

# Menyoal Kembali Konsep Negara Hukum Indonesia

## *Pengantar Redaksi*

*Mengajukan* kembali pertanyaan tentang konsep negara hukum tentu saja tidak lagi terdengar sebagai pernyataan nyaring bagi yang mendengarnya. Sebab, bagaimanapun juga sejak berdirinya Negara Kesatuan Republik Indonesia konsep negara hukum sudah yakin ditancapkan sebagai acuan dalam mengatur korelasi negara dan masyarakat serta antar masyarakat. Sejak UUD 1945 dicanangkan, maka konsep yang telah dirumuskan mulai berlaku. Hingga kini, klausul yang tertuang dalam konsep hukum negara kita mustinya dijalankan dengan meletakkan hukum sebagai dasar aturan tertinggi. Inilah yang membedakan negara hukum (*rechtsstaat*) dengan negara yang menganut *machtstaat*, di mana kekuasaan tertinggi berada pada pucuk pimpinan negara.

Namun demikian dalam perjalanannya, supremasi hukum malah gontai ditangan para penegak yang menjadi tulang punggung bagi penegakan sistem hukum. Institusi hukum macam pengadilan, kejaksaan, dan kepolisian justru dilemahkan beberapa pihak, dengan penciptaan sistem hukum yang menguntungkan segelintir orang dan mencampakkan prinsip keadilan. Banyaknya praktek penyimpangan hukum bukan hanya menjadikan wajah dunia hukum Indonesia makin muram, namun tanpa disadari membawa dampak luas dalam tatanan sosial masyarakat. Rentetan teror bom yang berpuncak pada peristiwa 12 Oktober 2002 menjadi bukti nyata bahwa “aturan main” yang berlaku selama ini sangat lemah. Penyelesaian kasus korupsi yang justru dilakukan oleh sejumlah pejabat negara tidak pernah dengan tegas dan jelas ujungnya. Belum lagi putusan-putusan pengadilan atas sejumlah kasus yang cenderung melemahkan “orang kecil”.

Segala sendi kehidupan, mulai dari tatanan ekonomi, sosial, apalagi politik menjadi carut-marut. Konsep hukum mendatangkan interpretasi bebas dan banyak diplintir dengan memanfaatkan dasar aturan-aturan karet yang ada. Hampir semua kasus besar yang menyebabkan kerugian negara (baik materiil maupun moril) kebanyakan lolos lewat pintu yang dinamakan prosedur. Bagaimana penjelasan hukum atas semua ini? Begitulah, sejak era orde baru hingga kini situasi hukum makin menjauhi orbit yang semestinya. Hukum dikalahkan dengan kekuasaan, sehingga tidak ada alasan bagi masyarakat untuk tidak menjadi apatis, tidak percaya pada hukum. Baik institusi maupun aparat penegaknya.

Tapi bukan berarti kebobrokan tersebut bisa digeneralisir menimpa semua pihak. Beberapa kelompok masyarakat, tokoh, dan ornop di penghujung orde baru mulai lantang mengkritisi penyimpangan ini. Lambat laun, dukungan pada mereka yang aktif memperjuangkan penegakan hukum pun makin deras. Maka mulai lahirlah pembahasan kritis dari meja diskusi hingga turun ke tataran praktis, hasilnya ide “reformasi hukum” yang harus dilakukan di segenap sektor. Sebab, hukum tak ubahnya seperti kusir yang menjalankan kereta kuda. Hukum mengendalikan ke mana arah segala aturan dan kebijakan negara, jika tali kendali tidak lagi kuat, tentunya akan membahayakan. Oleh karenanya, hukum bertanggungjawab penuh atas arah kendali yang jelas (baca: keadilan dan kebenaran), sebab hukum adalah sandaran untuk memenuhi rasa keadilan bagi semua pihak. Sehingga gagasan akan reformasi hukum mulai memenuhi agenda sejumlah aktifis.

Lantas dari mana harus memulai? Yang pasti langkah pertamanya dengan menyadari kenyataan bahwa situasi di mana kepastian hukum sulit didapatkan, dengan begitu pertanyaan-pertanyaan mendasar seputar hukum (yang berlaku) bisa diajukan dan bersama-sama mencari jawabannya. Reformasi hukum bukan hanya dilakukan sesuai arti harfiah, yakni melakukan pembaruan pada undang-undang yang berlaku. Lebih luas dari itu, reformasi yang melibatkan seluruh komponen masyarakat yang dilakukan dengan semangat kesadaran bersama menjadi tonggak kuat untuk melahirkan konsep baru yang kontekstual. Sebab, bukan berarti konsep negara hukum modern yang selama ini menjadi rujukan Indonesia, buruk. Tetapi karena konsep ini lahir dari rahim liberalisme, sedangkan jaman sudah bergerak jauh, hendaknya konsep yang ada diperbarui sesuai dengan denyut nadi peradaban masyarakat yang telah banyak berubah pula.

