

# DINAMIKA KETERPECAHAN DAN KETERPADUAN NORMA<sup>1</sup>

Oleh Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, SH<sup>2</sup>.

## A. SISTEM NORMA AGAMA, ETIKA, DAN HUKUM

Apa yang dimaksud sebagai norma? Norma berasal dari kata bahasa Inggris yang berasal dari istilah '*norm*' istilah Yunani '*nomoi*' atau '*nomos*' yang berarti hukum atau kaedah (*qo'idah*) dalam bahasa Arab. Karena itu, judul buku Plato '*Nomoi*' juga biasa diterjemahkan dengan kata "*The Laws*" dalam bahasa Inggris<sup>3</sup>. Istilah kaedah atau 'qo'idah' dalam bahasa Arab juga biasa dikonotasikan pengertiannya dengan hukum (*singular*) atau al-ahkam (*plural*). Karena itu, lima kaedah yang dikenal dalam ajaran agama Islam, yaitu kaedah wajib, haram, sunnah, makruh, dan mubah biasa juga disebut sebagai "*al-ahkam al-khamsah*" atau kaedah yang lima.

Kaedah atau norma itu sebenarnya merupakan suatu pelembagaan atau institusionalisasi nilai-nilai yang diidealkan sebagai kebaikan, keluhuran, dan bahkan kemuliaan berhadapan dengan nilai-nilai yang dipandang buruk, tidak luhur, atau tidak mulia. Nilai-nilai baik dan buruk itu berisi keinginan dan harapan yang tercermin dalam perilaku setiap manusia. Nilai baik dan buruk itulah yang dilembagakan atau dikonkretisasikan dalam bentuk atau berupa norma atau kaedah perilaku dalam kehidupan bersama. Sebagaimana tercermin dalam pengertian tentang '*al-ahkam al-khamsah*' tersebut di atas, kaedah-kaedah perilaku itu dapat dibedakan dalam lima norma, yaitu (i) wajib atau '*obligatere*', (ii) haram atau '*prohibere*', (iii) sunnah atau anjuran untuk melakukan, (iv) makruh atau anjuran untuk jangan melakukan, dan (v) mubah atau kebolehan atau '*permittere*'.

Kelima norma tersebut, menurut Profesor Hazairin, dapat dibedakan dalam tiga jenis sistem norma, yaitu norma agama, norma hukum, dan norma kesusilaan<sup>4</sup>. Norma agama mencakup kelima-lima kaedah itu sekaligus. Tetapi norma hukum hanya mencakup tiga kaedah

---

<sup>1</sup> Makalah ini disampaikan untuk pembekalan bagi para calon Hakim Agung yang diselenggarakan oleh Komisi Yudisial, 9 Maret 2015.

<sup>2</sup> Guru Besar Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Ketua Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilihan Umum Republik Indonesia (DKPP-RI 2012-2017), Ketua Dewan Pembina Ikatan Sarjana Hukum Indonesia (ISHI), Ketua Dewan Penasihat Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnasham, 2013-2017), Wakil Ketua Dewan Gelar dan Tanda Kehormatan (DGTK, 2014-2019).

<sup>3</sup> Thomas L. Pangle (translator), *The Laws of Plato*, University of Chicago Press, 1988.

<sup>4</sup> Lihat Prof. Dr. Mr. Hazairin, "Kesusilaan dan Hukum", Pidato Pengukuhan Gurus Besar Hukum Adat sekaligus Hukum Islam Universitas Indonesia (UI) pada tanggal 9 Desember 1950.

saja, yaitu (i) kaedah kewajiban (*obligattere*), (ii) kaedah larangan (haram), dan (iii) kaedah kebolehan atau (mubah, ibahah). Sebaliknya, norma kesusilaan berisi tiga kaedah, yaitu (i) kaedah kebolehan (mubah), (ii) kaedah anjuran untuk melakukan (*sunnah*), dan (iii) kaedah anjuran untuk tidak melakukan (*makruh*). Pengelompokan jenis kaedah yang lima (*al-ahkam al-khamsah*) menurut Profesor Hazairin tersebut dapat kita elaborasi lebih rinci dengan mengaitkannya dengan sistem norma yang dikembangkan dalam filsafat hukum dan politik yang selalu dinisbatkan berasal dari warisan tradisi Yunani kuno mengenai adanya tiga macam kaedah yang meliputi (a) obligattere (kewajiban), (b) permitttere (kebolehan), dan (c) prohibere (larangan) seperti diuraikan di atas.

Norma kesusilaan, menurut Profesor Soerjono Soekanto, dapat dibedakan antara norma kesusilaan pribadi dan norma kesusilaan antar pribadi<sup>5</sup>. Keduanya dapat dicakup ke dalam pengertian etika yang kita bahas dalam buku ini. Etika atau kesusilaan pribadi menyangkut keinsyafan pribadi setiap manusia tentang nilai baik dan buruk dalam suatu keadaan atau dalam menghadapi segala sesuatu yang perlu disikapi oleh seseorang, terlepas dari hubungannya dengan orang lain. Misalnya, seorang yang kaya raya dan baru saja mendapat rizki yang besar, dengan mudah dapat saja tergerak hatinya untuk berbuat baik dengan membagikan rizki dengan memberikan bantuan beasiswa tanpa publikasi kepada anak-anak sekolah SD dan SMP se-desa di suatu daerah terpencil. Dorongan untuk membantu anak-anak desa itu merupakan dorongan etika yang murni bersifat pribadi. Pengertian tentang etika pribadi inilah yang biasa disebut dengan istilah kesusilaan saja.

Sedangkan etika atau kesusilaan antar pribadi terkait dengan nilai baik dan buruk dalam hubungan antar manusia dalam pergaulan bersama secara interaktif dalam kehidupan bermasyarakat. Kesusilaan antar pribadi inilah yang oleh Soerjono Soekanto disebut sebagai kaedah sopan-santun atau kesopanan<sup>6</sup>. Misalnya dalam bertutur kepada seorang yang usianya dan kedudukan sosialnya lebih tinggi harus menggunakan kata-kata yang dipilih dan yang biasa dipakai dalam hubungan yang dianggap pantas. Dalam pergaulan, diidealkan bahwa kita harus memakai pakaian yang pantas menurut tempat dan waktunya. Ke pesta, tidak lah dianggap pantas untuk berpakaian daster bagi perempuan atau piyama bagi laki-laki. Demikian pula pakaian yang pantas dikenakan di kantor oleh perempuan bekerja, bukan lah baju kebaya dengan sanggul yang biasa dikenakan untuk pergi ke pesta atau juga bukan lah pakaian rok mini atau baju minim yang hanya pantas dipakai untuk bertamasya ke pantai.

Dengan demikian, jika digambarkan dalam bagan, ketiga sistem norma agama, hukum, dan kesusilaan (etika) tersebut adalah sebagai berikut.

---

<sup>5</sup> Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka, *Perihal Kaedah Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993; Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka, *Sendi-Sendi Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, (edisi ke-1 1979), 1993.

<sup>6</sup> *Ibid.* (Perihal Kaedah Hukum, 1993).

### Tiga Sistem Norma

	Agama	Hukum	Etika
Wajib	X	X	-
Sunnah (anjuran +)	X	-	X
Mubah (kebolehan)	X	X	X
Makruh (anjuran -)	X	-	X
Haram (larangan)	X	X	-

**Norma Agama.** Dalam sistem norma agama<sup>7</sup>, semua kaedah yang lima itu berlaku secara keseluruhan dan simultan. Ada kaedah yang bersifat kewajiban, ada pula yang merupakan larangan dan kebolehan seperti dalam norma hukum. Tetapi, di samping itu, ada pula kaedah anjuran untuk melakukan (sunnah) dan anjuran untuk tidak melakukan sesuatu (makruh) seperti dalam sistem norma etika yang hanya dikaitkan dengan konsepsi pahala dan surga yang diyakini ada dalam semua agama.

### Norma Agama

Wajib (Kewajiban)	Sunnah (Anjuran untuk)	Mubah (Kebolehan)	Makruh (Anjuran jangan)	Haram (Larangan)

Dapat dikatakan bahwa dalam agama, kelima sistem kaedah tersebut berlaku sebagai sarana pengendalian diri agar orang yang beriman dapat terpelihara tingkah lakunya sebagai umat untuk menjalankan ajaran agamanya dengan baik. Kaedah wajib (kewajiban) dan haram (larangan) berkaitan erat dengan keyakinan orang akan ajaran agamanya. Sistem *'reward and punishment'* dalam keyakinan beragama berkaitan dengan kepercayaan mengenai adanya surga dan neraka di hari kemudian atau hari akhirat. Tentu tidak semua agama mempunyai konsep-konsep yang sama mengenai ide tentang surga dan neraka, dan ide tentang hari akhirat atau hari sesudah kematian. Dalam paham deisme yang tidak percaya mengenai adanya hari akhirat, konsep tentang surga dan neraka itu boleh jadi dipahami hanya sebagai gejala kehidupan di dunia. Karena itu, ide tentang neraka dan surga itu tetap diterima dalam kerangka sistem penghargaan yang diidealkan dalam keyakinan paham deisme yang percaya kepada adanya Tuhan Yang Maha Kuasa. Orang yang menjalankan kewajiban agamanya akan mendapatkan pahala dan balasan surga, sedangkan yang melakukan perbuatan-perbuatan yang diharamkan atau dilarang oleh agama akan mendapatkan ganjaran dosa yang akan menempatkannya di neraka, baik surge atau neraka di akhirat atau pun surga atau neraka di dunia.

