsir akan menjadi fokus kajian Metodologi Metode Penelitian Hukum Normatif.

Sementara itu, kegiatan mendiskripsikan norma oleh Ilmu Hukum Dogmatik pada intinya berupa kegiatan memaparkan norma hukum yang dapat meliputi : penjelasan mengenai asas hukum, norma hukum, aturan hukum, jenis-jenis norma, sumber norma, struktur vertikal dan horisontal norma, sistem norma, validitas norma¹⁶⁸, dan lain-lain. Dalam memaparkan itu pada umumnya dipergunakan teori tentang norma, antara lain yang banyak dikemukakan oleh Hans Kelsen dalam beberapa bukunya seperti: Teori Umum Tentang Norma (*General Theory of Norm*) 1991, Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara (*General Theory of Law And State*) 1961, Teori Murni Tentang Hukum (*The Pure Theory of Law/ Reine Rechtslehre*) 1967, 2005, Pengantar Tentang Permasalahan Teori Hukum (*Instroduction To The Problems of Legal Theory*) 1992. Berkaitan dengan asas hukum, penting dijelaskan bahwa asas hukum merupakan sumber dari norma hukum seperti misalnya antara lain asas : **itikad** baik, ganti rugi, keseimbangan, efisien, proporsionalitas, perlindungan, praduga tak bersalah, ne bis in idem, retro-aktif, non retro-aktif, legalitas, *ejusdem generis*, *expression unius* .

Mc Leod mengartikan : Principle of “*ejusdem generis*” adalah ..” *as meaning of the same class* “ yakni arti dari kata-kata yang berkelas sama. Misalnya jika suatu aturan berbunyi: “Kendaraan minibus dari merk Toyota, Daithatsu, Suzuki dan lain-

¹⁶⁸Baik Summer maupun Dworkin menyebut validitas norma itu sebagai perwujudan formalitas (*formality*) berlakunya norma hukum yang terdiri dari : (1). *Constitutive formality*, berlakunya norma atas dasar sumber hukum ; (2), *System formality*, tidak bertentangan dengan norma lainnya ; (3) *Mandatory formality*, norma yang pasti yang tidak dapat dirubah atau ditafsirkan oleh putusan hakim; (4), *Structural formality*, keberlakuan karena struktur norma; (5), *Methodological formality* , tergantung cara hakim dalam memahami atau menafsirkan norma. Semua itu dapat dilihat pada, Raimo Siltala; 2000, “*A Theory of Precedent, From Analitical Positivisme to a Post-Analitical Philosophy of Law*”, Hart Publishing, Oxford, Halaman 49 s/d 54

lain dilarang masuk". Kata "dan lain-lain" menyebabkan larangan itu juga berlaku bagi minibus dari merek lain seperti merk Honda atau Mitsubishi karena keduanya itu mempunyai kelas yang sama yakni berkelas minibus. Di sisi lain dikatakan asas "*expressio unius, exclusio alterius*" atau "*inclusio unius, exclusio alterius*" berarti ... "*the expression of one thing implies the exclusion of another*",¹⁶⁹ atau penyebutan satu kata (kata-kata) tertentu menyebabkan yang lainnya dikecualikan. Misalnya; "Kendaraan minibus merek Toyota dilarang masuk" berarti mini bus merek lain boleh masuk. Selanjutnya dikatakan bahwa asas itu sebagai varian dari asas "*noscitur a sociis*" yang menurut H C Black berarti makna suatu kata berhubungan dengan kata yang lainnya atau ... *the meaning of the word is or may be known from the accompanying words.*¹⁷⁰

Adapun norma hukum yang bersumber dari asas hukum merupakan pokok kajian dari Teori Hukum Normatif, karena seperti apa yang dikatakan oleh J Esser bahwa suatu sistem hukum tidak hanya terdiri dari aturan hukum tetapi juga asas hukum, ... "*that a legal system includes not only legal rules but also legal principles*". Menurut dia, proses transformasi dari asas hukum ke norma hukum adalah melalui kegiatan pemegang otoritas hukum seperti badan legislatif dan judicial dalam pembentukan Undang-Undang dan dalam pembentukan jurisprudensi yang telah mencapai tingkatan *res judicata*. Tentang ini Esser mengatakan :¹⁷¹

"It should be noted that general legal norm whose content agree with principle of morality, politic or manner can be created not only by

¹⁶⁹Ian Mc Leod; 1996, *Op Cit*, Halaman 282.

¹⁷⁰H Campbell Black ; 1979, "*Black's Law Dictionary*", St Paul Minn, West Publishing Co, Halaman 956.

¹⁷¹Hans Kelsen ; 1991, "*General Theory of Norm*", Clarendon Press, Oxford, Halaman 115, 120. Selanjutnya disebut Han Kelsen I

*)Hans Kelsen I; 1991, *Ibid*, Halaman 120

***)Hans Kelsen I; 1991, *Ibid*, Halaman 96 s/d 102

***)J J Bruggink; 1996, *Op Cit*, Halaman 103.

legislation, but also by way of custom arising from the practice of judiciary....such a judicial decision can become valid in virtue of the formal positive law principle of res judicata”.

Teori Transformasi Norma dari Esser tersebut bertujuan untuk mendamaikan selisih paham antara naturalis dan positivis berkenaan dengan hubungan moral dan hukum. Dalam teorinya itu nampak jelas bahwa Esser memandang asas hukum yang dijadikan norma hukum dapat berupa asas moral (*morality*), politik (*politic*), dan perilaku sosial (*manner*) sebagai sering diwacanakan oleh kaum naturalis. Kelsen menilai bahwa Esser telah mengambil posisi jalan tengah dalam mengatasi perbedaan sudut pandang kedua aliran itu dengan mengatakan:*)

“The objective of Esser’s transformation theory is to overcome the opposition between Natural Law and Legal Ppositivism and define an intermediate position. He says of the tranformation of ethical and socio-political standard into legal truth”

Lebih lanjut, tentang norma, Kelsen **) menyebut ada beberapa macam norma ditinjau dari fungsinya antara lain : norma perintah (*commanding norm*), norma kebolehan (*permitting norm*), norma yang mengukuhkan (*empowering norm*), norma yang mengesampingkan. Sementara Bruggink***) membagi norma sehubungan perilaku yang dikehendaki sebagai berikut : norma perintah, norma larangan, norma yang mengizinkan, dan norma yang memberi dispensasi.

2. Karakteristik Teori Hukum Normatif

Dengan melihat hubungan fungsional antara Teori Hukum Normatif dan Ilmu Hukum Dogmatik atau Ilmu Hukum Normatif maka dapat ditegaskan sekali lagi bahwa pengertian Teori Hukum Normatif adalah Teori dari Ilmu Hukum Normatif dalam mendeskripsi dan mempreskripsi norma hukum.

Sebagai teori dari Ilmu Hukum Normatif berdasarkan paparan diatas dapat diidentifikasi karakteristik Teori Hukum Normatif yakni : (1), Memberi landasan teoritis bagi berlakunya norma hukum yang dideskripsi dan dipreskripsi oleh Ilmu Hukum Normatif; (2), Norma hukum merupakan fokus kajiannya sebagaimana juga fokus kajian Ilmu Hukum Normatif termasuk Metode Penelitian Hukum Normatif ; (3), Posisi sudut pandang berdirinya teoritis hukum adalah dari sudut internal norma (*from the within*) yang bersifat mengharuskan (*the Ought*), namun terkadang juga melihat gejala eksternal norma dalam penerapan hukum (*the Is*) sebagai umpan balik untuk menyempurnakan sudut pandang internalnya; (4) Otoritas publik berupa lembaga eksekutif, legislatif dan judisial menjadi sangat penting dalam membentuk, mengakui dan menegakan hukum sehingga hukum dapat berfungsi sebagai alat kontrol dalam pendistribusian segala sumber daya serta perlindungan HAM sebagai sasaran utama kebijakan sosial atau ... *protection of human dignity is regarded as a paramount objective of social policy*, sebagaimana dikemukakan oleh Lasswell Mc Dougal.¹⁷²

C. Jastifikasi Teoritis Metode Penelitian Hukum Normatif

Berkenaan dengan derajat keilmuan, dimasa lalu sering muncul pertanyaan skeptis yang menanyakan apakah Ilmu Hukum itu tergolong Ilmu? Pertanyaan ini berawal dari keragu-raguan bahwa Ilmu Hukum bukanlah Ilmu tetapi suatu kemampuan atau skill untuk menerapkan hukum. Kendati dewasa ini pertanyaan semacam itu tidak terdengar lagi, perlu kiranya dipertegas bahwa Ilmu Hukum adalah Ilmu terutama jika didekati dari sudut pandang Filsafat Ilmu. Inti dari sudut pandang kefilosofan dalam menentukan apakah suatu pengetahuan telah

¹⁷²Edgar Bodenheimer ; 1963, "*Jurisprudence, The Philosophy And Method of The Law*", Havard University Press, Cambridge, Massachusetts, Halaman 141, 142

memasuki derajat keilmuan harus dipenuhi tiga unsur yakni: (1), Ontologi ; (2), Epistimologi ;(3), dan Aksiologi. Ontologi adalah hakikat dari apa yang dijadikan obyek pengkajian ; Epistimologi adalah cara-cara (metode) untuk mendapat pengetahuan yang benar, sementara Aksiologi adalah tentang nilai kegunaan suatu Ilmu.¹⁷³

Apakah pengetahuan hukum memenuhi ketiga unsur itu sehingga dapat dikualifikasi sebagai Ilmu Hukum?

