

PERGULATAN HUKUM POSITIVISTIK MENUJU PARADIGMA HUKUM PROGRESIF

Gde Made Swardhana*

Abstract

The legal reform is not only reform the legal substance but also to reform the legal structure and the legal culture including legal ethic and legal science. The impact of legal formalistic positivistic can not success to solve the legal problem in reality, therefore we need the progressive law to solve those problems. The chrematistic of Progressive Law consist of: (1). the paradigm of progressive law is law for human being; (2) the progressive law refuses the rigid of positivism; (3). If we recognize the rigid of positivism, we need space for freedom from formal law (positivism); (4). The progressive law pays attention and focus for human behavior regarding the existence of laws. Through some characteristics of progressive law, the law enforcement in Indonesia ideally is not only focus to the legal positivistic, but we should jump, reach, and come to the paradigm of progressive law

Kata kunci : Hukum Positivistik, Hukum Progresif.

Hasil Amandemen UUD 1945 bukan hanya menekankan pentingnya asas kepastian hukum dan keadilan tetapi juga menekankan pada pentingnya asas manfaat yakni asas yang menghendaki agar setiap penegakan hukum itu bermanfaat dan tidak menimbulkan kerusakan bagi masyarakat, bangsa, dan negara.¹

Namun, tidak disadari bahwa perkembangan hukum yang diikuti di Indonesia sangat besar sekali pengaruhnya terhadap hukum-hukum di dunia lainnya. Aliran Positivistik yang hampir dua setengah abad berkembang (termasuk pemberlakuannya di Indonesia) demikian ketatnya memperlakukan hukum itu seperti apa yang tercantum dalam perundang-undangan. "Tidak ada hukum selain yang tercantum dalam perundang-undangan". Pemetaan konseptual semacam ini jelas ingin menunjukkan adanya kepastian hukum, yakni apa yang tercantum di dalam tekstual perundang-undangan.

Begitu menyedihkannya supremasi hukum kita dengan konsep-konsep yang melangit dalam tataran *law in the books* yang berkuat pada paradigma positivistik, maka terjadilah seperti apa yang diungkapkan Satjipto Rahardjo: "...sistem lama, yang notabene adalah liberal itu, telah menimbulkan "penyakit-penyakit" sendiri, seperti juga telah banyak

dikritik di Amerika Serikat.... Di Indonesia, dalam konteks pemberantasan korupsi, sering dikatakan, bahwa pengadilan telah menjadi tempat perlindungan yang aman (*safe haven*) bagi para koruptor.²

Untuk menjawab kegelisahan dan pertanyaan-pertanyaan tersebut, sebagai penstudi hukum yang merupakan bagian dari komunitas yang tidak hanya mengkaji hukum pada ranah *legal professional*, akan tetapi lebih menitik dan masuk pada kajian *scientific legal education*. Kiranya kita harus berani berpikir melompat, yaitu memecahkan persoalan hukum dan perkembangannya tidak hanya dari aspek hukum semata, melainkan mencoba melihat dari ilmu-ilmu lain termasuk di dalamnya perkembangan *science* yang ada sekitarnya. Cara ber hukum harus diubah agar hukum tetap bisa berfungsi dengan baik dalam masyarakat, yaitu dengan menggunakan siasat ilmu-ilmu social. Dalam konteks ini mempersilahkan dan menggunakan paradigma progresif, yang sejatinya "hukum adalah untuk manusia" guna turut memecahkan persoalan-persoalan di atas.

Perkembangan Hukum Positivistik, Hukum Modern, dan Hukum Responsif

Paradigma menurut Thomas S. Khun adalah suatu asumsi dasar dan asumsi teoritis yang umum

* Penulis adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Udayana Denpasar - Bali

1 Mahfud MD, 2008. *Hukum, Moral, dan Politik*, Bahan Matrikulasi PDIH UNDIP, hal 35.

2 Soetandyo Wignyosoebroto, Makalah: *Hukum Progresif: Apa yang harus dipikirkan dan dilakukan untuk melaksanakannya*, 15 Desember 2007, hal. 10

(merupakan suatu sumber nilai), sehingga menjadi suatu sumber hukum, metode, serta penerapan dalam ilmu pengetahuan sehingga menentukan sifat, ciri, serta karakter ilmu pengetahuan itu sendiri.³

Sedangkan, Prof. Satjipto Rahardjo menyatakan, paradigma dalam ilmu hukum merupakan hasil pemikiran dalam mengatasi permasalahan pada setiap jamannya, bukan proses falsifikasi yang final, linier, dan kumulatif tetapi merupakan proses yang gradual dalam proses menjadi (*law as a process, law in the making*). Jadi sebuah paradigma sangat berkaitan erat dengan waktu.