<sup>7</sup> Hazairin, Kesusilaan dan Hukum, Op.Cit.

Di luar ajaran tentang kewajiban dan larangan itu terbentang luas hal-hal lain sebagai kebolehan atau hal-hal yang dianjurkan untuk dikerjakan (sunnah) ataupun hal-hal yang dianjurkan untuk tidak dilakukan (makruh). Dalam pemahaman ajaran Islam, kaedah kebolehan dianggap sebagai kaedah asal dalam hubungan horizontal antar sesama manusia dan sesama makhluk Tuhan (urusan mu'amalat), sedangkan dalam hubungan dengan Tuhan (urusan ibadah) kaedah asalnya adalah larangan (haram). Dalam urusan ibadah, semua hal dilarang, kecuali yang secara tegas diperintahkan. Sedangkan dalam urusan mu'amalah, semua hal diperbolehkan, kecuali yang secara tegas dinyatakan sebagai larangan.

Semua hal yang diperbolehkan (mubah) dapat berkembang menjadi anjuran positif atau anjuran negatif. Anjuran disebut positif apabila berisi dorongan agar sesuatu dikerjakan (sunnah). Sedangkan anjuran negatif berisi dorongan agar hal dimaksud tidak dilakukan (makruh). Artinya, hal-hal yang diperbolehkan dalam ajaran agama dapat saja berubah menjadi anjuran positif ataupun menjadi anjuran negatif, yang dikaitkan semata-mata dengan sistem insentif pahala. Dalam kaedah anjuran positif (sunnah), apabila dilakukan, tersedia ganjaran pahala. Akan tetapi, apabila anjuran itu tidak diikuti, maka hal itu tidak menyebabkan yang bersangkutan mendapatkan dosa. Sebaliknya, kaedah-kaedah anjuran negatif (makruh) juga menyediakan pahala bagi orang yang mengikutinya, yaitu apabila yang bersangkutan tidak melakukan hal-hal negatif yang dimaksud, tetapi tidak diancam dengan dosa apabila anjuran itu tidak diikuti, yaitu dengan cara tetap melakukan hal-hal yang diharapkan tidak dilakukan itu. Pendek kata, dalam konsepsi anjuran, baik yang bersifat positif ataupun yang negatif, selalu terkait konsepsi pahala dan surga.

Pahala dan surga itu merupakan konsepsi tentang ganjaran di akhirat, tetapi dapat pula berpengaruh di dunia sekarang. Ciri atau pertanda bahwa seseorang mendapat banyak pahala sebagai bekal kelak di akhirat dapat tercermin dalam banyaknya pujian atau apresiasi yang ia terima dalam kehidupan kini dan disini. Karena itu, sebenarnya, pahala dan surga dalam perspektif pandangan keagamaan juga dapat tercermin dalam kehidupan di dunia sekarang juga. Karena itu, sudah seharusnya, jika seseorang beragama dengan benar menurut kaedah-kaedah agama yang diyakininya, pastilah perilakunya dalam kehidupan beretika, dan dengan demikian dalam menjalani kehidupan dalam masyarakat yang majemuk, perilakunya juga tercegah dari pelbagai kemungkinan pelanggaran kaedah-kaedah hukum dalam perikehidupan bersama. Dengan demikian, kaedah agama, etika, dan hukum dapat difungsikan secara sinergis dan saling menopang dalam rangka membina, mengarahkan, dan mengendalikan kualitas dan integritas perilaku manusia dalam kehidupan bersama dalam bermasyarakat, berbangsa, dan juga bernegara.

**Noma Hukum.** Dari kelima kaedah wajib, haram, mubah, sunnah, dan makruh tersebut di atas, hanya tiga kaedah saja yang dapat kita sebut sebagai kaedah hukum, yaitu wajib, haram (larangan), dan mubah (boleh) seperti gambar di bawah ini<sup>8</sup>.

Norma Hukum

Kewajiban (Obligattere)	Kebolehan (Permittere)	Haram atau Larangan (Prohibere)
----------------------------	---------------------------	------------------------------------

Tujuan hukum menurut para filosof hukum mencakup tujuan keadilan, tujuan kepastian, dan tujuan kemanfaatan. Karena itu, norma hukum harus berisi keadilan yang pasti dan kepastian yang adil, yang secara keseluruhan memberikan manfaat dan solusi bagi warga masyarakat dalam menghadapi dinamika kehidupan bersama. Oleh karena itu, kaedah hukum di samping berguna dan berkeadilan, juga harus bersifat pasti, formal, jelas, dan tidak boleh abu-abu, dan semua itu hanya ada pada kaedah wajib, haram, dan boleh. Menurut ajaran liberal, pada asal mulanya, semua hal merupakan kebolehan, kecuali oleh hukum tegas dinyatakan sebagai larangan atau kewajiban. Jika larangan dilanggar dan kewajiban tidak dijalankan sebagaimana mestinya, norma hukum menyediakan sistem sanksi yang tegas.

Namun, dalam implementasinya, sistem norma hukum itu sendiri memang tidak selalu diikuti oleh sistem sanksi. Itu sebabnya kita mendapati banyak sekali undang-undang yang tidak menentukan sistem sanksi sama sekali. Misalnya, undang-undang yang mengatur mengenai pemerintahan daerah, seperti UU tentang Daerah Khusus Ibukota Jakarta, di dalamnya tidak ditentukan ada sanksi karena sifat norma yang dituangkan di dalam undang-undang ini hanya bersifat mengatur dan membimbing pelaksanaan pemerintahan di ibukota Jakarta. Karena itu, dapat dikatakan bahwa substansi norma hukum, di samping ada yang bersifat memaksa (*imperative*), ada pula norma hukum yang hanya bersifat mengatur dan membimbing saja (*directive*). Dalam perumusan norma yang bersifat memaksa selalu ada sistem sanksi, baik berupa sanksi pidana, sanksi perdata, atau pun sanksi administrasi, dan bentuk-bentuk lainnya. Tetapi, dalam perumusan norma yang bersifat mengatur dan membimbing, kadang-kadang tidak disediakan ancaman sanksi sama sekali. Namun, hal itu tidak mengurangi makna normatif hukum yang berisi tiga jenis kaedah, yaitu wajib (*obligattere*), boleh (*permittere*), dan haram (*prohibere*) sebagaimana dimaksudkan di atas.

---

<sup>8</sup> Ibid.

Oleh karena itu, doktrin tentang norma hukum yang hanya berisi tiga macam kaedah kewajiban (*obligattere*), kebolehan (*permittere*), dan larangan (*prohibere*) patut dipertanyakan kembali. Ketiga sistem kaedah ini bersifat khas terkait dengan konsepsi mengenai bidang hukum pidana dan bidang hukum perdata. Kedua bidang hukum pidana dan perdata inilah yang menjadi cikal bakal mula-mula berkembangnya sistem hukum dalam sejarah umat manusia. Namun, dalam perkembangan sesudah abad ke-17, muncul kesadaran baru mengenai pentingnya bidang hukum tata usaha negara (hukum administrasi negara) dan bahkan hukum tata negara. Bahkan pada abad ke-19 muncul doktrin baru mengenai ide '*rechtsstaat*' atau negara hukum yang dikaitkan dengan gagasan pelembagaan peradilan administrasi negara (*administratieve rechtspraak*) untuk maksud menyediakan mekanisme upaya hukum bagi warga guna menggugat para pejabat yang membuat keputusan-keputusan yang merugikan warga negara. Dengan berkembangnya sistem hukum administrasi negara dan hukum tata negara dalam arti luas, pengertian mengenai keharusan mutlak adanya sanksi dalam perumusan norma hukum menjadi berubah.

Karena itu, menurut pendapat saya, pendapat Profesor Dr. Hazairin sebagaimana dikemukakan di atas mengenai doktrin '*al-ahkam al-khamsah*' itu perlu kita evaluasi kembali. Bahkan doktrin mengenai tiga kaedah '*obligattere*' (kewajiban), '*permittere*' (kebolehan), dan '*prohibere*' (larangan) yang kita warisi dari filsafat Yunani dan diterima luas dalam pemikiran filsafat hukum kontemporer dapat kita diskusikan kembali. Perumusan norma hukum sebagaimana tercermin dalam naskah-naskah undang-undang dasar, undang-undang, dan pelbagai peraturan perundang-undangan sebagai dokumen hukum yang bersifat mengikat untuk umum tidak selalu berisi sistem sanksi yang bersifat memaksa. Ketegasan sifat memaksa yang terdapat dalam kaedah kewajiban dan kaedah larangan tidak selalu diikuti dengan sanksi yang konkrit. Sementara itu, kaedah kebolehan (*permittere*) yang terdapat dalam norma hukum sekali pun, dalam implementasinya, juga bersifat sangat dinamis, sehingga tidak dapat dipastikan secara mutlak tentang kebolehannya. Sesuatu yang boleh dilakukan, jika didorong oleh motif yang buruk (*te kwade trouw*) dapat berubah menjadi sesuatu yang jahat. Karena itu, dalam norma hukum juga dapat termuat adanya nilai-nilai kaedah anjuran, seperti dalam sistem norma agama atau pun norma etika.