Tulisan ini sebenarnya hanya satu di antara seribu langkah yang musti ditempuh sebagai titik awal pembaruan hukum. Atau boleh dibilang diskursus

yang menguji beberapa ide dalam rangka mencari format konsep negara hukum yang kontekstual dengan realitas. Sebagai upaya meniti langkah perbaikan hukum, Oktober lalu HUMA (Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis) dan PSHK (Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia) mengadakan diskusi hukum kritis dengan membedah kembali “Konsep Negara Hukum di Indonesia”. Ada dua pembicara utama yang hadir sebagai pengusung ide, Satjipto Rahardjo (SR), pakar sosiologi hukum atau dalam istilah teknisnya disebut *sociological jurisprudence*. Satjipto telah menghasilkan sedemikian banyak karya tulis dalam bidang ini, diantaranya *Hukum dan Perubahan Sosial*. Berikutnya, Soetandyo Wignyosoebroto (SW), sosiolog dari Universitas Airlangga, yang banyak mengajar di Fakultas-fakultas Hukum di beberapa Universitas. Ia mencoba memahami hukum dari sudut pandang ilmu-ilmu sosial. Redaksi mengemasnya dalam sebuah rangkaian tulisan yang disarikan dari hasil diskusi, selamat membaca, semoga bermanfaat!

## Hukum Progresif: *sebuah tawaran*

*Satjipto Rahardjo*

Saya mencoba berfikir sebagai orang muda yang memberontak dan akan memfokuskan pembicaraan pada masalah pembangunan hukum. Bicara mengenai pembaruan hukum, maka pembaruan itu bisa terjadi kapan saja dan dalam suasana apa saja. Suasana damai, tidak damai, di tengah suasana pasca bom Bali dan situasi apa pun. Tetapi, ada yang bilang saat ini adalah saat *the death of law in Indonesia*. Pernyataan ini sungguh menyeramkan, meski sebenarnya bisa dibilang ketinggalan jaman. Sebab pada 1970-an David Black sudah mempertanyakan tentang kondisi hukum kita ‘*Is law there?*’ Jadi, dari era 70an sampai sekarang komentar-komentar yang negatif masih terus bermunculan. Di Amerika, merujuk sebuah buku bertajuk *Trials Without Truth*, keberadaan institusi pengadilan juga dipertanyakan, “*Ini pengadilan atau tempat untuk cari menang?*” Kemudian setelah kasus kriminal OJ Simpson di mana penegakan hukum terganjal oleh prosedur, seorang mantan hakim menulis buku *The Collapse of The American Criminal Justice System*.

Jadi, jika saat ini Indonesia sedang mengalami keterpurukan, *don't cry too hard!* Apa yang dijelaskan di atas menunjukkan bahwa pengalaman di negara lain juga sempat mengalami masa kepahitan. Di mata negara lain, Amerika nampak seolah-olah gagah perkasa, tetapi mungkin saja memiliki kenyataan yang lebih buruk jika melihatnya melalui pengamatan yang dalam.

Oleh karena itu, pembaruan hukum bisa terjadi kapan saja. Justru saat-saat seperti ini, di mana Indonesia sedang dirundung suasana krisis dan bahkan ada yang menuding sebagai salah satu negara yang memiliki sistem hukum terburuk di dunia, bisa dijadikan pemicu pembaruan hukum. Sebagai bangsa Indonesia, saya merasa sedih, apalagi pasca peristiwa peledakan bom Bali yang berpengaruh pada kestabilan segala aspek kehidupan, sosial, ekonomi, budaya, juga politik dan tentu saja berpengaruh pada situasi hukum.

Secara akademis bisa dikatakan bahwa dalam keadaan seperti ini Indonesia merupakan sebuah laboratorium yang bagus untuk mempelajari fungsi hukum dalam masyarakat serta kaitan antara hukum dengan berbagai bidang dalam masyarakat. Kondisi demikian mendorong berdatangnya pakar asing ke Indonesia untuk mengamati situasi dan mendokumentasikannya sebagai data-data mentah. Data-data tersebut, kemudian diolah dan menjadi hasil publikasi yang baik untuk mempelajari situasi hukum – setidaknya yang berkaitan dengan peristiwa bom Bali. Berbeda dengan Singapura, ada pendapat yang mengatakan bahwa Singapura merupakan negara laboratorium studi hukum yang buruk, sebab tidak ada yang bisa dipelajari di sana kecuali *Law in paper*.

Singapura dengan masyarakat yang memiliki tingkat disiplin tinggi menyebabkan terbentuknya tatanan kehidupan hukum dalam masyarakat yang teratur. Oleh karenanya, justru dalam keadaan carut marut seperti di Indonesia, pertanyaan-pertanyaan mendasar mengenai hukum di dalam masyarakat bisa digali secara luas.

Setelah melakukan (sedikit) penelitian tentang latar belakang keterpurukan kita, saya menemukan bahwa ini merupakan salah satu akibat utama dari penggunaan sistem yang liberal. Dan hukum modern yang memberikan peluang masuknya prosedur di dalam pergulatan keadilan. Saya sebagai bagian dari komunitas akademis ingin memberikan respon atas itu dalam bentuk gagasan hukum yang progresif. Jadi nanti akan menjadi semacam fakta sejarah dan ini akan terus menggelinding.