Kelsen sebagai salah seorang peletak dasar keilmuan hukum mengatakan : ... *“and legal science with its object law ... as normative sciences ... which posit norms or issued prescription instead of merely describing the norms presented to them as their object”*.¹⁷⁴ Bahwa katanya, Ilmu Hukum yang bidang kajiannya hukum, adalah Ilmu Normatif yang menjadikan norma sebagai obyek penelitiannya, bertugas untuk membentuk norma atau ketentuan-ketentuan hukum dan tidak semata-mata mendeskripsi (memaparkan) norma-norma itu. Dengan demikian, obyek penelitian Ilmu Hukum pada awal kemunculannya adalah norma. Ini berarti Ilmu Hukum telah memenuhi syarat pertama dari ajaran Filsafat Ilmu yakni tentang Ontologi hukum. Bagaimanakah dengan syarat kedua yakni berkaitan dengan Epistimologi bagi hukum? Sebelum menjawab pertanyaan ini, ada baiknya terlebih dahulu ditinjau tentang hakikat dari norma. Istilah norma mengandung dua sub hakikat yang merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan suatu sama lainnya yakni: *“The Ought”*(*Das Sollen*) dan *“The Is”*(*Das Sein*). Kelsen menyebut keadaan ini sebagai *“the denial of the duality of “Is” and Ought* (keduanya bukan konsep-konsep

¹⁷³ Jujun S Suriasumatri; 1985, *Op Cit*, Halaman 62, 100, 228. Baca juga : A Susanto ; 2011, *“Filsafat Ilmu”*, Bumi aksara, Jakarta, Halaman 90, 102, 116; Suwardi Endraswara; 2012, *“Filsafat Ilmu”*, CAPS, Yogyakarta, Halaman 96, 118, 146; Supriyanto; 2013, *“Filsafat Ilmu”*, Prestasi Pustaka Publisher, Jakarta, Halaman 49 s/d 51.

¹⁷⁴Hans Kelsen I; 1991, *Op Cit*, Halaman 1

yang dualistis). *“Ought”* adalah norma hukum yang mengandung aspek moral dengan memerintahkan apa yang seharusnya atau tidak seharusnya diperbuat. Sementara *“Is”* adalah suatu kenyataan apa yang telah diperbuat. Pelaksanaan yang ideal dari suatu norma adalah sesuai dengan apa yang diharapkan oleh *“Ought”*, atau sebuah *“Is”* sesuai dengan apa yang diharapkan *“Ought”*, atau.... *an Ought in an Is, or that Is is founded on an Ought, or Ought on an Is*¹⁷⁵. Jika *Is* tidak sesuai dengan *Ought* itu berarti ada permasalahan internal didalam *Ought*. Atau boleh jadi ada permasalahan eksternal dalam *Is*. Permasalahan internal dalam *Ought* atau dalam norma keharusan misalnya normanya sudah usang, atau normanya tidak jelas sehingga sukar dimengerti oleh orang yang berkewajiban menerapkan norma itu, atau ada kemungkinan normanya bertentangan secara vertikal dan horisontal sehingga menimbulkan kebingungan bagi yang dikenai norma atau keragu-raguan bagi pihak yang mempunyai kewajiban menerapkannya secara konsisten. Sementara permasalahan eksternal norma yang terlihat dalam fakta atau kenyataan yang berupa *“Is”*, adalah faktor-faktor yang mempengaruhi sikap (*attitude*) dan perilaku (*behaviour*) dari pihak yang dikenai norma *“Ought”* yang menyebabkan mengapa dia berperilaku tidak sesuai atau bertentangan dengan perintah *“Ought”* itu. Dengan demikian, dalam pengembangan Ilmu Hukum (Dogmatik) ada dua gugusan masalah

¹⁷⁵ Han Kelsen I; 1991, *Loc Cit*, Halaman 63. Pernyataan senada juga dapat dibaca pada halaman 60 yang antara lain dikatakan bahwa ... *that something Is as it Ought to be, that an Is agree with an Ought, means that the content of an Is is identical with the content of an Ought*. Untuk mempertegas bahwa *“Ought”* atau norma keharusan telah otomatis mengandung moral umum (bukan moral secara individu) dapat dibaca pada buku Kelsen yang lain yakni *“Introduction to the Problem of Legal Theory”*, 1992, Halaman 22,23 dikatakan bahwa *Ought* adalah rancangan pemikiran di alam idea dan katagori yang sifatnya *transcendental*. Tujuannya untuk membangun ilmu hukum yang murni terlepas dari unsur ideologi (politik) dan norma moral (*moral norm*) yang belum dijadikan *“Ought”* atau norma moral yang masih menjadi moral individu-individu. Kelsen membedakan *“moral norm”* yang belum menjadi *“Ought”* dengan *“legal norm”* yang asalnya dari *“moral norm”*. *“Legal norm”* dapat dipaksakan karena sudah menjadi hukum sedangkan *“moral norm”* tidak dapat dipaksakan karena bersifat anjuran. Ini adalah ciri khas penganut aliran neo-Kantian yang memandang moral (*transcendental*) adalah episentrum dari kajian positivisme modern.

yang dihadapinya yakni: masalah-masalah perumusan normanya yang tidak sempurna sehingga berpengaruh terhadap terwujudnya keadaan “*Is*” (kenyataan) yang tidak sesuai dengan harapan “*Ought*” (yang seharusnya terjadi). Ada persoalan internal pada pembentukan hukumnya (*law making*). Haruslah ada cara atau metode untuk memecahkan keadaan norma yang tidak sempurna yang dapat dipakai pegangan oleh para teoritis dan praktisi hukum demi tercapainya tujuan hukum yakni keadilan yang berkepastian.

Disisi lain, kendati norma *Ought* sudah sempurna, namun dalam kenyataan atau dalam *Is* belum tentu *Ought* ditaati oleh pihak yang dikenai atau belum tentu diterapkan secara konsisten oleh pihak yang berkewajiban menerapkan. Hal ini menyangkut aspek eksternal norma, namun masih berkaitan erat dengan norma keharusan (*Ought*) karena justru aspek eksternal yang berupa sikap dan perilaku amat dominan dalam terpenuhi atau tidak perintah dari “*Ought*” itu.

Dari uraian diatas dapat digambarkan bahwa Epistimiologi dari Ilmu Hukum dengan bersandar pada hakikat norma yang terdiri dari dua sub-hakikat *Ought* (keharusan) dan *Is* (kenyataan) menyebabkan diperlukan dua jenis metode untuk memecahkan permasalahan hukum secara tuntas yakni: pertama metode berkaitan dengan aspek internal norma (metode normatif) dan kedua metode yang berkaitan dengan aspek eksternal norma (metode empiris). Menurut hemat penulis, keberadaan dua metode ini yang diperlukan dalam pengembangan Ilmu Hukum dalam menuju derajat kesempurnaannya, dan keadaan seperti itu merupakan salah satu faktor penyebab Ilmu Hukum tergolong ilmu yang *sui generis* karena hal demikian mungkin tidak terdapat dalam ilmu-ilmu lainnya.

Mark van Hoecke dengan tepat menggambarkan karakteristik yang *sui generis* itu yang terkesan dapat didekati dengan dua jenis metode yakni: (1), karakter hermeneutik (*hermeneutic discipline*); (2), karakter argumentatif (*argumentative (explanatory discipline)*); (3), karakter empiris (*empirical discipline*);

(4), karakter eksplanatoris (*explanatory discipline*); (5), karakter aksiomatik (*axiomatik discipline*); (6), karakter logik (*logical discipline*); dan (7), karakter normatif (*normative discipline*).¹⁷⁶ Nampaknya karakter (1), (2), (5), (6), (7) dapat dikaji dengan menggunakan Metode Penelitian Hukum Normatif, sementara karakter (3) dan (4) dapat diteliti dengan menggunakan Metode Penelitian Hukum Empiris. Satu hal yang menarik dari deskripsi van Hoecke ini, terlihat lebih banyak karakter yang bernuansa normatif dari pada karakter yang bernuansa empiris. Hal ini dapat diartikan bahwa peranan penelitian empiris untuk membantu menjelaskan mengapa hukum tidak efektif, atau faktor-faktor apa yang menyebabkan mengapa orang cenderung melanggar hukum, atau mengapa hukum tidak diterapkan atau ditegakkan oleh aparat hukum dengan sebagaimana mestinya. Pada buku ini hanya akan diuraikan metode pertama (Metode Penelitian Hukum Normatif), sementara metode kedua (Metode Penelitian Hukum Empiris) memerlukan uraian tersendiri. Masalah penggunaannya, tergantung situasi normanya, kalau ingin mengkaji aspek internal dari norma dapat digunakan penelitian normatif, tapi jika ingin mendapat kejelasan tentang sikap dan perilaku orang yang menerapkan atau yang dikenai norma mengapa bersikap dan berperilaku seperti itu (aspek eksternal norma) dipersilahkan menggunakan penelitian empiris; ibarat dua alat kapak dan pisau, kalau ingin memotong kayu digunakan kapak, namun kalau akan memotong sayuran digunakan pisau. Kedua jenis penelitian hukum itu diperlukan untuk pengembangan ilmu hukum yang komprehensif untuk memnuhi 7 karakter seperti disinggung van Hoecke; disamping juga sesuai dengan perkembangan Teori Hukum dewasa ini yang telah mengkrucut menjadi dua kelompok aliran besar yakni positivisme modern yang normatif (*Analytical Jurisprudence*) dan hukum sosiologis (*Sociological Jurisprudence*) yang empiris, seperti telah disinggung di depan.