Dalam rumusan norma hukum dalam pelbagai naskah peraturan perundang-undangan di zaman sekarang kita sering menemukan unsur-unsur nilai kaedah anjuran positif atau pun anjuran negatif itu. Dalam perkembangan dewasa ini, substansi sifat kaedah anjuran ini semakin banyak ditemukan dalam pelbagai rumusan undang-undang., terutama dalam perumusan-perumusan norma yang menyangkut prinsip-prinsip mengarahkan (*directive principles*) atau prinsip-prinsip yang membimbing (*guiding principles*) yang bersifat abstrak. Misalnya pasal-pasal yang memuat asas dan prinsip-prinsip, semuanya tidak bersifat konkrit, sehingga tidak menentukan dengan pasti apakah berisi kaedah wajib atau larangan atau kebolehan. Contoh

lain dapat pula kita temukan dalam Konstitusi Irlandia tahun 1937<sup>9</sup> yang kemudian dicontoh oleh Konstitusi India pada tahun 1946<sup>10</sup>, yang secara khusus memuat ketentuan mengenai prinsip-prinsip haluan kebijakan negara (*directive principles of state policy*). Isinya bukanlah kewajiban, tetapi juga bukan larangan atau pun kebolehan.

Gagasan penyusunan prinsip-prinsip kebijakan DPSP (Directive Principles of State Policy) ini oleh kaum nasionalis Irlandia dalam naskah Konstitusi tahun 1937<sup>11</sup> dapat ditelusuri dari pengaruh Deklarasi Kemerdekaan Amerika Serikat 1776 (*Declaration of Independence by the American Colonies*)<sup>12</sup> dan Deklarasi Hak-Hak Manusia dan Hak-Hak Warga (*Declaration of the Rights of Men and of Citizens*) Revolusi Perancis 1789<sup>13</sup>. Meskipun prinsip-prinsip penuntun dalam konstitusi tidak bersifat '*enforceable*' di pengadilan, tetapi prinsip-prinsip konstitusional yang terkandung di dalamnya dipahami sebagai haluan negara yang menjadi kewajiban negara untuk mewujudkannya dengan sebaik-baiknya dalam praktik penyelenggaraan kekuasaan negara.

Dapat dikatakan bahwa di dalam rumusan-rumusan haluan negara (*state policies*) seperti tersebut terkandung unsur-unsur yang memang seharusnya diikuti, tetapi bukan sebagai kewajiban hukum yang konkrit dengan disertai oleh ancaman sanksi yang bersifat memaksa dan dapat ditegakkan di pengadilan (*enforceable*). Keharusan-keharusan tersebut dapat kita pandang sebagai anjuran-anjuran positif, yaitu anjuran agar prinsip-prinsip dimaksud dijadikan sebagai pegangan yang diwujudkan dalam praktik. Adanya anjuran positif itu dari sudut pandang yang berbeda, dapat pula dipandang sebagai anjuran negatif, sehingga oleh karena itu, dalam rumusan-rumusan norma hukum dewasa ini terkandung pula unsur-unsur kaedah anjuran seperti dalam norma agama dan norma etika sebagaimana diuraikan di atas.

---

<sup>9</sup> Brian Doolan, *Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland*, 3rd ed. - Dublin: Gill and Macmillan, Dublin, 1994; John M. Kelly, *The Irish Constitution*, The Irish Constitution (4th ed., LexisNexis Butterworth, 2003) ISBN 1-85475-895-0. J.H. Morgan, *The New Irish Constitution*, Publisher: RareBooksClub.com, 2013. ISBN-10: 1236722248. ISBN-13: 978-1236722249.

<sup>10</sup> Lihat Durga Das Basu, *Introduction to the constitution of India*, Prentice Hall of India, New Delho, 1993; Lihat juga M.V. Pylee, *India's constitution*, S. Chand and Company, New Delhi, 1999. ISBN 81-219-1907-X.

<sup>11</sup> Dermot Keogh and Andrew McCarthy, 'The making of the Irish Constitution 1937', Mercier Press, Cork, 2007, ISBN 978-1-85635-561-2. Tim Murphy & Patrick Twomey, *Ireland's Evolving Constitution 1937–1997: Collected Essays*.

<sup>12</sup> Deklarasi Kemerdekaan ini disahkan pada tanggal 4 Juli 1776 dan diperingati sampai sekarang sebagai Hari Kemerdekaan Amerika Serikat. Semula jumlah yang mendeklarasikan kemerdekaan ini berjumlah 13 negara bagian. Sekarang jumlah negara bagian Amerika Serikat berkembang menjadi 50 negara bagian. Lihat Robert Middlekauff, *The Glorious Cause: The American Revolution, 1763–1789*. Revised and expanded edition. Oxford University Press, New York, 2005. Garry Wills, *Inventing America: Jefferson's Declaration of Independence*. Doubleday, Garden City, New York, 1978. ISBN 0-385-08976-7.

<sup>13</sup> *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* disahkan pada 26 Agustus 1789. Penyusunannya dipengaruhi oleh *Declaration of Independence* Amerika Serikat atas pengaruh General LaFayette yang berteman akrab dengan Thomas Jefferson. Baca Lain McLean, "Thomas Jefferson, John Adams, and the *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*" in *The future of liberal democracy: Thomas Jefferson and the Contemporary World*", Palgrave Macmillan, 2004.

Karena itu, anjuran-anjuran konstitusional tersebut dapat kita namakan sebagai sebagai etika konstitusi atau *'constitutional ethics'* yang dapat melengkapi pengertian konvensional yang biasa kita pahami selama ini tentang hukum konstitusi *'constitutional law'* atau hukum konstitusi. Dengan demikian, Undang-Undang Dasar modern dapat kita pahami secara lebih luas, bukan saja sebagai sumber hukum konstitusi atau *'constitutional law'*, tetapi juga merupakan sumber etika konstitusi atau *'constitutional ethics'*. Sebagai suatu pengertian baru tentu belum banyak sarjana yang memahaminya. Karena itu, saya sependapat dengan pandangan ahli konstitusi Amerika Serikat Keith E. Whittington yang merekomendasikan pentingnya mengembangkan teori tentang *'constitutional ethics'* ini<sup>14</sup>.

Di samping itu, dalam perkembangan dewasa ini sistem norma etika juga mengalami perubahan yang sangat mendasar. Seperti pernah dialami oleh sistem norma hukum mulai abad ke 10 dalam sejarah Islam atau pun mulai sekitar abad ke-17 di Eropah dimana sistem norma hukum mengalami proses positivisasi, sistem norma etika dewasa ini mengalami proses positivisasi yang serupa. Proses positivisasi hukum terjadi karena sistem norma hukum pada saatnya memerlukan proses pelembagaan yang lebih konkrit melalui proses penuangan secara tertulis disertai dengan pelembagaan infra-struktur penegaknya. Karena itu, dalam sejarah Islam muncul pengertian-pengertian mengenai *'qanun'* (perundang-undangan) sebagai pelengkap terhadap sistem norma hukum yang sebelumnya hanya tertuang dalam bentuk paham-paham fiqh yang bersifat ilmiah.

Sesudah pusat peradaban modern berpindah dari dunia Islam, pemikiran-pemikiran hukum terus berkembang di Eropah, dimulai dengan pelembagaan kitab-kitab hukum seperti Kode Sipil Napoleon, Kode Sipil Jerman, dan lain sebagainya. Kitab-kitab hukum tersebut diberlakukan secara resmi oleh otoritas negara dan didukung pula dengan sistem penegakan yang pasti melalui proses peradilan yang terlembagakan secara tersendiri dalam bentuk pengadilan-pengadilan yang bersifat otonom. Sekarang proses positivisasi yang sama sedang terjadi di bidang etika. Karena itu, mulai muncul pelbagai rumusan perundang-undangan yang berisi sebagian dari sistem norma etika itu. Misalnya, prinsip-prinsip kode etika dimuat dalam undang-undang untuk kemudian dirumuskan menjadi materi Kode Etik yang akan ditegakkan oleh lembaga penegak kode etik.