Seorang guru besar Harvard juga ternyata tidak bisa menyembunyikan kegelisahan akademisnya, jadi dia menulis kasus tentang OJ Simpson yang berjudul *Reasonable Doubt* tapi juga sambil memberikan kritik terhadap praktek-praktek para pengacara yang kurang mendukung keadilan. Dia mengatakan bahwa *exclusionary rules* sebetulnya mengganjal. Tetapi apa boleh buat, karena sistem ini sudah disepakati, maka musti menerima resiko dari apa yang telah diterima sebagai sesuatu yang kita jalankan. Dan saat ini, di negara kita sistem

tersebut sedang berjalan dan kita semua merupakan bagian di dalam sistem tersebut. Mungkin pada suatu ketika akan sampai pada suatu terminal tertentu tetapi tidak ada jaminan bahwa terminal tersebut merupakan jalan keluar terbaik, tetapi proses tersebut akan berlangsung terus. Jadi menurut *law is always law in the living*.

Dari segi sosiologi saya tidak percaya ada hukum yang secara absolut sempurna. Sebab, seperti penjelasan sebelumnya, corak ketentuan hukum sangat bergantung pada pembuatnya. Kalau pembuatnya orang liberal maka jadilah hukum itu bernuansa liberal, kalau demokrat jadi demokrat.

Seringkali dikatakan bahwa konsep hukum yang dimiliki sejauh ini sangat bagus. Namun demikian ketika dituangkan dalam rumusan kata-kata menjadi cacat karena faktor keterbatasan, sehingga menimbulkan penafsiran yang berbeda. Akibat yang demikian, hukum menjadi bersifat *criminogenic*, jadi justru hukum itu menimbulkan kejahatan tersendiri. Karena ketika diterapkan bertentangan dengan filosofi budaya setempat. Seperti yang dikatakan Unger, *"The ideals of Law is rooted in the particular social life"*.

Nah, saat ini merupakan waktu yang bagus memikirkan ulang, apakah memang hukum seperti ini yang harus kita jalankan? Padahal nyata-nyata hukum yang berlaku tidak berhasil mengatasi berbagai persoalan, misalnya memberantas korupsi. Jadi mengapa tidak dipergunakan momen ini untuk melakukan pilihan-pilihan berani untuk mencari jalan keluar terbaik?

Selanjutnya, selain secara akademis, ada pembaruan dalam arti yang lebih luas lagi, yang tidak tanggung-tanggung, yakni pembaharuan di tataran *grass root*, pembaruan mendasar atas sebuah sistem hukum yang berlaku pada masyarakat. Pembaruan seperti ini melibatkan seluruh komponen masyarakat sehingga para akademisi dan pejuang hukum harus bisa memanfaatkan momen ini. Keterpurukan mendalam yang sedang terjadi, secara tidak langsung memberi peluang untuk melakukan pembaruan besar-besaran. Jadi, amat disayangkan jika momentum ini tidak ditangkap dan dimanfaatkan.

Dikatakan sebagai pembaruan yang tidak tanggung-tanggung sebab menjadi hal yang biasa jika pembaruan terjadi dalam keadaan damai atau tertib. Sedang yang dimaksud dengan pembaruan hukum dalam arti sebenarnya tentu hanya perombakan perundang-undangan yang masih dianggap kurang baik di dalam sistem atau tipe order yang ada. Nah, pembaruan hukum yang seperti ini disebut pembaharuan *piece meal*, karena sistem atau tipe ordernya tidak digoncang atau dirubah. Sedangkan pembaharuan yang "tidak tanggung-tanggung" justru menggugat sistem atau tipe order yang selama ini dianggap

baik-baik saja atau memang seharusnya demikian. Sehingga tipe pembaruan ini bisa disebut sebagai suatu perbuatan kreatif, yang bisa terjadi dalam bentuk *rule breaking* sekaligus *rule making* untuk mencapai suatu suasana yang baru.

Nah, agar tidak kehilangan fokus, maka saya menyebut pembaruan ini sebagai “Menuju Satu Hukum yang Progresif”. Untuk sampai kepada hukum progresif, semua konsep akan diusik baik konsep negara hukum, konsep penegakan hukum, konsep pengadilan, bahkan konsep tentang keadilan itu sendiri. Semuanya akan mendapat bagian untuk diguncang. Oleh sebab itu akan muncul permasalahan yang mempertanyakan kembali tentang konsep Negara Hukum kita sendiri, penyelenggaraan hukum selama ini, falsafah, dan konsep keadilan yang dipakai. Nah, ini semua merupakan sifat pembaharuan hukum *grass root*.

Karena fokusnya Menuju Hukum yang Progresif, tentu nantinya akan menghasilkan Negara Hukum Progresif, Konsep Penegakan Hukum Progresif, dan juga Konsep Keadilan Progresif serta konsep-konsep hukum lain yang menjadi progresif. Untuk memulai pembaruan bisa dilakukan dari posisi saat ini; dari tradisi dan praktek bernegara hukum dan penegakan hukum yang diterapkan selama ini, titik-titik inilah yang akan digugat. Keterpurukan saat inilah yang menjadi *entry point* gugatan. Lalu bagaimana sifat gugatan itu?

