

Daftar Isi

Daftar Isi	v
Pengantar Editor	viii
Pengantar	xv
Sekapur Sirih	xvii
Pengantar Cetakan Kedua	xx

BAGIAN PERTAMA

Hukum Progresif, Prediksi Pemikiran Awal

1 Hukum Itu Perilaku Kita Sendiri	3
2 Hukum Hendaknya Membuat Bahagia	9
3 Menjalankan Hukum dengan Kecerdasan Spiritual .	16
4 Mengangkat Orang-orang Baik	23
5 Bernegara dengan Makna	29

BAGIAN KEDUA

Hukum Progresif, Menggugat dan Idealisme Hukum

1 Kediktatoran Pengadilan	37
---------------------------------	----

2	Mulai Bertindak Otentik	42
3	58 Tahun Negara Hukum Indonesia Negara Hukum, Proyek yang Belum Selesai	46
4	Pengadilan Progresif dan Kasasi	54
5	Siapa Bilang Jaksa Tak Butuh Keberanian?	59
6	Formal dan Nonformal dalam Ketatanegaraan	64
7	Para Penegak Hukum Pukullah "Genderang Perang"	68

BAGIAN KETIGA

Hukum Progresif, ke Arah Memposisikan Hukum Ideal
Masa Depan

1	Mendorong Peran Publik dalam Hukum	75
2	Habis Ketertiban? Datang Kekacauan	82
3	Perang di Balik Toga Hakim	89
4	Mengapa Undang-undang Terlalu Diributkan?	94
5	Melupakan Hukum, Memedulikan Hati Nurani	100
6	Menghukum dan Mendamaikan	104
7	Saatnya Mengubah Siasat dari Supremasi Hukum ke Mobilisasi Hukum	110
8	Bersatulah Kekuatan Hukum Progresif	114
9	"Sesuai Prosedur," Itu Tidak Cukup	120
10	Berantas Korupsi, Berpikirlah Luar Biasa	126
11	Demokrasi atau Bangkitnya "Preman"?	131
12	Jangan Abaikan Korupsi Kekuasaan	135
13	Mengapa Tidak Penegakan Kolektif?	140
14	Menunggu Hakim Partisan Antikorupsi	145

BAGIAN KEEMPAT

Wajah Hukum di Era Transisi

(Kristalisasi Pemikiran "Hukum Progresif")

1	Meretas Jalan bagi Pembangunan Tipe Hukum Progresif Melalui Pemahaman terhadap Peranan Mazhab Hukum Positivis dan Non-Positivis dalam Kehidupan Berhukum di Indonesia	151
2	Urgensi Etika (Moral) dalam Pembangunan Hukum Progresif di Masa Depan	204
3	Hukum Progresif Versus Pembangunan Hukum (Sebuah Pencarian Model)	237

Epilog: Indonesia Butuh Keadilan yang Progresif	268
---	-----

Indeks	277
Sumber Naskah	280
Biodata Penulis & Tim Editor	282

Meretas Jalan bagi Pembangunan Tipe Hukum Progresif Melalui Pemahaman terhadap Peranan Mazhab Hukum Positivis dan Nonpositivis dalam Kehidupan Berhukum di Indonesia

Firman Muntaqo

Hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya,.. dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu,... untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia

Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, S.H.

Pendahuluan

Kondisi Hukum di Indonesia sebelum reformasi tidak mampu memberikan kepastian sebagaimana yang diharapkan, apalagi memberikan keadilan sebagaimana yang diharapkan oleh masyarakat. Namun, rezim Orde Baru beranggapan telah melaksanakan pemerintahan atas dasar kepastian dan ke-

adilan, serta berusaha merealisasikannya melalui berbagai program yang disebut dengan istilah "pemerataan", mulai dari pemerataan untuk memperoleh pendidikan sampai pada pemerataan memperoleh kesehatan (yang sebenarnya memang merupakan kewajiban yang harus diemban oleh pemerintah di manapun).

Pada zaman Orde Baru, rakyat yang diwakili oleh MPR, DPR, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten kedudukannya tidak lebih sebagai lembaga yang "melegalisasi" kewenangan pemerintah/eksekutif. Peran eksekutif dalam membuat berbagai peraturan perundang-undangan demikian kuatnya. Alasan yang dikembangkan pada masa itu adalah, bahwa eksekutif lebih mengetahui keadaan lapangan atau kondisi rakyat, dan memiliki kemampuan, dana, dan ahli yang mampu membuat hukum untuk menjalankan pemerintahan dengan baik. Pemerintahan demikian diistilahkan dengan pemerintahan yang "Heavy Executive". Namun apakah benar demikian? \

Demikian besarnya kekuasaan eksekutif pada era Orde Baru untuk membuat hukum (dalam pengertian peraturan-perundang-undangan), ternyata telah menciptakan kekuasaan yang otoriter, dan diliputi dengan berbagai tindakan KKN, serta berbagai ketidakadilan terhadap rakyat, mulai dari larangan melakukan demonstrasi, perampasan hak atas tanah dengan dalih demi pembangunan, sampai pada pembatasan hak untuk menyampaikan suara (pembredelan media massa).

Terdapat persepsi yang kuat pada rezim Orba, bahwa tanpa mengikuti perkembangan alur pertumbuhan hukum modern (*Mazhab Hukum Positivis*) Indonesia tidak akan menjadi negara dan bangsa yang modern dan maju. Rezim Orba berpendapat Hukum adat sebagai *The Living Law* tidak mampu menjadi sarana/alat untuk melakukan pembangunan hukum, karena sifatnya yang tidak tertulis dan dianggap tidak memberikan kepastian hukum. Menyerahkan pertumbuhan hukum pada masyarakat sebagaimana yang dianut oleh

Mazhab Hukum Non-Positivistis, dengan memfasilitasi untuk tumbuh dan berkembangnya *the living law*, sebagaimana yang dipraktikkan oleh pemerintah kolonial dan awal-awal kemerdekaan dianggap suatu kemunduran, dengan alasan bahwa hukum adat sebagai *the living law*, telah disusupi unsur-unsur feodalisme; mengandung unsur penghisapan manusia atas manusia; dimanfaatkan oleh pemerintah kolonial untuk kepentingan ekonominya, dan lain-lain. Dengan kata lain *hukum adat sebagai the living law dianggap banyak mengandung cacat yuridis, oleh karena itu harus disempurnakan, diretool, disaneer, dan untuk dapat berlaku maka hukum adat tidak boleh bertentangan dengan undang-undang atau peraturan lain yang lebih tinggi (tidak boleh bertentangan dengan hukum tertulis)*. Juga tidak jelas siapa yang berhak melakukan penyempurnaan terhadap hukum adat tersebut. Pendek kata, nampaknya nasib hukum adat sangat ditentukan oleh hukum tertulis.

Derasnya arus informasi yang masuk sebagai dampak dari globalisasi, terutama di bidang informasi, serta kondisi ekonomi Indonesia yang semakin memburuk, serta berbagai tindakan pemerintah Orde Baru yang cenderung represif semakin mendorong rakyat untuk melakukan gerakan untuk menurunkan rezim Orba dan mengubah praktik pemerintahan yang "Heavy Executive" yang dirasakan tidak mampu merespon rasa kepastian dan keadilan hukum yang berkembang di masyarakat. Reformasi dilakukan dengan melakukan eksperimentasi penerapan pemerintahan atas dasar sistem "Check and Balance", yaitu memberikan keseimbangan kekuasaan antara Eksekutif, Legislatif, dan Yudikatif.

Walaupun reformasi telah berhasil menurunkan rezim Orde Baru, kebebasan politik telah berhasil dihadirkan, pemerintahan atas dasar sistem "Check and Balance" dapat diciptakan, otonomi daerah diimplementasikan, dan berbagai instrumen hukum, politik dan kemasyarakatan telah tumbuh,

namun ternyata keadilan yang didambakan oleh masyarakat hadir di bumi Nusantara ternyata tidak kunjung tiba.

Walaupun dengan reformasi bangsa Indonesia berhasil mengangkat hukum sampai pada taraf mendekati ideal, tetapi ternyata hal tersebut malah makin menimbulkan kekecewaan mendalam pada masyarakat. Komersialisasi dan *commodification* hukum makin tahun makin marak¹. Dalam pemberantasan korupsi misalnya, walaupun berbagai peraturan diubah atau dibuat, berbagai komisi dibentuk, namun hasilnya tetap mengecewakan. Hampir di mana-mana hukum seperti ini tidak mampu mengatasi berbagai persoalan yang dihadapi bangsa Indonesia saat ini. Menanggapi ketidakmampuan hukum mengatasi berbagai persoalan hukum Pasca Reformasi, Satjipto Rahardjo, secara kritis menyatakan: apa yang salah dengan hukum kita? Apa yang salah dengan cara kita berhukum? Dan bagaimana cara mengatasinya?²

Untuk menjawab ketiga pertanyaan tersebut, Prof. Tjip menganjurkan kita untuk merumuskan kembali strategi atau siasat hukum yang akan kita implementasikan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara serta melakukan peninjauan kembali basis teori hukum yang menjadi dasar pembangunan sistem hukum nasional. Beliau menganjurkan kita untuk *menolak status quo*, dan secara *progressif* melakukan pembebasan yang dirumuskan ke dalam gagasan dan tipe *Hukum Progresif*,³ yaitu mengubah secara cepat, melakukan pembalikan yang mendasar dalam teori dan praksis hukum, serta melakukan berbagai terobosan. Pembebasan tersebut didasarkan pada prinsip bahwa: "*Hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya,.. dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu,.. untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia.*"⁴

1 Satjipto Rahardjo, "*Hukum Progresif: Hukum Yang Membebaskan*", Edisi Perdana Majalah Hukum Progresif, Program Doktor Ilmu Hukum Undip, 2005, hal 4.

2 *Ibid*, hal 5.

3 *Ibid*, hal 5.

4 *Ibid*, hal 6.

Kritik Prof. Tjip menimbulkan pertanyaan, antara lain: Mazhab hukum apa yang selama ini menjadi dasar pelaksanaan hukum di Indonesia yang ternyata tidak mampu menyelesaikan berbagai persoalan hukum yang timbul? Mengapa mazhab hukum tersebut dianut dan menjadi dasar pelaksanaan pemerintahan selama ini? Apa yang dimaksud dengan ajakan pembebasan yang diintrodusir oleh Prof. Tjip dalam bentuk penolakan *status quo* dan beralih pada gagasan hukum progresif sebagai jalan untuk menemukan format pembangunan hukum yang sesuai bagi Indonesia? Bagaimana seharusnya pembangunan hukum di Indonesia dilaksanakan?

Pertanyaan di atas menjadi pemicu inspirasi yang sangat baik dalam memahami mazhab hukum yang mendasari, mewarnai, bahkan menentukan langgam kehidupan berhukum di Indonesia. Pemahaman tersebut merupakan langkah awal untuk masuk pada pembahasan mengenai kegagalan hukum di Indonesia dalam memberikan kepastian dan keadilan pada rakyat, serta menjadi pijakan untuk memberikan kritik konkrit terhadap kehidupan berhukum di Indonesia, karena dengan memahami mazhab hukum akan dapat ditemukan basis teori hukum yang menjadi dasar praktik berhukum dan implementasinya dalam kehidupan berhukum suatu masyarakat/negara.

Pemahaman terhadap mazhab hukum sebagai salah satu bentuk kategorisasi hukum; dominasi mazhab hukum dalam praktik hukum di Indonesia; identifikasi kelemahan praktik hukum di Indonesia, serta nomenklatur pembangunan hukum di Indonesia merupakan aspek-aspek penting yang harus difahami dalam upaya mengajukan kritik konkret bagi pembangunan hukum Indonesia di masa yang akan datang.

Kategorisasi Hukum

Tindakan manusia, termasuk di bidang hukum sangat dipengaruhi oleh aliran pemikiran yang dianutnya (mazhab).

Walaupun di kalangan teoritis hukum masih terdapat perbedaan pendapat terhadap istilah mazhab hukum, dalam tulisan ini mazhab hukum dimaknakan sebagai aliran pemikiran (*Legal Thought*) yang berkembang dalam khasanah hukum yang bergerak di bidang Filsafat Hukum maupun Teori Hukum.⁵

Untuk dapat menggolongkan aliran-aliran pemikiran hukum dalam berbagai mazhab, maka pemastian terhadap kedudukan ilmu hukum dalam ilmu pada umumnya mempunyai peranan penting. Ilmu Hukum termasuk dalam kelompok ilmu praktis, yaitu ilmu yang berfungsi untuk mengubah keadaan atau menawarkan penyelesaian terhadap masalah konkret. Pada posisi demikian, maka ilmu hukum harus bersifat terbuka untuk mempengaruhi dan dipengaruhi oleh komunitas ilmu di luar ilmu hukum dan nilai-nilai manusiawi. Ilmu hukum merupakan tempat bertemu dan berinteraksinya berbagai ilmu yang bermuara pada suatu konvergensi dari ilmu-ilmu tersebut.

Walaupun demikian, dibandingkan dengan ilmu-ilmu praktis yang lain, ilmu hukum memiliki sifat yang khas dan khusus. Selain terbentuk melalui sejarah yang panjang, ilmu hukum juga mempunyai sifat yang berdampak langsung pada kehidupan manusia dan objek telaahnya. Objek telaahan ilmu hukum berkenaan dengan tuntutan untuk berperilaku tertentu, di mana kepatuhan tidak sepenuhnya ditentukan oleh kehendak bebas, akan tetapi dapat dipaksakan melalui kekuasaan publik.