Oleh karena itu, dalam perkembangan dewasa ini, doktrin tentang *'al-ahkam al-khamsah'* sebagaimana dimaksud di atas, menurut pendapat saya, semuanya dapat termuat dalam perumusan norma hukum modern. Artinya, perumusan norma hukum dapat saja memuat semua kaedah yang lima tersebut, yaitu (i) kaedah wajib (kewajiban) atau *'obligattere'*, (ii) kaedah larangan (*haram*) atau *'prohibere'*, (iii) kaedah kebolehan atau *'permittere'*, (iv)

---

<sup>14</sup> Keith E. Whittington, "On the Need for a Theory of Constitutional Ethics", dalam *Constitutional Corner*, Volume 9, Number 3, hal. 60-66.



kaedah anjuran positif (*sunnah*), maupun (v) kaedah anjuran negatif (*makruh*). Hal ini terjadi, pertama, karena perkembangan yang terjadi di bidang hukum administrasi dengan sistem sanksinya yang tersendiri atau bahkan tidak diharuskan dilengkapi dengan sistem sanksi sama sekali, karena sifat normanya yang hanya mengatur atau memberikan arah (*directive and guiding principles*) seperti dalam Artikel 45 Konstitusi Irlandia Tahun 1937 dan bab Khusus dalam Konstitusi India 1946<sup>15</sup>. Kedua, karena perkembangan yang terjadi di bidang etika yang mulai semakin banyak dan luas diatur oleh atau dengan peraturan perundang-undang. Karena itu, perumusan norma hukum pun harus menyesuaikan diri dengan sifat-sifat norma etika yang diatur dan dijadikan sebagai objek pengaturan oleh undang-undang.

**Norma Etika.** Dengan tetap bertitik tolak dari pendapat Hazairin sebagaimana sudah diuraikan di atas<sup>16</sup>, dapat dikatakan bahwa dalam sistem norma etik atau kesusilaan terdapat tiga kaedah seperti tergambar di bawah.

#### Norma Etika

Sunnah (Anjuran untuk)	Kebolehan (Permittere)	Makruh (Anjuran jangan)
---------------------------	---------------------------	----------------------------

Isi norma etik atau kesusilaan itu hanya kebolehan, anjuran untuk melakukan, atau anjuran untuk jangan melakukan sesuatu. Bagi mereka yang mengikuti anjuran, ia terhindar dari citra yang negatif, dan sebaliknya akan mendapatkan penilaian baik dalam kehidupan bersama. Jika seseorang terbiasa melakukan suatu perbuatan yang dianjurkan tidak dikerjakan, tetapi secara berulang-ulang terus saja melakukannya, sehingga hal itu berkembang menjadi kebiasaan, maka kebiasaan buruk itu dapat dengan mudah menjadi lahan empuk untuk meningkat menjadi pelanggaran hukum. Sebaliknya, jika seseorang terbiasa melakukan hal-hal yang memang dianjurkan maka dengan mudah baginya mendapatkan penilaian baik dari sesama warga yang akan memelihara dirinya dari perbuatan yang dilarang oleh hukum. Dengan perkataan lain, kedudukan dan peran etika sangat penting dalam rangka penopang terhadap efektifitas sistem norma hukum. Tentu, norma etika tidak boleh dicampur-adukkan dengan norma agama dan norma hukum. Ketiganya harus dibedakan dengan jelas satu sama lain, tetapi pandangan yang berusaha memisahkan dan bahkan menjauhkan sistem etika dari sistem norma hukum tidak dapat dibenarkan.

<sup>15</sup> Konstitusi India, Part IV Directive Principles of State Policy, Article 36-50. Lihat M.C. Jain Kagzi, *The Constitutional of India Vol.1 & 2*, India Law House, New Delhi, 2001.

<sup>16</sup> Hazairin, *Op.Cit.*

Dalam sistem norma etika ada anjuran-anjuran yang – seperti dalam sebagian substansi norma hukum – berisi prinsip-prinsip nilai yang membimbing dan memandu (*guiding principles*) atau pun mengarahkan (*directive principles*)<sup>17</sup>. Karena itu, fungsinya terutama berkaitan dengan sistem sanksinya, lebih bersifat pencegahan, di samping pula penindakan. Untuk itu, sanksinya biasa ditentukan berupa teguran atau peringatan yang bertingkat-tingkat, mulai dari teguran lisan, teguran tertulis, ataupun teguran ringan dan teguran keras. Bahkan kadang-kadang ditentukan pula bahwa teguran itu dapat dijatuhkan secara bertahap atau bertingkat, misalnya teguran tingkat pertama, teguran kedua, dan teguran tingkat terakhir. Penentuan dan pengaturan mengenai sistem dan mekanisme penjatuhan sanksi itu dalam suatu pedoman penegakan kode etik dengan sebaik-baiknya, menurut keperluan berdasarkan sifat pekerjaan yang perilaku aparatnya hendak dikendalikan dengan sistem etik yang terkait. Bentuk yang paling keras karena tingkat keseriusan atau beratnya pelanggaran etik yang dilakukan oleh seorang aparat atau pemegang jabatan publik (*ambts-dragger*), adalah sanksi pemberhentian atau pemecatan seseorang dari jabatan publik yang bersangkutan.

## B. GEJALA PEMISAHAN DAN HUBUNGAN SINERGI ANTAR-NORMA

### 1. Gejala Pemisahan dan Differensiasi Sistem Norma dalam Sejarah

Pembedaan dan pemisahan pengertian-pengertian tentang norma atau kaedah-kaedah tentang perilaku manusia dapat dikatakan tumbuh dan berkembang dinamis dalam sejarah. Ketika Plato menulis buku '*Nomoi*' yang kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris dengan istilah '*The Laws*'<sup>18</sup>, memuat kandungan makna yang jauh berbeda dan jauh lebih luas daripada istilah yang sama yang dipahami umat manusia dewasa ini. Dalam bahasa Inggris pun istilah '*The Laws*' yang dimaksud sangat berbeda dari kata '*the law*' yang dipahami sekarang<sup>19</sup>. Di dalam konsepsi Plato tentang '*nomoi*' itu terkandung banyak pengertian yang mencakup juga pengertian moral atau etika dan bahkan juga tercampur aduk dengan pengertian-pengertian tentang hukum-hukum agama yang dianut dan diyakini oleh masyarakat Yunani kuno ketika itu.

---

<sup>17</sup> Lihat misalnya Artikel 45 Konstitusi Irlandia Tahun 1937 yang banyak mempengaruhi perumusan Konstitusi India yang juga memuat ketentuan yang sama, yaitu "*Directive Principles of State Policy (DPSP)*" sebagai prinsip penuntun yang bersifat membimbing dan mengarahkan, tidak mengikat secara hukum dan tidak dapat dijadikan refertensi di pengadilan. Durga Das Basu, *Introduction to the constitution of India*, Prentice Hall of India, New Delho, 1993.

<sup>18</sup> Thomas L. Pangle (translator), *The Laws of Plato*, University of Chicago Press, 1988.

<sup>19</sup> Lihat Felix Heinimann, *Nomos und Physis: Herkunft und Bedeutung einer Antithese im Griechischen Denken des 5. Jahrhunderts* (Schweizerische Beiträge zur Altertumswissenschaft (1945 dan 1965) dalam C.C.W. Taylor, *Nomos and Physis in Democritus and Plato Philosophy*, Corpus Christi College, Oxford University Press; W. K. C. Guthrie, *A History of Greek Philosophy*, Vol. 3, Cambridge University Press, Cambridge, 1956, chap. 4; dan Richard D. McKirahan, Jr., *Philosophy Before Socrates: An Introduction with Texts and Commentary*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, IN and Cambridge, 1994, chap. 19.

Kecenderungan untuk membedakan dan bahkan memisahkan pelbagai jenis norma atau kaedah perilaku manusia itu dalam pengertian-pengertian tentang norma hukum, norma etika, dan norma agama sebagai tiga kategori yang berbeda dan bahkan terpisah dan dipisahkan sama sekali satu sama lain, terjadi karena pengaruh gerakan politik dan perkembangan ilmu pengetahuan rasional manusia. Gerakan politik dimulai dengan pemisahan antara negara dari agama (gereja) yang kemudian dikenal sebagai gerakan sekularisme yang ditopang secara rasional oleh perkembangan ilmu pengetahuan yang semakin lama berusaha untuk semakin menjauhi hal-hal yang berbau religius dan metafisis. Perkembangan ilmu pengetahuan rasional manusia secara logis semakin memperlihatkan adanya faktor-faktor pembeda antara satu jenis kaedah dengan kaedah yang lain, sehingga muncullah pengertian norma agama, norma etika, dan norma hukum sebagai tiga kategori kaedah oleh aliran positivisme diidealkan untuk dipisahkan secara tegas satu dengan yang lain.

Adalah filosof Perancis Auguste Comte (1798–1857) yang pertama kali memperkenalkan perspektif positivist ke dalam filsafat ilmu pengetahuan modern, yaitu dalam karyanya *“The Course in Positive Philosophy”* (1842)<sup>20</sup>. Buku ini dihimpun dari pelbagai tulisan yang terbit antara tahun 1830 sampai tahun 1842 yang selanjutnya diikuti buku yang ditulisnya pada tahun 1844 dengan judul, *“A General View of Positivism”* (terbit dalam bahasa Perancis 1848 dan Inggris 1865)<sup>21</sup>. Dalam karyanya ini, Auguste Comte membagi tahap perkembangan pemikiran manusia menjadi tiga tahapan secara gradual meninggalkan tahap-tahap sebelumnya, yaitu tahap teologis, metafisis, dan tahap positivist. Tahap perkembangan terakhir inilah yang dinamakannya sebagai tahap *‘scientific or positive’*, yang pada pokoknya terpusat pada pengertian bahwa hak-hak individu lebih penting daripada aturan dari siapapun. Menurutnya, ide tentang kemampuan manusia untuk mengurus dan memimpin dirinya sendiri itulah yang menjadi pembeda antara tahap positivist ini dari tahap perkembangan sebelumnya.