Praktek dan tradisi yang selama ini dijalankan di Indonesia bisa digolongkan di dalam konteks atau tipe sistem hukum liberal. Di mana dikenal sebagai sistem hukum yang muncul dalam konteks era modern, dan tipe ini lahir dari sejarah panjang yang kemudian dipakai oleh hampir semua negara di dunia. Sejarahnya mulai dari jaman kegelapan (*dark ages*), Feodalisme, sampai akhirnya timbul negara hukum modern abad 19, jadi rentang waktu yang ditempuh lebih dari 1000 tahun. Karena bermula dari negara-negara barat, maka dalam sejarah perkembangan hukum dikenal sebagai *euro-centric development*.

Jadi perlu disadari bahwa sistem hukum yang digunakan selama ini bukanlah hukum yang berkembang dari dalam wilayah Indonesia sendiri, melainkan dari negara barat. Demikian juga sistem hukum yang ada di negara lain seperti Jepang dan Korea serta negara berkembang lainnya. Khususnya Indonesia, merujuk pada tradisi hukum Leiden, Utrecht, atau negeri Belanda.

Bukan hanya Indonesia saja yang mengalami keterpurukan sistem hukum, Jepang juga pernah melewati keadaan yang sama di mana harus menggunakan sistem hukum yang sebetulnya tidak berasal dari budayanya sendiri. Meski begitu, Jepang terbilang lebih bagus karena mereka mampu memadukan antara hukum modern barat dan mempertahankan praktek hukum budaya aslinya.

Perpaduan dilakukan untuk menghindari agar tidak terkucil dari dunia Internasional yang menggunakan sistem hukum modern. Saat ini dengan struktur hukum (tradisional) yang mapan, Jepang sudah mampu melakukan penyaringan nilai-nilai yang masuk dari luar.

Sebagai contoh, hasil dari sebuah penelitian tentang kontrak di Jepang mengatakan bahwa kontrak harus dibuat secara tertulis. Di dalamnya harus memuat hal-hal secara rinci seperti yang tertera dalam kontrak hukum modern. Ini menunjukkan diterimanya konsep kontrak hukum modern dalam sistem hukum Jepang. Tetapi dalam pelaksanaan kontrak tersebut, praktek yang berlaku tetap menggunakan sistem hukum Jepang, terutama mengenai cara-cara menyelesaikan hubungan kontrak. Sedangkan praktek hukum modern akan dipergunakan ketika penerapan cara Jepang mengalami kegagalan dalam menyelesaikan masalah.

Kembali pada sistem hukum yang berlaku di Indonesia. Sistem hukum di Indonesia selama ini selalu meneriakkan hubungan industrial Pancasila, tetapi yang muncul kemudian *malah* pelanggaran HAM di mana-mana. Nampaknya jarak antara apa yang diucapkan dengan yang dipraktekkan terlampau jauh membentang, ini semata-mata disebabkan oleh ketidakmapanaan struktur yang ada. Jika demikian, mengapa tidak belajar dari Jepang sebagai sesama negara timur?

Intinya, apa betul sistem yang kita pakai selama ini tidak bisa ditawarkan lagi? Jika penegakan hukum dilakukan dengan cara lain dari sistem hukum modern, apakah bisa dikatakan mengingkari konsep negara hukum? Penerapan sistem hukum seperti *Japanese Twist* memberikan pelajaran agar kita berani untuk melakukan pilihan-pilihan, dan mengakui bahwa tidak ada sesuatu yang absolut. Dalam suasana negara yang kacau seperti sekarang, sebenarnya merupakan momentum yang tepat untuk mencoba melihat alternatif-alternatif sistem hukum selain sistem hukum modern *ala* barat.

Sistem hukum liberal memang sudah lama diterapkan di Indonesia, meski saat ini kita sudah berada di jaman post-liberal, bukan berarti hukum modern tersebut salah. Selanjutnya, sedari sekarang sudah saatnya untuk memperbaiki hal-hal yang perlu dibenahi sesuai dengan konteks yang ada.

Salah satu bentuk perkembangan dari sistem hukum modern adalah munculnya konsep *The order of procedure*. Ribuan tahun lalu, keadilan dibicarakan dalam kerangka keadilan substantif sesuai dengan filsafat hukum naturalisme. Tapi ketika sistem hukum modern mulai berkembang maka manusia berada dipersimpangan jalan antara keadilan substantif dengan keadilan prosedural atau *orde procedure*.

Sebagai contoh, Amerika menggunakan sistem *adversaire*, dengan sistem ini hakim hanya mengatur proses beracara di pengadilan, sementara “bola” sepenuhnya berada di tangan *lawyer* dengan jaksa. Hakim sama sekali tidak memiliki kewenangan untuk mengendalikan proses dialogis, sehingga seringkali terjadi “perang” di pengadilan untuk mempengaruhi pendapat juri. Selain itu, untuk memenangkan perkara biasanya para *lawyer* *mengobok-obok* masalah-masalah prosedural seperti yang terlihat dalam perkara OJ Simpson.