¹⁷⁶Mark van Hoecke; 2011, "*Legal Doctrine: Which Method(s) For What Kind of Discipline*", Dalam "*Methodologies of Legal Research*", Editor Mark van Hoecke, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, Halaman 4 s/d 10.

Lebih lanjut berkaitan dengan syarat ketiga dari ilmu yakni unsur Aksiologis atau nilai kegunaan, maka pada Ilmu Hukum kiranya jelas dapat dipahami bahwa Ilmu Hukum mempunyai kegunaan besar bagi kehidupan manusia yakni untuk mewujudkan masyarakat yang berkeadilan dan sekaligus berkepastian sehingga kehidupan masyarakat berada dalam suasana tertib, tentram dan damai. Dengan kondisi seperti itu masyarakat dapat membangun dan mengembangkan kehidupannya demi tercapainya tujuan akhir hidup yakni kesejahteraan lahir dan batin.

Dari uraian diatas dapat dirumuskan bahwa Ilmu Hukum memenuhi tiga unsur kefilsafatan dari ilmu yakni Ontologi, Epistemologi dan Aksiologi dengan catatan bahwa unsur Epistemologi dari Ilmu Hukum tergolong unik yang ikut mewarnai karakter *sui generis*nya Ilmu Hukum.

Kembali kepada metode yang berkaitan dengan aspek internal norma hukum, dalam tulisan ini metode ini akan disebut sebagai metode penelitian hukum normatif. Beberapa penulis menyebutnya juga sebagai metode penelitian hukum doktrinal. Demikianlah misalnya Soetandyo Wignjosobroto berpandangan bahwa di Indonesia metode penelitian hukum doktrinal ini lazim disebut metode penelitian hukum normatif yang dilawankan dengan metode penelitian hukum empirik atau metode penelitian non doktrinal¹⁷⁷. Kata-kata “yang dilawankan” agaknya kurang tepat, mungkin lebih tepat dipakai kata-kata “yang berdampingan”.

Nampaknya penyebutan metode penelitian hukum normatif lebih tepat karena: (1), istilah “doktrinal” hanya mengesankan pada doktrin-doktrin hukum

¹⁷⁷Soetandyo Wignjosobroto; 2013, “Ragam-ragam Penelitian Hukum”, Dalam Editorial Sulistyowati Irianto dan Shidarta, “Metode Penelitian Hukum”, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, Halaman 122. Juga Bambang Sunggono dalam bukunya “Metodologi Penelitian Hukum, 2001, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, Halaman 83, 103. Lihat juga B Arief Sidharta, 2000, “Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum”, Mandar Maju, Bandung, Halaman 159. Mereka semua menggunakan istilah “penelitian hukum doktrinal” untuk menggantikan istilah penelitian hukum normatif dan istilah “penelitian hukum non doktrinal” untuk menggantikan istilah “penelitian hukum empiris” seperti dinyatakan sebelumnya oleh Soetandyo Wignjosobroto.

alam saja yang dikembangkan oleh aliran hukum alam dimasa lalu, pada hal doktrin itu kini telah diserap menjadi sumber hukum positif sebagaimana diakui oleh aliran positivisme modern; (2), istilah “normatif” untuk mewujudkan bahwa obyek penelitian adalah norma yang pernah, sedang, dan akan menjadi hukum positif. Dengan demikian, sejarah hukum dan norma yang diangan-angankan yang tergolong “*ius constituendum*” atau “*lege ferenda*” yang belum dipositifkan menjadi “*ius konstitutium*” atau “*lege lata*”, juga dijadikan obyek penelitian.¹⁷⁸ Dapat ditambahkan, Jan Vranken dari Universitas Tilburg, Belanda, memang lebih suka menggunakan istilah Penelitian Hukum Doktrinal (*Legal Doctrinal Research*). Dalam sebuah tanggapan terhadap artikel dari Pauline C Westerman¹⁷⁹ yang menganjurkan perlunya orientasi empiris (*the need for an empirical orientation*) dalam mengembangan Ilmu Hukum. Vranken memulai tanggapannya dengan mengangkat judul “*Methodology of Legal Doctrinal Research: A Comment on Westerman*”. Di situ Vranken antara lain mengatakan bahwa penelitian hukum doktrinal mempunyai ekstensi yang sangat kuat yang tidak diragukan lagi dikalangan sarjana hukum, atau” *legal doctrinal research strongly prevail in legal scholarship, no body will ask*”

180

Disisi lain B Arief Sidhanta menyebut lebih rinci model tipe kajian hukum yakni: (a), Tipe kajian Filsafat Hukum, mengkaji asas-asas kebenaran dan keadilan

¹⁷⁸Penelitian sejarah hukum dan perbandingan hukum termasuk penelitian hukum normatif karena obyek penelitiannya juga berupa norma dimasa lalu atau norma yang berlaku pada sistem hukum negara lain, namun tetap terkait dengan permasalahan norma dalam pembentukan dan penegakan hukum positif yang sedang diteliti. Hal ini diperlukan dalam upaya mengisi kekosongan norma atau mengklarifikasi norma yang tidak jelas.

¹⁷⁹Pauline C Westerman; 2011, “*Open or Autonomous ?; The Debate on Legal Methodology is Reflection of the Debate in Law*”, Dalam “*Methodologies of Legal Research*”; Editor, M van Hoecke, Hart Publishing, Oxford and Oregon, Halaman 11.

¹⁸⁰Jan Vranken; 2011, “*Methodology of Legal Doctrinal Research: A Comment on Westerman*”, Dalam “*Methodologies of Legal Research*”, Editor, M van Hoecke, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, Halaman 111, 119.

dari segi premis empiris dengan menggunakan logika deduksi; (b), Tipe kajian Ajaran Hukum Murni yang memandang bahwa hukum adalah sebagai sistem norma positif dalam sistem hukum nasional dengan ikon *"law as it is written in the books"*, ; (c), Tipe kajian *American Sociological Jurisprudence* dengan ikon *"law as it is decided by judges through judicial processes"*, bahwa hukum adalah apa yang diputuskan oleh hakim (*judge made law*); (d), Tipe kajian sosiologi hukum dengan ikon *"law as it is in society"* yang terlembaga sebagai variabel sosial empirik; (e), Tipe kajian sosiologi dan/atau Antropologi Hukum dengan ikon *"law as it is in (human) action"*, dimana hukum dipandang sebagai makna simbolik dari aktor sosial dalam interaksi mereka satu sama lain yang terpola dalam hubungan interaksi-simbolik.

Dinyatakan bahwa tipe (a), (b), (c) tergolong dalam tipe penelitian hukum normatif dengan metode doktrinal-nomologik, sementara tipe (d) dan (e) digolongkannya kedalam tipe penelitian hukum empiris dengan metode non doktrinal nomologik.¹⁸¹ Berkenaan dengan tipe (c) kiranya perlu diberi catatan bahwa perkembangan pemikiran *Sociological Jurisprudence* di Amerika mencapai puncak kemajuan dengan pusat perhatian pada pentingnya peran hakim untuk menemukan hukum yang sebenarnya atau *mainly concentrated on the discovery of what the real rules were*. Hakim dalam memutuskan perkara konkrit tidak semata-mata berdasarkan pada hukum yang tertera dalam Undang-Undang (*law in books*.) Kaum realis meragukan kesempurnaan Undang-Undang (*rules sceptic*) dan meragukan kemampuan hakim untuk menemukan fakta hukum yang adekuat (*fact sceptic*) karena selama ini menggunakan pendekatan formal yang memisahkan hukum dengan faktor-faktor non hukum (*non legal factor*) seperti faktor politik, ekonomi dan sosial, atau ... *isolated law from other areas such as politics, economic,*

¹⁸¹Bernard Arief Sidhanta; 2000, *"Refleksi Tentang Ilmu Hukum"*, Mandar Maju, Bandung, Halaman 158, 159.