Dalam bidang hukum, filsafat Auguste Comte ini sangat berpengaruh, dan mendorong lahirnya aliran yang dikenal sebagai mazhab positivisme hukum (*legal positivism school of thought*). Pemikiran filsafat hukum pada abad ke-18, ke-19 dan awal abad ke-20 banyak dipengaruhi oleh mazhab positivisme hukum ini. Hukum tidak boleh dicampuradukkan dengan etika dan apalagi dengan paham-paham keagamaan yang disebut oleh Auguste Comte sebagai tahap paling terbelakang dari taraf perkembangan pemikiran umat manusia dalam sejarah. Norma atau kaedah hukum dan norma etika harus dipisahkan, apalagi dengan kaedah-kaedah agama. Dalam pandangan Hans Kelsen yang dikenal dengan teorinya yang disebut Teori Murni tentang Hukum atau *‘Pure Theory of Law’ (Reine Rechtslehre)* juga demikian. Hukum, menurut

---

<sup>20</sup> Mary Pickering, Auguste Comte: an intellectual biography Cambridge University Press, 1993 (paperback 2006).

<sup>21</sup> Lihat juga H.S. Jones, (ed.), Comte: Early Political Writings, Cambridge University Press, 1998.

Hans Kelsen harus dimurnikan dari pengaruh-pengaruh non-hukum, seperti fakta sosial, kaedah moral, dan apalagi pengaruh agama<sup>22</sup>.

Pandangan-pandangan seperti inilah yang dibentuk oleh aliran positivisme hukum yang pengaruhnya terus berkembang sampai sekarang, yang dibangun oleh para pemikir filsafat hukum abad ke-18, 19, dan 20 yang dikenal luas, seperti antara lain Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen, Ronald Dworkin, H.L.A. Hart, dan Joseph Raz. Yang dapat dikatakan paling berpengaruh di antaranya adalah H.L.A. Hart (1907-1992)<sup>23</sup> dengan bukunya, *"The Concept of Law"* (1961)<sup>24</sup>, dan Hans Kelsen (1881-1973) dengan bukunya *"Pure Theory of Law"*<sup>25</sup> dan *"General Theory of Law and State"*<sup>26</sup> yang sangat tajam kritik-kritiknya dengan mengembangkan perspektif-perspektif baru sehingga positivisme hukum menjadi semakin kaya. H.L.A. Hart dan juga Joseph Raz (salah seorang murid H.L.A. Hart) dapat dikatakan paling dikenal di kalangan negara-negara *'common-law'*, sedangkan Hans Kelsen sangat dikenal di lingkungan negara-negara *'civil law'*, terutama yang berbahasa Jerman, baik di lingkungan yang dikenal sebagai mazhab Wina (Vienna, Austria) maupun mazhab Brno di Cekoslovakia (Czech dan Slovak).

Semua pemikiran filsafat hukum aliran positivisme itu pada pokoknya bersumber dari cara pandang individualisme dan liberalisme yang kuat, yang salah satu karakteristik kuncinya terlihat pada orientasinya untuk sangat memusatkan perhatian pada ilmu pengetahuan hukum sebagai produk berupa pernyataan-pernyataan linguistik dan numerik (*focus on science as a product, a linguistic or numerical set of statements*). Di samping itu, ilmu hukum dalam cara pandang positivisme sangat mementingkan aksioma yang mendemonstrasikan struktur dan koherensi logis dari pernyataan-pernyataan linguistik dan numerik itu.

Pada abad ke-20, gelombang pertama sosiologi mazhab Jerman, termasuk Max Weber dan Georg Simmel menolak doktrin positivisme Comte dengan membangun tradisi baru, yaitu sikap anti-positivisme dalam sosiologi. Para pengusung ide *'antipositivists'* dan *'critical theorists'* menghubungkan positivisme dengan *'scientism'* yang menganggap ilmu pengetahuan sebagai ideologi (*science as ideology*). Positivisme logis atau *'neopositivists'* menolak spekulasi

---

<sup>22</sup> Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 1967 (diterbitkan ulang oleh The Lawbook Exchange, 2005).

<sup>23</sup> Salah satu kuliahnya yang sangat terkenal di Harvard University pada tahun 1958 adalah kuliah yang berjudul: *"Positivism and the Separation of Law and Morals"*. Sesudah Hart kembali ke Inggris, H.L.A. Hart menulis 2 buku penting mengenai topik ini, yaitu: *"Law, Liberty and Morality"* (1963) dan *"The Morality of the Criminal Law"* (1965).

<sup>24</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, London: The Clarendon Law Series, 1961.

<sup>25</sup> Diterbitkan pertama kali di Eropah pada tahun 1934 dengan judul *"Reine Rechtslehre"*, diterjemahkan oleh B.L. Paulson and S.L. Paulson dengan judul, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Oxford, Clarendon P., 1992); Edisi terjemahan kedua oleh Max Knight diterbitkan di Amerika Serikat dengan judul *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 1967.

<sup>26</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (German original unpublished; Wedberg trans.), 1945, New York 1961, Clark, New Jersey, 2007.

metafisik dan mencoba untuk mereduksi pernyataan-pernyataan dan proposisi-proposisi menjadi logika murni (*pure logic*). Kritik yang sangat keras terhadap pendekatan ini datang dari para filosof, seperti Karl Popper, Willard Van Orman Quine and Thomas Kuhn yang sangat berpengaruh dan mendorong munculnya paham yang disebut '*post-positivism*'. Untuk selanjutnya muncul pula berbagai pandangan baru yang mencoba mengimbangi, termasuk munculnya gerakan-gerakan baru, seperti realisme kritis (*critical realism*) yang berusaha merekonsiliasikan ide-ide '*postpositivist*' dengan pelbagai perspektif yang biasa disebut '*post-modern perspectives*' tentang pengetahuan sosial. Pendek kata, aliran pandangan positivisme dalam filsafat dan termasuk dalam positivisme hukum sudah banyak yang harus ditinggalkan, karena tidak sesuai lagi dengan kebutuhan zaman.

Karena itu, pengertian-pengertian konvensional yang kita warisi dari sejarah mengenai ide-ide hukum positif juga harus disesuaikan dengan perkembangan di abad ke-21 sekarang. Jika dalam pandangan '*reine-rechtslehre*' (*pure theory of law*) Hans Kelsen<sup>27</sup>, teori hukum harus dimurnikan dalam arti tidak boleh dicampur-adukkan dengan pengertian-pengertian moral, etika, dan apalagi agama, maka di zaman sekarang hubungan di antara ketiga jenis norma itu, yaitu norma agama, norma etika, dan norma hukum harus kembali ditelaah. Meskipun ketiganya tidak boleh dicampur-adukkan, tetapi ketiganya juga tidak boleh saling dipertentangkan atau malah dijauhkan seakan-akan tidak boleh ada hubungan sama sekali. Padahal, ketiganya sama-sama merupakan konsep tentang norma ideal yang dapat difungsikan sebagai sarana pengendalian, pemberi dorongan, dan bimbingan terhadap perilaku ideal umat manusia dalam kehidupan bersama dalam masyarakat. Dinamika perkembangan filsafat lah yang justru telah menyebabkan hubungan di antara ketiga sistem norma itu saling menjauh selama ini sehingga menyebabkan pengertian '*nomoi*' yang dibayangkan oleh Plato dalam buku klasiknya berubah menjadi norma hukum yang seakan-akan sama sekali tidak berhubungan dengan norma agama dan norma etika sampai abad ke-20.

## 2. Merumuskan Kembali Relasi Antar Norma

Sebagai akibat pemisahan antar norma hukum dari norma etika dan norma agama dalam sejarah, dengan menggunakan argumen positivisme hukum yang pada puncaknya diidealkan oleh Hans Kelsen harus dimurnikan dari pengaruh-pengaruh unsur-unsur non-hukum yang dikenal sebagai teori murni tentang hukum (*pure theory of law*), hukum diidealisasikan sebagai doktrin sebagai norma yang paling tinggi. Dari pandangan demikian, dikonstruksikan bahwa negara yang ideal adalah konsepsi tentang negara hukum, yang menempatkan hukum pada posisi tertinggi dengan doktrin yang dikenal sebagai '*supremacy of law*' sebagai salah satu ciri prinsip "*Rule of Law*" menurut ajaran A.V. Dicey. Pengertian '*rule of law*' menurut Dicey mencakup pengertian tentang prinsip-prinsip:

---

<sup>27</sup> Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 1967 (reprinted by The Lawbook Exchange, 2005).

- 1) Persamaan dalam hukum (Equality before the law);
- 2) Supremasi hukum (*Supremacy of law*)<sup>28</sup>;
- 3) Proses penyelenggaraan kekuasaan berdasarkan prosedur hukum (*Due process of law*).

