

Hukum Progresif: Hukum Berdimensi Transendental dalam Konteks Keindonesiaan¹

Oleh : Suteki²

email: arjuna_teki@yahoo.com

Pengantar

Sebagai warga negara Indonesia, apa yang ada di benak kita, ketika kita berada di luar negeri ditanya “siapakah Anda”? Tentu akan kita jawab: “Saya si fulan dari Indonesia”. Mengapa kita tidak mengatakan nama saja? Hal ini tentu terkait dengan adanya kekhususannya asal-usul seseorang dan asal-usul itu bersifat “*distinctive*”, berbeda dan mestinya membedakan seseorang dengan orang lain. Artinya, mestinya seseorang itu memiliki identitas berupa karakter-karakter khusus. Kalau karakter itu tidak ditemukan pada diri seseorang, maka kita juga tidak mampu mengenali identitas orang itu dan kita akan menanyakan lalu apa bedanya seseorang itu dengan orang lainnya? Karakter inilah yang kemudian dalam dunia hukum memengaruhi bagaimana seseorang dan kelompok orang bahkan suatu bangsa memiliki cara ber hukum dan sekaligus akan membedakan antara hukum suatu bangsa dengan hukum bangsa lainnya. Cicero mengatakan “*ubi societas ibi ius*”, di mana ada masyarakat, di situ ada hukum. Hal ini kemudian secara ilmiah dibuktikan melalui riset pada tahun 1970-an oleh Robert B. Seidman tentang kemungkinan transplantasi hukum suatu bangsa ke bangsa lainnya. Pada akhir penelitiannya Seidman berkesimpulan dan mengajukan sebuah dalil berbunyi: “*The law of nontransferability of law*”. Pelajaran apa yang dapat kita ambil dari riset Seidman itu? Tidak lain adalah ketidakmungkinan mentransfer suatu hukum yang *distinctive* itu dari suatu bangsa ke bangsa lain ***begitu saja*** karena hukum itu memiliki struktur sosialnya sendiri, bahkan sering dikatakan sebagai *a peculiar social of life*.

Akhir-akhir ini ada sesuatu yang menggelisahkan saya, yakni adanya krisis identitas tersebut di atas, baik di dunia sosial, politik, ekonomi dan bahkan dunia hukum. Apa bedanya politik kita dengan politik Amerika? Apa bedanya ekonomi kita dengan ekonomi Amerika? Apa bedanya budaya kita dengan budaya Amerika? Apa bedanya hukum kita dengan hukum Amerika? Apa bedanya *life style* mahasiswa kita dengan mahasiswa Amerika? Kalau jawabnya “mirip”, bahkan “sama”, mengapa negara kita tidak mendeklarasikan diri dan masuk saja sebagai negara bagian ke-

¹ Makalah dipresentasikan dalam SEMINAR NASIONAL Call for Papers: Hukum Transendental: Pengembangan dan Penegakan Hukum di Indonesia, diselenggarakan oleh Sekoah Pasca Sarjana Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Muhammadiyah Surakarta, Sabtu, 27 Januari 2018.

² Suteki, Guru Besar dalam Ilmu Hukum dan Masyarakat pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro. Selain itu juga mengajar MK Hukum Progresif di AKPOL dan UNISSULA Semarang.

sekian (ke-51) dari Amerika Serikat? Pertanyaannya kemudian, apakah kemiripan bahkan kesamaan hukum dengan mengkiblat *life style* ala Amerika itu membuat dan mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan buat bangsa Indonesia? Jawabnya, sebenarnya kita ingin memiliki *life style* tersendiri sebagai identitas bangsa. Bukankah kita telah memiliki konsep kehidupan yang menempatkan Pancasila sebagai *leitstern* (bintang pemandu) dan sekaligus menempatkannya sebagai *modus vivendi* (kesepakatan luhur yang final)? Berdasarkan konsep kehidupan itu, bukankah kita telah mewacanakan demokrasi Pancasila, ekonomi Pancasila, politik Pancasila, budaya Pancasila, Universitas Pancasila, Sekolah Pancasila bahkan kita pada era orde baru dikenal sebutan “sepak bola” Pancasila. Tapi, apa lacur dikata, Pancasila dalam kehidupan riil kita baik dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, bernegara dan dalam kehidupan mondial seperti jauh panggang dari api.