Pandangan ajaran positivistic pertama kali dikemukakan oleh ilmuwan Perancis yakni Agust Comte pada abad ke XIX yang berkembang di Eropa Kontinental. Dalam teori positivistik ini berangkat dari frasa substansi "*state based law*" atau "*state legislatif law*". Perkembangan madshab positivistik ini yang terang-terangan menyatakan bahwa "di luar hukum negara tidak ada hukum". Di akui bahwa pembelajaran hukum ini sangat eksklusif yaitu hanya mengajarkan hukum dalam perundang-undangan.

Kemunculan gerakan positivisme ini adalah merupakan kelanjutan dari pemikiran-pemikiran tentang hukum di masa-masa sebelumnya yang bersifat idealistis. Aliran positivisme ini atau *analytical positivism* atau *rechtdogmatik*, merupakan aliran yang dominan dalam abad kesembilan belas karena disebabkan oleh dunia profesi yang membutuhkan dukungan dari pemikiran-pemikiran positivis-anlyisis yang membantu untuk mengolah bahan hukum guna mengambil keputusan.⁴ Tokoh yang terlibat dibalik madshab positivistik ini adalah Hans Kelsen, HLA. Hart, Lon Fuller, dan Dworkin.⁵

Berpedoman pokok pada pandangan HLA Hart, yang mendefinisikan hukum sebagai suatu sistem aturan-aturan primer dan aturan-aturan sekunder. Aturan-aturan primer, berhubungan dengan aksi-aksi yang harus dilakukan atau tidak boleh dilakukan oleh individu-individu, sedang aturan-aturan sekunder, berhubungan dengan pembuatan, penafsiran, penerapan atau perubahan aturan-aturan primer, seperti misalnya, aturan-aturan yang harus diikuti oleh pembentuk undang-undang, pengadilan dan

administrastor pada waktu mereka membuat, menafsirkan dan menerapkan atauran-aturan (*primer*).⁶

Pada peringkat pembelajaran professional, hukum akan diterima sebagai alat yang *finite*, di mana hukum perdata, hukum pidana, hukum tatanegara, hukum acara, dan lain-lain, semuanya, begitu pula perbedaan antara hukum public dan hukum privat diterima dan diberlakukan sebagai suatu alat yang final, ibarat sebuah stetoskop bagi seorang dokter.⁷ Padahal hukum bukan sesuatu yang absolut murni seperti seorang fisikawan menghadapi alam, melainkan hukum adalah konstruksi manusia.⁸ Hukum adalah artifisial.

Sistem hukum modern dengan segenap "*rule of law*" -nya (*RoL*), jika dikaitkan dengan skema sistem hukumnya Lawrence M. Friedman (*Structure, Substance, Legal culture*) sesungguhnya *RoL* yang terlanjur diterima sebagai sesuatu hukum modern yang *finite*, tidak bisa dilepaskan dengan sejarah pergulatan manusia dalam ber hukum dengan transformasi sosial, politik, dan kultur yang terjadi di negara belahan Eropa yang bergerak *step by step* sejak kurun abad VIII – XIV (*era feudal*), abad XV (*city states*), abad XVIII (*absolutism*), sampai pada abad XIX (*era constitutional state*).