Kondisi di atas mengakibatkan hukum menjadi rebutan bagi berbagai disiplin ilmiah lainnya yang menjadikan hukum sebagai objek kajiannya. Optik demikian membawa DHM Meuwissen mengelompokkan ilmu hukum dalam 2 (dua)

5 Hendar Laudjeng dan Rikardo Simarmata, "Mazhab Hukum Yang Non-Positivistik Dalam Bidang Hukum Sumber Daya Alam: Pengalaman di Sumbar, Kalbar, Sulteng, Maluku, dan Papua", dalam N.Kusuma dan Fitria Agustira (Penyit), "Gelombang Perlawanan Rakyat" Kasus-Kasus Gerakan Sosial di Indonesia", Insist Press, Jogjakarta, 2003, hal 127.

kelompok besar, yaitu: Ilmu Hukum Praktis dan Ilmu Hukum Teoritis. Ilmu hukum praktis menekuni kegiatan manusia dengan tujuan mewujudkan hukum dalam kenyataan kehidupan sehari-hari secara konkrit melalui pembentukan hukum, penemuan hukum dan bantuan hukum. Sedangkan Ilmu Hukum Teoritis menekuni refleksi teoritis terhadap hukum.

Lebih lanjut berdasarkan derajat abstraksinya, DHM Meuwissen membedakan disiplin hukum dalam 3 (tiga) kelompok, yaitu: 1. Kelompok disiplin hukum yang derajat abstraksinya paling rendah, terdiri dari Dogmatik Hukum, Sejarah Hukum, Perbandingan Hukum, Sosiologi Hukum, dan Psikologi Hukum, 2. Disiplin hukum yang lebih abstrak adalah Teori Hukum, sedangkan, 3. Disiplin hukum yang derajat abstraksinya paling tinggi adalah Filsafat Hukum. Dengan demikian, pengelompokkan tersebut membedakan antara dogmatik hukum (ilmu hukum dalam arti sempit), teori hukum dan filsafat hukum.⁶

Walaupun para teoritis terus berupaya melakukan sistematisasi atau pengelompokkan disiplin hukum, tetap saja terjadi kekacauan untuk dapat menempatkan posisi pembeda antara ilmu hukum, teori hukum, dan filsafat hukum. Tetapi saja terjadi tumpang tindih, reflikasi definisi dan pemakaian objek kajian yang dilakukan oleh ketiga kelompok disiplin hukum tersebut. Sebagai contoh, tumpang tindih antara ilmu hukum dalam arti luas dengan teori hukum. Sebagian teoritis berpendapat bahwa keduanya adalah sinonim, namun sebagian yang lain menyatakan bahwa hubungan keduanya bersifat komplementer. Bahkan, terdapat teoritis yang me-

6 Di antara para teoritis yang melakukan sistematisasi disiplin hukum antara lain adalah, Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto yang membagi hukum menjadi: 1. Politik Hukum, 2. Filsafat Hukum, dan 3. Ilmu Hukum. Selanjutnya ilmu hukum dibagi menjadi ilmu tentang norma (*Normwissenschaft*), Ilmu pengertian hukum (*Begriffenwissenschaft*), dan ilmu tentang kenyataan (*Tatsachenwissenschaft*). Ilmu kenyataan hukum terbagi atas Sejarah Hukum, Sosiologi Hukum, Psikologi Hukum, Perbandingan Hukum, dan Anthropologi Hukum. Darji Darmodiharjo dan Sidharta, "Pokok-Pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia", Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1999, hal 18-19. Lihat juga H.Ridwan Syahrani, "Rangkuman Intisari Ilmu Hukum", PT. Citra Aditya Bhakti, 1999, hal. 2-3.

nyatakan bahwa ilmu hukum dan filsafat hukum adalah nama-nama yang sama untuk satu bidang ilmu yang mempelajari hukum yang sama⁷.

Upaya para teoritis untuk memberikan pemahaman terhadap ilmu hukum dan filsafat hukum dengan cara mencampurkan keduanya pada akhirnya mengakibatkan kaburnya batasan antara kajian ilmu hukum, teori hukum, dan filsafat hukum. Literatur tentang Ilmu Hukum seringkali sekaligus merupakan pembahasan tentang Teori Hukum dan Filsafat Hukum, demikian juga sebaliknya.

Dari berbagai teori yang ada dalam berbagai literatur, jelas bahwa upaya untuk melakukan kategorisasi terhadap hukum yang dilakukan oleh teoritis-teoritis tetap memunculkan berbagai perbedaan pendapat, sehingga menimbulkan berbagai istilah untuk objek yang sama. Ada yang menyebut kategorisasi pemikiran-pemikiran hukum sebagai kategori Teori Hukum⁸, atau Filsafat Hukum⁹, Paradigma Hukum¹⁰, dan Mazhab Hukum¹¹.

Penganut Filsafat Hukum berpendapat bahwa, filsafat hukum merupakan kategori dari disiplin hukum yang menjelajahi dan berupaya menemukan hakikat hukum dengan mengajukan pertanyaan-pertanyaan mendasar, misalnya: apakah hukum itu sebenarnya; apa sebab manusia mentaati hukum?; apa makna keadilan yang menjadi ukuran baik dan buruk, dan sebagainya. Jawaban-jawaban atas pertanyaan yang mendasar tersebut merupakan sarana bagi filsafat hukum untuk menggambarkan khasanah dunia etis yang menjadi latar belakang yang tidak dapat dijangkau oleh panca indera. *Filsafat hukum juga berperan dalam mencari dan mene-*

mukan ide tentang hukum yang dapat dipergunakan sebagai landasan etis hukum positif nasional suatu negara.

Bagi penganut kategori Teori Hukum yang memaknakan teori hukum sebagai disiplin ilmu hukum yang khusus mendalami persoalan dan hakiki hukum, pengkajian terhadap hukum dilakukan sampai pada konsepsi-konsepsi tentang manusia, hubungan antarmanusia, dan hubungan manusia dengan alam. Gustav Radbruch menyatakan bahwa, teori hukum menjadikan nilai-nilai dan postulat-postulat hukum sebagai basisnya, bukan peraturan-peraturan hukum. Dengan demikian, maka tugas teori hukum adalah membuat jelas nilai-nilai serta postulat-postulat hukum sampai pada landasan filosofisnya. Teori hukum juga menjawab sejumlah pertanyaan mendasar, misalnya: mengapa hukum berlaku, apa dasar kekuatan mengikat hukum? Apa keadilan itu? Bagaimana hukum yang adil? Bagaimana hukum seharusnya difahami? Apa yang menjadi tujuan hukum?¹²

Pembandingan terhadap makna disiplin ilmu hukum sebagaimana yang dimaknakan oleh teoritis yang menganut kategori teori hukum dan filsafat hukum memberikan pengertian bahwa, muatan yang dibahas oleh kedua penganut tersebut ternyata tidak menunjukkan adanya perbedaan yang mendasar. Oleh karena itu, nampaknya dengan menggunakan istilah mazhab hukum sebagai mata bahasan dapat diterima baik oleh penganut teori hukum maupun filsafat hukum, karena dari segi muatannya diakui oleh penganut kedua kategorisasi tersebut. Dengan demikian, maka istilah mazhab hukum yang dimaknakan sebagai aliran pemikiran dapat sekaligus masuk dalam mata bahasan filsafat hukum maupun teori hukum, sebab aliran pemikiran dapat bermakna filsafat hukum, maupun teori hukum.

Kelebihan penggunaan istilah mazhab hukum dibandingkan dengan istilah paradigma hukum, teori hukum, atau

7 Satjipto Rahardjo, "Ilmu Hukum", Alumni, Bandung, 1986, hal 9. Lili Rasjidi, "Dasar-Dasar Filsafat Hukum", PT. Citra Aditya Bhakti, 1990, hal 4.

8 Ibid, hal 224-246.

9 Theo Huijbers, "Filsafat Hukum", Jogjakarta, Kanisius, 1991, hal 22

10 Lili Rasjidi dan IB, Wyasa Putra, "Hukum Sebagai Suatu Sistem", Bandung, Remaja Rosdakarya, hal 63-85.

11 H. Riduan Syahradi, *op.cit.*, hal 33-59.

12 Hendar Laudjeng dan Rikardo Simarmata, *op.cit.*, hal 126.

filosofi hukum adalah, jika dipergunakan istilah filsafat hukum, maka bagi kelompok yang membedakan antara filsafat dan teori hukum, maka pemikiran-pemikiran hukum tersebut tidak bisa dipakai sebagai mata bahasan teori hukum, karena objek keduanya berbeda. Demikian juga sebaliknya, jika ada yang mengatakan bahwa filsafat hukum bertugas mempelajari hukum dari keuniversality-nya (*law as such*), atau mengungkapkan hakekat hukum dengan cara menemukan landasan yang terdalem dari keberadaan hukum. Sedangkan teori hukum, berdasarkan asal usulnya ditampilkan guna menjawab kelesuan minat pada filsafat hukum yang dianggap terlalu abstrak dan spekulatif, sementara ilmu hukum (dogmatik hukum) dinilai terlalu konkrit dan terikat pada waktu dan tempat tertentu.

Berdasarkan uraian di atas, maka tepat apa yang dinyatakan Bernard Arief Sidharta, bahwa teori hukum (*rechts theorie*), berada di antara ilmu hukum dan filsafat hukum dan bertugas memeriksa unsur-unsur yang sama dalam hal bentuk pada semua sistem hukum, di antaranya mencakup sifat hukum, hubungan antara negara dan hukum, hubungan antara hukum dan masyarakat.¹³ Pemakaian istilah filsafat hukum tidak bermasalah bagi pemakai istilah teori hukum, apabila dipandang tidak ada perbedaan antara filsafat hukum dan teori hukum, demikian juga sebaliknya, namun demikian kenyataannya tidak demikian halnya.

Berdasarkan berbagai pendapat di atas, maka untuk menghindari polemik antara teori hukum dan filsafat hukum, maka istilah "mazhab" hukum, yang bermakna aliran pemikiran dapat sekaligus mengakomodir mata bahasan filsafat hukum dan teori hukum, karena "aliran pemikiran" dapat bermakna filsafat maupun teori.

¹³ Bernard Arief Sidharta, "Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum Sebuah Penelitian Tentang Fondasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia", Bandung, CV. Mandar Maju, hal 120-121.

Walaupun terdapat berbagai kesulitan dalam perbedaan ketiga disiplin ilmu hukum tersebut, namun kenyataannya kajian terhadap hukum terus berkembang, karena didukung oleh adanya dinamika perkembangan ilmu pengetahuan pada umumnya dan krisis yang dialami oleh mazhab hukum sebelumnya (*positivisme hukum*) yang tanpa disadari ternyata menimbulkan kemajuan bagi disiplin ilmu hukum, berupa: pertama keragu-raguan/kesangsian terhadap keilmiahannya ilmu hukum semakin menurun dan berakhir dengan pengakuan sebagai ilmu, dan kedua: terjadinya pergeseran yang revolusioner terhadap cara memandang hukum.

Perkembangan yang menghasilkan kemajuan tersebut muncul dalam bentuk teori-teori, filsafat ataupun mazhab baru yang menolak teori, filsafat, ataupun mazhab-mazhab sebelumnya. Gelombang pembaharuan hukum yang terjadi semakin diperkuat dengan kajian-kajian yang bersifat empirik yang ditawarkan antara lain oleh disiplin ilmu sosiologi hukum, antropologi hukum, sejarah hukum dan psikologi hukum. Penolakan tersebut hingga kini tetap berlangsung di tengah-tengah berpengaruh dan tercengkeramnya disiplin ilmu hukum oleh mazhab positivisme hukum.

Mazhab Positivisme Hukum

Perkembangan mazhab hukum sangat dipengaruhi oleh perkembangan filsafat ilmu, oleh karena itu dalam setiap mazhab hukum yang berkembang akan ditemukan aliran filsafat ilmu yang menjadi landasan berpijak perkembangannya. Sebagai contoh, Teori Kelsen tentang Hukum Murni berinduk pada Neokantianisme; Positivisme Hukum dari H.L.A. Hart berkaitan dengan ajaran Rasionalisme Kritis dari Karl Popper yang juga menjadi inspirasi bagi Hans Albert dalam mengembangkan hukum empiris. Kelahiran mazhab-mazhab hukum berikutnya pun tidak terlepas dari perkembangan aliran filsafat ilmu.

Dari sejarah dapat ditarik pengertian, bahwa mazhab positivisme hukum lahir sebagai respon penolakan terhadap ajaran hukum alam. Penolakan mazhab positivisme terhadap aliran hukum alam diimplementasikan dengan menonjolkan rasio. Dengan dasar rasio, mazhab positivisme hukum menilai bahwa ajaran hukum alam terlalu idealis, tidak memiliki dasar, dan merupakan bentuk dari penalaran yang palsu.

Dengan dasar konsep filsafat positivisme, mazhab positivisme hukum merumuskan sejumlah premis dan postulat mengenai hukum yang menghasilkan pandangan dasar mazhab positivisme hukum bahwa:

- a. Tata hukum suatu negara berlaku bukan karena mempunyai dasar dalam kehidupan sosial, maupun dalam jiwa bangsa, dan juga bukan berdasarkan hukum alam, namun karena mendapat bentuk positifnya dari suatu instansi yang berwenang;
- b. Hukum harus dipandang semata-mata dalam bentuk formalnya, dengan demikian harus dipisahkan dengan bentuk materialnya;
- c. Isi hukum atau materi hukum diakui ada, tetapi bukan menjadi bahan ilmu hukum, karena hal tersebut dapat merusak kebenaran ilmiah ilmu hukum.¹⁴

H.L.A. Hart mengemukakan ciri dari mazhab positivisme hukum sebagai berikut:

- a. Hukum hanyalah perintah penguasa;
- b. Tidak ada hubungan mutlak antara hukum dan moral dan etika;
- c. Analisa tentang konsepsi-konsepsi hukum dibedakan dari penyelidikan sejarah dan sosiologi;
- d. Sistem hukum haruslah sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup yang diperoleh atas dasar logika, tanpa mempertimbangkan aspek sosial, politik, moral, maupun etik.