Amerika sangat mengutamakan prosedur (*heavily procedurize*), bahkan di sana muncul yang namanya *exculatory rules*, yakni kebenaran bisa dikesampingkan demi prosedur. Dan saya melihat cara-cara yang berlaku di Amerika tersebut secara tidak sadar sudah berjalan di Indonesia. Kalau tidak mengikuti sistem liberal tidak mungkin hal itu terjadi, sebab sistem hukum liberal melihat prosedur adalah segalanya. Pada kasus Tommy Soeharto misalnya, jaksa dan pengacara ribut mengenai surat asli penahanan, mencari pembenaran melalui hal-hal yang prosedural, sehingga mengesampingkan keadilan.

Menurut pandangan saya kalau cara-caranya sudah seperti ini (mengikuti sistem hukum liberal *a la* Amerika) maka Indonesia bukan negara hukum lagi tapi negara *zombie*, karena hukum sudah dipisahkan dari moral. Bahkan beberapa waktu lalu, para elit politik di DPR malah melontarkan pernyataan bahwa persoalan hukum hendaknya tidak dicampuradukan dengan moral. Pangkal dari masalah itu sebenarnya terletak pada hukum modern yang berada dipersimpangan jalan menuju keadilan yang substantif atau keadilan prosedural. Jadi, dalam konteks hukum sebagai manifestasi dari keadilan liberal, prosedur itu sama pentingnya dengan keadilan substantif, bahkan bisa lebih penting. Saya sepakat bahwa setiap prosedur pasti ada fungsinya. Karena toh prosedur merupakan bagian dari perburuan keadilan dalam ruang pengadilan. Sebagai contoh, di Amerika yang ekstrim sistem *adversarie* menjadi *prosedur above else* atau *heavily procedurize*. Ini tidak hanya kita yang melihat dari luar tapi mereka yang di dalam juga merasakan dan mengatakan *‘this is wrong’*. Ini yang menyebabkan *trials without truth*.

Selanjutnya, ada beberapa komponen yang ada dalam Hukum Progresif yang musti dipertimbangkan, antara lain adalah (1) peraturan; (2) SDM; (2) kepedulian kepada rakyat; dan (4) determinasi dalam pengambilan keputusan atau keberanian. Anggapan bahwa adanya peraturan secara otomatis mampu menciptakan kepastian hukum sebenarnya keliru, yang tepat adalah peraturan menjamin kepastian peraturan. Sebab kepastian hukum mempunyai banyak

faktor, tidak hanya peraturan semata. Di Indonesia, kepastian hukum ditentukan juga oleh penguasa dan bagaimana perilaku para penegak hukumnya. Cara memandang peraturan juga sangat ditentukan oleh faktor-faktor sosiologis.

Maka muncul pertanyaan, apakah kita punya modal untuk menjalankan hukum progresif? Perlu diketahui Indonesia mempunyai *human capital* walaupun tidak banyak. Kebanyakan memang hakim-hakim serta jaksa yang baik *malah* dimarjinalkan. Padahal hakim tipe inilah yang cocok dengan sistem hukum yang progresif. Oleh karenanya, untuk mengubah kultur demokrasi dan kultur pemerintahan memang hal yang sulit dilakukan. Kita harus mengubah paradigma dan melakukan pembaruan bukan hanya dalam teks UU, sistem hukum yang ada dan aparat penegak hukum, tetapi juga dalam seluruh aspek kehidupan yang sudah ada.

### **Konsep Negara Hukum Dalam Konteks Pembaharuan Hukum** *Soetandyo Wignyosoebroto*

Saya setuju dengan perkembangan pemikiran yang ada saat ini, bahwa yang dibutuhkan bukan sekedar reformasi hukum (*legal reform*) tetapi juga pembaruan hukum (*law reform*). *Law* bukan hanya dalam arti peraturan perundang-undangan saja tapi seluruh sistemnya. Pertanyaannya apakah mungkin pembaruan dilakukan tanpa bertolak dari konsep-konsep dasarnya? Jadi tidak hanya memperbaiki permukaan saja tapi dari konsep dasarnya. Untuk itu harus dapat memahami konsep-konsep dasar serta ajaran-ajaran yang ada di belakang konsep dasar tersebut, misalnya apa yang dikenal dengan Konsepsi Negara Hukum.

Saya juga sepakat bahwa hukum sangat tergantung juga pada konstelasi politik apakah Partai Demokrat atau Republik, memang pada prakteknya demikian. Tapi yang kita persoalkan sekarang adalah kapan rakyat menang? Jadi hukum bisa dibuat di pengadilan, tapi tataran politik tidak memungkinkan rakyat itu masuk. Dan aliran yang baru ini memang mengatakan bahwa hukum memang ujung dari suatu proses politik. Oleh karena itu memang betul kalau kita mau melakukan pembaharuan di bidang hukum konstruksinya itu tidak hanya pada tingkat pembaharuan undang-undang, tetapi seluruh sistem dan struktur serta kultur masyarakat yang ada.