Dalam sistem penyelenggaraan kekuasaan negara, kedudukan hukum tidak dapat ditawar-tawar harus ditempatkan dalam posisi sebagai panglima. Norma agama dan norma etika bahkan dipahami tidak lah lebih tinggi kedudukannya daripada hukum. Agama dan etika harus tunduk dan tidak boleh bertentangan dengan hukum yang dilambangkan dalam posisi tertinggi pada konstitusi yang disebut sebagai *“the highest law”*. Karena itu, hukum agama, kaedah-kaedah etika yang dianut oleh warga masyarakat tidak boleh bertentangan dengan konstitusi, karena konstitusi negara merupakan hukum yang paling tinggi kedudukannya dalam suatu negara. Cara pandang demikian inilah pada umumnya dianut oleh para sarjana hukum dari dulu sampai sekarang. Di Indonesia sendiri dewasa ini dapat dikatakan lebih dari 95% sarjana hukum terbiasa dengan cara berpikir demikian, yaitu memperlakukan norma hukum sebagai kaedah yang paling tinggi dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Daya cengkeram paham positivisme hukum sudah sangat kuat pengaruhnya di dunia pendidikan hukum kita sejak dari zaman Hindia Belanda.

Paham positivist bahkan mempengaruhi cara para sarjana hukum dalam memahami hukum yang seolah hanya dilihat sebagai teks-teks tanpa jiwa. Hukum biasa dipahami hanya dengan pendekatan *‘grammatical reading’* dengan memperdebatkan titik dan koma. Konstitusi negara juga biasa dipahami dengan pendekatan tekstual tanpa mempertimbangkan pentingnya pendekatan *‘moral and philosophical reading’*. Tanpa disadari, mahkamah konstitusi juga dapat berkembang menjadi sekedar mahkamah undang-undang dasar, jikalau para hakimnya terlalu kaku dalam memahami ide dan nilai-nilai yang terkandung dalam konstitusi dengan pendekatan positivistik yang mengutamakan teks tanpa konteks. Hukum dan konstitusi dipahami sebagai sarana yang membatasi dan bahkan menghambat kebebasan, bukan sarana yang membebaskan dan memerdekakan manusia Indonesia dari penjajahan. Orang bekerja karena hukum, karena peraturan, *‘rule-driven’*, bukan karena misi dan kemuliaan tujuan yang hendak dicapai dan diwujudkan (*mission-driven*). Jika peraturan tidak mengatur dan memberikan perintah, maka orang cenderung tidak bekerja.

---

<sup>28</sup> Albert Venn Dicey dianggap sebagai peletak dasar prinsip negara hukum modern yang terkait dengan pengertian *‘rule of law’*. Semula, yang dirumuskan oleh Dicey sebagai tiga prinsip *‘the rule of law’* dalam bukunya *“An Introduction to the Study of the Law of the Constitution”* (1885) adalah (i) *“everyone is equal before the law”*, (ii) *“no one can be punished unless they are in clear breach of the law”*, dan (iii) *“there is no set of laws which are above the courts”*. Yang terakhir inilah yang biasa disederhanakan dengan kata supremasi hukum (*supremacy of law*). Akan tetapi yang ia maksudkan itu tidak lain adalah putusan pengadilan sebagaimana tradisi sistem *‘common law’* di Inggris. Namun, dengan perkembangan pengertian Dicey sendiri mengenai *‘written and unwritten constitution’*, pandangan Dicey tersebut tentu harus dipahami konteksnya. Karena, Konstitusi Tertulis diakui sebagai sebagai dokumen hukum tertinggi di tiap-tiap negara.

Sebaliknya, jikalau peraturan menentukan, meskipun ternyata tujuan yang hendak dicapai sudah terwujud di depan mata, maka kegiatan tetap harus dilakukan semata-mata karena peraturan menentukan demikian. Akibatnya, hidup menjadi kaku. Manusia berubah menjadi robot tanpa jiwa. Orang bekerja atau tidak bekerja semata-mata karena aturan dan karena tersedia tidaknya anggaran yang sudah ditentukan menurut peraturan. Hukum berubah fungsinya bukan lagi sebagai pendorong kemajuan tetapi malah menjadi penghambat kemajuan. Hukum tidak lagi membebaskan manusia dari penjajahan dan ketidakadilan, tetapi berubah menjadi mengungkung hidup kita menjadi tidak merdeka untuk berkeaktifitas untuk membangun peradaban. Padahal UUD 1945 yang disusun dan kemudian disahkan pada tanggal 18 Agustus 1945 justru diniatkan untuk menjadi konstitusi pembebasan bangsa dari penjajahan. Bahkan, dalam kalimat atau alinea pertama pembukaan undang-undang dasar yang berasal dari naskah Piagam Jakarta 22 Juni 1945 (sebelum Indonesia merdeka) dinyatakan “Bahwa sesungguhnya, kemerdekaan itu ialah hak hak segala bangsa dan oleh sebab itu, maka penjajahan di atas dunia harus dihapuskan, karena tidak sesuai dengan peri-kemanusiaan dan peri-keadilan”. Artinya, UUD 1945 tidak lain merupakan konstitusi pembebasan (*liberating constitution*), bukan konstitusi yang sekedar membatasi kekuasaan, apalagi yang hanya dipahami dalam perspektif yang sangat formalistik, kaku, tekstualis, dan positivistis yang tanpa roh etika keadilan dan etika konstitusi (*constitutional ethics*). Pancasila merupakan sumber hukum dan sekaligus sumber etika. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memuat kandungan norma hukum konstitusi (*constitutional law*) dan sekaligus norma etika konstitusi (*constitutional ethics*) secara sekaligus<sup>29</sup>.

Hal yang sama dengan aturan tentang anggaran negara. Jika suatu program sudah dianggarkan maka meskipun tujuan yang hendak dicapai tidak lagi diperlukan, tetapi karena anggarannya sudah ada, sang pejabat tetap harus melaksanakan program itu demi daya serap anggaran. Jika tidak dilaksanakan berarti melanggar aturan. Inilah yang disebut sebagai ‘*budget-driven*’, bukan ‘*mission-driven*’. Akibatnya kebiasaan begini lah yang berkembang yang dalam praktik biasa disebut sebagai kebiasaan menghabiskan anggaran untuk memenuhi target daya serap anggaran setiap tahun. Kebiasaan ini diberikan pembenaran oleh peraturan perundang-undangan yang mengatur dan dipahami juga dengan cara pandang yang sama, yaitu ‘*rule-driven*’, bukan ‘*mission-driven*’. Semua ini antara lain disebabkan oleh cara pandangan positivisme hukum yang kaku dan serba konkrit dengan asumsi dasar bahwa manusia tidak dapat dipercaya, sehingga oleh karena itu harus dibatasi oleh hukum. Hukum bukan berfungsi sebagai sarana pembebasan (*liberating*), tetapi merupakan sarana yang pengendalian dan pembatasan kebebasan manusia yang pada dasarnya tidak dapat dipercaya itu.

---

<sup>29</sup> Baca uraian tentang ini dalam Jimly Asshiddiqie, Peradilan Etik dan Etika Konstitusi, Sinar Grafika, Jakarta, 2014.

Masalahnya sekarang, di masa kini, bagaimanakah sebaiknya kita membangun dan memahami pola hubungan atau relasi yang ideal antara sistem norma hukum, norma, etika, dan norma agama itu? Apakah cara pandang para sarjana hukum yang menempatkan hukum pada posisi tertinggi masih dapat dipertahankan? Lihatlah bagaimana para ulama, pendeta dan rohaniawan lainnya memandang etika dan agama pada posisi yang lebih tinggi daripada hukum. Hukum negara bagi para tokoh-tokoh agama justru tidak boleh bertentangan dengan hukum-hukum agama, sehingga karena itu norma agama lah yang dianggap paling tinggi, bukan norma hukum. Jika kedua pandangan ini dipertentangkan, secara mudah orang dapat berkesimpulan bahwa kedua cara pandang tersebut sama-sama bias. Para sarjana hukum tentu saja bias dan berusaha untuk memelihara kesombongannya sendiri dengan hanya mengakui hukum sebagai panglima kehidupan, bukan agama ataupun etika. Doktrin hukum yang diyakini benar selama selama ini adalah prinsip *“the rule of law, not of man”* sebagai ciri utama negara hukum atau *‘rechtsstaat’*. Sebaliknya para rohaniawan atau agamawan sudah tentu akan menempatkan kaedah agama dalam posisi tertinggi, bukan hukum.

Perdebatan mengenai kaedah mana yang lebih tinggi dan mana yang lebih rendah itu terjadi karena berkembang-luasnya upaya untuk memisahkan secara kaku sistem norma hukum itu sendiri dari sistem norma agama dan etika. Namun dalam perkembangan di zaman sekarang, muncul praktik-praktik baru yang justru memberikan gambaran yang berbeda mengenai pola hubungan atau relasi ideal di antara ketiga sistem norma tersebut, terutama antara sistem norma hukum dan sistem norma etika. Di zaman sekarang, banyak bukti menunjukkan bahwa kedua sistem norma ini tidak dapat lagi dipahami terpisah sama sekali satu dengan yang lain. Sistem hukum yang selama ini dipercaya dan dijadikan tumpuan harapan yang dinilai paling handal untuk menyelesaikan pelbagai masalah kemanusiaan dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara, terbukti makin memperlihatkan keterbatasannya. Pidana mati yang semula dianggap sebagai solusi semakin dinilai tidak manusiawi, sedangkan pidana penjara yang dijadikan andalan semakin tidak efektif dalam mencapai tujuan mulianya untuk resosialisasi. Dimana-mana penjara penuh dan jumlah serta jenis kejahatan terus berkembang biak semakin tidak teratasi.