¹⁴ Lili Rajidi dan IB.Wyasa, *op.,cit*, hal 81.

Positivisme hukum dalam perkembangannya terbagi menjadi 2 (dua) aliran, yaitu: aliran Hukum Positif Analitis (*Analytical Jurisprudence*) dengan tokohnya John Austin, dan aliran Hukum Murni (*Reine Rechts Lehre*) dari Hans Kelsen. Austin mengemukakan tiga hal pokok positivisme hukum, yaitu:

- a. Satu-satunya sumber hukum adalah kekuasaan yang tertinggi pada suatu negara. Dengan demikian, hukum adalah perintah dari kekuatan politik di suatu negara yang memegang kekuasaan tertinggi (kedaulatan) di suatu negara;
- b. Hukum merupakan sistem logika yang bersifat tetap dan tertutup (*Closed Logical System*). Oleh karena itu, sebagai objek kajian, maka hukum harus dilepas dari unsur nilai;
- c. Hukum haruslah memenuhi unsur perintah, sanksi, kewajiban dan kedaulatan. Tidak terpenuhinya keempat unsur tersebut, berarti hal tersebut bukanlah hukum, akan tetapi berupa *moral positif*.

Hans Kelsen lebih mempertajam faham yang diintrodusir oleh John Austin, dengan menyatakan bahwa hukum bukan saja harus dibersihkan dari anasir-anasir moral, akan tetapi juga dari anasir-anasir sosiologi, politik, dan sebagainya sebagaimana yang diajarkan oleh Mazhab Hukum Alam tentang persepsi hukum kebiasaan, serta konsepsi keadilan. Dengan kata lain, hukum juga harus anti ideologis agar terhindar dari segala hal yang bersifat "ideal" dan "benar". Alur pikir Hans Kelsen yang hendak memisahkan unsur non-hukum dari hukum dikenal dengan "*Teori Murni Tentang Hukum/Reine Rechts Lehre/The Pure Theory of Law*".¹⁵

Berdasarkan uraian di atas dapat ditarik pengertian bahwa, apabila disarikan maka bagi penganut mazhab positivisme hukum, dari segi bentuk maka "hukum dilihat sebagai undang-undang"; dari segi isi sebagai "perintah penguasa", dan

¹⁵ Soerjono Soekanto, "*Teori Murni tentang Hukum*", Bandung, Alumni, hal 144-145.

dari segi persyaratan terdiri dari "sanksi, perintah, kewajiban, dan kedaulatan". Dengan demikian, *otoritas yang membentuk hukum adalah penguasa yang berdaulat, yang bentuknya diidentikkan dengan undang-undang dan diberlakukan terhadap pihak yang dikuasai*.

Perkembangan lebih lanjut mazhab positivisme hukum mendapat dukungan dari mazhab utilitarianisme, dengan pemikir utamanya Jeremy Betham dari Inggris.

Penolakan terhadap Mazhab Positivisme Hukum

Penolakan terhadap mazhab positivisme hukum pertama kali dilakukan oleh Friederich Carl Von Savigny ahli hukum berkebangsaan Jerman seorang penganut Aliran Sejarah Hukum, dilanjutkan muridnya Pucta. Sedangkan di Inggris, Aliran Sejarah Hukum dikembangkan oleh Henry Summer Mine. Kritik yang dilancarkan oleh Aliran Sejarah Hukum terhadap Mazhab Positivisme Hukum adalah bahwa, hukum bukan hanya dikeluarkan oleh penguasa publik dalam bentuk undang-undang, namun hukum adalah jiwa bangsa (*Volkgeist*), yang isinya berupa aturan tentang kebiasaan hidup masyarakat. "Hukum tidak hanya berbentuk undang-undang, melainkan juga adat-istiadat dan doktrin hukum." Sedangkan kekuatan membentuk hukum terletak pada rakyat yang nota bene terdiri dari kompleksitas unsur individu dan kelompok-kelompok masyarakat.

Sebagaimana ilmu pada umumnya yang pada dasarnya merupakan proses dialektik antara thesa dan antithesa yang akan memunculkan suatu synthesa yang juga akan berkedudukan sebagai thesa lagi, dan seterusnya, maka pertentangan pandangan antara mazhab positivisme hukum dengan mazhab sejarah hukum dicoba untuk diakomodir oleh aliran/mazhab *Sociological Jurisprudence*, dengan tokoh utamanya Eugen Ehrlich dan Roscoe Found. Mazhab ini menyatakan bahwa, *hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan*

hukum yang hidup dalam masyarakat. Rumusan demikian diintrodusir dalam rangka menemukan hubungan antara hukum dan masyarakat, antara hukum tertulis dengan hukum tidak tertulis yang bertujuan demi menghadirkan kepastian hukum dan *living law* sebagai penghargaan pentingnya peranan masyarakat dalam pembentukan hukum dan orientasi hukum¹⁶.

Perkembangan lebih lanjut di Amerika Serikat, Roscoe Pound mengemukakan konsep "hukum sebagai alat merekayasa masyarakat" (*law as a tool of social engineering*).¹⁷ Mochtar Kusuma Atmaja menyatakan bahwa:

"Pendayagunaan hukum sebagai sarana untuk merekayasa masyarakat menuju skenario kebijakan pemerintah (eksekutif) amatlah terasa diperlukan oleh negara-negara berkembang, jauh melebihi kebutuhan negara-negara industri maju yang telah mapan, karena negara-negara maju telah memiliki mekanisme hukum yang telah "jalan" untuk mengakomodasi perubahan-perubahan di dalam masyarakat, sedangkan negara-negara berkembang tidaklah demikian."¹⁸

Sekilas nampaknya pendapat Mochtar Kusuma Atmaja tersebut cocok dengan kebutuhan pembangunan hukum di Indonesia, karena bagi bangsa yang belum lama merdeka, maka strategi untuk dapat menangkap dan mengakomodasi perubahan nilai-nilai hukum yang ada di masyarakat dalam rangka mengembangkan skenario bagi kebijakan pemerintah merupakan kebutuhan yang nyata.

Namun, penilaian Mochtar yang menyatakan bahwa, pada masyarakat negara-negara berkembang belum terdapat mekanisme hukum yang telah "jalan" untuk mengakomodasi perubahan-perubahan di dalam masyarakat, merupakan argu-

16 Lili Rasjidi dan I.B.Wyasa, *op.cit*, hal 83.

17 Soetandyo Wignjosoebroto, "Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional: Dinamika Sosial Politik dan Perkembangan Hukum di Indonesia", Jakarta, Rajawali Press, 1994, hal 231.

18 Mochtar Kusuma Atmaja, dalam Sutandyo Wignjosoebroto, *ibid*.

men yang perlu dipertanyakan validitasnya, karena fakta sejarah menunjukkan bahwa, terlepas dari politik pluralisme hukum yang dikembangkan oleh pemerintah kolonial demi kepentingan ekonominya, ternyata hukum adat sebagai *the living law*, mampu mengakomodir perubahan-perubahan yang terjadi pada masyarakat di Indonesia. Selain itu, jelas nampak bahwa dengan menggunakan *intergentiel recht*/hukum antar-golongan yang berfungsi menjembatani berbagai sistem hukum yang berlaku, pemerintah kolonial mampu melakukan harmonisasi antara sistem-sistem hukum yang berbeda yang saat itu diberlakukan pemerintah kolonial berdasarkan Pasal 131 Jo Pasal 163 IS.

Selain itu, kritik yang dapat diajukan pada pendapat Mochtar Kusuma Atmaja adalah, bahwa pendapat Roscoe Pound tentang fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial atau *Law as tool of Social Engineering*, dilontarkan bukan atas dasar faham hukum positivistis yang memaknakan hukum (*Law*) sebagai peraturan perundang-undangan termasuk kebijaksanaan pemerintah. Konsep hukum (*Law*) dalam pengertian Roscoe Pound bukanlah bermakna undang-undang/*Act*, atau aturan-aturan hukum lainnya yang dibuat oleh eksekutif, namun makna hukum/*Law* dalam pengertian *Law as tool of Social Engineering*, adalah hukum yang dibuat oleh hakim atau yang lebih dikenal dengan istilah putusan hakim atau *Judge Made Law*, karena hukum yang demikian diproduksi oleh negara yang mempraktikkan *Common Law System*, bukan *Civil Law System* seperti Indonesia. Dengan kata lain, *Law* dalam pengertian *Common Law System* dapat bermakna *Act*, dan *Judge Made Law*. Dalam kaitannya dengan konsep *Law as tool of social engineering*, Pound memaknakan *Law as Judge Made Law*, bukan bermakna *Law as Act*.

Dengan demikian, maka menggunakan hukum sebagai sarana rekayasa sosial dengan mengeluarkan berbagai peraturan perundang-undangan tanpa dasar berpijak pada nilai-

nilai yang dapat disarikan atau diambil dari berbagai putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap dan bernilai sebagai jurisprudensi (*Law as Judge Made Law*) yang merupakan wadah/wahana yang menampung perkembangan nilai-nilai yang ada di masyarakat merupakan tindakan yang sembrono dan tak dapat dipertanggungjawabkan.

Selain itu, penggunaan hukum sebagai sarana rekayasa sosial hanya mungkin dapat dilakukan apabila potensi untuk berkembangnya hukum kebiasaan, adat-istiadat, hukum adat sebagai instrumen yang terdapat dalam masyarakat yang memiliki kemampuan untuk mengatur dirinya sendiri, diberi ruang tumbuh dalam sistem hukum nasional.

Dengan demikian, dapat disarikan bahwa pendapat Mochtar Kusuma Atmaja tersebut hanya menunjukkan adanya keinginan untuk menempatkan hukum negara (*hukum tertulis*) sebagai satu-satunya instrumen yang memadai untuk mengantarkan masyarakat Indonesia menuju kemajuan. Hal ini menunjukkan bahwa, Mochtar Kusuma Atmaja menganut aliran Positivisme Hukum dalam strategi pembangunan hukum di Indonesia, yang pada intinya hendak menyatakan bahwa, masyarakat Indonesia yang maju akan dapat tercipta apabila pemerintah/negara menciptakan dan menggunakan hukum tertulis sebagai sarana untuk mengakomodir perubahan-perubahan yang terjadi pada masyarakat.

Jika aliran positivisme hukum menyatakan bahwa hukum itu diciptakan dan dapat digunakan sebagai alat/instrumen rekayasa sosial (*law as a tool of social engineering*) untuk mendorong dan menciptakan perubahan dalam masyarakat, maka aliran sejarah berpendapat bahwa hukum bukan diciptakan, namun ditemukan dalam masyarakat.

Selain aliran *Sociological Jurisprudence*, penolakan asumsi-asumsi yang dikembangkan oleh positivisme hukum juga dilontarkan oleh mazhab realisme hukum (*Legal Realism*) dengan menyatakan bahwa, hukum yang sebenarnya adalah

hukum yang dipraktikkan dalam kenyataan. Hukum bukanlah apa yang tertulis dengan indah dalam undang-undang, melainkan apa yang dipraktikkan oleh para pejabat penyelenggara hukum, polisi, jaksa, hakim atau siapa saja yang melaksanakan fungsi pelaksanaan hukum. Oliver Wendel Holmes menyatakan bahwa, *yang menentukan nasib pelaku kejahatan bukanlah rumusan sanksi dalam undang-undang, melainkan pertanyaan dan keputusan hakim*. Dengan bahasa lain, Chipman Gray menyatakan bahwa, hukum bukanlah undang-undang melainkan apa yang berlaku dalam praktik. Chipman Gray berpendapat bahwa hukum bukan lagi suatu *Closed Logical System*, melainkan *Open Logical System*. Di sini terlihat bahwa mazhab realisme hukum merupakan lanjutan dari mazhab *Sociological Jurisprudence* yang mengatakan sumber hukum satu-satunya bukan pemegang kekuasaan negara, namun para pelaksana hukum, terutama para hakim. Kekuasaan membuat hukum bukan lagi mutlak ada di tangan pemegang kekuasaan politik, namun juga di tangan para pelaksana hukum. Juga dinyatakan bahwa, bentuk hukum bukan lagi sebatas undang-undang, namun juga meliputi putusan hakim dan tindakan-tindakan yang dilakukan dan diputuskan oleh pelaksana hukum.

Di Jerman, ajaran realisme hukum dikembangkan lebih lanjut dan melahirkan Ajaran Hukum Bebas (*Freirechtslehre*) yang menyatakan bahwa, tugas hakim adalah menciptakan hukum, itulah sebabnya hakim harus diberi hak untuk melakukan penemuan hukum secara bebas, karena tugas hakim bukanlah menerapkan undang-undang, tetapi menciptakan penyelesaian yang tepat untuk peristiwa-peristiwa konkret, sehingga peristiwa berikutnya dapat diciptakan menurut norma-norma yang diciptakan hakim. Bahkan lebih jauh mazhab ajaran hukum bebas menuntut agar pengadilan berhak mengubah hukum (peraturan perundang-undangan) apabila melahirkan malapetaka hukum. Mazhab ajaran hukum bebas mengan-

jurkan agar pengadilan diberi wewenang untuk menguji keabsahan undang-undang (*Judicial Review*). Pasca reformasi Indonesia menganut *Judisial Review Parsial/Partial Judicial Review*. Dikatakan Indonesia pasca reformasi menganut *Partial Judicial Review* karena hanya Mahkamah Konstitusi yang berwenang melakukan *Judicial Review* terhadap Undang-Undang, dan Mahkamah Agung yang berwenang melakukan *Judicial Review* terhadap peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang. Sedangkan hakim Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri yang nota bene adalah ujung tombak dalam menjaring dan menginventarisir nilai-nilai yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat tidak diberi kewenangan untuk melakukan *Judicial Review*.