Kalau ditelusuri, konsep negara hukum di Indonesia yang tertera di dalam penjelasan UUD 1945 disebutkan bahwa Indonesia adalah negara yang berdasarkan hukum (terjemahan dari *rechstaat*). Istilah ini tercantum dalam

penjelasan konstitusi yang juga terdapat di *Regeling Beglemen* (RB) pada 1854, ketika pemerintah kolonial Belanda dengan kebijakan hukum dan politiknya mengumumkan bahwa negara Belanda adalah negara *Rechstaat*.

*Rechstaat* menurut Prof. Soepomo diterjemahkan sebagai negara yang berdasarkan hukum. Selain di dalam UUD 1945 dan RB, *rechstaat* juga ada dalam naskah-naskah yang lebih tua, seperti *Law State*, yang sudah ada sejak abad XII. Istilah lengkap yang sering dipakai adalah *supremacy law state* atau *supremacy state of law*. *State* bukan sebagai negara akan tetapi penenkanannya lebih pada status, yakni status hukum yang tertinggi.

Dua perbedaan pengertian mengenai *state* ini akhirnya tidak menghasilkan pengertian yang berlawanan, sebab sebenarnya negara hukum juga merujuk pada pengertian bahwa status hukum haruslah yang tertinggi, artinya setiap orang harus menghormati hukum. Ini semua adalah konsep-konsep positivistik, hukum bukan dalam pengertian *ius* atau keadilan substantif, tapi *ius* yang sudah dibentuk atau UU. Membentuk UU sama halnya membentuk materi-materi di dalam masyarakat yang mempunyai nilai sebagai *ius* yang harus *dikonstitutumkan*, inilah yang disebut sebagai *lege*. Ini semua sebenarnya konsep positivistik untuk memberikan kepastian-kepastian. Atas dasar ini maka dapat dimengerti mengapa prosedur menjadi penting. Oleh karena itu jika hendak melakukan perubahan, maka yang pertama diserang bukan soal keadilan dan kepastian hukumnya, akan tetapi *the whole doctrine* dari positivisme.

Positivisme pernah berperan besar dalam masyarakat barat. Utamanya di eropa barat, atau lebih spesifik lagi katolik barat. Perkembangan positivisme hukum di eropa barat dimulai ketika konflik antara Paus ke VII dengan Keiser Henrich dari Jerman, kemudian di susul dengan konflik antara Paus dengan King John yang menghasilkan hukum-hukum bumi guna menghargai kontrak antara dua kekuatan tersebut.

Nah, kontrak semacam ini kemudian muncul lagi dalam revolusi perancis. Akan tetapi yang berkontrak sekarang bukan rohaniawan melainkan rakyat, inilah yang dikenal dengan Kontrak Sosial dari JJ Russeou. Konsep kontrak perjanjian seperti ini menegaskan prosedur dan substansi yang berasal dari kesepakatan rakyat, maka hasilnya dinamakan UU. Hal ini memberikan dasar hukum yang luar biasa di eropa barat dan menimbulkan suatu proses revolusi hukum. Revolusi yang dari semula hukum merupakan titah raja, kini hukum menjadi kesepakatan rakyat. Hukum Tuhan melalui Paus menjadi hukum dunia yang fana yang bisa diubah. Sedang menurut Bergman, hukum harus dirawat oleh ahlinya secara profesional. Dari sinilah munculnya profesi hukum, sehingga

hukum mulai tercerabut dari rakyat dan dikuasai oleh elit yang disebut sebagai pengacara.

Sejak itu, para pengacara mulai melakukan kegiatan yang disebut dengan *leges*. Sepanjang abad 20 ini mereka membalikkan hukum tidak pada ajaran falsafah tapi pada ajaran undang-undang. Tokoh yang menganut ajaran ini contohnya Lamdel dari Harvard. Di sini semua tunduk pada hukum sebab akibat yang sudah dikonstruksikan dalam undang-undang. Dengan kata lain hukum diberlakukan semata-mata berdasarkan *judgment* bukan empirik.

Ajaran Lamdel kemudian dikritik oleh muridnya, Roscoe Pound. Menurut Pound hukum *a la* Lamdel sangat *myopic*, karena sama sekali tidak menghiraukan faktor empirik. Pound lebih cenderung menjalankan hukum sebagaimana yang tertera dalam prosedur yang berlaku dengan melihat kenyataan riil yang ada di masyarakat. Pound juga berpendapat bahwa setiap putusan hukum harus mempunyai dampak positif pada masyarakat. Ajaran ini dikenal dengan *social engineering*. Konsep *social engineering* bertahan dari 1900-1930-an yang kemudian disusul oleh konsep *The Functional Jurisprudence*. Di samping itu ada satu konsep yang dinamakan *sociological jurisprudence* yakni ilmu hukum yang memperhatikan fakta sosial dalam mengambil putusan, dengan demikian kemaslahatan lebih penting daripada kepastian. Sosiologi hanya membuat kesimpulan-kesimpulan, bukan membenaran atau putusan ke arah mana kebijakan harus diperjuangkan. Sosiologi hukum memberikan masukan-masukan pada para politisi hukum atau *jurist* yang bergerak dibidang politik hukum agar dapat melihat ke arah mana hukum ini akan dibawanya. Sosiologi juga bisa memberikan provokasi-provokasi kepada para *jurist*, mulai dari *sociological jurisprudence* sampai *feminist jurisprudence* yang bermula dari kajian-kajian sosiologi yang kemudian bergerak menjadi politik sosial dan akhirnya menjadi politik hukum.