*and sociology.*¹⁸² Dengan begitu berarti, kaum realis menekankan bahwa faktor luar hukum (*non legal factor*) sangat mempengaruhi putusan hakim. Pengaruhnya bisa positif bisa juga negatif. Pengaruh positif akan menghasilkan putusan yang sangat bijak, bernilai luhur bagi kemanusiaan, sebaliknya pengaruh negatif akan dapat menyebabkan penyalahgunaan wewenang, korup dan amoral. Jika penelitian dilakukan untuk mendapat penjelasan mengapa hakim berperilaku positif atau negatif dalam pembuatan putusannya (yang didasarkan faktor-faktor diluar hukum) menurut hemat penulis kurang tepat digolongkan kedalam tipe penelitian hukum normatif, tetapi lebih tepat dikategorikan sebagai tipe penelitian hukum empiris, karena obyek penelitiannya adalah sikap dan perilaku hakim. Tetapi jika yang diteliti adalah putusan hakim itu sendiri sebagai norma hukum yang berkekuatan mengikat hanya kepada para pihak (*inter partes*), dapat digolongkan kedalam penelitian hukum normatif karena yang dikaji adalah asas-asas hukum atau doktrin-doktrin hukum yang dijadikan dasar pertimbangan (*ratio decidendi*) untuk sampai pada amar putusan (*obiter dicta*) yang logis. Terlebih-lebih dalam memutus perkara yang beranjak dari kekosongan norma, hakim perlu memiliki kualitas kemampuan yang tinggi dalam menggali asas, konsep, doktrin dan Teori Hukum, untuk bisa terciptanya norma baru yang dipakai dasar untuk memutus perkara yang diajukan kepadanya, dalam hal sama sekali tidak adanya (kekosongan) norma dalam peraturan perundang-undangan yang sedang berlaku. Jadi, menurut hemat penulis, putusan hakim Amerika dapat diteliti permasalahannya dari dua aspek penelitian, yakni empiris dan normatif.

Jika yang dipermasalahkan segi internal norma yang berkaitan dengan proses dan hasil pembentukan norma dapat digunakan metode penelitian normatif, sementara jika yang dipermasalahkan adalah pengaruh faktor diluar norma atau dari segi eksternal norma (*non legal factors*) yang mempengaruhi sikap dan perilaku

¹⁸²H Mc Coubrey & N D White; 1996, *Op Cit*, Halaman 192,203.

pihak penerap/penegak hukum dan pihak yang terkena aturan hukum dapat digunakan metode penelitian hukum empiris.

Dari pemaparan pada bagian-bagian sebelumnya dapat dilihat bahwa struktur kilmuan hukum dari tingkat kongkrit ke abstrak meliputi: Ilmu Hukum Dogmatik, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum. Dalam perkembangannya Ilmu Hukum Dogmatik memperlihatkan sosoknya berupa Ilmu Hukum normatif dan Ilmu Hukum Empiris, serta Teori Hukum berkembang menjadi Teori Hukum Normatif (Kontemplatif) dan Teori Hukum Empiris. Dalam dimensi pengembangan aspek normatif, Ilmu Hukum Normatif sebagai ilmu dari sudut pandang Filsafat Ilmu tidak dapat dihindari memerlukan epistemologi atau metode untuk pengembangan keilmuannya kearah normatif yang rasional-logik. Beranjak dari pemikiran seperti itu maka keberadaan sebuah Metode Penelitian Hukum Normatif mutlak diperlukan untuk pengembangan Ilmu Hukum Normatif yang berlandaskan Teori Hukum Normatif. Dengan kata lain, jastifikasi keberadaan Metode Penelitian Hukum Normatif dapat dipertimbangkan pada keberadaan Ilmu Hukum Normatif dan Teori Hukum Normatif. Mengenai peristilahan, sekali lagi ditegaskan penulis lebih suka menggunakan istilah “Penelitiann Hukum Normatif” dengan alasan seperti telah disebut didepan, disamping juga perkembangan terakhir dikalangan sarjana hukum Eropah kebanyakan menggunakan istilah itu. Sebagai contoh misalnya van Hoecke menyebut bahwa Ilmu Hukum adalah sebuah Ilmu Normatif (*a normative discipline*) yakni ilmu tentang norma (*a discipline about norm*)..... *which is not only describing and systematising norm but also and to a large extent, a discipline which take a normative position and makes choice among values and interest*.....atau, tidak saja memaparkan dan mensistimatisasi norma, tapi lebih dari itu adalah untuk menempatkan dirinya pada posisi normatif dalam membuat pilihan antara nilai (*values*) dan kepentingan (*interest*) sehingga penggunaan-interpretasi tidak dapat dihindarkan. Lebih jauh dikatakannya : *“indeed, is inevitable, for example, some*

interpretation is preferred over alternative ones". Interpretasi diperlukan adalah untuk menemukan hukum yang lebih bagus ... (*looking for a better law*).¹⁸³ Dengan demikian dapat dipahami bahwa untuk menemukan norma hukum yang lebih bagus, hukum sebagai ilmu normatif sudah sewajarnya menggunakan metode penelitian normatif. Namun van Hoecke juga tidak keberatan digunakan penelitian empiris jika "hukum yang lebih bagus" itu terutama dipersepsi 'bagus' dari sudut pandang ekonomi dan sosial, atau.....*looking for 'better law' may require empirical research, especially when 'better' means, better from an economic and sociological point of view*^{34a)}

Disisi lain Geoffrey Samuel memberi indikasi keberadaan Metodologi Penelitian Hukum Normatif dengan menyokong pandangan M Troper bahwa ditinjau dari aspek internal hukum, obyek kajian dari ilmu hukum adalah peraturan dan norma, atau ... *where as inside law the object of epistimologi thinking has been largely focused on rules and norm*.¹⁸⁴ Sementara itu, pandangan yang sangat menarik tentang keberadaan Metode Penelitian Hukum Normatif adalah pandangan Jaap Hage. Dikatakan menarik karena dia menempatkan secara berdampingan (*juxtaposition*) antara Metode Penelitian Hukum Normatif dan Metode Penelitian Hukum Empiris dan bukan memperlawkannya. Dipersepsikannya bahwa, terutama Penelitian Hukum Empiris berguna untuk menentukan isi hukum yang memenuhi standar yakni apa yang disebutnya sebagai "standar kebahagiaan" atau "*H-Standard*", (*happiness standard*) atau barang kali dapat disebut sebagai standar yang bernilai keadilan, ketertiban, ketentraman, dan kedamaian bagi masyarakat. Untuk itu katanya sangat diperlukan metodologi yang ada dalam ilmu-ilmu social (metode empiris) seperti ilmu sosiologi, psikologi dan ekonomi. Di sisi lain

¹⁸³Mark van Hoecke; 2011, *Op Cit*, Halaman 10.

^{34a)} Mark van Hoecke; 2011, *Loc Cit*

¹⁸⁴Geoffrey Samuel; 2011, "*Methodology in Law And Comparative Law*", Dalam "*Methodology of Legal Research*", Editor M van Hoecke, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, Halaman 192, 193.

menurutnya metode hermeneutik berguna dalam pengembangan hukum positif karena dapat memberi kepastian hukum. Untuk jelasnya tentang hal ini Jaap Hage mengatakan sebagai berikut:¹⁸⁵

“A proper method for normative legal science consist primary of the method of sociology, psychology, and economic, because the ultimate question to be answered is the collective enforcement of which norm is satisfies the H-Standard; the more traditional hermeneutic methods only play a role to the extent that they established positive law that contributes happiness by providing legal certainty”.

Dari apa yang dikemukakan J Hage itu, nampaknya menurut dia sudah sewajarnya metode penelitian ilmu hukum normatif memerlukan terutama bantuan metode ilmu sosial untuk dapat membentuk hukum yang mengandung *H-Standard*, karena penelitian hukum normatif yang menggunakan metode hermeneutik klasik (penafsiran) hanya bisa menghasilkan kepatian hukum.

D. Sekilas Tentang Karakteristik Teori Hukum Empiris

1. Teori Hukum Empiris

Dari sejak awal Kelsen telah mengakui pentingnya peranan sosiologi hukum untuk menjelaskan mengapa orang berperilaku cenderung melanggar norma keharusan (*Ought*) yang terlihat dalam suatu peristiwa hukum (*“Is”*). Pada saat yang

¹⁸⁵Jaap Hage; 2011, *“The Method of Truly Normative Science”*, Dalam *“Methodology of Legal Research”* Editor, Mark van Hoecke, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, Halaman 43, 44. Pernyataan J Hage di halaman 43 bahwa*H-Standard provides the proper standard to determine what ought to be done* dapat lebih menjelaskan konsepsi Kelsen tentang hakikat the *“Ought”* yakni norma tentang apa yang seharusnya diperbuat oleh anggota masyarakat

sama Kelsen juga menegaskan sosiologi tidak berupaya untuk membahas mengapa diperlukan adanya norma hukum atau keberadaan tertib hukum yang terjalin dalam suatu sistem norma. Tentang itu Kelsen mengatakan:¹⁸⁶

“To investigate the causes of the efficacy, by and large of a certain legal order is certainly an important problem of sociology ... sociological jurisprudence has not so far made any attempt of answering the question with regard to any one of the existing legal orders”.