Hukum modern dengan skleton-skleton yang sophisticated mulai tumbuh dan berkembang sejak abad VIII, dan puncak dari perkembangan hukum tersebut (corak hukum modern) terjadi pada abad ke XIX, yang juga dikenal sebagai Era Kodifikasi, Konsep, Doktrin, dan asas dibuat dalam rangka hukum modern ini, untuk itu orang harus khusus belajar untuk dapat masuk ke dalam dunia hukum yang sangat konstruktif (*man made construction*) atas terbentuknya hukum. Hukum menjadi dunia *esoteric* yang hanya dapat dimasuki dan dimengerti oleh mereka yang sengaja belajar untuk itu. Dalam situasi seperti itu, maka dunia hukum menjadi sangat tertutup dari kehidupan sosial di luarnya, menjadi sangat teknis, dan menciptakan konsepnya sendiri untuk melihat kehidupan sosial.⁹

Hukum modern yang muncul pada abad XIX lahir dari suatu respons terhadap kekacauan dan

3 Surajyo, Drs, *Filsafat Ilmu & Perkembangannya di Indonesia, Suatu Pengantar*, Penerbit Bumi Aksara, 2007, halaman 156.

4 Khudzaiyah Dimiyati, *Teorisasi Hukum, Studi tentang Perkembangan Pemikiran di Indonesia, 1945-1990*, Muhamaddyah University Press, 2004, hal. 61.

5 *Ibid*, halaman 62

6 HLA Hart, dalam *The Concept of Law*, 1972. Oxford University Press, hal. 77 – 96

7 Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum di Tengah Arus Perubahan*, Bahan Bacaan Mahasiswa PDIH Undip dalam Mata Kuliah Ilmu Hukum dan Teori Hukum, No. 22, Tahun 2008, Semarang, 2008, hal. 1

8 *Ibid*

9 Satjipto Rahardjo, *Berpikir Hukum Secara Sosial*, Bahan Bacaan PDIH Undip untuk mata kuliah Ilmu Hukum dan Teori Hukum, Nomer 25, Semarang 2008, hal. 1-3.

permasalahan pada saat itu yang diakibatkan oleh efek adanya paham absolutisme, dikenal dengan asas *laissez faire laissez passer*, biarkan individu bebas dan jangan dihalangi, ketika itu penjamin terhadap kebebasan individu diwujudkan dengan pengadaan berbagai asas hukum serta prosedur-prosedur yang wajib diikuti dalam proses hukum.

Karenanya, hukum modern beranggapan bahwa hukum identik dengan ketertiban, maka ciri khas hukum modern adalah identik dengan hukum negara. Hukum modern membangun struktur yang lebih jelas dan tegas serta fungsinya.

Sejak ilmu hukum menjadi ilmu yang positivistic normatif di abad XIX, maka ia memang mengalami kemajuan yang amat pesat dan pada waktu yang bersamaan juga makin menjadi ranah intelektual yang terasing (*secluded*) dan esoterik. Hukum tidak lagi menyatu dengan kehidupan masyarakatnya. Hukum tidak lagi merupakan institusi yang utuh. Ketidakutuhan tersebut sesekali dibuktikan oleh ketidakpuasan terhadap cara-cara hukum menyelesaikan persoalan. Kita sekarang hidup, seperti ditunjukkan Firtjop Capra, dalam suatu masa *turning point*. Ketidakmampuan kita untuk kembali melihat kehidupan manusia dengan pandangan yang utuh, menyebabkan terjadi krisis dalam dimensi-dimensi intelektual, moral, dan spiritual manusia.¹⁰

Pengembangan mencari hukum responsif telah menjadi kegiatan teori hukum modern yang terus berkelanjutan. Sebagaimana dikatakan Jerome Frank, tujuan utama kaum realisme hukum adalah untuk membuat hukum "menjadi lebih responsif terhadap kebutuhan-kebutuhan sosial".¹¹ Seperti halnya realisme hukum, *sociological jurisprudence* (ilmu hukum yang menggunakan pendekatan sosiologis) juga ditujukan untuk memberi kemampuan bagi institusi hukum "untuk secara lebih menyeluruh dan cerdas mempertimbangkan fakta sosial yang di situ hukum tersebut berproses dan diaplikasikan".

Pemikiran Philippe Nonet dan Philip Shelznick dalam konsep ber hukum, yang membedakan tiga jenis hukum: hukum represif, hukum otonom, dan hukum responsif, bila dikaitkan dengan penegakan hukum di Indonesia nampak ketiga-tiganya ada pada posisi di negara kita, bukan

karakteristik tunggal, walau jenis hukum represif lebih dominan dibanding otonom dan responsive. Ketiganya memiliki keterkaitan bahkan saling menentukan dalam cara ber hukumnya, namun produk hukum dan penegakan hukum mempunyai masalahnya masing-masing.