Krisis identitas pada akhirnya telah dan akan mengancam peran mahasiswa sebagai *the agent of change*. Persoalan betapa pentingnya mahasiswa--sebagai simbol intelektualitas kaum terpelajar--dalam percaturan kehidupan berbangsa tidak perlu diragukan lagi. Sepanjang sejarah bangsa ini, jatuh banggunya rezim selalu terkait dengan peran aktif kaum intelektual ini. Lalu apa yang akan terjadi apabila kaum intelektual yang didambakan menjadi *the agent of change* ini kehilangan atau mengalami krisis identitas. Krisis identitas dapat membuat mereka berada di utopia Barat dengan mengabaikan *local wisdom*, mengidolakan hukum modern dan melupakan *living law*. Mereka akan membaca konstitusi bukan dengan nurani melainkan hanya dengan cara mengeja *rules and logic*. Lebih celaka lagi mereka tidak terbiasa diajari membaca konstitusi dengan moral (*moral reading on constitution*) sebagaimana dikonsepsikan oleh Ronald Dworkin. Selain berakibat pada tidak bersosialisasinya mahasiswa dengan konstitusi, keadaan di muka dapat menjerumuskan mahasiswa dalam cara berhukum yang liberal-kapitalistik-individual bahkan sekular dan bila mereka berpolitik dalam negara ini pun akan kehilangan arah dari misi untuk meraih *social welfare* berdasarkan nilai-nilai Pancasila sebagai kaidah penuntunnya. Krisis identitas dapat membuat mahasiswa terjebak pada *life style* semu dan artifisial dalam bidang politik, ekonomi, sosial dan budaya. Padahal, Pancasila sebagai neomistisisme-lah yang mampu menuntun manusia Indonesia untuk mencapai tujuan nasional sebagaimana termaktub dalam Pembukaan UUD NRI 1945, bukan dengan pandangan hidup, ideologi dan dasar negara yang lain. Neo-mistisisme Pancasila inilah yang secara sadar telah mengarahkan bangsa Indonesia untuk berhukum dalam dimensi transendental, yakni berhukum yang melampaui praktik yang bersifat *legal-formal* dan *procedural mechanistic*.

Ada yg bertanya tentang persoalan eksistensi dan sustainabilitas sebuah sistem bernegara. Saya berprinsip: sistem bernegara mana pun---termasuk sistem hukum dalam suatu negara--- belum final. Masih dalam proses menjadi meskipun disepakati final namun hukum alam tetap bekerja. Dunia ini *panthareih*, bergerak mengalir

tiada henti. Bisa dan lumrah kalau kita melihat orang dalam keadaan bercinta, seolah tiada cacat cela dan berjanji sehidup semati, final tdk akan mencari pengganti apalagi melihat orang lain. Benarkah begitu? Tidak bukan. Hidup ini “*not puzzling, but amoeba!*” *Puzzle*, karakter *puzzle* adalah berupa rangkaian potongan yg tidak tergantikan oleh potongan lainnya. Kaku, keras dan dingin. *No mercy!* Penuh dengan KEPASTIAN. Kejumudan inilah yg seringkali---bila tdk menempatkannya dengan arif---berakhir pada “kedunguan” karena tertutup dan menutup diri dengan kesombongan bahwa sistemnya penuh kepastian--- karena *lex scripta, lex certa* dan *lex stricta*, abadi dan tak terbantahkan, tak tergantikan. Semuanya berharga mati, meski realitasnya tdk demikian.