Karena itu, pertama, muncul pemikiran baru bahwa hubungan antara sistem norma hukum dan etika tidak boleh dipisahkan tetapi haruslah bersifat sinergis, saling menopang, dan saling melengkapi. Jika keduanya dipisahkan secara ekstrim seperti yang terjadi selama ini sebagai akibatnya kakunya cara pandang positivisme dalam sejarah, keduanya dan bahkan ketiga sistem norma hukum, etika, dan agama akan berjalan sendiri-sendiri dengan segala kelemahan dan kelebihan masing-masing yang sudah terbukti bersifat terbatas. Kompleksitas kehidupan umat manusia di zaman modern dan post modern terbukti sangat rumit dan tidak dapat diselesaikan secara sendiri-sendiri hanya oleh sistem norma hukum, sistem etika, atau bahkan – dalam arti yang sempit – hanya sistem norma ‘agama’ saja. Dalam



kenyataan praktiknya, ketiga sistem norma itu sama-sama berurusan dengan kualitas perilaku manusia yang dianggap ideal, sehingga oleh karena pemisahan formalistik dan positivistik yang terjadi selama ini, ketiganya sering saling berbenturan atau bahkan sengaja dibentur-benturkan satu sama lain untuk maksud yang bersifat tidak seimbang dalam memberikan perlakuan kepada ketiganya dengan lebih mengutamakan sistem norma hukum daripada yang lain. Sekarang, baru disadari bahwa ternyata sistem norma hukum tidak dapat lagi diharapkan sebagai andalan satu-satunya, sehingga oleh sebab itu harus mulai disinergikan secara seimbang dengan sistem norma etika dan bahkan sistem norma agama. Ketiganya tetap harus dibedakan dan tidak boleh dicampuradukkan pengertian-pengertiannya. Tetapi ketiganya jangan dipisahkan atau apalagi dipertentangkan.

Kadang-kadang memang kita temukan kasus dimana penilaian kita tentang keadilan saling berbenturan satu dengan yang lain. Misalnya, kita dihadapkan pada pilihan antara mengutamakan keadilan hukum (*gerechtigkei, legal justice*) atau kepastian hukum (*rechtssicherheit, rechtszekerheid, legal certainty and predictability*). Dalam keadaan yang demikian keputusan harus diambil dengan mempertimbangkan faktor tujuan ketiga, yaitu kemanfaatan hukum (*zweckbigkeit, legal purpose atau legal utility*) untuk memberikan solusi yang berguna bagi kehidupan bersama sesuai dengan doktrin tentang tiga tujuan hukum yang dikenal luas dalam filsafat hukum<sup>30</sup>. Jika dalam satu kasus ternyata norma hukum bertentangan dengan norma etika atau norma agama, maka solusinya adalah pada kemuliaan tujuan yang hendak dicapai atau diwujudkan. Pasti ada pilihan yang dapat dinilai paling tepat dalam semua situasi yang sulit untuk mengambil keputusan terbaik. Namun, konflik nilai atau pertentangan-pertentangan normatif seperti ini haruslah dilihat dan dipecahkan secara kasus demi kasus, tidak boleh dijadikan *maxim* yang diberlakukan umum. Konflik-konflik antar norma itu juga bukanlah sesuatu yang harus diidealkan tetapi harus diselesaikan secara setempat dan sewaktu-waktu dengan pendekatan kasus per kasus. Kadang-kadang hukum yang harus diutamakan, tetapi kadang-kadang etika yang mesti dikedepankan.

Perbedaan perlakuan dalam kasus demi kasus kadang-kadang dapat dipolakan secara umum, misalnya, untuk kasus-kasus yang terkait di bidang keperdataan yang seringkali harus lebih diutamakan adalah pendekatan formalistik. Demi kepentingan nilai-nilai keadilan yang lebih luas, sistem norma hukum dengan asas kepastian harus lebih diutamakan daripada norma etika dan prinsip keadilan yang lebih sempit. Karena itu, dalam proses pembuktian di pengadilan, biasa diterima luas adanya doktrin tentang pembuktian formil versus pembuktian materiel. Di bidang hukum pidana proses pembuktiannya harus bersifat materiel, tetapi di bidang hukum perdata harus bersifat formil. Dalam urusan kepemiluan, perkara-perkara yang

---

<sup>30</sup> Menurut Gustav Radbruch, tujuan hukum itu adalah menciptakan keadilan (*Gerechtigkeit*), kepastian (*Rechtssicherheit*), dan kemanfaatan (*Zweckmäßigkeit*). Shidarta, "Putusan Hakim: Antara Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan", dalam Republik Indonesia, Reformasi Peradilan dan Tanggung Jawab Negara, Komisi Yudisial, Jakarta, 2010, hal. 3.

terkait membutuhkan kepastian jadwal waktu, sehingga oleh sebab itu, peradilan dalam urusan pemilihan (*electoral justice*) harus dipandang sebagai salah satu bentuk atau jenis peradilan cepat (*speedy trial*) yang prosesnya cukup dilakukan dengan pendekatan kepastian hukum yang adil dan dengan asas pembuktian formil saja. Meskipun secara teoritis, asas pembuktian materiel lebih dimuliakan tetapi pengadilan tidak perlu mempersulit diri sendiri dengan sok-sok melakukan pembuktian materiel dengan akibat beban perkara tidak tertangani dengan baik dan kualitas putusan menjadi terbengkalai yang pada gilirannya justru membebani negara sebagai keseluruhan.

Kedua, hubungan ideal di antara keduanya bukanlah bersifat atas-bawah, tetapi – dalam pendapat saya – justru harus dipahami bersifat luar-dalam. Hukum tidak dapat lagi dipahami sebagai sesuatu yang lebih tinggi atau lebih rendah daripada sistem etika. Konstitusi adalah hukum tertinggi, tetapi di dalamnya bukan hanya berisi nilai-nilai hukum atau '*constitutional law*', tetapi harus pula dipahami sebagai dokumen yang berisi nilai-nilai etika atau '*constitutional ethics*' yang juga sama tingginya dengan '*constitutional law*'. Hukum dapat diibaratkan sebagai jasad, sedangkan etika adalah roh atau jiwanya. Hukum adalah bentuk, sedangkan etika adalah esensi. Karena itu, hukum tidak boleh dipisahkan dari rohnya, yaitu keadilan. Karena itu, secara berseloroh, saya sering mengatakan kepada para mahasiswa hukum, janganlah menjadi sarjana peraturan dengan mengabaikan keadilan. Jangan tegakkan hukum tetapi melupakan keadilan. Dalam praktik, berapa banyak peraturan ditegakkan oleh para petugas penegakan hukum tetapi yang ditegakkan itu bukanlah keadilan. Hukum haruslah dipahami dalam keseimbangan antara pengertian-pengertian tentang peraturan dan keadilan. Para Sarjana Hukum (SH) diharapkan benar-benar menjadi hukum, bukan sekedar Sarjana Peraturan (SP). Setiap Sarjana Hukum mampu menangkap, memahami, dan menghayati nilai-nilai keadilan yang esensial yang terkandung dalam aneka teks-teks peraturan perundang-undangan.

Ketiga, etika haruslah dipandang lebih luas cakupan dan jangkauannya daripada hukum. Sesuatu perbuatan yang melanggar hukum sudah pasti dapat dikategorikan sebagai perbuatan yang juga melanggar etika. Tetapi sesuatu perbuatan yang melanggar etika, belum tentu merupakan perbuatan yang melanggar hukum. Karena itu, pengadilan hukum tidak dapat menilai putusan pengadilan etika, karena penilaian tentang etika berada di luar jangkauan hukum dan berada dalam ranah peradilan etika. Misalnya, seorang pegawai negeri diberhentikan oleh atasannya dengan keputusan tata usaha negara berdasarkan hasil persidangan majelis kehormatan sebagai institusi penegak kode etik yang menilai bahwa yang bersangkutan terbukti melanggar kode etik dengan kategori sangat berat. Jika persoalan ini dibawa ke pengadilan tata usaha negara sebagai institusi peradilan hukum, maka kesimpulannya belum tentu dinyatakan sebagai pelanggaran hukum, meskipun institusi penegak kode etik sebagai lembaga peradilan etik menyatakannya sebagai pelanggaran etik

dengan kategori sangat berat. Karena itu, keputusan tata usaha negara yang melaksanakan putusan peradilan etika tidak mungkin dibawa ke ranah hukum dengan memberikan kewenangan kepada pengadilan tata usaha negara untuk menilai keputusan tata usaha negara yang menjalankan putusan peradilan etik tersebut ataupun – apalagi -- untuk menilai materi putusan institusi peradilan etika tersebut.