Setelah ajaran hukum bebas, kemudian muncul *Critical Legal Studies/CLS* yang juga mengkritisi dan menentang habis-habisan pandangan dasar positivisme hukum yang merupakan pemikiran hukum liberal (*Liberal Legal Thought*) tentang netralitas, kemurnian dan otonomi hukum, dengan mengembangkan teori-teori kiri sebagai bahan inspirasi dan mengembangkan metode berpikir ekletik.

CLS mengecam doktrin netralitas, kemurnian dan otonomi hukum dengan menyatakan bahwa istilah-istilah tersebut tak lebih sebagai mitos belaka, karena dalam kenyataannya hukum tidak bekerja dalam ruang hampa, namun sangat ketat dipengaruhi oleh kepentingan-kepentingan politik yang subyektif. CLS menawarkan solusi agar pengkajian hukum dapat dilakukan tanpa harus terjebak oleh pikiran positivisme hukum, yaitu dengan menghilangkan pemisahan antara doktrin hukum dengan teori sosial empiris. CLS percaya bahwa doktrin-doktrin hukum yang terus mengharapakan pemisahan antara pemikiran hukum dengan ideologi dan falsafah politik hanya akan berakhir menjadi himpunan apologi yang karut marut.¹⁹

19 Ifdal Kasim dalam Roberto M. Unger, "Gerakan Studi Hukum Kritis", Jakarta, ELSAM, 1999, hal xi.

Berdasarkan uraian di atas dapat ditarik pengertian bahwa, walaupun berbagai kritik dan penolakan dilancarkan terhadap mazhab positivisme hukum, namun terdapat perbedaan landasan teori yang digunakan sebagai titik tolak kritik dan penolakan, bahkan penentangan terhadap mazhab positivisme hukum.

Mazhab Hukum dan Praktik Hukum di Indonesia

Uraian di atas memberikan gambaran, bahwa mazhab hukum atau aliran pemikiran hukum/*Legal Thought* sangat berpengaruh terhadap pemaknaan apa hukum itu, dari dan di mana hukum itu tumbuh/basis sosial hukum, bagaimana hukum tersebut harus ditemukan, diciptakan, atau dirumuskan; bagaimana hubungan hukum dengan moral, etika, serta sistem sosial lainnya; serta bagaimana agar hukum dapat didayagunakan untuk mencapai kesejahteraan masyarakat.

Sebagai bagian dari perkembangan sejarah, maka perkembangan hukum sangat dipengaruhi perkembangan filsafat, terutama filsafat ilmu juga sangat ditentukan oleh perkembangan masyarakat di mana mazhab hukum tersebut tumbuh dan berkembang.

Mazhab hukum adalah bagian dari upaya untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat di mana mazhab hukum itu tumbuh berkembang. Terdapat dialektika antara perkembangan mazhab hukum dengan perkembangan masyarakat yang menjadi basis sosial dari mazhab hukum yang bersangkutan. Dengan demikian, maka upaya untuk memahami kebutuhan hukum suatu masyarakat harus didasarkan pada pemahaman terhadap basis sosial masyarakat yang bersangkutan, karena pada masyarakatlah nilai-nilai, persepsi/anggapan, ide-ide, dan lembaga hukum yang dirasakan adil tersimpan, tumbuh dan berkembang. Bahkan pada level praktis basis sosial hukum tersebut akan sangat menentukan apakah hukum negara/

hukum tertulis akan digunakan atau tidak dalam menyelesaikan suatu masalah. Dengan bahasa sosiologis Prof. Tjip menyatakan bahwa, pada setiap momen terjadi "*Referendum Terhadap Hukum Oleh Masyarakat*."

Jika disepakati bahwa, perkembangan kebutuhan dan pemikiran hukum merupakan bagian dari pemahaman sejarah masyarakatnya sehingga hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan kebutuhan dan basis sosial hukum pada masyarakat yang bersangkutan (*hukum yang fungsional*), sehingga hukum dapat didudukkan sebagai "*Law as a great anthropological document*, atau *Law as a great anthropological monument*," maka untuk dapat mengidentifikasi format dan fraksis hukum yang dibutuhkan dan sesuai dengan kebutuhan suatu masyarakat, maka pemahaman terhadap sejarah dan kondisi masyarakat yang bersangkutan merupakan suatu keharusan, karena menurut pendapat salah seorang sarjana yang disitir oleh Prof. Tjip bahwa: "*An adequated understanding of legal system must account for the way the rule of law ideal is rooted in peculiar form of social life*". Dengan mengetahui *peculiar form of social life*, maka dapat diidentifikasi format dan fraksi hukum dari suatu masyarakat. Namun perlu juga diingat bahwa, pada kenyataannya hukum sebagai salah satu sub sistem dari sistem sosial yang lebih besar, yaitu masyarakat tidaklah berada di ruang hampa, namun berinteraksi dengan sub-sub sistem sosial lainnya. Van Vollenhoven mempersepsikan hukum sebagai "kekuatan-kekuatan dalam masyarakat yang tarik menarik dan dorong mendorong satu sama lain"²⁰. Oleh karena itu, dalam kenyataannya, dapat saja hukum dimanfaatkan oleh kekuatan-kekuatan lain hanya sekadar untuk melegitimasi dan mempertahankan kekuasaannya, baik yang bersifat ekonomi, sosial, politik, budaya, dan sebagainya.

²⁰ Van Vollenhoven, dalam Satjipto Rahardjo, "*Ilmu Hukum, Pencarian, pembebasan dan Pencerahan*", Universitas Muhammadiyah Surakarta, Surakarta, 2004, hal 25.

Namun demikian, persepsi hukum dari Van Vollenhoven tersebut akan sangat bernilai dalam pembangunan hukum nasional pada masa yang akan datang apabila atas dasar semboyan "Bhinneka Tunggal Ika" dan sila "Persatuan" yang lebih mengutamakan kolektivisme yang bersifat pluralis, dan atas dasar asas musyawarah, gotong royong, dan kekeluargaan persepsi Van Vollenhoven tersebut ditafsirkan secara analogi sehingga menghasilkan tafsir baru yang mempersepsikan hukum sebagai "*sinergi antara berbagai kekuatan yang ada dalam masyarakat.*" Tafsir demikian akan dapat mengakomodir sikap saling menerima dan memberi dalam rangka menemukan harmonisasi berbagai kekuatan-kekuatan yang ada dalam masyarakat dalam rangka pembentukan hukum yang tentunya akan memberi jalan untuk terbentuknya hukum nasional yang produktif dan efektif (fungsional).

Sebelum proklamasi kemerdekaan dikumandangkan, bahkan sejak lahirnya Syarikat Islam, Boedi Oetomo, dan mencapai titik klimaks pada lahirnya Soempah Pemoeda, dalam jiwa pemuda Indonesia telah tertanam keinginan untuk hidup berbangsa dan bernegara atas dasar hukumnya sendiri, yaitu hukum adat yang akan dijadikan sumber utama dalam pembentukan hukum nasional.

Kata-kata Pancasila yang dirumuskan oleh Bung Karno, Bhinneka Tunggal Ika yang diangkat dari karya besar Mpu Prapanca dalam buku Sutasoma, serta Sila Persatuan, kesemuanya menunjukkan bahwa nilai-nilai yang hendak dijadikan dasar untuk mengatur kehidupan berbangsa dan bernegara (*yang merupakan peculiar form of social life bangsa Indonesia*) adalah nilai-nilai yang terdapat, tumbuh dan berkembang pada rakyat dan masyarakat Indonesia, seperti musyawarah, gotong royong, komunalis, dan magis religius, serta menghargai kebhinekaan (pluralisme). Oleh karena itu, sejak sebelum kemerdekaan terdapat kesepakatan para *Founding Fathers* untuk menjadikan hukum adat sebagai

sumber utama pembentukan hukum nasional. Jika demikian, maka pluralisme yang saling menunjang dalam bingkai NKRI merupakan suatu konsekuensi logis. Pluralisme menuntut adanya sikap saling mempercayai, saling menghargai, saling menghormati, dan saling membantu dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara. Pluralisme menuntut adanya koordinasi dan sinergi, bukan subordinasi dan eksploitasi. Bukankah salah satu issue yang mencuat ke permukaan yang mengiringi fenomena kecenderungan desintegrasi NKRI adalah adanya eksploitasi sumber daya alam oleh pemerintah pusat terhadap daerah melalui instrumen hukum tertulis (peraturan perundang-undangan) yang dibuat secara sepihak oleh pemerintah pusat, tanpa koordinasi dengan pemerintah daerah, yang secara ekonomis hanya menguntungkan pemerintah pusat atau pengusaha?

Dengan demikian, dalam pelaksanaan kehidupan berbangsa dan bernegara atas dasar pluralisme menuntut adanya desentralisasi kekuasaan, bukan sentralisasi kekuasaan. Bhinneka Tunggal Ika sebagai cerminan pluralisme rakyat yang terdiri dari berbagai suku bangsa dengan berbagai adat istiadat dan otoritas-otoritas kelembagaannya yang otonom pada tingkat lokal menuntut adanya kepercayaan bahwa pada satuan-satuan masyarakat di Indonesia terdapat modal sosial dan basis sosial yang mampu menjadi alat/sarana penyelenggaraan kehidupan ber hukum sekaligus berbangsa dan bernegara, karena dalam satuan-satuan masyarakat tersebut selalu tumbuh dan berkembang *The Living Law*. Bukankah masyarakat lebih mengetahui akan kebutuhan hukumnya dibandingkan dengan segolongan kaum elite yang ada di pusat kekuasaan?

Cara ber hukum yang harus dilaksanakan di Indonesia sebagai negeri yang pluralis adalah dengan memfasilitasi tumbuh dan berkembangnya *The Living Law* pada masyarakat yang pluralis dan mensinergikannya dengan kepentingan

nasional melalui upaya yang dikenal dengan istilah harmonisasi hukum.

Namun demikian, kenyataan yang berkembang tidaklah demikian. Hukum adat yang dinyatakan sebagai sumber utama dalam pembentukan hukum nasional ternyata semakin lama semakin tidak jelas kedudukan dan fungsinya dalam pembentukan hukum nasional, bahkan terkesan adanya upaya sistematis untuk menegaskan keberadaan hukum adat. Hal ini jelas terlihat antara lain dalam UU No.5/60 tentang UUPA yang hanya memungkinkan hukum adat berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang atau Peraturan lain yang lebih tinggi atau kepentingan nasional (*yang tidak jelas tafsirnya*). Fenomena ini digambarkan oleh Prof. Tjip dengan istilah *Memasukkan kambing (hukum adat) ke dalam kandang macan (hukum negara/hukum nasional/hukum modern)*, sebagai akibat tindakan pada ahli hukum yang (merumuskan berbagai peraturan perundang-undangan, *kursif penulis*) terlalu normatif, tanpa kesadaran antropologis dan sosiologis yang cukup.²¹ yang tinggal menunggu saatnya kambing (hukum adat) tersebut dimakan oleh macan (hukum negara). Hukum adat benar-benar dimakan oleh hukum negara dengan diundangkannya UU No.5/79 tentang Pemerintahan Desa yang membabat habis institusi lokal seperti, Marga, Gampong, Nagari dari akar sosiologisnya yaitu masyarakat hukum adat, dan menggantikannya dengan desa (modern) yang tidak mempunyai akar sosiologis. Dengan demikian, secara formal tamatlah riwayat hukum adat sebagai *the living law*. Namun, apakah hukum adat tersebut benar-benar mati terbunuh oleh hukum nasional?

Kondisi Indonesia yang demikian, merupakan suatu ironi apabila dibandingkan dengan negara-negara seperti Jepang

yang mempertahankan keJepangannya/nasionalitasnya di tengah serbuan hukum modern melalui *Japanenese Twist*-nya, atau Inggris yang tetap mempertahankan *Common Law System* dengan tetap konsekuen pada pola pembentukan hukum melalui *Judge Made Law*-nya. Ternyata, dengan tetap mempertahankan nilai-nilai asli yang tumbuh dalam masyarakatnya kedua negara tersebut dapat mencapai kedudukan sebagai negara modern. Dengan demikian, dapat ditarik pengertian bahwa masih ada cara-cara berhukum lainnya yang dapat menghantarkan suatu masyarakat menjadi modern, bahkan dapat dikatakan besar kemungkinan akan terjadi penolakan oleh suatu masyarakat, apabila suatu sistem hukum asing (termasuk hukum modern) dipaksakan (*imposed*) berlakunya pada masyarakat/bangsa yang lain, karena hukum yang dipaksakan berlaku tersebut kemungkinan besar bertentangan dengan *peculiar form of social life* dari masyarakat yang bersangkutan. Kondisi demikian lebih dikenal dengan istilah *Law of non transferability of law*.²²

Penghancuran institusi-institusi lokal otonom, yang selama ini menjadi pilar utama berfungsinya proses sosial pada masyarakat dilakukan oleh negara/ pemerintah dengan menggunakan berbagai peraturan perundang-undangan (hukum positif tertulis). Hal ini menunjukkan bahwa, pemerintah beranggapan bahwa hanya peraturan perundang-undanganlah (hanya hukum positif tertulislah) yang mampu dan memadai menjadi alat untuk melakukan rekayasa sosial untuk mengantarkan masyarakat Indonesia mencapai kesejahteraan, kemakmuran dan keadilan. Pemerintah tidak mempercayai bahwa hukum adat sebagai *The Living Law* akan mampu membawa masyarakat menuju cita-cita nasional tersebut.