Amoeba, karakternya lentur, progresif tetapi tetap memiliki prinsip hidup. Bukan berarti tidak punya pendirian. Sistem tidak mati melainkan hidup karena tetap memperhatikan asupan dari lingkungan yg mengelilinginya. Karena punya prinsip inilah meski ada warna lain di sekelilingnya, sistem itu tdk terpengaruh secara langsung. Tidak ada harga mati dalam komponen sistem kecuali prinsip-prinsip dasarnya. Sistem inilah yang dalam ilmu pengetahuan modern disebut oleh Niklas Luhmann sebagai sistem **AUTOPOIETIC**. Tidak ada yg abadi kecuali ketidakabadian itu sendiri. Tidak ada harga mati kecuali kematian itu sendiri. Dengan demikian hidup itu mesti progresif, bukan pasif apalagi regresif. Jadi sesungguhnya, adakah harga mati itu, kepastian yang tiada dapat ditawarkan? Harga mati itu sebuah sistem yang sebenarnya bertentangan dengan hukum alam yg *panthareih!* Bila suatu sistem hukum bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum alam, maka dapat diprediksikan hukum itu akan melahirkan banyak ketidakadilan dalam penegakkannya. Sistem hukum manusia dengan demikian tidak boleh bertentangan dengan hukum alam dan dengan demikian sistem hukum itu hendaknya progresif, yakni hukum yang berdimensi transendental. Transendensinya karena melampaui yang serba positif, legal formal dan prosedural mechanistic.

Pancasila sebagai Neo-mistisisme Bangsa Indonesia

Bangsa yang menjadikan nilai-nilai universal itu akan kokoh, sebaliknya bangsa yang mengabaikannya akan mengalami keambrokan, cepat atau lambat. Indonesia termasuk negeri Oriental, yang dapat dikatakan memiliki adat ketimuran. Adat ketimuran seringkali diwarnai dengan aspek mistik (*mystical*). Manusia Indonesia tidak dapat dilepaskan dari aspek mistik tersebut karena hakikat kodratnya manusia diyakini terdiri juga aspek mistis berupa cipta, rasa dan karsa yang bersifat jiwa rohani selain tersusun pula atas aspek badan jasmani. Ditinjau dari sifat kodrat manusia, di samping manusia sebagai makhluk individu, ia adalah makhluk sosial. Hal ini berarti hidupnya bukan hanya untuk kepentingannya sendiri, melainkan penyelenggaraan kepentingan individunya dalam rangka memenuhi kewajibannya terhadap orang lain. Apabila manusia Indonesia ditinjau dari aspek kedudukan kodratnya, maka manusia Indonesia disamping berkedudukan sebagai makhluk pribadi---realitas hidup yang

mandiri, sekaligus ia adalah mahluk Tuhan yang mestinya tunduk patuh menjalankan perintah-Nya dan menjauhi larangan-Nya.

Menurut Weber setiap masyarakat memiliki “spirit” tersendiri yang berarti kompleks keseluruhan dari nilai-nilai dan kesepakatan-kesepakatan yang dilembagakan dan sekaligus mencerminkan suatu struktur karakter dari sebuah bangsa. Dalam hal ini, Indonesia yang berada di belahan timur bumi, juga dapat dikatakan memiliki karakter yang berbeda dengan masyarakat di belahan barat bumi. Menurut Allen M. Sievers dalam bukunya “*The Mystical World of Indonesia*” (1974:xi) dikatakan bahwa masyarakat Indonesia pada umumnya memiliki spirit mistik (*mystical spirit*).