Menuju Perkembangan Hukum yang Progresif

Kalau kita menyoroti bagaimana Indonesia ber hukum, maka sudah barang tentu, tidak ada yang boleh mendikte bagaimana suatu bangsa seharusnya ber hukum, namun bagaimana karakteristik bangsa Indonesia sendirilah yang menentukan hukum dan perubahannya. Sebagaimana dikatakan Philippe Nonet & Philip Shelznick: "Pemahaman kita tentang perubahan sosial tidak akan utuh jika kita tidak mencari cara-cara adaptasi yang melahirkan alternatif-alternatif historis yang baru dan yang mampu terus bertahan, misalnya, perubahan dari status ke kontrak, dari *Gemeinschaft* (masyarakat Paguyuban) ke *Gesellschaft* (masyarakat Patembayan), dari hukum yang keras ke keadilan".¹²

Perubahan yang sangat mendasar, kita harus tegaskan bahwa dalam cara kita ber hukum tidak saatnya lagi mempertahankan satu standar aliran positivisme (abad ke -18-19) saja atau paradigma tunggal yang sudah berabad lamanya, tetapi harus mempertimbangkan cara ber hukum yang diterima oleh komunitas hukum modern, mutakhir dan yang mendunia.¹³ Prof. Soetandyo Wignjosoebroto menegaskan:

"Pengaruh model berpikir Galilean yang juga dikenal sebagai model berpikir *positivistic*..... merasuk dan marak pula di dalam alam pemikiran ber hukum-hukum untuk menata kehidupan manusia yang pada abad-abad ke -18-19 memasuki skala dan formatnya yang baru..... Berseiring dengan kebutuhan membangun hukum baru sebagai sarana kontrol tertib kehidupan pada skala nasional ini, pemikiran yang berlangsung menurut alur postivisme Galilean itu segera saja didayagunakan untuk mendasari paradigma pembentukan hukum nasional yang modern"

Perkembangan hukum yang diperlukan untuk mengontrol kehidupan negara dan bangsa yang

10 Saljipto Rahardjo, 2008. *Bahan Bacaan Mahasiswa Program Doktor Undip* Nomer: 6, dalam mata kuliah: Ilmu Hukum & Teori Hukum, mahasiswa PDIH Undip Semarang, 2008. halaman 10

11 *Ibid*, halaman 83.

12 *Ibid*, halaman 4

13 *Ibid*, halaman 5

modern ini mencita-citakan terwujudnya jaminan akan kepastian dalam hal pelaksanaan hukum sebagai sarana penata tertib itu. Hukum menurut modelnya yang baru ini diperlukan para reformis untuk mengatasi kesemana-mena hukum. Sejak awal mula, para penguasa otokrat ini mengklaim dirinya secara sepihak sebagai penegak hukum yang bersumber dari kekuasaan Illahi Yang Maha Sempurna. Tidak adanya rujukan normatif yang dapat didayagunakan untuk *menchek* menjadikan hukum raja (*king's order*) ini terkesan amat semena-mena dan represif.¹⁴

Menurut Satjipto Rahardjo: "Dinamika hukum itu mengikuti pola "tantangan dan jawaban (*challenge and response*). Hukum itu dirancang berdasarkan asumsi-asumsi tertentu, yang kita sebut sebagai keadaan normal. Normalisasi itulah yang dipakai sebagai bahan untuk menyusun sekalian kelengkapan suatu bangsa dalam berhukum, seperti susunan institut-institut hukum, kewenangan, prosedur, dan sebagainya. Maka, manakala keadaan normal itu tidak lagi ada, hukum tidak lagi dapat bertahan lebih lama dengan cara berhukum yang lama..."¹⁵

Hukum progresif tidak berpendapat demikian, melainkan melihat dunia dan hukum dengan pandangan yang mengalir saja, seperti "*Panta Rei*" (semua mengalir) dari filsuf Heraklitos. Apabila orang berkeyakinan dan bersikap seperti itu (—maksudnya Prof Tjip), maka ia akan membangun suatu cara berhukum yang memiliki karakteristiknya sendiri.¹⁶ Di bawah ini dikemukakan *asumsi* dan *karakteristik* hukum progresif yang ditengarai membawa pengaruh cukup signifikan terhadap perkembangan hukum baik yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch maupun Lawrence M Friedman.