Dibagian lain Kelsen juga mengatakan bahwa untuk mencegah manusia cenderung berperilaku buruk dengan melanggar norma keharusan (*Ought*) maka diadakan sanksi berupa putusan atau ... *that the human being whose behaviour it governs consider this coercive act an evil to be avoided.*¹⁸⁷ Tetapi untuk menjelaskan mengapa orang cenderung melanggar hukum diakuinya, hal itu adalah domein dari sosiologi hukum *atau Sociological Jurisprudence*.

Friedman kemudian melanjutkan visi Kelsen tentang pentingnya peranan faktor diluar hukum (*non legal factors*) yang mempengaruhi efektifitas dan kemandirian hukum. Menurut dia ada tiga komponen yang saling berinteraksi dalam operasionalisasi sebuah sistem hukum yakni: struktur, substansi dan kultur; atau ... *“A legal system in actual operation is a complex organism in which structure, substance, and culture”*¹⁸⁸. Struktur, adalah lembaga penegak hukum terutama pengadilan; substansi, adalah aturan norma hukum; dan kultur, adalah budaya hukum yang hidup dalam masyarakat yang dilandaskan sistim agama, sistem politik, sistem ekonomi dan sistem sosial. Komponen penegak hukum dan komponen

¹⁸⁶H Kelsen; 1961, *“General Theory of Law and State”*. Russel dan Russel, New York, Halaman 174. Selanjutnya disebut Hans Kelsen II

¹⁸⁷H Kelsen; 1992, *“Introduction To The Problems of Legal Theory”*, Clarendon Press, Oxford, Halaman 29. Selanjutnya disebut Hans Kelsen III

¹⁸⁸Lawrence M Friedman; 1975, *“The Legal System, A Social Science Perspektif”*, Russel Sage Foundation, New York, Halaman 16.

budaya hukum adalah faktor dominan untuk mempengaruhi terwujudnya efektifitas dan kemanjuran (*efficacy*) hukum; atau dengan kata lain faktor dominan dalam menentukan apakah “*Is*” akan sesuai dengan “*Ought*”

Selanjutnya dinyatakan bahwa semua faktor diluar hukum yang berhubungan dengan efektifitas hukum hanya akan jelas pengaruhnya jika didekati dengan menggunakan ilmu sosial terutama sekali sosiologi hukum, karena perilaku yang melanggar hukum itu akan nampak dalam peristiwa hukum berupa fakta sosial. Oleh karena itu seyogyanya penekanan pengkajian ditujukan pada fakta-fakta sosial yang muncul akibat bekerjanya struktur hukum dan kultur hukum atau dengan bahasanya Friedman dikatakan ... “*We are concerned here with the idea of only as a sociological facts*”¹⁸⁹. Pandangan ini senada dengan pandangan Nonet dan Selznick yang mendekati hukum dari strategi ilmu sosial yang memandang fakta hukum sebagai pengalaman hukum atau fenomena hukum yang mempunyai kontek dengan norma hukum atau “*a social science approach treats legal experiences as variable and contextual*.”¹⁹⁰ Dengan demikian Kelsen sebenarnya mengakui peranan penting dari ilmu hukum sosiologis atau sosiologi hukum bukan dalam rangka mengkaji norma keharusan itu sendiri (“*Ought*”) tetapi untuk menjelaskan peranan dan perilaku subjek hukum dalam memunculkan “*Is*”, atau mengapa norma itu cenderung dilanggar oleh subyek hukum, sehingga tidak efektif dan tidak manjur. Diakuinya pula bahwa Ilmu Sosial memberi bantuan pada Ilmu Hukum dalam digunakannya metodologi penelitian sosial untuk meneliti penyimpangan dari perilaku sosial terhadap norma hukum sehingga norma hukum dapat dibentuk, direvisi atau diganti. Jadi dalam kegiatan ini nampak adanya upaya peminjaman metodologi ilmu sosial untuk menjelaskan gejala eksternal dari norma hukum.

¹⁸⁹Lawrence M Friedman; 1975, *Ibid*, Halaman 17

¹⁹⁰ Philippe Nonet & Philip Selznick; 2001, “*Law And Society in Transition*”, Transaction Publishers, New Brunswick, London, Halaman 8, 9.

Tentang ini Kelsen lebih jauh mengatakan:..... “*What goes under the name of sociological jurisprudence is hardly more than methodological postulates*”.¹⁹¹

Jika ditelusuri karya-karya Kelsen nampak keinginannya untuk meletakkan landasan dasar bagi terbentuknya ilmu hukum yang tergolong kedalam ilmu praktikal yang normatif, atau ilmu praktis-normologis yang otoritatif. Dengan karakter praktis normologis ini dapat dibedakan dan dimurnikan obyeknya dari karakter ilmu praktis lain seperti Ilmu Pengetahuan Alam dan Ilmu Pengetahuan Sosial. Ilmu Pengetahuan Alam obyeknya adalah benda, Ilmu Pengetahuan Sosial obyeknya adalah perilaku manusia sebagai makhluk sosial, sementara Ilmu Hukum obyeknya adalah norma. Norma dalam hal ini adalah norma kebaikan yang diwujudkan dengan perintah, dan larangan untuk berbuat tidak baik. Norma tentang keharusan berbuat baik adalah ciri khas filsafat moral dari Imanuel Kant yang tergolong filsafat transendental tentang baik dan buruk. Menurut Kant berbuat baik merupakan kategori imperatif yang intinya adalah: berbuatlah sedemikian rupa sehingga aksioma dari perbuatan anda dapat dijadikan hasil dari perbuatan umum.¹⁹² Dengan kata lain manusia haruslah berbuat baik terhadap sesamanya demi kepentingan umum atau kepentingan bersama. Hukum yang seharusnya dibentuk adalah hukum yang memerintahkan untuk berbuat baik. Kelsen yang tergolong dalam pemikir neo-Kantian mengambil alih pemikiran Kant dalam usahanya untuk memurnikan ilmu hukum dengan cara menjadikan norma imperatif atau norma tentang keharusan berbuat baik itu menjadi obyek ilmu hukum. Dalam upaya menderivasi pemikiran Kant itu, Kelsen mengkonsepsikan norma imperatif itu dengan konsep “*Ought*” yakni norma keharusan, sementara apa yang sebenarnya terjadi dalam kenyataan yang tidak sesuai dengan keharusan “*Ought*” dikonsepsikan

¹⁹¹H Kelsen II; 1961, *Op Cit*, Halaman 174.

¹⁹²W Friedman; 1990, “*Teori dan Filsafat Hukum, Telaah Kritis Atas Teori-teori Hukum*”. Susunan II, terjemahan Muhamad Arifin, judul asli “*Legal Theory*”, Rajawali Press Jakarta, Halaman 2, 3.

sebagai konsep “*Is*”. Dalam kepustakaan filsafat Jerman istilah “*Ought*” itu familiar dengan sebutan “*das Sollen*” sedangkan istilah “*Is*” biasanya dipadankan dengan “*das Sein*”.

Pengadopsian ajaran Kant oleh Kelsen ternyata mengakibatkan metode penelitian ilmu hukum normatif itu menjadi berbeda dengan metode penelitian ilmu-ilmu lainnya. Hal ini dikemukakan oleh Raimo Siltala dalam sebuah disertasinya sebagai berikut:¹⁹³

“Thus certain elements derived from neo-Kantian philosophy can be detected in Kelsen’s conception of the different fields of human inquiry and the resulting methodology of the science of law”.

Disisi lain, Kelsen sendiri seperti telah disebut di depan juga mengakui keberadaan ilmu sosial untuk menjelaskan mengapa terjadi “*Is*” yang tidak sesuai dengan “*Ought*”. Disini berarti metode penelitian ilmu sosial diperlukan untuk membantu menjelaskan “*Is*” yang tidak koheren dengan “*Ought*” atau untuk menjelaskan perilaku subyek hukum yang cenderung menyimpangi norma hukum. Kendati bantuan itu diperlukan tidaklah berarti metode penelitian ilmu sosial merubah karakter Ilmu Hukum menjadi Ilmu sosial, karena metode itu tetap bekerja dalam kerangka menghasilkan umpan balik untuk penyempurnaan norma hukum yang bersifat prediktif-imperatif berupa “*Ought*” atau “*das Sollen*”. Dengan latar belakang seperti itu, dewasa ini menjadi familiar adanya penyebutan Teori Hukum Normatif dan Teori Hukum Empiris yang satu sama lain tidak dapat dipisahkan karena keduanya akan bertemu pada suatu titik yang sama yakni untuk meningkatkan derajat kesempurnaan kualitas norma dari Ilmu Hukum Dagmatik.

¹⁹³Raimo Siltala; 2000, “*A Theory of Precedent, From Analytical Positivism to A post-Analytical Philosophy of Law*”, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, Halaman 41.