Kondisi di atas menunjukkan terjadinya perubahan paradigma yang mendasar dalam cara negara/pemerintah ber-

²¹ Sajipto Rahardjo, "Hukum Adat Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia (Perspektif Sosiologi Hukum)", Makalah disampaikan pada Lokakarya Hukum Adat diselenggarakan oleh Mahkamah Konstitusi 4-6 Juni 2005, Jakarta, hal 5.

²² Robert B. Seidman, dalam Ronny Hanitijo Soemitro, "The Law of Nontransferability of Law Menurut Robert B. Seidman", Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1998, hal 123.

hukum, yaitu dari cara ber hukum yang semula nonpositivis dan pluralis menjadi cara ber hukum atas dasar faham positivis dan sentralistis. Hal ini jelas nampak dari politik hukum yang mengutamakan keinginan untuk melakukan kodifikasi dan unifikasi hukum nasional yang pada dasarnya merupakan implementasi dari ajaran atau mazhab positivisme hukum.

Uraian di atas menunjukkan bahwa, upaya untuk menuju masyarakat Indonesia modern dengan hukum modern yang bersumber pada nilai-nilai hukum Indonesia tidak dilaksanakan, bahkan hukum adat terus diupayakan tunduk pada faham/ajaran hukum dari mazhab positivisme hukum dan bila perlu dipinggirkan. Namun demikian, apakah hukum adat sebagai *the living law* menjadi benar-benar mati, atau sekadar menunggu waktu untuk muncul kembali sembari mengumpulkan kekuatan dan menunggu moment yang tepat?

Sutandyo Wignjosebroto, menyatakan bahwa, Hukum nasional pada hakikatnya adalah hukum yang kesahihan pembentukannya dan pelaksanaannya bersumber dari kekuasaan dan kewibawaan negara. Namun, tatkala kehidupan berkembang ke dalam skala-skala yang lebih luas, dan lingkaran-lingkaran kehidupan komunitas lokal (*Old Societies*) ke lingkaran-lingkaran yang lebih besar yang bersifat translokal pada tatanan kehidupan berbangsa yang diorganisasi sebagai suatu komunitas politik yang disebut negara bangsa yang modern (*New Nation State*), maka kebutuhan akan suatu sistem hukum yang satu (alias positif) amatlah terasa,... dan ini mengakibatkan negara condong untuk melakukan kodifikasi dan unifikasi,...sebagai nasionalisasi dan negaraisasi yang amat berkesan mengingkari apapun yang berbau lokal dan tradisional.²³ Hal ini menunjukkan terjadinya penghisapan kekuasaan-kekuasaan oleh pemerintah/negara terhadap otoritas-otoritas otonom tradisional yang berbasis sosial pada

tingkat lokal. Namun demikian, lebih lanjut Prof. Tandyo menyatakan, apa yang disebut lokal dan tradisional itu sesungguhnya berumur lebih tua dan lebih mengakar dalam sejarah, daripada apa yang disebut nasional dan modern. *Hukum setempat sekalipun tidak tertulis dan tak memiliki ciri-cirinya yang positif, adalah sesungguhnya hukum yang lebih memiliki makna sosial dari hukum yang bersitegak atas wibawa kekuasaan-kekuasaan sentral pemerintah nasional*²⁴. Kondisi demikian mengakibatkan pada negeri-negeri yang memiliki karakteristik pluralitas dan keragaman yang kultural dalam konteks-konteks yang lokal dan sub nasional, seperti Indonesia yang berkultural Bhinneka namun Tunggal Ika dalam kehidupan berbangsa dan bernegara akan selalu menghadapi masalah pluralisme hukum-hukum lokal yang memanasifasikan kesetiaan-kesetiaan dan kebutuhan lokal.

Prof. Tjip menyatakan bahwa, walaupun hukum nasional/hukum negara berupaya melenyapkan hukum adat melalui tindakan artifisial melalui konstruksi hukumnya, namun *the living law* termasuk hukum adat tidak mati, namun tetap tersimpan/terpendam/laten dalam sanubari kesadaran hukum masyarakat dan menunggu saat yang tepat untuk muncul kembali ke permukaan. Kondisi demikian jelas tampak di provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, di mana ketidakmampuan hukum nasional (hukum positif tertulis) dalam menyelesaikan berbagai permasalahan yang bersifat multidimensional yang terjadi di Aceh menjadi peluang bagi munculnya hukum adat sebagai *the living law* yang mampu menjadi solusi dalam menyelesaikan berbagai permasalahan hukum bagi masyarakat Aceh pasca bencana gempa bumi dan Tsunami.

Pertanyaan yang timbul adalah, mengapa sampai terjadi penyimpangan atau perubahan format dan fraksis hukum dalam kehidupan ber hukum di Indonesia, dan mengapa

23 Soetandyo Wignjosebroto, "Problema Globalisasi: Perspektif Sosiologi Hukum, Ekonomi dan Agama", Muhammadiyah University Pers, Surakarta, 2001, hal 117.

24 Ibid, hal 118.

hukum adat sebagai *The Living Law* yang diamanatkan menjadi sumber nilai-nilai bagi pembentukan hukum nasional tidak dapat memainkan peranannya, dan cenderung dipinggirkan dalam pembentukan hukum nasional? dan mengapa positivisme hukum yang dianut pemerintah dalam menjalankan kehidupan ber hukum di Indonesia tidak mampu menghadirkan kepastian dan keadilan hukum di tengah-tengah masyarakat, hingga timbul tuntutan reformasi?, dan Bagaimana membenahi semua itu?

Untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan di atas, maka diperlukan pemahaman terhadap faktor-faktor yang menyebabkan dianutnya faham hukum positivis dan Penegakan hukum dalam arti luas di Indonesia.

Bermula Dari Keterjebakan Menjadi Kesadaran untuk Menganut Mazhab Hukum Positivistis Sebagai Instrumen Mempertahankan Kekuasaan.

Perubahan dari politik hukum yang menempatkan Hukum Adat yang merupakan *The Living Law* sebagai basis, format serta fraksis hukum dalam pembentukan hukum nasional, menjadi politik hukum yang menempatkan hukum tertulis atas dasar faham hukum modern yang positivistic di Indonesia disebabkan beberapa faktor, antara lain:

- a. Faktor pendidikan hukum;
- b. Faktor budaya;
- c. Kekalutan ekonomi dan pertarungan ideologi;
- d. Konjungtur politik dan pengaruh rezim yang berkuasa;
- e. Ketergantungan pada investasi dan bantuan ekonomi asing;
- f. Rasa nasionalisme yang rendah.

Faktor Pendidikan Hukum

Sudah sejak kemerdekaan, yaitu pada Soempah Pemoeda tahun 1928, *Founding Fathers* dan para ahli hukum menempatkan hukum adat sebagai alat perjuangan merebut kemerdekaan

dekaan dan meletakkannya sebagai fondasi pembangunan hukum modern di Indonesia. Hukum adat sebagai *The Living Law* adalah simbol nasionalisme merebut, mempertahankan, dan mengisi kemerdekaan.

Namun, setelah kemerdekaan berhasil direbut dan bangsa Indonesia mulai belajar bernegara dan berbangsa merdeka, ternyata berbagai persoalan teknis kenegaraan, pemerintahan, maupun hukum mulai muncul ke permukaan yang harus dapat diselesaikan secara bijaksana. Berbagai ideologi politik dengan berbagai latar belakang mazhab/aliran hukumnya bersaing untuk memperoleh tempat sebagai dasar pelaksanaan kehidupan bernegara dan berpemerintahan. Di tengah-tengah persaingan berbagai ideologi politik dan faham hukum yang melatarbelakanginya, pada awal-awal kemerdekaan bangsa Indonesia juga disibukkan dengan upaya untuk mempertahankan kemerdekaan bangsa dan keutuhan wilayah NKRI, baik dari ancaman intervensi asing maupun pemberontakan.

Kelangkaan ahli hukum yang mendalami hukum adat, ketidakstabilan politik, serta ancaman pemberontakan di berbagai daerah yang dapat memecah belah NKRI pada waktu itu mengakibatkan pemerintah membutuhkan kepastian hukum dan sentralisasi kekuasaan dalam menjalankan pemerintahan. Di samping itu, para ahli hukum yang ada pada waktu itu umumnya adalah hasil pendidikan hukum Belanda yang tentunya sangat terpengaruh oleh faham hukum positivistic yang menjadi dasar *Civil Law System*.

Sinergi antara kebutuhan akan kepastian hukum; legitimasi sentralisasi kekuasaan yang dibutuhkan negara/pemerintah untuk mempertahankan NKRI, serta besarnya pengaruh ahli hukum yang umumnya berpendidikan hukum Belanda/ Barat mendorong terjadinya perubahan politik hukum yang dilaksanakan pemerintah yang semula didasarkan pada hukum adat ke arah pola pembentukan hukum tertulis atas dasar faham hukum positivistic. Perubahan tersebut didasarkan

pada pertimbangan bahwa hanya hukum positif (tertulis) lah yang mampu memberikan kepastian hukum (karena bentuknya yang tertulis) dan dasar legitimasi yang kuat bagi sentralisasi kekuasaan dibutuhkan negara/pemerintah.

Perubahan politik hukum pada masa-masa awal kemerdekaan yang sebenarnya hanya ditujukan untuk memenuhi kepastian hukum dan melegitimasi sentralisasi kekuasaan untuk mempertahankan keutuhan NKRI. Oleh karena itu, seharusnya hanya bersifat sementara (*temporary*), ternyata secara berkelanjutan digunakan oleh rezim yang berkuasa sebagai alat untuk mempertahankan kekuasaannya. Hal inilah yang menyebabkan faham positivistis hukum yang secara material bertentangan dengan Pancasila, terutama semboyan Bhinneka Tunggal Ika, dan Sila Persatuan Indonesia menjadi demikian kuatnya mencengkeram Indonesia.

Pluralisme yang hendak diwadahi oleh Pancasila dengan semboyan Bhinneka Tunggal Ika dan Sila Persatuan Indonesia oleh rezim yang berkuasa hendak ditundukkan melalui pembentukan berbagai unifikasi dan kodifikasi hukum dengan alasan untuk memberikan kepastian hukum atas dasar faham hukum positivistis. Perubahan ini mengakibatkan terjadinya penegasian dan pelemahan terhadap berbagai institusi dan otoritas-otoritas otonom yang bersifat lokal, termasuk hukum adat beserta kelembagaannya, sebagaimana yang diutarakan oleh Prof. Sutandyo.

Faktor Budaya

Budaya hukum yang berkembang di Indonesia pada masa-masa awal kemerdekaan sangat dipengaruhi oleh latar belakang budaya Jawa yang menempatkan unsur kharisma pemimpin sebagai unsur utama kepemimpinan (*leadership*), terlebih pada saat peralihan/*chaos* pada awal-awal kemerdekaan sampai tahun 1965. Oleh karena itu, faham hukum negara Integralistis yang dikemukakan oleh Mr. Soepomo,

walaupun tidak secara tegas dinyatakan dalam UUD 45, namun sangat mempengaruhi langgam pelaksanaan pemerintahan di Indonesia pada awal-awal kemerdekaan, dan berlangsung hingga jatuhnya rezim ORBA pada tahun 1998.

Faham negara integralistik menempatkan pemimpin/raja sebagai pusat kekuasaan. Oleh karena itu, tidak heran jika pada masa Orla maupun Orba kekuasaan presiden sebagai eksekutif demikian besar dan bersifat sentralistis yang dalam terminologi hukum disebut pemerintahan yang *Heavy Executive*. Pemberian kekuasaan yang bersifat *Heavy Executive* pada presiden sebagaimana yang diatur UUD 45 (sebelum dilakukan Amandemen) yang sebenarnya ditujukan agar presiden dapat membentuk badan-badan lainnya, ternyata dimanfaatkan secara politik oleh rezim yang berkuasa untuk mempertahankan kekuasaannya. Aturan peralihan yang menyatakan bahwa UUD 45 adalah bersifat sementara dan setelah 6 (enam) bulan kemudian akan diadakan UUD yang baru ternyata tidak pernah dilaksanakan hingga runtuhnya Orba.

Manuver politik yang terjadi pada masa Orba menunjukkan bagaimana UUD 45 digunakan sebagai alat untuk melanggengkan kekuasaan oleh eksekutif, dan menjadi dasar yang kuat untuk melaksanakan kekuasaan yang bersifat sentralistis. Hal ini dilakukan dengan berbagai upaya, antara lain melalui berbagai indoktrinasi seperti penataran-penataran P4; mensyaratkan adanya referendum untuk mengubah UUD 45 yang sebenarnya bertentangan dengan pasal 37 UUD 45 (sebelum amandemen).

Kekalutan Ekonomi dan Pertarungan Ideologi

Sebagai negara yang baru merdeka yang tentunya belum mempunyai pengalaman secara teknis dalam kehidupan berbangsa dan bernegara dengan baik, maka cita-cita untuk mengembangkan kehidupan berbangsa bernegara yang demokratis merupakan sesuatu yang wajar dan alami. Oleh karena

itu, sejak tahun 1945 sampai 1965 keberadaan berbagai macam partai politik dengan berbagai latar belakang ideologi yang saling bersaing menawarkan cara ber hukum, berbangsa dan bernegara adalah sesuatu yang wajar dan sah adanya.