Asumsi yang mendasari progresivisme hukum adalah:

1. hukum ada adalah untuk manusia, tidak untuk dirinya sendiri;
2. hukum itu selalu berada pada status '*law in the making*' dan tidak bersifat final;
3. hukum adalah institusi yang bermoral kemanusiaan, dan bukan teknologi yang tidak berhati nurani.

Atas dasar asumsi tersebut, kriteria hukum progresif adalah:

1. mempunyai tujuan besar berupa mensejahterakan dan kebahagiaan manusia;
2. memuat kandungan moral kemanusiaan yang sangat kuat;
3. hukum progresif adalah "hukum yang membebaskan" meliputi dimensi yang amat luas yang tidak hanya bergerak pada ranah praktik, melainkan juga teori;
4. bersifat kritis dan fungsional, oleh karena itu tidak henti-hentinya melihat kekurangan yang ada dan menemukan jalan untuk memperbaikinya.¹⁷

Dengan gambaran tentang asumsi dan kriteria hukum progresif tersebut maka dapatlah diungkapkan tentang karakteristik hukum progresif¹⁸, seperti di bawah ini:

Pertama, paradigma dalam hukum progresif adalah bahwa "hukum adalah untuk manusia". Pegangan, optic atau keyakinan dasar ini tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang sentral dalam berhukum, melainkan manusialah yang berada di titik pusat perputaran hukum. Hukum ada untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Apabila kita berpegangan pada keyakinan, bahwa manusia adalah untuk hukum, maka manusia itu akan selalu diusahakan, mungkin juga dipaksakan, untuk bisa masuk ke dalam skema-skema yang telah dibuat oleh hukum;

Kedua, hukum progresif menolak untuk mempertahankan *status quo* dalam berhukum. Mempertahankan *status quo* memberi efek yang sama, seperti pada waktu orang berpendapat, bahwa hukum adalah tolok ukur untuk semuanya, dan manusia adalah untuk hukum. Cara berhukum yang demikian itu sejalan dengan cara *positivistic*, normatik, dan legalistik. Sekali undang-undang mengatakan dan merumuskan seperti itu, kita tidak bisa berbuat banyak, kecuali hukumnya diubah terlebih dahulu;

Ketiga, apabila diakui, bahwa peradaban hukum tertulis akan memunculkan sekalian akibat dan resiko sebagaimana dikemukakan di atas, maka cara kita berhukum sebaiknya juga mengantisipasi tentang

14 Prof Soetandyo Wignjosebroto, *Paradigma Filsafat yang Mendasari Teori-teori dan Norma-norma Hukum* (Sari Kuliah Teori Hukum PDIH Undip, 2008). Lihat pula Sabian Utzman, *Menuju Penegakan Hukum Responsif*, Penerbit Pustaka Pelajar, 2008 hal. 5 - 6

15 Satjipto Rahardjo, *Konsep dan Karakteristik Hukum Progresif*, Makalah 15 Des 2007 hal 4-5.

16 Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, Penerbit Kompas, Jakarta, 2007, hal. 139

17 Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif: Hukum yang membebaskan*, Jurnal Hukum Progresif, Volume: 1/Nomor1/April 2005, PDIH Undip Semarang, halaman 1.

18 Satjipto Rahardjo, *Op cit*, hal. 139 - 145.

bagaimana mengatasi hambatan-hambatan dalam menggunakan hukum tertulis. Cara ber hukum yang lebih baik dan sehat, dalam keadaan seperti itu, adalah memberikan lorong-lorong untuk melakukan pembebasan dari hukum formal.

Keempat, hukum progresif memberikan perhatian besar terhadap peranan perilaku manusia dalam hukum. Ini bertentangan dengan diametral dengan paham, bahwa hukum itu hanya urusan peraturan. Peranan manusia di sini merupakan konsekuensi terhadap pengakuan, bahwa sebaiknya kita tidak berpegangan secara mutlak kepada teks formal suatu peraturan. Cara ber hukum yang penting untuk mengatasi kemandegan atau stagnasi adalah dengan membebaskan diri dari dominasi yang membuta kepada teks undang-undang.