2. Karakteristik Teori Hukum Empiris

Jika kerangka berpikir Kelsen dapat dibenarkan maka terhapuslah upaya yang selama ini terkesan mempertentangkan Teori Hukum Normatif dan Teori Hukum Empiris. Upaya mempertentangkan seperti itu juga tidak diinginkan oleh van Hoecke dalam penjelasannya tentang posisi penelitian hukum empiris menjelang berakhirnya abad IX dan permulaan abad XX hingga kini, sebagai berikut:¹⁹⁴

*....."we have seen.....the birth and development of other social sciences focusing on law: legal sociology, legal psychology, law and economic. All of those disciplines offer empirical research and theory building in legal matters. **However, they never aimed at replacing legal doctrine, but just wanted to supply legal scholar, legal practitiners and policy makers with useful information on legal reality.** (Cetak tebal dari penulis)*

Dikatakan bahwa ilmu-ilmu sosial yang mengkaji hukum seperti sosiologi hukum, psikologi hukum, hukum dan ekonomi, semuanya itu menawarkan penelitian empiris dan pengembangan teori di bidang masalah-masalah hukum. Namun demikian, mereka tidak ingin merubah disiplin keilmuan dari ilmu hukum, mereka sekedar ingin menyediakan informasi kepada akademisi hukum, praktisi hukum, dan pengambil kebijakan berkenaan dengan realitas hukum. Pandangan ini penulis anggap sangat penting karena mengingatkan kepada kita semua para penekun hukum tentang masing-masing kegunaan dari kedua jenis penelitian hukum dalam

¹⁹⁴ Mark van Hoecke; 2011, *"Legal Doctrine, Which Method(s) For What Kind of Discipline?"*, Dalam *"Methodology of Legal Research"*, Editor, Mark van Hoecke, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, Halaman 2. Di bagian lain disebutkan bahwa obyek dari penelitian hukum empiris adalah data yang bersifat sosiologis, ekonomis, sosial-psikologis atau secara lebih luas disebut tingkah laku manusia. Namun, sebagian besar argumentasi hukum tidak dapat dijelaskan melalui verifikasi penelitian hukum empiris, atau....."*the object of emperical research is sociological, economical or socio-psychological data, or more generally 'human behaviour'.....most argument in legal reasoningdo not qualify for an empirical verification"*. Halaman 3.

pengembangan Ilmu Hukum Dogmatik. Hasil penelitian hukum empiris berguna untuk menggambarkan kondisi eksternal norma ("Is") berupa informasi yang sejelas-jelasnyanya (*plain information*) tentang kenyataan hukum dilapangan. Sementara hasil penelitian hukum normatif berguna untuk membangun argumentasi hukum (*legal argumentation*) dengan menelusuri aspek internal norma ("Ought") berupa : kondisi norma (konflik, kabur, kosong), struktur norma, sistem norma, karakter norma dikaitkan dengan logika. Intinya, penelitian hukum empiris berfungsi untuk memberi informasi hukum, sementara penelitian normatif berguna untuk membangun argumentasi hukum.

Disisi lain Bruggink nampaknya searah dengan pemikiran Kelsen dengan mengakui adanya jaktaposisi antara Teori Hukum Normatif (Kontemplatif) dengan Teori Hukum Empiris. Lebih dari itu dia juga telah berhasil merumuskan karakteristik Teori Hukum Empiris, yang menurut hemat penulis dipakai penanda dari keberadaan Teori Hukum Empiris. Adapun karakteristik itu adalah:¹⁹⁵

(1). Obyek dari Teori Hukum Empiris adalah gejala umum hukum positif yang dalam hal ini berkaitan dengan penerapan norma yang ditentukan oleh sikap dan perilaku masyarakat. Nampaknya studi ini berguna untuk penyempurnaan dogmatika hukum, pembentukan norma hukum baru dan penciptaan norma hukum untuk mengisi kekosongan norma.

(2). Tujuan Teori Hukum Empiris bersifat teoritikal yang berarti memberikan landasan teoritis ataupun kerangka berpikir bagi kegiatan penelitian hukum empiris.

(3). Perspektif atau sudut pandang pegiat Teori Hukum Empiris adalah sudut pandang eksternal (*extern standpoint*) terhadap norma hukum untuk mendapatkan pandangan yang obyektif berkaitan dengan aspek penerapan norma hukum. Hal ini dapat diartikan bahwa agar tercapainya tujuan norma ("Ought"), maka penerapan

¹⁹⁵JJ Bruggink; 1996, *Op Cit*, Halaman 175, 176.

hukum harus steril dari faktor-faktor luar hukum (*non legal factors*) yang menyebabkan tidak sesuainya “*Is*” dengan “*Ought*”.

(4). Teori kebenaran yang dipakai adalah teori kebenaran korespondensi sebagaimana digunakan oleh ilmu-ilmu sosial pada umumnya. Intinya adalah bahwa fakta-fakta sosial dilapangan setelah diverifikasi dengan prosedur baku (metode ilmiah) akan didapatkan suatu kebenaran yang dapat dipertanggung jawabkan secara ilmiah. Kebenaran ini adalah jawaban dari permasalahan yang berkaitan dengan sikap dan perilaku sosial dalam penerapan norma hukum.

(5). Proposisi yang dihasilkannya bersifat informatif, dalam arti bahwa dengan dijadikannya Teori Hukum Empiris sebagai landasan teoritis dari kegiatan penelitian perilaku, diharapkan akan diperoleh informasi yang sejelas-jelasnya mengapa seseorang berperilaku seperti itu terhadap norma. Berbeda dengan proposisi Teori Hukum Normatif yang bersifat argumentatif yang menyangkut nalar dan logika hukum.

Karakteristik yang terakhir ini sejak awal telah ditegaskan oleh Kelsen berkenaan dengan obyek studi Teori Hukum Empiris atau Teori Hukum Sosiologis yakni perilaku manusia yang ada hubungannya dengan norma hukum. Untuk jelasnya perlu dikutip kata-kata Kelsen sebagai berikut:

*“The object of sociological jurisprudence is not valid norm, which form the object of normative jurisprudence, but human behaviour. What human behaviour? Only such human behaviour as is, somehow or other, related to ‘Law’ ”.*¹⁹⁶

Dari pernyataan Kelsen itu nampak benang merah antara Teori Hukum Normatif dan Teori Hukum Empirik, yang pertama mempelajari hakikat norma, yang belakangan mempelajari implementasi norma. Kedua-duanya beranjak dari

¹⁹⁶H Kelsen II; 1961, *Op Cit*, Halaman 176.

norma hukum positif yang berakar pada paham positivis seperti disebut oleh Bruggink sebagai berikut: ..."Cabang tertua Teori Hukum yang akan kita sebut Teori Hukum Empirik berasal dari iklim (lingkungan) positivistik.¹⁹⁷

Beberapa contoh Teori Hukum Empirik yang kiranya dapat dijadikan landasan penelitian hukum empirik antara lain:¹⁹⁸

(1). Teori Hukum Fungsional dari J ter Heide. Intinya adalah, bahwa berfungsinya hukum dapat dipahami dari adanya hubungan yang ajeg dari berbagai variabel yakni: perilaku aktor (*F/function*), rencana atau tujuan kaidah hukum (*P/planning*), keadaan lingkungan (*E/environment*). rumusnya adalah $B/behaviour = F P E$, berarti perilaku seseorang dipengaruhi oleh fungsinya (profesinya), ketentuan norma hukum dan situasi lingkungan sekitar.

(2). Teori Hukum Sistem dari Niklas Luhman. Pada pokoknya menyatakan bahwa masyarakat merupakan suatu sistem perilaku yang sangat besar yang di dalamnya terdapat sistem sosial, sistem ekonomi, sistem politik. Hukum harus mampu berperan untuk menggerakkan fungsi dari semua sistem itu dengan menyediakan kaidah-kaidah hukum yang mengikat. Kaidah-kaidah itu dibentuk atau direvisi berdasarkan interaksi para aktor berupa keterberian (*data*) sebagai masukan (*input*) kemudian diolah (*throughput*) dengan mereduksi tuntutan yang multi kompleks menjadi suatu kaidah hukum (*output*) yang dapat berlaku umum. Dengan menggunakan kerangka bekerja sistem yakni: "*input*" (masukan) → *throughput* (proses) → "*out put*" (hasil), diharapkan dapat dibuat hukum yang efektif yang sesuai dengan perasaan hukum masyarakat secara umum.

(3). Teori Hukum Politik dari R Wietholter. Teori ini memandang hukum sebagai suatu gejala politik. Hukum bukanlah gejala yang bebas nilai, melainkan hukum adalah suatu perkaitan yang imanen dengan politik. Hukum bukanlah

¹⁹⁷J J Bruggink; 1996, *Op Cit*, Halaman 175.

¹⁹⁸Meuwissen; 2008, *Op Cit*, Halaman 32 s/d 34.

gagasan abstrak melainkan sebuah produk dari proses politik. Untuk mengetahui tujuan dan motivasi dibuatnya norma hukum, perlu dilihat kembali proses perdebatan di parlemen yang mencerminkan kehendak dari masing-masing kekuatan politik.