Pada 1920-an hakim-hakim di Amerika mulai memperhitungkan *sociological jurisprudence*. Kemudian pada tingkat politik perundang-undangan muncul aliran *functional jurisprudence*, yaitu aliran yang bertujuan untuk membentuk hukum dalam tataran perundang-undangan, institusi, aparat penegak yang fungsional serta implementatif di masyarakat. Sehingga aturan yang terlampau mengedepankan prosedural, seperti yang terjadi pada konsep hukum modern malah cenderung disfungsional. Inilah yang menimbulkan kritik yang kuat pada aliran positivisme. Namun sayang, perhelatan antara kaum *sociological* dan *functional jurisprudence* hanya sebatas pada tataran peradilan atau non-litigasi. Kalangan non-litigasi yang bergerak di bidang kebijakan beranggapan bahwa apabila

memenangkan perkara di persidangan sebenarnya bukan kemenangan substantif atau bisa disebut *win the case but not the cause*. Aliran-aliran yang melihat hukum seperti itu kemudian dikenal sebagai aliran *realistic jurisprudence* atau *legal realism*.

Aliran *legal realism* memiliki latar belakang politik, karena menggugat hak-hak kaum minoritas, di mana jika hukum diberlakukan untuk semua golongan masyarakat maka akan ada golongan-golongan masyarakat tertentu yang akan dirugikan. Di Amerika, *legal realism* muncul kembali karena gerakannya didukung oleh kekuatan massa yang luar biasa, bukan dari *theoretical movement* di kampus-kampus tapi dimulai dengan *socio-political movement* masyarakat. Kaum realis mengatakan bahwa hukum tidak hanya undang-undang. Undang-undang merupakan *the rules of élits law*. Sehingga, untuk memenangkan gagasan di ruang parlemen kaum realis harus melakukan gerakan dari luar yang selama ini dikenal sebagai *social movement*.

Di Indonesia, gerakan *legal realism* atau *realism jurisprudence* masih terbatas di bidang hukum (*jurisprudence*). Persoalannya adalah pengertian hukum apa yang dimaksud? Pengertian undang-undang yang dikelola oleh para elit, terpelajar atau berpendidikan? Atau hukum yang hidup sesuai dengan yang dimaknakan oleh siapapun? Sebab ada pendapat yang mengutarakan bahwa hukum itu mempunyai makna banyak. Menurut Mark Delento hukum memiliki banyak ruang dan dapat dimaknakan oleh siapapun.

Jadi istilah *recht* atau hukum itu tidak hanya berarti sebagai peraturan perundang-undangan saja, tetapi juga apa yang diartikan dan dimaknakan oleh subjek. Selain itu, hal lain yang cukup penting adalah siapa yang dapat menginterpretasikan hukum? Apakah *lawyers* merupakan satu-satunya pihak yang berhak untuk menginterpretasikan hukum? Mungkin betul kalau dalam lingkungan peradilan, tapi bagaimana dengan diluar peradilan? Pengertian ini mengakibatkan banyak orang-orang kecil atau miskin tidak berani ke pengadilan karena tidak bisa melakukan interpretasi hukum sesuai dengan keyakinannya.

Mari melihat pengertian-pengertian yang *pro* kepada publik. Di Indonesia, publik diartikan sebagai negara, *public servant* menjadi abdi negara. Kata publik berasal dari *publicus* yang berarti khalayak ramai. Tapi di dalam sidang di pengadilan kata tersebut mengalami distorsi yang mengakibatkan rakyat di luar persidangan tidak bisa ikut bicara.

Kemudian mengenai praduga tak bersalah. Ditinjau dari *legal semiotics*, asas interpretasi tersebut merupakan kekuatan elit hukum untuk menjadikannya istilah sentral yang hanya bisa diterjemahkan bebasa dengan segala doktrin oleh para *lawyers*. Sedang hakim, menggunakan asas praduka tak bersalah,

pembela terdakwa menggunakan asas “yakin tidak bersalah”, dan penuntut umum menggunakan asas “yakin bersalah”.

Intinya adalah bahwa akan ada banyak istilah yang dipertanyakan. Beberapa contoh di atas hanya sebagian kecil istilah hanya bisa dimengerti oleh mereka yang menggeluti hukum. Masalah berikutnya adalah apakah hukum hanya milik kaum tertentu, atau seperti dalam pandangan kaum *legal functionalism* yang menyatakan bahwa setiap orang berhak untuk memaknai hukum sesuai dengan pengertiannya masing-masing.

Sebagai contoh jika kita menerobos lampu kuning, apakah bisa digolongkan dalam perbuatan melanggar hukum lalu lintas? Atau bahkan sebaliknya, sama sekali tidak berhubungan dengan pelanggaran hukum lalu lintas. Adanya berbagai pendapat tentang pelanggaran kasus lalu-lintas menunjukkan bahwa masyarakat ternyata ikut secara aktif menerjemahkan hukum.