Ciri atau karakteristik yang kuat dari hukum progresif terletak pada wataknya sebagai "hukum yang membebaskan". Dengan watak yang membebaskan itu, paham progresif sangat peka terhadap perubahan dan ide perubahan serta berkehendak kuat (*eager*) untuk membuat hukum menjadi suatu institut yang bersifat protagonis.

Penegakan Hukum di Indonesia seharusnya menuju Hukum Progresif

Kritik atas hukum selalu ditujukan pada tidak memadainya hukum sebagai sarana perubahan dan sebagai sarana untuk mewujudkan keadilan substantif. Kegelisahan tersebut tetap masih ada, namun saat ini ada sebuah catatan baru yang ditemukan oleh penunjang berkali-kali terhadap krisis legitimasi.

Kritik neo-marxis ini, ada dua tema dominan. *Pertama*, institusi-institusi hukum sudah tercemar dari dalam, ikut menyebabkan bobroknya ketertiban sosial secara keseluruhan, dan berperan terutama sebagai pelayan kekuasaan. Di sini seluruh bukti kuat tentang penyelewengan hukum, yang menguntungkan kaum kaya dan merugikan kaum miskin, dipuji-puji sebagai bukti yang tak terbantahkan. *Kedua*, ada kritik terhadap legalisme liberal (*liberal legalism*) itu sendiri, mengenai gagasan bahwa tujuan keadilan dapat dicapai melalui sistem peraturan dan prosedur yang diakuinya bersifat objektif, tidak memihak dan

otonom.

Kedua, pandangan ini kurang peduli terhadap otoritas, lebih menerima tantangan dan ketidakteraturan. Pendekatan ini menolak untuk menyamakan "hukum" dengan "ketertiban". Ia sensitif terhadap fakta bahwa hukum secara khas menegakkan jenis tatanan yang spesifik dalam bentuk kitab moral yang diterima, sistem status, dan pola-pola kekuasaan. Garis pemisah antara hukum dan politik tidaklah jelas, setidaknya pada wilayah advokasi dan keputusan hukum bersentuhan dengan isu-isu kebijakan publik yang kontradiktif. Ini merupakan pandangan "*resiko tinggi*" tentang hukum dan ketertiban.¹⁹

Hukum senantiasa dibatasi oleh situasi atau lingkungan di mana ia berada, sehingga tidak heran kalau terjadi ketidakcocokan antara apa yang seharusnya (*das sollen*) dengan apa yang senyatanya (*das sein*). Dengan perkataan lain, muncul diskrepansi antara *law in the books* dan *law in action*. Oleh sebab itu Chambliss dan Seidman dalam mengamati keadaan yang demikian itu menyebutkan "*The myth of the operation of the law to given the lie daily*".²⁰

Menurut Jimly Asshiddiqie²¹ penegakan hukum (*law enforcement*) adalah:

Penegakan hukum (*law enforcement*) dalam artian luas mencakup kegiatan untuk melaksanakan dan menerapkan hukum serta melakukan tindakan hukum terhadap setiap pelanggaran atau penyimpangan hukum yang dilakukan oleh subjek hukum, baik melalui prosedur peradilan ataupun melalui prosedur arbitrase dan mekanisme penyelesaian sengketa lainnya (*alternative disputes or conflict resolution*). Bahkan, dalam pengertian yang lebih luas lagi, kegiatan penegakan hukum mencakup pula segala aktivitas yang dimaksudkan agar hukum sebagai perangkat kaidah normatif yang mengatur dan mengikat para subjek hukum dalam segala aspek kehidupan bermasyarakat dan bernegara benar-benar ditaati dan sungguh-sungguh dijalankan sebagaimana mestinya. Dalam arti sempit, penegakan hukum itu menyangkut kegiatan penindakan terhadap setiap pelanggaran atau penyimpangan terhadap peraturan perundang-

¹⁹ *Ibid*, halaman 8

²⁰ William J. Chambliss & Robert B. Seidman, *Law, Order and Power*, Reading Mass: Addison-Wesley, 1971, hal 3. Lihat pula Esmi Warassih Pujirahayu, *Pranata Hukum, Sebuah Telaah Sosiologis*, Penerbit PT Suryandaru Utama, 2005, hal. 83.