Bahkan, keempat, di samping lebih luas, etika juga ibarat samudera yang luas, tempat hukum sebagai kapal keadilan dapat berlayar lepas. Samudera tentu sangat luas terbentang, tetapi lebih daripada itu, samudera yang luas itu juga harus dipahami sebagai tempat kapal hukum itu mengapung kokoh untuk mewujudkan impian keadilan dalam kehidupan. Karena itu, Earl Warren, Ketua Mahkamah Agung Amerika Serikat (1953-1969) pernah menyatakan<sup>31</sup>, *“In a civilized life, law floats in a sea of ethics. Each is indispensable to civilization. Without law, we should be at the mercy of the least scrupulous; without ethics, law could not exist”*. (Di dalam kehidupan yang beradab, hukum mengapung di atas samudera etika. Tanpa hukum, ibarat kita menyerahkan hidup pada belas kasihan orang yang paling tidak berhati-hati; sedangkan tanpa etika, hukum tidak akan ada) .

Artinya, sistem norma hukum itu bukan saja tidak dapat dipisahkan dari etika, tetapi bahkan tumbuh dan tegak berfungsinya hukum itu dengan baik hanya dapat terjadi jika ia ditopang dan didukung oleh bekerja sistem norma etika dalam kehidupan masyarakat yang berkeadaban. Keduanya merupakan keniscayaan untuk peradaban. Tanpa hukum, hidup kita akan tergantung kepada belas kasihan hidup etika; tanpa etika, hukum tidak akan ada). Karena itu, keadilan juga tidak dapat dipisahkan dari keberadaban. Itulah sebabnya *‘the founding leaders’* Indonesia merumuskan sila kedua Pancasila dengan perkataan “Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab” yang ditulis langsung sesudah sila pertama, “Ketuhanan Yang Maha Esa”. Peradaban suatu bangsa selalu membutuhkan sinergi antara nilai-nilai ketaqwaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa dengan prinsip keadilan yang diimpikan dalam sila kedua dalam hubungan yang serasi antara tiga serangkai nilai, yaitu ketuhanan, keadilan, dan keadaban.

Selain itu, dalam perkembangan di zaman sekarang, sistem norma etika juga tengah mengalami perubahan yang pesat seperti yang pernah dialami oleh sistem norma hukum. Kecenderungan yang pernah dialami oleh sistem norma hukum dalam sejarah, yaitu munculnya arus kebutuhan untuk melakukan upaya posivisasi hukum juga sedang dialami oleh sistem norma etika, terutama di abad ke-21 ini. Ini terlihat pada kecenderungan munculnya kebutuhan di mana-mana di seluruh dunia untuk mengembangkan infra-struktur etik, terutama di dunia bisnis dan di lingkungan jabatan-jabatan publik dengan cara menuliskan naskah-naskah kode etik dan kode perilaku dengan didukung oleh pembentukan institusi-institusi penegakan kode

---

<sup>31</sup> Pidato Earl Warren dalam suatu acara di Jewish Theological Seminary, New York City, November 11, 1962. Lihat: <http://politicalquotes.org/node/18543#sthash.HL6wNkL0.dpuf>

etik dan kode perilaku itu secara resmi dalam sistem administrasi pemerintahan negara. Karena itu, jika dulu norma hukum (*legal norms*) secara tegas dibedakan dari norma etik (*ethical norms*) semata-mata dari sifat memaksa dalam proses keberlakuan atau pemberlakuannya, yaitu bahwa '*legal norm is imposed from without*', sedangkan '*ethical norm is imposed from within*', maka dewasa ini perbedaan demikian tidak lagi bersifat mutlak.

Dalam perkembangan dewasa ini, harus dicatat bahwa perbedaan antara daya paksa dari dalam versus dari luar itu juga berkembang dari waktu ke waktu. Sistem infra-struktur etik yang dibahas panjang lebar dalam buku ini memperlihatkan kenyataan bahwa pengertian bahwa norma etika semata-mata hanya bersifat '*imposed from within*' sudah tidak memadai lagi. Di seluruh dunia dewasa ini, berkembang luas kebutuhan untuk membangun infra-struktur kode etik dan institusi penegak kode etik secara melembaga yang dapat memaksakan berlakunya dengan pengenaan sanksi yang konkrit bagi para pelanggar kode etik. Bahkan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) sendiri sesuai keputusan Sidang Umum tahun 1996 yang lalu, justru merekomendasikan agar semua negara anggota PBB membangun apa yang dinamakan "*ethics infra structure in public offices*", infra-struktur etik untuk jabatan-jabatan publik. Untuk itu, maka pengaturan-pengaturan tentang kode etik dan prosedur penegakan kode etik itu mulai dituangkan secara resmi dalam bentuk undang-undang atau peraturan lain yang bersifat mengikat untuk umum, sehingga nilai-nilai etika dan perilaku ideal dimaksud dapat ditegakkan dengan efektif atas dukungan kekuasaan negara.

Yang diatur dalam perundang-undangan itupun tidak hanya berkenaan dengan prosedur penegakannya tetapi juga mengenai sebagian materi etika itu sendiri, sekurang-kurangnya mengenai prinsip-prinsip nilai yang bersifat umum dan abstrak. Meskipun materi kode etik masih tetap dirumuskan bersama oleh para subjek yang mengikatkan diri untuk tunduk kepada kode etik tersebut, tetapi sebagian materi dan prosedurnya berasal dari materi undang-undang atau peraturan perundang-undangan resmi, sehingga sistem norma etik juga ditopang oleh sistem norma hukum. Setidaknya kita dapat membedakan, seperti dalam sistem norma hukum, yaitu adanya etika materiel dan etika formil seperti dalam hukum dikenal adanya hukum materiel dan hukum formil. Etika materiel dapat disebut sebagai etika primer, sedangkan etika formil merupakan etika sekunder. Karena itu, seperti sanksi hukum, sistem norma sanksi etik juga dapat dipaksakan dari luar kesadaran sendiri, yaitu oleh institusi penegaknya yang bersifat independen dan otoritatif. Meskipun demikian, tentu sifat sanksi ketiga norma agama, hukum, dan etika tersebut tetap dapat dibedakan antara dua jenis sanksi itu. Sanksi ketiga jenis norma tersebut tetap dapat dibedakan antara sanksi yang dirasakan dari dalam kesadaran sendiri (*imposed from within*) dan sanksi yang dipaksakan dari luar kesadaran sendiri (*imposed from without*).

Semua ini dapat kita namakan sebagai perkembangan etika positif dalam artinya munculnya upaya untuk melakukan positivisasi sistem norma etika, seperti yang sudah biasa kita kenal dengan istilah hukum positif yang berkembang atas pengaruh positivisme hukum di masa lalu. Artinya, cara pandang positivisme tersebut, di samping banyak dampak negatifnya, juga banyak kegunaannya bagi perkembangan hukum dan juga etika. Karena itu, sebagaimana akan diuraikan pada bagian yang tersendiri dalam buku ini, perkembangan etika positif yang digambarkan di atas juga muncul sebagai akibat pengaruh positif aliran pikiran positivisme tersebut. Dulu sistem norma hukum pada mulanya juga tidak dituliskan secara resmi dan dikukuhkan keberlakuannya oleh kekuasaan negara, sampai saatnya muncul kebutuhan untuk menuliskannya dan diberlakukan secara resmi oleh kekuasaan negara dalam bentuk perundang-undangan. Inilah yang dipahami dalam sejarah dengan pengertian peraturan perundang-undangan.

Pengalaman yang sama dewasa ini juga sedang dialami oleh sistem norma etika. Semula norma etika itu dipahami sebagai sesuatu sistem norma yang hidup dalam pergaulan bermasyarakat tanpa membutuhkan penguatan resmi dalam bentuk tulisan. Tetapi, lama kelamaan muncul kebutuhan untuk menuliskannya dalam bentuk kode etik dan kode perilaku, dan bahkan dimulai pada akhir abad ke-20 muncul lagi kebutuhan untuk membentuk infrastruktur kelembagaan yang berfungsi sebagai penegak kode etika dan kode perilaku tersebut, sekaligus sebagai institusi pemberi sanksi atas pelanggaran terhadapnya. Inilah gejala yang saya namakan sebagai positivisasi sistem etika, seperti yang pernah dialami oleh sistem norma hukum di masa lalu karena pengaruh yang luas dari aliran positivisme hukum. Dengan perkataan lain, terlepas dari pelbagai kelemahan dari cara pandang positivisme hukum itu, logika positivisme juga ada gunanya, baik untuk perkembangan hukum maupun dewasa ini untuk perkembangan sistem etika publik. Di bidang yang terakhir ini, kita juga dapat mengembangkan pengertian tentang positivisasi etika dan etika positif sebagai pelengkap terhadap pengertian tentang hukum positif.

Dengan meminjam istilah-istilah yang berlaku di bidang hukum, kita juga dapat mengembangkan pengertian tentang "*rule of ethics*" (di samping "*rule of law*") yang mencakup pengertian tentang "*code of ethics*" dan "*court of ethics*". Bahkan kita dapat pula mengembangkan pengertian tentang "*etika materiel*" dan "*etika formil*" sebagaimana kita mengenal pengertian "*hukum materiel*" dan "*hukum formil*". Hal-hal ini, termasuk mengenai pengertian "*constitutional ethics*" di samping "*constitutional law*" juga sudah saya perkenalkan melalui buku "*Peradilan Etik dan Etika Konstitusi*" (2014).