E. Jastifikasi Teoritis Metode Penelitian Hukum Empiris

Sebelum membahas justifikasi teoritis atas Metode Penelitian Hukum Empiris terlebih dahulu perlu dipahami bahwa posisi berdampingannya (*juxtaposition*) dengan Metode Penelitian Hukum Normatif tidak terlepas dari konsepsi Kelsen tentang Teori Murni Hukum (*Pure Theory of Law*) yang dalam versi Jaap Hage hukum murni itu dipersepsi sebagai “*the real law*” yakni hukum positif yang layak diterapkan bukan karena adanya praktek sosial (oleh perseorangan atau segelintir orang), tetapi karena memenuhi standar tertentu¹⁹⁹. Konsepsi Kelsen tentang hal itu dapat dilihat dalam bukunya “*The Pure Theory of Law*”, antara lain menyebutkan sebagai berikut:²⁰⁰

The Pure Theory of Law as specific science of law, is directed toward the legal norm, not directed toward fact, and the pure Theory is concerned with facts only so far they are determined by legal norm which are the meaning of act of will, and this meaning and their mutual relation are the subject of the Pure Theory of Law”

Disini jelas, Kelsen tidak menafikan hubungan fakta sosial dengan norma yang seharusnya diberlakukan. Dengan kata lain, Kelsen dalam bukunya yang lain “*General Theory of Norm*” tidak menafikan hubungan antara “*Is*” dan “*Ought*” bahkan menggap kedua substansi berada dalam hubungan yang berkorelasi

¹⁹⁹Jaap Hage; 2011, *Op Cit*, Halaman 28. Disitu dikatakan bahwa, ... *The difference with the view of the law as social fact is, however that positive law is “real law” ... not because that is the social practise but because, and to the extence that the positive law ought to be enforced collectively.*

²⁰⁰ Hans Kelsen; 2005, “*The Pure Theory of Law*”, Translated by Max Knight, The Law book Exchange, Ltd, Clark, New Jersey, Halaman 102. Selanjutnya disebut Hans Kelsen IV

(*correlated with*) atau hubungan yang terkoordinasi (*co-ordinated with*),²⁰¹ seperti telah disinggung didepan. Dari segi hubungan seperti itu tidaklah dapat dianggap “*Is*” dan “*Ought*” sebagai suatu yang dualistis (*duality*). Tetapi jika ditinjau dari segi hakikatnya dimana yang satunya berbicara tentang fakta (*Is*) dan yang satunya lagi berbicara tentang norma (*Ought*), mungkin saja dapat dikatakan suatu dualistis, oleh karena itu pandangan dualitas tentang keterhubungannya menurut Kelsen harus ditolak, seperti dikatakannya “*The denial of the duality of Is and Ought*”.²⁰²

Dalam kaitan ini Jaap Hage mempertegas pandangan Kelsen dengan menyatakan bahwa yang merupakan hukum adalah “*Ought*” bukan “*Is*” atau “*to state it in an overly simplified way, the law is an Ought, not an Is.*”²⁰³ Atau kalau rumusannya dirubah menjadi kalimat negatif barangkali akan berbunyi: *The law is an Ought, the Is is not the law.* Di dalam catatan kaki dari pernyataannya itu dijelaskan lebih lanjut bahwa yang berbeda substansi itu adalah hukum dan fakta, bukan antara *Is* dan *Ought* terutama dilihat dari segi keterhubungannya yang oleh Kelsen disebut hubungan yang berkorelasi (*correlated with*). Ini berarti bahwa norma tidak bisa dipisahkan dengan fakta. Norma berfungsi menjelaskan aturan yang mengatur tingkah laku yang baik atau yang memenuhi H-Standard meminjam istilah Hage yang harus ditaati bersama. Sementara fakta berfungsi untuk: (1), menjelaskan perilaku yang cenderung tidak mentaati, melanggar, menyimpang dari norma; (2), fakta sosial juga dapat dijadikan tolak ukur derajat kepatuhan orang terhadap norma atau pengaruh serta efektifitas norma; (3), fakta atau gejala sosial juga dijadikan landasan bagi penggalan asas-asas hukum yang dijadikan norma untuk merevisi hukum atau membuat aturan hukum yang sama sekali baru dalam skala luas.

²⁰¹Hans Kelsen I; 1991, *Op Cit*, Halaman 63.

²⁰²Hans Kelsen I; 1991, *Loc Cit*.

²⁰³Jaap Hage; 2011, *Op Cit*, Halaman 27.

Dengan demikian bertitik tolak dari pemikiran Teori Murni Hukum dari Kelsen segera dapat dipahami alur berpikir konklusif-korelatif sebagai berikut: Norma tidak bisa dipisahkan dari fakta, sementara norma dipelajari oleh ilmu hukum normatif dan fakta dipelajari oleh ilmu hukum empiris maka ilmu hukum normatif tidak bisa dipisahkan dari ilmu hukum empiris. Selanjutnya, mengingat masing-masing jenis hukum itu dikembangkan berlandaskan masing-masing teori, maka Teori Hukum Normatif juga tidak bisa dipisahkan dari Teori Hukum Empiris, dan akhirnya dalam menjawab permasalahan hukum yang berkaitan dengan aspek intern dan ekstern norma, diperlukan keberadaan Metode Penelitian Hukum Normatif dalam posisi jaktaposisi (berdampingan) dengan Metode Penelitian Hukum Empiris.

Dalam perkembangannya, dewasa ini posisi berdampingan itu nampak semakin jelas seperti apa yang dikemukakan oleh Jan B M Vranken, guru besar Metode Penelitian Hukum Universitas Tilburg, Belanda, sebagai berikut:²⁰⁴

...."I limit my self to the observation that methodological issues in doctrinal research are emerging. The Tilburg Conferrence of which the current book is the result reflects this growing international attention. Where multi-disciplinary and empirical research are concerned these is no disagreement".

Dengan demikian dapat dinyatakan bahwa jastifikasi keberadaan metode penelitian Hukum Empiris sebagaimana halnya metode penelitian Hukum Normatif dapat dipulangkan pada Teori Murni Hukum (The Pure Theory of Law) dan Teori Umum Tentang Norma (General Theori of Norm) dari Hans Kelsen. Kedua teori itu saling mengukuhkan satu sama lainnya tentang keberadaan norma sebagai postulat pengembangan hukum positif. Untuk pengembangan yang komprehensif hingga mencapai derajat hukum yang sempurna dan dapat memuaskan perasaan hukum,

²⁰⁴Jan B M Vranken; 2011, *"Methodology of legal Doctrinal Research"*, Dalam *"Methodologies of Legal Research"*, Editor, M van Hoecke, Hart Publishing, Oxford dan Potland, Oregon, Halaman 120.

yang oleh Jaap Hage²⁰⁵ derajat ini disebut derajat “*real law*” (hukum senyatanya), atau van Hocke²⁰⁶ menyebutnya dengan “*better law*” (hukum yang lebih baik) maka kedua aspek dari norma yakni “*Ought*” (aspek intern) dan “*Is*” (aspek ekstern) perlu mendapat perhatian yang semestinya. Aspek intern (*Ought*) adalah menyangkut kegiatan pembentukan dan penciptaan norma, sementara aspek ekstern (*Is*) adalah kegiatan yang menyangkut pra-pembentukan, penerapan, dan penegakkan norma. Kegiatan aspek intern berupa menganalisis, mesistimatisasi, menginterpretasi dan menilai²⁰⁷ norma yang sudah ada untuk mengganti atau membentuk norma baru. Kegiatan aspek ekstern berupa meneliti fakta sosial yang ada dilapangan, mengukur pengaruh norma terhadap perilaku (efektifitas norma), meneliti perilaku yang menyimpang dari norma. Berkenaan dengan “*real law*” atau “*better law*” Westerman menganjurkan agar didalam pembentukan hukum, legislator menggunakan tolak ukur asas proposionalitas berupa prediksi bahwa hukum akan menjadi efektif dalam penerapannya nanti. Tolak ukur ini disebutnya sebagai tolak ukur penilaian atas pengaruh suatu aturan hukum atau “*Regulatory Impact Assessment (RIA)* terhadap masyarakat. Tentang ini dikatakan: “*in practice the principle of proportionality require law makers to conduct a so-call Regulatory Impact Assessment.*”²⁰⁸ Kegiatan aspek intern merupakan ranah penelitian hukum normatif dengan obyeknya norma sementara kegiatan aspek ekstern merupakan

²⁰⁵Jaap Hage; 2011, *Op Cit*, Halaman 28, 42

²⁰⁶Mark van Hoecke; 2011, *Op Cit*, Halaman 10.