Berbicara soal pembaruan hukum di Indonesia memerlukan sebuah gerakan yang besar, di mana dibutuhkan keterlibatan setiap lapisan masyarakat, baik akademisi, pakar maupun “orang biasa”. Dulu Belanda mengambil suatu kebijakan untuk menerapkan hukum eropa dengan konsep universalisme-nya yang diberlakukan di seluruh penduduk negeri ini. Jadi Belanda datang kemari itu sebetulnya dengan semangat *not to conquer but to free, to make people free*. Tetapi pada waktu itu juga terdapat kesulitan untuk menerapkan sebab, di dalamnya terdapat debat antara Universalisme dengan Particularisme. Oleh karena itu Belanda juga menggunakan asas *Nullum Delictum*, asas legalitas dan hukum pidana sebelum diterapkan pada orang Eropa sudah diterapkan pada orang Pribumi, 1872 yaitu *Wetboek van Straftrecht 1872*.

Namun demikian, apa yang dilakukan oleh Jepang, seperti yang dipaparkan di atas tidaklah mudah untuk ditiru, sebab Indonesia bukan bangsa seperti Jepang yang homogen. Jika dilihat dari *formal rules*nya bisa saja berlaku dari Sabang sampai Merauke, tapi tidak begitu halnya dengan *legal culture*-nya.

Nah oleh karena itu kalau kita ingin mengakomodir segalanya, bagaimanapun juga hukum itu selalu juga hasil kloning atau *transplanting*. Sehingga bisa diterapkan pada masyarakat yang majemuk. Saat itu, Belanda tidak berani walaupun ada semangat unifikasi, tapi itu gagal pada tahun 20-an. Berhenti tahun 20-an sampai ke *enlighten dualism* itu. Kemudian diulang oleh Mochtar Kusumaatmadja untuk unifikasi, tapi secara juridis sulit diterapkan apalagi secara sosiologis maupun kultural. Jadi kalau akan melakukan pembangunan hukum bagi saya bukan hanya membangun perundang-undangnya tapi juga seluruh

struktur beserta budayanya. Hal ini tidak bisa dilakukan secara mendadak tapi ini bagian dari suatu proses, jadi harus juga ada kesadaran dan juga kesediaan untuk bisa menerima perbedaan.

Menurut Soepomo yang memungkinkan untuk diberlakukan adalah mengutarakan sesuatu yang sifatnya netral, Belanda menyebutnya dengan *enlighten dualism*. Maksudnya, jika tidak diatur di dalam hukum Eropa dan tidak diatur oleh hukum adat, maka akan disusun hukum baru yang mengaturnya, meski kadang penerapannya juga sulit. Oleh karena itu ada yang berpandangan bahwa beberapa hal diatur oleh tertib hukum mereka masing-masing, jadi ada pluralisme di bidang hukum. Sehingga ada beberapa faktor yang musti diperhitungkan untuk memberlakukan suatu aturan hukum, kalau masyarakatnya masih majemuk, berarti yang berlaku hukum majemuk.

Kalau memang akan terjadi pembaruan hukum, saya kira berbagai alternatif itu bisa menjadi bahan pemikiran bersama. Tidak segera diterapkan juga tidak jadi soal, tetapi barangkali bisa menjadi wacana yang sebetulnya bagus untuk dibincangkan. Sayang, banyak kampus yang mengalami kemandegkan dalam pemikiran. Kampus-kampus fakultas hukum di Indonesia bahkan tidak menggempur sistem tersebut, malah pemikiran-pemikiran baru diusir karena dianggap membahayakan sistem yang sudah mapan. Pemikiran-pemikiran hukum, jika diamati, justru berkembang di luar perguruan tinggi, seperti di ruang diskusi, di lembaga kajian hukum. Banyak tulisan hukum yang diterjemahkan oleh kalangan non-akademis, serta banyak pula gagasan hukum baru yang lahir bukan dari kampus.

Yang harus dilakukan dalam rangka pembaruan hukum adalah memikirkan hal yang sama dalam rangka mencapai tujuan yang sama, dan dilakukan bersama-sama pula. Tentu saja juga harus memikirkan langkah strategis untuk melihat titik lemah dari struktur itu apa. Untuk itu keterlibatan seluruh komponen civil society sangat diperlukan. Namun demikian konstruksi sosial yang berlaku di Indonesia masih feodalistik. Masyarakat kita masih berpikir tentang peran dan fungsi jabatan struktural seperti, siapa yang harus duduk di atas, dan yang menjadi anak buah. Masyarakat yang seperti ini sebenarnya bukan yang dinamakan *civil society*, tetapi merupakan bentuk-bentuk miniatur otokratisme. Demikian pula halnya dengan demokrasi, demokrasi belum tumbuh dengan baik di Indonesia, untuk itu perlu pembenahan atasnya. Intinya kita harus bisa menentukan sikap: *pro the people* atau *pro the state*? Populisme atau etatisme? Menerjemahkan hukum *for the sake of the people* atau *for the sake of the state*? [ ]