²¹ Jimly Asshiddiqie dalam *Makalah Pembangunan Hukum dan Penegakan Hukum di Indonesia*, dalam Seminar Menyoal Moral Penegak Hukum, dalam rangka lustrum FH UGM 16 Feb 2006, hal 23

undangan, khususnya lebih sempit lagi, melalui proses peradilan pidana yang melibatkan peran aparat kepolisian, kejaksaan, advokat, atau pengacara, dan badan-badan peradilan.

Reformasi hukum merupakan salah satu amanat penting dalam rangka pelaksanaan agenda reformasi nasional. Dalam agenda reformasi hukum itu tercakup pengertian reformasi kelembagaan (*institutional reform*), reformasi perundang-undangan (*instrumental reform*), dan reformasi budaya hukum (*culture reform*).

Reformasi hukum tidaklah berarti pembaharuan undang-undang atau substansi hukum (*legal substansi reform*), tetapi juga pembaharuan struktur hukum (*legal structure reform*), serta pembaharuan budaya hukum (*legal culture reform*), yang didalamnya termasuk juga pembaharuan etika hukum dan ilmu hukum (*legal ethic and legal science*). Seharusnya penegakan hukum di Indonesia tidak lagi berhadapan dengan *legal positivistic* tetapi harus berani bertindak secara progresif, yang bukan saja di bidang struktur, substansi maupun kultur, tetapi harus secara menyeluruh, ini adalah tantangan bagi pemegang kekuasaan di republik ini.

Begitu menyedihkannya supremasi hukum kita dengan konsep-konsep yang melangit dalam tataran *law in the books* yang berkuat pada paradigma positivistic, maka terjadilah seperti apa yang diungkapkan Satjipto Rahardjo: "...sistem lama, yang notabene adalah liberal itu, telah menimbulkan "penyakit-penyakit" sendiri, seperti juga telah banyak dikritik di Amerika Serikat.... Di Indonesia, dalam konteks pemberantasan korupsi, sering dikatakan, bahwa pengadilan telah menjadi tempat perlindungan yang aman (*safe haven*) bagi para koruptor."²²

Upaya mengatasi masalah peradilan tersebut, di samping harus dimulai dari dalam diri aparat pembuat dan penegak hukum dengan tidak kaku hanya pada aliran legal positivism, namun bisa saja meramunya dari berbagai aliran yang memungkinkan untuk bangsa Indonesia, semisal tentang peran hakim antara lain: (1) aliran legisme atau *legal positivism*, yang mana hakim berperan hanya melakukan pelaksanaan undang-undang (*wetstoepassing*); (2) aliran *Freie Rechtsbewegung*, yang mana hakim bertugas untuk menciptakan hukum (*rechtsschepping*) yang tidak terikat dengan undang-

undang; (3) aliran *Rechtsvinding*, dalam hal mana hakim mempunyai kebebasan yang terikat (*gebonden vrijheid*) atau bisa diartikan keterikatan hakim yang bebas (*vrije-gebondenheid*); (4) mencari alternatif lain yang sesuai dengan karakteristik bangsa Indonesia sendiri, maka harus juga adanya kontrol social dari lembaga non-pemerintahan, memperbanyak advokasi dalam mendampingi permasalahan yang berkembang di masyarakat (yang menunjukkan *public accountability*), serta pemerintah mempertebal tekad *political will*-ny seperti yang dilakukan di Cina sebagaimana diungkapkan Dr. Afan Gafar : ".....yang terjadi di Cina. Para pejabat di sana sudah bertekad untuk memerangi KKN (Korupsi, Kolusi dan Nepotisme). Setiap pejabat selalu menyatakan bahwa mereka harus menyediakan seratus satu kuburan. Yang seratus untuk para pejabat yang KKN dan yang satu untuk dia sendiri..."²³