Namun, dengan terjadinya berbagai pemberontakan dengan puncaknya G.30S/PKI yang disertai dengan keambrukan ekonomi, memberikan alasan yang kuat bagi rezim Orde Baru yang keluar sebagai pemenang dalam percaturan politik untuk melaksanakan perubahan politik, terutama di bidang Agraria, dari politik agraria populis/neo populis menjadi politik agraria kapitalis.

Atas dasar pengalaman sejarah yang menunjukkan bahwa, pembangunan ekonomi acapkali terganggu oleh ketidakstabilan politik dan keamanan, sedangkan pada saat itu (tahun 1965) secara ekonomis rakyat sudah sangat menderita sebagai akibat pertentangan politik, maka Orde Baru menetapkan stabilitas politik dan keamanan sebagai prasyarat utama untuk dapat melaksanakan pembangunan untuk mencapai taraf pertumbuhan ekonomi yang tinggi. Menurut rezim Orba, tujuan tersebut hanya dapat dilakukan dan dicapai dengan memberikan kekuasaan yang bersifat sentralistis kepada pemerintah, menerapkan gaya pembangunan kapitalis yang didukung oleh otoritarianisme negara, dan didasarkan pada faham liberalisme dengan mengundang investasi asing untuk mencapai pembangunan ekonomi yang tinggi.

Konjungtur Politik dan Pengaruh Rezim yang Berkuasa

Sudah merupakan sesuatu yang alamiah, bahwa suatu rezim pemerintahan dengan berbagai cara akan berusaha mempertahankan kekuasaannya. Upaya tersebut umumnya dilakukan dengan cara mencoba mensentralisasi kekuasaan, baik yang dilakukan dengan cara otoriter, maupun dengan menggalang dukungan politik, ekonomi, maupun sosial lainnya.

Jika pada masa Orde Lama kharisma individu masih merupakan sarana ampuh bagi rezim Orla untuk mempertahankan kekuasaannya, maka rezim Orba hanya akan dapat melaksanakan kekuasaannya apabila didukung oleh: Militer (terutama Angkatan Darat), Agamawan, Pengusaha, Birokrat, dan Petani Pemilik tanah yang luas (tuan tanah) di pedesaan yang menentang dilaksanakannya Landreform yang dicap sebagai produk komunis. Kekuatan-kekutan sosial politik itulah yang menghantarkan kemenangan bagi rezim Orde Baru dalam percaturan politik pada tahun 1965.

Atas dasar kenyataan pada saat itu, bahwa rakyat sudah sangat menderita, dan tidak sabar lagi untuk dapat menikmati kesejahteraan yang lebih baik, dan Orde Baru tidak akan mendapat dukungan apabila melaksanakan politik agraria populis atau neo-populis, maka terdapat *konsensus di antara pendukung Orde Baru, bahwa perlu adanya stabilitas, rehabilitasi, dan pembangunan ekonomi gaya kapitalis*. Kondisi demikian mengakibatkan Orde Baru menganut *paradigma Pembangunan (Developmentalis)* yang didasarkan pada *politik ekonomi kapitalis* dan *strategi pemerataan berdasarkan teori Trickle Down Effect* untuk dapat mencapai pertumbuhan ekonomi yang tinggi dan cepat. Semua tujuan tersebut menurut Orba hanya akan dapat dicapai apabila pemerintah menganut faham positivisme hukum (Faham Hukum Modern).

Di bidang agraria/pertanahan misalnya, hal ini mengakibatkan terjadinya perubahan strategi/politik agraria/pertanahan dari semula yang bersifat populis atau neo-populis dan demokratis menjadi politik agraria/pertanahan kapitalis dan otoritarian. Perubahan politik agraria tersebut ditujukan untuk menarik investasi dalam rangka akumulasi modal untuk membiayai pembangunan, baik melalui penanaman modal asing maupun penanaman modal dalam negeri.

Ketergantungan pada Investasi dan Bantuan Ekonomi Asing

Pada satu sisi Orba naik ke pentas kekuasaan dengan mewarisi kemunduran ekonomi yang sangat parah dengan kondisi rakyat yang sudah tidak sabar untuk dapat menikmati kesejahteraan hidup yang lebih baik. Namun pada sisi lain, untuk mempertahankan kekuasaannya Orba terpaksa harus menerima dukungan kekuatan sosial politik yang menentang dilaksanakannya politik agraria populis. Kondisi demikian mengakibatkan rezim Orba sangat membutuhkan investasi dan bantuan asing untuk dapat membangun perekonomian Indonesia. Untuk dapat mengundang masuknya investasi dan bantuan ekonomi dari pihak asing, maka stabilitas politik dan keamanan serta kepastian hukum adalah tuntutan yang harus dipenuhi, karena investasi dan bantuan asing hanya akan masuk apabila hukum dapat diperkirakan (*predictable*). Tuntutan tersebut hanya dapat dipenuhi apabila pemerintah menganut faham hukum modern yang bersifat tertulis, sehingga pasti dan dapat diperkirakan akibatnya, disertai adanya jaminan stabilitas politik dan keamanan.

Kedua hal tersebut juga mendorong pemerintah Orba untuk menerapkan paham positivistis hukum yang bersifat individualis, liberalis, dan materialis yang menjadi dasar globalisasi perdagangan dunia, yang didasari oleh otoritarianisme negara.

Rasa Nasionalisme yang Rendah

Jika pada awalnya Orba terpaksa menganut faham hukum positivistis sebagai strategi untuk memperoleh dukungan politik serta menghadirkan investasi dan bantuan asing dalam rangka mencapai pertumbuhan ekonomi yang tinggi, dan sebagai upaya untuk mempertahankan kekuasaan, namun tetap dilandasi oleh rasa nasionalisme, maka saat ini ternyata tercengkeramnya bangsa Indonesia oleh faham hukum posi-

tivistis tidak hanya dikarenakan hingga saat ini Indonesia masih sangat bergantung pada Investasi dan bantuan asing dalam melakukan pembangunan ekonomi (yang sebenarnya bersifat sangat eksploitatif karena didasarkan pada faham individualis, liberalis dan materialis yang tertuang dalam konsep ekonomi pasar bebas sebagaimana yang dituangkan dalam WTO) karena lemahnya fundamental ekonomi Indonesia, tetapi juga sebagai akibat dari lemahnya rasa nasionalisme sebagai akibat lanjutan dari pengaruh faham materialisme/kebendaan yang mengiringi individualisme dan liberalisme.

Pengaruh materialisme yang beranggapan bahwa kebahagiaan manusia tergantung pada pemilikan dan penguasaan atas harta benda telah sangat mempengaruhi nasionalisme rakyat terutama di dunia ketiga. Hal ini jelas nampak dari kenyataan bahwa tindakan KKN pada umumnya bermuara pada upaya untuk mengumpulkan harta benda sebanyak-banyaknya tumbuh subur di dunia ketiga, termasuk Indonesia, dan menjadi salah satu sebab dari keruntuhan rezim Orde Baru.

Pertanyaan selanjutnya yang perlu dijawab adalah, upaya apa yang dapat dilakukan untuk melakukan perubahan terhadap dianutnya faham hukum positivistis yang individualis, liberalis, dan materialistis dan mengandung unsur eksploitatif (dengan doktrin pasar bebasnya) yang telah demikian mencengkeram pemikiran dan praktik berhukum di Indonesia saat ini dan telah demikian banyak mengorbankan kesejahteraan rakyat di seluruh wilayah NKRI?

Hukum Progresif sebagai Sarana Perubahan Format dan Praksis Hukum dalam Kehidupan Berhukum, Berbangsa, dan Bernegara

Fakta yang ada di hadapan kita saat ini adalah, bahwa rasa nasionalisme yang rendah dan ketidaksabaran pemerintah

untuk mewujudkan kesejahteraan secara ekonomis bagi rakyatnya dengan mengadopsi faham hukum positivistis yang didasari oleh faham individualistis, liberalistis, dan materialistis dengan menerapkan pola pembangunan ekonomi bergaya kapitalis yang dilakukan dengan langgam otoritarianisme dan sentralisasi kekuasaan, ternyata telah mengakibatkan Indonesia sangat bergantung pada bantuan ekonomi asing; terkorbannya akses rakyat untuk dapat memanfaatkan sumber daya ekonomi yang selama ini dapat dikelola dengan baik oleh masyarakat melalui otoritas-otoritas otonom yang bersifat lokal sehingga memicu terjadinya sengketa agraria di seluruh penjuru tanah air; yang pada akhirnya bermuara pada tergulingnya pemerintahan Orde Baru dan memunculkan tuntutan reformasi hukum di Indonesia.

Sehubungan dengan uraian di atas, pertanyaan selanjutnya yang harus dijawab adalah: Hukum yang bagaimana yang sesuai dengan karakter bangsa Indonesia? Bagaimana reformasi hukum harus dilaksanakan? Darimana harus dimulai, dan bagaimana strategi perubahan tersebut harus dilakukan? Sebelum pertanyaan-pertanyaan tersebut dijawab, maka perlu ditanyakan terlebih dahulu apa peranan hukum bagi bangsa Indonesia?

Dilihat dari optik Pancasila jelas bahwa bagi bangsa Indonesia, hukum berfungsi sebagai alat yang akan menghantarkan bangsa Indonesia menuju masyarakat adil dan makmur berdasarkan pancasila, yaitu masyarakat yang adil dan makmur yang ber-Ketuhanan Yang Maha Esa; Berperikemanusiaan Yang Adil dan Beradab, dalam wadah Persatuan Indonesia, dengan pemerintahan yang didasari nilai Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan; dalam rangka mewujudkan Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Juga perlu diingat bahwa ke semua tujuan tersebut harus didasari pada fakta bahwa bangsa Indonesia adalah bangsa yang pluralis yang

BerBhinneka Tunggal Ika namun diikat dengan nilai Persatuan Indonesia (*bukan Kesatuan Indonesia*).

Berdasarkan hal di atas, maka karakter hukum yang sebenarnya dibutuhkan oleh Bangsa Indonesia sebagai alat untuk mencapai tujuan nasionalnya adalah *hukum yang dapat mengakomodir sifat kemajemukan bangsa yang tersebar dari Sabang sampai Merauke dengan berbagai suku bangsa dengan otoritas-otoritas lokal tradisional yang otonom*. Oleh karena itu, hal utama yang harus dilakukan dalam pembangunan hukum adalah *melakukan harmonisasi hukum, bukan melakukan unifikasi atau kodifikasi*. Selain itu, kekuasaan pemerintah seharusnya didesentralisasikan, bukan disentralisasi sebagaimana yang selama ini dipraktikkan.

Dengan demikian jelas bahwa, bagi bangsa Indonesia *hukumlah yang harus diabdikan pada manusia, bukan manusia yang harus mengabdikan pada hukum*, dan tidak pada tempatnya mengorbankan manusia demi kepentingan hukum (ilmu hukum maupun praktik kehidupan berhukum), dengan alasan *keterbatasan hukum dalam menghadirkan keadilan* sebagaimana yang sering dikemukakan oleh kaum positivis dengan konsepsi kebenaran formal dan proseduralnya.

Atas dasar pluralisme hukum yang diakui keabsahannya di NKRI, maka nilai-nilai yang harus menjadi dasar pembangunan hukum adalah nilai-nilai yang tumbuh dan berkembang dalam satuan-satuan masyarakat yang pluralis tersebut yang secara nyata digunakan dan dimanfaatkan masyarakat dalam kehidupan berhukumnya (*hukum yang fungsional*), dan bukan hukum yang diciptakan berdasarkan nilai-nilai yang secara a priori (*yang bersifat abstrak*) ditetapkan dan dianut oleh para ahli hukum yang berfaham hukum positivistis dan normatif yang bercokol di pusat-pusat kekuasaan dan merasa tahu dengan pasti kebutuhan hukum rakyat Indonesia yang tersebar dari Sabang sampai Merauke yang bersifat pluralis.

Dengan demikian, maka *fungsi hukum nasional* pada dasarnya adalah sedapat mungkin memfasilitasi tumbuhnya nilai-nilai hukum pada masyarakat yang pluralis dan mengharmonisasikannya dalam bingkai hukum nasional, dan tidak memaksakan nilai-nilai yang belum tentu dibutuhkan dan sesuai dengan kebutuhan ber hukum dari masyarakat Indonesia yang pluralis.

Citra fungsi hukum yang demikian sesuai dengan paradigma Hukum Progresif yang dikemukakan oleh Prof. Tjip bahwa, "Hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya,.. dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu,.. untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia."²⁵

Dengan demikian, untuk dapat melakukan perubahan terhadap format dan fraksi hukum yang saat ini mencengkeram cara pemerintah ber hukum, dan agar pembangunan hukum di Indonesia didasarkan atas harkat dan martabat manusia Indonesia, maka yang harus dilakukan adalah mengembalikan pola format dan fraksis hukum kepada bentuk aslinya sebagaimana yang disepakati oleh *Founding Fathers*, yaitu pembangunan hukum yang didasari oleh nilai-nilai, asas-asas hukum, dan lembaga-lembaga hukum yang terkandung dalam *peculiar form of social life* dari bangsa Indonesia (yang bersifat plural) namun tetap mendasarkan diri pada asas musyawarah, gotong royong, kekeluargaan (komunal), dan magis religius. *Peculiar form of Social Life* bangsa Indonesia yang pluralis hanya dapat menjadi format dan fraksis pembangunan hukum apabila disertai dengan pelaksanaan desentralisasi kekuasaan.