²⁰⁷Meuwissen; 2008, *Op Cit*, Halaman 55, 56

²⁰⁸Pauline C Westerman; 2011, “*Open or Autonomous? The Debate on Legal methodology as a Reflection of the Debate on Law*”, Dalam “*Methodologies of Legal Research*”, Editor, M van Hoecke, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, Halaman 107.

ranah penelitian hukum empiris yang obyeknya menurut Meuwissen adalah perilaku.²⁰⁹

Senada dengan Meuwissen yakni M A Loth yang dikutip oleh van Hoecke mengatakan bahwa obyek penelitian hukum empiris secara umum adalah perilaku manusia, atau ... *“the object of the empirical research is sociological, economical or socio-psychological data, or more generally human behaviour.”*²¹⁰

Pasang surutnya metode penelitian hukum empiris dapat dilihat bahwa pada masa Abad Pertengahan Ilmu Hukum sepenuhnya dipandang sebagai ilmu doktrinal dengan otoritas-interpretasi yang sama sekali tidak memerlukan metode penelitian empiris untuk pengembangannya. Namun semenjak abad XVII, dan mencapai puncaknya pada abad XIX sebagai pengaruh dari munculnya ilmu positif terutama ilmu sosiologi, ilmu hukum tidak lagi dianggap sebagai ilmu karena kebenaran ilmiahnya tidak lagi dapat diuji berdasar proses analisis data empiris dengan terlebih dahulu ditetapkan adanya hipotesis-empiris. Hal ini dinilai van Hocke sangat membahayakan karena pemikiran semacam itu bertitik tolak dari kekeliruan berpikir bahwa semua ilmu dianggap mempunyai metode penelitian yang sama, atau *“this is a dangerous development, which starting from false assumption (unity and similarity of all scientific discipline).”*²¹¹

Terlebih-lebih dengan munculnya aliran filsafat dan teori hukum sosiologis (*Sociological Jurisprudence*) yang dipelopori oleh Roscoe Pound di Amerika Serikat pada awal abad XX, metode penelitian hukum empiris sangat dikedepankan untuk menggeser penelitian hukum normatif (doktrinal). Tentang ini Alfross mengatakan:*“that the doctrinal study of law must be recognized as an empirical social*

²⁰⁹Meuwissen; 2008, *Loc Cit*, Halaman 59

²¹⁰ Mark van Hoecke; 2011, *Op Cit*, Halaman 7.

²¹¹Mark van Hoecke; 2011, *Loc Cit*, Halaman 1,2,3.

science".²¹² Pernyataan ini mengesankan bahwa ilmu hukum itu digolongkan kedalam ilmu sosial.

Senada dengan Ross adalah De Geest yang memandang, penelitian hukum empiris terutama terdiri dari langkah penelitian lapangan (*field research*), penggunaan statistik (*statistics*), dan penelusuran kesejarahan (*method of historical research*). Pada saat yang sama dia juga tidak melupakan teks peraturan perundang-undangan (*text analysis*) dan penggunaan logika (*logic*). Dalam kaitan ini Hans Albert menambahkan bahwa mengukur pengaruh hukum terhadap perilaku masyarakat atau keefektifan hukum merupakan salah satu fungsi dari metode penelitian hukum empiris, atau ... *it also includes the influence of those rules on the member of the society*"²¹³. Pandangan Geest dan Albert ini agak mendekati semangat pengintegrasian metode penelitian hukum normatif dan metode penelitian hukum empiris dalam posisi yang saling berdampingan (*juxtaposition*) seperti apa yang tersirat dalam konsepsi Teori Hukum Murni dan Teori Umum Tentang Norma dari Hans Kelsen.

Dalam kaitan dengan pandangan Geest, penulis ingin memberi catatan bahwa penggunaan analisis teks dan logika merupakan metode penelitian hukum normatif terutama dalam kegiatan pembuatan Undang-Undang yang sama sekali baru atau dalam melakukan revisi Undang-Undang dalam skala luas dan kompleks. Mengapa demikian, karena hal itu ada diranah Teori Hukum Normatif yakni Teori Perancangan Undang-Undang (*legislative drafting*). Jadi yang dianalisis teks itu dengan menggunakan logika-logika hukum adalah teks dari Rancangan Undang-Undang (Bill). Artinya penggunaan metode normatif itu adalah rangkaian yang tak terpisahkan dari penggunaan metode empiris dengan kata lain, setelah metode

²¹²Mark van Hoecke; 2011, *Loc Cit*, Halaman 5.

²¹³Mark van Hoecke; 2011, *Loc Cit*, Halaman 6.

empiris menghasilkan laporan penelitian, kemudian dilanjutkan dengan pembuatan Naskah Akademik dan perancangan Bab dan Pasal yang memerlukan pengetahuan Teori Hukum Normatif. Disinilah barangkali terlihat contoh yang jelas posisi berdampingannya antara kedua jenis metode penelitian hukum itu. Dalam penggunaan kedua metode itu posisi berdampingan itu tidak selalu harus nampak dalam satu rangkaian proses pembuatan Undang-Undang tetapi dimungkinkan penggunaannya dalam isu hukum yang terpisah atau tersendiri. Dalam keadaan demikian itulah posisi berdampingan itu harus diartikan sebagai suatu tidak bertentangan satu sama lain. Artinya suatu permasalahan hukum tidak mutlak harus dipecahkan oleh metode normatif atau oleh metode empiris. Tergantung pada permasalahan hukumnya yang ingin dipecahkan, jika permasalahan berada pada norma hukum maka digunakan metode penelitian hukum normatif dan jika permasalahan terletak pada sikap dan perilaku masyarakat terhadap hukum maka digunakan metode penelitian hukum empiris. Mengenai hal ini sangat tepat apa yang dikatakan oleh Jaap Hage sebagai berikut: ...*"the proper method for legal science depend on ... the kind of questions addressed in legal science"*²¹⁴. Penulis dapat menyetujui sepenuhnya pernyataan itu.

²¹⁴Jaap Hage; 2011, *Op Cit*, Halaman 43.

Daftar Pustaka

- Apeldoorn, L J Van; 1980, "Pengantar Ilmu Hukum", Terj O Sadino, Pradnya Paramita, Jakarta
- Black, H C; 1979, "Black's Law Dictionary", St Paul Minn West Publishing Co
- Bruggink, J J H; 1996, "Refleksi Tentang Hukum", Terjm Arief Sidharta, PT Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Cohen, Morris L & Olson, Kent C ; 1992, "Legal Research in A Nutshell", St Paul Minn, West Publishing Co
- Coubrey, H Mc & White, N D; 1996, "Textbook on Jurisprudence", Blackstone Press Limited, London
- Darmodihardjo, Dardji & Sidharta; 2004, "Pokok-Pokok Filsafat Hukum", PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta
- D'Amato, Anthony; 2010, "The Effect of Legal Theories on Judicial Decisions", Northwestern University School of Law, US
- Deflem, Mathieu; 2013, "The Legal Theory of Jurgen Habermas", Hart Publishing, Oxford.
- Gijssel, Jan & Hoecke, Van ; 2000, "Apakah Teori Hukum Itu?", Terjm Arief Sidharta, Lab FU Universitas Katholik Parahyangan, Bandung , (Untuk Intern)
- Hart, H L A; 1981, "The Concept of Law", Clarendon Press, Oxford
- Hornby, As; 1985, "Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English", Oxford University Press, New York
- Jackson, Bernard S; 1990, "The Normative Syllogism And The Problem of Reference", Dlm "Law Interpretation And Reality", Editor P Nerhot, Kluwer Academic Publisher, Doodrecht.
- Kaufman, Arthur; 1990, "Preliminary Remark on Legal Logic and Ontology of Relation", Dlm "Law Interpretation And Reality", Editor P Nerhot, Kluwer Academic Publisher, Doodrecht.
- Kelsen, Han; 1991, "General Theory of Norm", Clarendon Press, Oxford.
- Lanur, Alex; 1989, "Logika Selayang Pandang", Kanisius, Yogyakarta
- Leyh, Gregory; 1992, "Legal Hermeneutic, History, Theory An Practice", University of California Press, Berkeley.

Manaman, Linus J Mc; 2013, *"Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound"*, Law Review, Edisi I, Volume 33, Number 1

Marzuki, P Mahmud; 2008, *"Pengantar Ilmu Hukum"*, Prenada Media Group, Jakarta

_____ ; 2007, *"Penelitian Hukum"*, Prenada Media Group, Jakarta

Meuwissen; 2008, *"Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum Dan Filsafat Hukum"*, Terjm B Arief Sidharta, PT Refika Aditama, Bandung.

Mertokusumo, Sudikno; 1996, *"Mengenal Hukum, Suatu Pengantar"*, Liberty, Yogyakarta.

Nonet, Philippe & Selznick, Philip; 2001, *"Law And Society in Transition"*, Transaction Publisher, London

Pound, Roscoe; 1911, *"The Scope And Purpose of Sociological Jurisprudenc"*, Harvard Law Review, Volume XXIV, Number 8.

Ranuhandoko, I P M; 2013, *"Terminologi Hukum"*, Sinar Grafika, Jakarta.

Santoso, H M Agus; 2012, *"Hukum, Moral Dan Keadilan"*, Prenada Media Group, Jakarta.