Penutup

Simpulan

1. Pengkajian tentang hukum oleh kaum positivis umumnya tentang *no more and no less talking about the justice*, tetapi menurut Roberto Mangabeira Unger, ketika kita bicara tentang hukum modern sekarang ini, dapat dipastikan yang dimaksud adalah *the legal system*, maka terjadilah bifurcatie, maka ketika kita bicara penegakan hukum belum tentu bicara tentang keadilan, kemanfaatan, tetapi kita sedang bicara penegakan hukum peraturan, itu adalah suatu tipe, pengadilan tidak bisa lagi disebut *whole of justice*, tetapi *whole of rule* (keseluruhan peraturan, bukan keadilan) itulah konsekuensi dari munculnya bifurkasi tersebut.
2. Seharusnya penegakan hukum di Indonesia tidak lagi berhadapan dengan *legal positivistic* tetapi harus berani bertindak secara hukum progresif, yang bukan saja di bidang struktur, substansi maupun kultur, tetapi harus secara menyeluruh, ini adalah tantangan bagi pemegang kekuasaan di republik ini.
3. Hukum progresif dan penafsiran progresif berpegangan pada paradigma "hukum untuk manusia" sedang *analytical jurisprudence* mengikuti paradigma "manusia untuk hukum"

22 *Ibid.* hal 10

23 Sabian Utzman, *Menuju Penegakan Hukum Responsif*, Penerbit Pustaka Pelajar, 2008. hal 19 - 20

Daftar Bacaan

- HLA Hart, 1972. *The Concept of Law*, 1972. Oxford University Press,
- Jimly Asshiddiqie dalam *Makalah Pembangunan Hukum dan Penegakan Hukum di Indonesia*, dalam Seminar "Menyoal Moral Penegak Hukum", dalam rangka lustrum FH UGM 16 Feb 2006,
- Khudzaifah Dimiyati, 2004. *Teorisasi Hukum, Studi tentang Perkembangan Pemikiran di Indonesia, 1945-1990*, Muhamaddyah University Press
- Moh. Mahfud, MD (Ketua Mahkamah Konstitusi RI), : *Hukum, Moral, dan Politik*, disampaikan pada Studium Generale Matrikulasi Program Doktor Bidang Ilmu Hukum di Universitas Diponegoro, Semarang, 23 Agustus 2008,
- Sabian Utsman, 2008. *Menuju Penegakan Hukum Responsif*, Penerbit Pustaka Pelajar
- Satjipto Rahardjo, 2004. *Ilmu Hukum Pencarian, Pembebasan, dan Pencerahan*, Universitas Muhammadiyah, Surakarta
- , *Hukum Progresif: Hukum yang membebaskan*, Jurnal Hukum Progresif, Volume: 1/Nomor1/April 2005, PDIH Undip Semarang
- , 2007. *Biarkan Hukum Mengalir*, Penerbit Kompas, Jakarta
- , *Konsep dan Karakteristik Hukum Progresif*, Makalah pada tanggal 15 Des 2007
- , 2007. *Biarkan Hukum Mengalir*, Penerbit Kompas, Jakarta
- , Ilmu Hukum di Tengah Arus Perubahan, *Bahan Bacaan Mahasiswa PDIH Undip* dalam Mata Kuliah Ilmu Hukum dan Teori Hukum, No. 22, Tahun 2008, Semarang
- , *Berpikir Hukum Secara Sosial, Bahan Bacaan PDIH Undip untuk mata kuliah Ilmu Hukum dan Teori Hukum*, Nomer 25, Semarang 2008
- , 2008. *Bahan Bacaan Mahasiswa Program Doktor Undip Nomer: 6*, dalam mata kuliah: Ilmu Hukum & Teori Hukum, mahasiswa PDIH Undip Semarang, 2008
- Soetandyo Wignjosoebroto, dalam *Makalah: Hukum Progresif: Apa yang harus dipikirkan dan dilakukan untuk melaksanakannya*, 15 Desember 2007
- Surajiyo, 2007. *Filsafat Ilmu & Perkembangannya di Indonesia, Suatu Pengantar*, Penerbit Bumi Aksara.
- William J. Chambliss & Robert B. Seidman, 1971. *Law, Order and Power*, Reading Mass: addish-Wesly.