Apabila *Peculiar form of social life* dari bangsa Indonesia tersebut dibandingkan dengan praktik hukum di Indonesia saat ini jelas akan bertentangan secara diametral, karena

²⁵ Satjipto Rahardjo, *Loc.Cit.*

faham hukum positivistis normatif (faham hukum *Civil Law System*) yang dianut dan dipraktikkan pemerintah saat ini didasarkan atas nilai-nilai individualistis, liberalis dan materialistis. Walaupun demikian, mulai terlihat adanya sinyal perubahan sikap pada tindakan pemerintah dalam menangani permasalahan hukum di NAD, di mana pemerintah mulai dapat menerima kehadiran Hukum Adat Aceh sebagai *The Living Law* yang ternyata mampu secara fungsional menyelesaikan berbagai permasalahan yang timbul pada saat masyarakat Aceh berada dalam keadaan *Back to Zero*.²⁶

Lalu bagaimana reformasi hukum tersebut harus dilakukan? Mengingat demikian kuatnya cengkraman faham hukum positivistis, dan telah demikian banyaknya kepentingan masyarakat yang dikorbankan untuk menopang berdirinya faham hukum positivistis, maka diperlukan tindakan yang bersifat drastis, cepat dan mendasar.

Untuk melakukan perubahan format dan praksis hukum yang saat ini dipraktikkan di Indonesia, Prof. Tjip menganjurkan untuk menggunakan siasat dengan *menolak status quo*, dan *secara progresif melakukan pembebasan* yang dirumuskan ke dalam gasasan dan tipe *Hukum Progresif*²⁷ yang dilakukan dengan mengubah secara cepat, dengan melakukan pembalikan yang mendasar dalam teori dan praksis hukum, serta melakukan berbagai terobosan. Dan untuk dapat melakukan semua itu, dibutuhkan pendekatan lain, selain pendekatan normatif yang selama ini menjadi pakem pemerintah dalam membuat hukum (peraturan perundang-undangan), yaitu

²⁶ Istilah "Back to Zero" dipergunakan Prof. Satjipto Rahardjo untuk menggambarkan kondisi masyarakat Aceh yang hancur secara fisik, sosial, dan psikologis sebagai akibat dari pertentangan politik yang berpuh tahun, dan diperparah dengan terjadinya bencana gempa bumi dan Tsunami, sehingga beliau menyatakan bahwa membangun kembali Aceh ibarat berangkat dari titik nol. Lihat, Satjipto Raharjo, "Sosiologi Hukum Untuk Aceh Pasca Tsunami", Prosiding Seminar dan Lokakarya Nasional Solusi Permasalahan Hukum Pasca Bencana Gempa dan Tsunami di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP bekerjasama dengan AusAID dan Bappenas, Semarang 31 Mei-2 Juni 2005, hal 124.

²⁷ *Ibid*, hal 5.

pakan bangunan *hirarchie* yang amat kaku dan tak gampang responsif pada tuntutan publik. Oleh karena itu, suatu gerakan harus dilancarkan untuk membuat struktur tersebut berubah lebih responsif, demokratis, peka pada permasalahan manusia, dan kemudian daripada itu lalu bersedia untuk dimintai pertanggungjawaban.

Untuk itu, perlu dikembangkan gerakan berupa aktifitas tranformatif secara berencana berdasarkan hak-hak individu dan masyarakat yang dilindungi oleh hukum untuk melakukan "destabilisasi" dari waktu ke waktu. Hak untuk melakukan destabilisasi yang bertujuan untuk menggugah tersebut merupakan implementasi untuk melakukan rekonstruksi yang positif yang dilindungi dan didasarkan hak imunitas. Dengan kondisi demikian, maka hak untuk melakukan destabilisasi tersebut tetap dalam rangka gerakan dekonstruktif-konstruktif yang mencabar struktur kaku dari *hirarchie* yang tengah bertahan.³⁰

Sutandyo Wignjosoebroto menyatakan bahwa, di Indonesia seruan untuk melakukan reformasi amat kuat dan terlalu sering dikemukakan, namun hasil akhirnya tetap tak terlihat. Hal ini disebabkan apa yang dikerjakan dalam upaya pembaharuan hanya berlangsung pada tataran norma perundang-undangan yang positif berlaku. Pembaharuan yang dilakukan tidak pernah menukik ke upaya untuk mendekonstruksi dan merekonstruksi seluruh sistem hukum nasional berdasarkan paradigma-paradigma baru yang nonpositivis dan nondoktrinal yang harus diawali dengan gerakan sosial politik guna melakukan konstruksi-dekonstruksi.³¹ Dengan demikian, maka dekonstruksi hukum hanya dapat berhasil apabila didukung oleh adanya gerakan sosial politik.

Berdasarkan uraian di atas, maka dekonstruksi hukum merupakan tindakan untuk melakukan perubahan secara menyeluruh, mendasar, dan cepat dan drastis, sebagaimana

30 Huberto Mangabeira Unger, dalam *Ibid*, hal 81.

31 Sutandyo Wignjosoebroto, *Op Cit*, 245.

yang diwacanakan dalam tipe *hukum progresif*. Dengan demikian, dekonstruksi hukum di samping harus didukung oleh gerakan sosial politik untuk melakukan destabilisasi dan dilanjutkan dengan melakukan tindakan dekonstruksi-rekonstruksi yang berkesinambungan, juga harus meliputi tataran teoritis maupun praktis.

Pada tataran teoritis, maka pembalikan melalui mekanisme dekonstruksi hukum harus dilakukan dengan mengembalikan strategi pembangunan hukum di Indonesia sebagaimana yang diamanatkan oleh para pendiri republik, yaitu menjadikan *The Living Law* yang ada pada sanubari bangsa Indonesia yang bersifat pluralis sebagai sumber utama pembangunan hukum. Untuk itu upaya yang dapat dilakukan adalah:

- a. Membangkitkan rasa nasionalisme, dan kebanggaan ber-hukum atas dasar penghormatan yang mendalam terhadap hukum Indonesia Asli yang hidup dan berkembang sebagai *The Living Law* dalam masyarakat Indonesia yang merupakan perwujudan dari *Peculiar form of social life* masyarakat/rakyat Indonesia yang pluralis atas dasar semboyan Bhinneka Tunggal Ika;
- b. Melakukan rekonstruksi seluruh sistem hukum nasional atas dasar paradigma-paradigma nonpositivis dan non-doktrinal;
- c. Melakukan desentralisasi kekuasaan pemerintahan/negara;
- d. Memfasilitasi satuan-satuan masyarakat dengan otoritas-otoritas otonom dan kelembagaan tradisional untuk ber-hukum sesuai dengan *Peculiar form of social life*-nya ;
- e. Hukum nasional harus dirumuskan atas dasar prinsip harmonisasi hukum yang bertujuan untuk mengakomodir kepentingan masyarakat Indonesia yang pluralis di bawah semboyan Bhinneka Tunggal Ika dan sila Persatuan Indonesia dalam bingkai NKRI;
- f. Mengutamakan harmonisasi hukum daripada unifikasi dan kodifikasi hukum;

- g. Menumbuhkan partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan hukum dan pengawasan publik atas pelaksanaan berbagai peraturan perundang-undangan dan pelaksanaan pemerintahan guna menciptakan transparansi dan akuntabilitas pelaksanaan pemerintahan;
- h. Menciptakan pemerintahan berdasarkan prinsip "*Check and Balance*";
- i. Memberikan kebebasan pada hakim untuk menemukan dan menciptakan hukum (*Judge made law*) dalam memutus perkara atas dasar upaya untuk mencapai kebenaran substansil, bukan kebenaran formil, sebagaimana yang diajarkan oleh paham hukum positivistis, dan bila perlu hakim dapat menyatakan tidak berlakunya suatu peraturan perundang-undangan apabila peraturan tersebut akan menimbulkan malapetaka hukum;
- j. Melakukan evaluasi terhadap substansi hukum yang terdapat dalam berbagai peraturan perundang-undangan, dan melakukan penyempurnaan atau pencabutan jika dirasakan merugikan kepentingan rakyat;
- k. Mengembangkan pola pemerintahan atas dasar pendekatan yang bersifat sinergi antara kepentingan pusat dan daerah;

Dari Seminar dan Lokakarya Nasional *Solusi Permasalahan Hukum Pasca Bencana Gempa dan Tsunami di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam*, yang diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP bekerja sama dengan AusAID dan Bappenas, Semarang 31 Mei-2 Juni 2005, setidaknya dapat diidentifikasi beberapa karakter hukum progresif yang diharapkan menjadi tipe hukum yang mampu memberi jalan bagi pembangunan hukum di Indonesia di masa yang akan datang, yaitu bahwa Hukum Progresif menganut paradigma:

- a. Hukum diciptakan untuk kesejahteraan manusia,
- b. Pluralisme hukum,

- c. Sinergi atas kepentingan pusat dan daerah,
- d. Koordinasi, dan
- e. Harmonisasi hukum.

Sedangkan asas yang menjadi dasar penerapannya adalah:

- a. Asas persatuan;
- b. Asas kesamaan derajat;
- c. Asas desentralisasi;
- d. Asas otonomi;
- e. Asas fungsional.³²

Pada tataran praktis, maka pelaksanaan dekonstruksi hukum sebagai bagian dari aplikasi tipe hukum *progresif* dilakukan dengan kegiatan menumbuhkan dan menyebarluaskan kesadaran tentang kebutuhan bangsa Indonesia terhadap tipe hukum progresif dalam kehidupan ber hukum di Indonesia. Hal tersebut dilakukan dengan melakukan sosialisasi hukum progresif ke berbagai kalangan meliputi:

- a. Kalangan akademisi/Perguruan Tinggi;
- b. Kalangan aparat pemerintah;
- c. Kalangan praktisi hukum;
- d. Kalangan masyarakat umum.

Upaya melakukan penanaman nilai-nilai hukum progresif pada kalangan perguruan tinggi sangat penting dilakukan, karena tradisi pengembangan hukum sebagai ilmu pengetahuan di Indonesia mengikuti tradisi—*Civil Law System*—yang mengutamakan kemampuan daya abstraksi dalam pengembangan ilmu hukum yang umumnya berpusat di perguruan tinggi atau lembaga-lembaga akademik. Selain itu, perguruan tinggi adalah penghasil ahli-ahli hukum yang akan

³² Prosiding Seminar dan Lokakarya Nasional Solusi Permasalahan Hukum Pasca Bencana Gempa dan Tsunami di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP bekerjasama dengan AusAID dan Bappenas, Semarang 31 Mei-2 Juni 2005, hal 1-9.

menjadi praktisi-praktisi hukum baik sebagai pejabat maupun praktisi hukum swasta.

Upaya penanam dan pengembangan hukum progresif di kalangan akademisi/ perguruan tinggi dapat dilakukan dengan melakukan *Penyempurnaan kurikulum pendidikan hukum dan teknik pengajaran di Fakultas Hukum*. Prof. Tjip menyatakan, bahwa pembelajaran hukum di Indonesia dilakukan dengan memberikan pemahaman secara abstrak dan umum untuk kemudian turun membicarakan hal-hal yang lebih konkrit. Namun demikian, segalanya berlangsung dalam bingkai hukum positif atau perundang-undangan.³³ Yang ditujukan untuk menyiapkan tenaga-tenaga terampil dalam menggunakan hukum positif.³⁴

Setidaknya sampai tahun 1962, pendidikan hukum masih diarahkan untuk menciptakan lulusan yang memiliki keterampilan hukum (*skill development*), dan bukan diarahkan untuk menguasai ilmu hukum (*rechtswetenschap*) yang sebenarnya.³⁵ Bahkan Mochtar Kusuma Atmaja, sebagaimana dikutip Prof. Tjip menyatakan bahwa, mahasiswa hukum disiapkan untuk pekerjaan-pekerjaan: 1. Tenaga Kehakiman; 2. Pegawai Negeri; 3. Pekerjaan bebas (advokat).³⁶ Prof. Tjip dengan tegas menyatakan bahwa, sejak berdirinya *Rechtshoggeschool* sampai dibukanya program Pascasarjana di UNDIP pada pertengahan tahun 1980-an, pendidikan hukum di Indonesia hanyalah pendidikan untuk profesi atau *Professional Education* yang menekankan pada keterampilan dari pada pembelajaran keilmuan yang mengakibatkan Prof. Muchtar Kusuma Atmaja mengeluh dengan menyatakan bahwa para mahasiswa hanya dididik untuk menjadi tukang (*craftsman*). Baru pada per-

33 Satjipto Rahadjo, "Delapan Puluh Tahun Pendidikan Tinggi Hukum di Indonesia", Makalah disampaikan pada Seminar Nasional Dalam Rangka Dies Natalis Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 6 Januari 2005, hal 1.

34 *Ibid*, hal 2.

35 *Ibid*.

36 Mochtar Kusuma Atmaja, dalam *Ibid*, hal 3.

tengahan tahun 1980-an, pendidikan hukum tidak lagi menekankan pada pengembangan keterampilan, akan tetapi lebih kepada pencarian dan pengungkapan kebenaran.³⁷

Selanjutnya pada Prof. Tjip menyatakan bahwa, pendidikan hukum kita lebih didominasi oleh cara pembelajaran yang lebih bersifat teknologis daripada bersifat kemanusiaan (*humane*) dan sosial, yang lebih menekankan pada pembinaan keterampilan profesi. Disebut teknologis, karena menekankan pada pengetahuan hukum dan cara-cara menggunakannya, yang mengakibatkan aspek-aspek kemanusiaan yang ada pada hukum menjadi kurang diperhatikan dan terdorong ke belakang.³⁸

Pendidikan hukum yang menempatkan hukum sebagai teknologi, ternyata tidak dapat merespons perkembangan masyarakat saat ini, sehingga banyak terjadi kegagalan hukum dalam menyelesaikan persoalan hukum yang timbul di masyarakat sehingga menimbulkan tuntutan adanya reformasi hukum. Hal ini dikarenakan, sebenarnya pendidikan hukum modern yang diajarkan di fakultas-fakultas hukum yang pada umumnya didasarkan pada mazhab hukum positivis pada kenyataannya di lapangan hanya digunakan untuk memenangkan pertarungan hukum dan bukan memenangkan kebenaran dan keadilan, hal ini menunjukkan bahwa hukum yang dipraktikkan bercorak kapitalis, dan jauh dari aspek kemanusiaan.

Sehubungan dengan hal di atas, maka pendidikan hukum harus dapat menentukan sikap di tengah-tengah pertarungan antara globalisasi kapitalisme dan melayani kemanusiaan. Hukum progresif hendak mengembalikan hukum sebagai ilmu sebenarnya yang pada diciptakan untuk mengabdikan pada manusia, pada kemanusiaan, bukan pada kapitalisme/keben-
daan.

37 *Ibid*, hal 10.

38 *Ibid*, hal 11-12.

Agar hukum dapat mengabdikan pada kebenaran, keadilan dan kemanusiaan, maka kurikulum dan teknik pengajaran pada *lembaga pendidikan tinggi hukum harus mengutamakan pengembangan kemanusiaan di atas keinginan menghasilkan manusia hukum*. Prof. Tjip menyatakan bahwa, seharusnya pendidikan tinggi hukum/fakultas hukum dikembangkan menjadi "*fakultas hukum dengan hati nurani*".³⁹

Berdasarkan uraian di atas, maka pendidikan hukum yang selama ini cenderung menekankan pada aspek teknik menjalankan hukum untuk menghasilkan ahli-ahli hukum profesional/tukang-tukang hukum atas dasar aliran pemikiran hukum positivis dan hanya menghasilkan *manusia hukum* hendaknya dikembangkan menjadi menciptakan *manusia hukum yang berhati nurani*, dengan melakukan perubahan materi hukum dengan memberikan materi hukum yang non-positivistis, ilmu-ilmu sosial lainnya, seperti sosiologi, antropologi, psikologi, ekonomi, serta ilmu-ilmu kemanusiaan lainnya, yang diharapkan dapat menciptakan kesadaran pada peserta didik bahwa sebenarnya ilmu hukum bukan merupakan suatu *Closed Logical System*, akan tetapi merupakan suatu ilmu yang bersifat *Open Logical System*. Melalui penerapan kurikulum hukum yang berkarakter kemanusiaan diharapkan pendidikan tinggi hukum akan melahirkan "manusia hukum yang berhati nurani" yang memiliki kemampuan menegakkan keadilan dan kebenaran berdasarkan hati nuraninya yang diliputi rasa kemanusiaan yang mendalam di atas segala-galanya.

Untuk mencapai tujuan tersebut, sebaiknya dilakukan pembalikan teknis pengajaran, dengan memberikan materi ilmu-ilmu sosial dan kemanusiaan terlebih dahulu pada awal-awal semester, baru dilanjutkan dengan materi yang berkaitan dengan hukum positif. Hal ini penting dilakukan, agar peserta

didik memperoleh pemahaman awal, bahwa hukum itu hanya merupakan bagian dari sistem sosial yang lebih luas, yaitu sistem kemasyarakatan, dan hukum itu berdiri untuk menegakkan kemanusiaan, kebenaran dan keadilan di atas segala-galanya, dan sekali lagi bukan sekadar untuk memenangkan pertarungan hukum.

Untuk kalangan aparat pemerintah dan praktisi hukum sosialisasi hukum dapat dilakukan dengan melakukan berbagai kegiatan ilmiah, seperti pendidikan tambahan, seminar, kursus, maupun dan forum-forum ilmiah lainnya.

Namun, khusus untuk aparat penegak hukum seperti Hakim, Jaksa, dan Polisi dan aparat pemerintah lainnya diperlukan *treatment* lain selain dari upaya untuk memsosialisasikan hukum progresif melalui berbagai kegiatan ilmiah tersebut. *Treatment* lain tersebut diperlukan karena hukum progresif yang pada dasarnya mencoba menangkap nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat atau *the living law* selain menuntut adanya perubahan mental aparat hukum yang cenderung positivis, agar lebih bersifat terbuka, juga karena hukum progresif yang dikembangkan di Indonesia yang didasarkan atas dasar paradigma *pluralisme hukum* menuntut keberanian dan hati nurani aparat hukum untuk sedapat mungkin menghadirkan kebenaran substansial (*atas dasar pemahaman terhadap Peculiar form of social life*) pada masyarakat di mana ia bertugas atas dasar keberanian, kejujuran, hati nurani dan kemanusiaan.

Untuk dapat memahami *the living law* yang bersifat plural tersebut, maka dalam penugasan/penentuan tempat kerja aparat hukum, hendaknya didasarkan pada ukuran-ukuran sosiologis dan antropologis, dengan tujuan agar aparat yang bersangkutan dapat menangkap dan memahami *peculiar form of social life* masyarakat yang bersangkutan. Sebagai titik awal dalam menentukan tempat tugas aparat hukum negara, mungkin dapat digunakan pembagian wilayah berlakunya hukum

³⁹ Ibid, hal 15.

adat/kukuban wilayah hukum adat yang dikemukakan oleh Ter Haar. Dengan demikian, maka akan dihasilkan aparat-aparat hukum yang menguasai berbagai *peculiar form of social life* dari berbagai suku dan daerah di Indonesia yang akan menjadi bahan hukum primer dalam pembentukan hukum nasional melalui proses harmonisasi hukum.

Upaya untuk mensosialisasikan hukum progresif pada masyarakat dapat dilakukan selain melalui penyuluhan hukum, media masa, dan berbagai sarana informasi lainnya, juga dapat dilakukan dengan melakukan program advokasi dengan menggunakan paradigma hukum progresif. Sosialisasi hukum progresif pada masyarakat akan berhasil bila kepada otoritas-otoritas tradisional otonom, misalnya masyarakat hukum adat diberi kesempatan dan difasilitasi untuk dapat menggunakan hukumnya/hukum adat/*the living law* dalam menyelesaikan berbagai permasalahan hukum dan kemasyarakatannya atas dasar paradigma pluralisme hukum dalam bingkai NKRI. Untuk itu, maka peran LSM sangat diharapkan dalam rangka penguatan daya tawar masyarakat hukum adat menghadapi pemerintah/negara.

Fakta menunjukkan bahwa, pada saat hukum negara (hukum tertulis) yang didasarkan pada ajaran positivisme hukum tidak dapat secara efektif digunakan untuk mengatasi masalah yang bersifat multi dimensial di Aceh, maka hukum adat aceh sebagai *the living law* mampu menyelesaikannya.

Pengakuan terhadap adanya kebhinnekaan (heterogenitas) di antara bangsa Indonesia, akan menyadarkan kita, bahwa dalam pembentukan hukum, hal yang terbaik dilakukan adalah dengan melakukan sinergi antara nilai-nilai yang tumbuh dan berkembang di berbagai daerah dengan kekuasaan dan kepentingan pemerintah pusat sebagai pemegang amanah seluruh rakyat Indonesia. Dengan demikian, pendekatan dalam pembangunan hukum di Indonesia hendaknya tidak lagi berdasarkan *Top Down Policy*, ataupun hanya

Bottom Up Policy, akan tetapi sinergi antara keinginan pemerintah pusat dan daerah yang lebih dikenal dengan harmonisasi hukum yang dalam rangka program rekonstruksi Aceh disebut juga dengan *paradigma hukum transisional*.⁴⁰

Perubahan paradigma dalam pelaksanaan pemerintahan dari yang bersifat Subordinasi pusat atas daerah yang melahirkan kebijakan pemerintah yang bersifat *Top Down* ke arah sinergi antara kebijakan pusat dan daerah, tentunya harus didasarkan juga pada perubahan cara berpikir dan bertindak di bidang hukum, yaitu dari cara berpikir atas dasar ajaran/mazhab positivisme ke ajaran/mazhab hukum nonpositivistis dengan cara berpikir *holistic* yang sesuai dengan kebutuhan dan kultur masyarakat Indonesia yang lebih bercorak pluralis. Hal ini menunjukkan, perlunya perubahan budaya hukum di kalangan pemerintah/aparat pemerintah.

Penutup

Berdasarkan uraian di atas, dapat ditarik beberapa kesimpulan, bahwa:

- Bahwa mazhab positivisme hukum yang sangat mewarnai pelaksanaan dan langgam hukum dalam pelaksanaan kehidupan bernegara dan berpemerintahan di Indonesia pada mulanya digunakan karena keterpaksaan sebagai akibat kondisi sosial politik, namun kemudian secara sadar digunakan oleh rezim yang berkuasa untuk mempertahankan kekuasaan, sudah saatnya untuk dikaji dan direnungkan, mengingat berbagai kegagalannya dalam menyelesaikan berbagai permasalahan hukum maupun sosial yang ada;
- Secara ideal, hukum yang dibutuhkan oleh suatu masyarakat/negara dalam kehidupan berhukumnya adalah hu-

40 Rumusan Seminar Hukum Nasional, "Solusi Permasalahan Hukum Pasca Bencana Gempa dan Tsunami di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam", Diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum (PDIH) UNDIIP, Grand Candi Hotel, Semarang, 31 Mei – 2 Juni 2005, hal 3.

kum yang didasarkan pada *peculiar form of social life* dari negara/masyarakat yang bersangkutan.

- c. Sudah saatnya pendidikan tinggi hukum melakukan perubahan kurikulum pendidikannya, dari pola pendidikan yang menghasilkan tenaga-tenaga profesional, ke arah pendidikan yang mengembangkan kemanusiaan, sehingga dapat dihasilkan manusia hukum yang berhati nurani, dengan melakukan perubahan kurikulum dan teknik pengajarannya;
- d. Perubahan kurikulum pada pendidikan tinggi hukum dilakukan dengan memberikan/menambahkan ilmu-ilmu kemanusiaan yang sebaiknya diberikan pada tahap-tahap semester awal perkuliahan;
- e. Sudah saatnya pendidikan dan pembangunan hukum di Indonesia lebih memberikan perhatian kepada nilai-nilai hukum yang tumbuh dan berkembang di masyarakat. Karena bagaimanapun juga seperti yang dinyatakan oleh Prof. Satjipto Rahardjo yang pada intinya menyatakan bahwa, hukum itu harus berhati nurani, hukum itu diciptakan dan ada untuk mengabdikan pada masyarakat, dan janganlah masyarakat dikorbankan untuk kepentingan hukum. *

DAFTAR PUSTAKA

- Huijbers, Theo, *"Filsafat Hukum"*, Jogjakarta, Kanisius, 1991.
- Darmodiharjo, Darji dan Sidharta, *"Pokok-Pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia"*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1999.
- Kasim, Ildal dalam Roberto M.Unger, *"Gerakan Studi Hukum Kritis"*, Jakarta, ELSAM, 1999.
- Lili Rasjidi, *"Dasar-Dasar Filsafat Hukum"*, PT. Citra Aditya Bhakti, 1990.
- Laudjeng, Hendar dan Rikardo Simarmata, *"Mazhab Hukum Yang Non-Positivistik dalam Bidang Hukum Sumber Daya Alam: Pengalaman di Sumbar, Kalbar, Sulteng, Maluku, dan Papua"*, dalam N.Kusuma dan Fitria Agustira (Penyit), *"Gelombang Perlawanan Rakyat" Kasus-Kasus Gerakan Sosial di Indonesia"*, Insist Press, Jogjakarta, 2003.
- Rahardjo, Satjipto, *"Ilmu Hukum"*, Alumni, Bandung, 1986..

- , *" Hukum Progresif: Hukum Yang Membebaskan"*, Edisi Perdana Majalah Hukum Progresif, 2005.
- Rasjidi, Lili dan IB,Wyasa Putra, *"Hukum Sebagai Suatu Sistem"*, Bandung, Remaja Rosdakarya.
- Syahrani, H.Ridwan, , *"Rangkuman Intisari Ilmu Hukum"*, PT. Citra Aditya Abadi, 1999.
- Sidharta, Bernard Arief, *"Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum Sebuah Penelitian Tentang Fondasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia"*, Bandung, CV. Mandar Maju, 2000.
- Soerjono Soekanto, *"Teori Murni tentang Hukum"*, Bandung, Alumni.
- Wignjosebroto Soetandyo, *"Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional: Dinamika Sosial Politik dan Perkembangan Hukum di Indonesia"*, Jakarta, Rajawali Press, 1994.
- Program Doktor Ilmu Hukum (PDIH) UNDIP, Prosiding Seminar Hukum Nasional, *"Solusi Permasalahan Hukum Pasca Bencana Gempa dan Tsunami di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam"*, Diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum (PDIH) UNDIP, Grand Candi Hotel, Semarang, 31 Mei – 2 Juni 2005.
- Program Doktor Ilmu Hukum (PDIH) UNDIP, Rumusan Seminar Hukum Nasional, *"Solusi Permasalahan Hukum Pasca Bencana Gempa dan Tsunami di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam"*, Diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum (PDIH) UNDIP, Grand Candi Hotel, Semarang, 31 Mei – 2 Juni 2005.