Perbedaan antara Timur dan Barat bukanlah sama sekaliberu dan mistisisme sebagai kajian sosial yang sedikit banyak juga dibicarakan dalam berbagai literatur seperti halnya konsep rasionalisme Barat. Istilah “rasionalisme” yang dipertentangkan dengan istilah “mistisisme” dapat berakibat pada pemahaman bahwa Barat itu berbeda dengan Timur, meskipun keduanya memiliki keterkaitan. Dapat dikatakan, pengertian rasionalisme Barat mengacu pada prinsip bahwa pemikiran non-Oriental berbeda dengan mentalitas rasional bangsa Yunani, yang diwariskan oleh bangsa Barat secara meluas pada abad pertengahan dan modern. Hal ini menunjukkan bahwa “manusia” Barat itu berbeda dengan “manusia” Timur. Dalam perspektif ideal, pada dasarnya manusia sebagaimahluk rasional seharusnya mampu mengendalikan perilakunya sendiri baik secara individu maupun sosial dan mampu memahami manusia, alam, dan bahkan Tuhan secara rasionalistik juga. Namun, kenyataannya perspektif ideal tersebut tidak selalu berhasil diwujudkan oleh bangsa Barat. Bertahannya pandangan kelompok minoritas di Barat dalam mendukung paham mistisisme tidak mengurangi keseluruhan karakterisasi kaum Barat sebagai bangsa yang rasionalistik. Filsafat hidup (*weltanschauung*) bangsa Yunani berbenturan dengan bangsa Orient, dan sejak saat itu Barat dibedakan dengan Timur.

Max Weber khusus meneliti peran mistisisme terhadap pikiran orientaldan lembaga-institusi di dalamnya. Ada beberapa peneliti lain di bidang mistik dan mentalitas orientals sebagai fenomena sosial antara lain, misalnya, Hegel, Jung, Marx, dan Bertrand Russell. Georg Wilhelm Friedrich Hegel termasuk orang pertama yang mengkaji tentang eksternalisasi moral dan hukum di dalam mentalitas oriental. Selain secara bebas menerima sanksi moral yang internal, bangsa Oriental tunduk pada kehendak eksternal sebagai preskriptif yang absolut. Lebih jauh dapat dikatakan, berseberangan bangsa Yunani, bangsa Oriental merasa dirinya sebagai bagian yang menyatu dengan dunia universal (jagad raya). Kemuliaan konsepsi Oriental adalah satu individu sebagai hakikat yang “mengada” bersama keseluruhan (ada kita ada bersama), sehingga tidak ada individu lain yang terpisah keberadaannya.

Bangsa Yunani menginternalisasikan moralitas dan membuatnya sebagai bagian dari kehendak manusia. Mereka percaya bahwa kebebasan manusia dapat ditemukan dalam heterogenitas dan dalam kebebasan subjektif. Jadi spirit bangsa Yunani adalah berupa sifat individualisme kemanusiaannya, yang memisahkan manusia dari alam dan membuatnya

menjadi subjek yang bebas. Bagi bangsa Yunani penafsiran dan penjelasan terhadap alam dan transformasinya adalah tindakan dari spirit subjektif belaka. Manusia dan Tuhan dapat diselaraskan, tetapi manusia dan tuhan adalah dua hal terpisah.

Carl Jung, dalam *Psychology and Religion*, memberikan ciri pada Dunia Timur adalah *introvert* dan, karenanya, realitas sebagai sesuatu yang mendasar secara psikologis. Dengan perkataan lain bahwa manusia Oriental adalah mistik, di mana ia mengidentifikasi manusia, Tuhan, dan alam. Andre Malraux dalam *The Temptation of the West*, yang memiliki karakter Ling Cina menulis surat kepada korespondennya di Perancis dengan mengatakan:³

“Our universe is not subject, as yours, to the law of cause and effect; or, more exactly, although we admit its reality, it has no power over us, since it doesn't allow for unjustifiable.... From this view arises our sense of the importance of sensibility... The eastern mind... gives no value to himself; it contrives to find, in the flow of universe, the thoughts which permit it to break its human bonds. The first (the West) wants to bring the universe to man; the second (the East) offers man up to Universe”.

Bertrand Russell, dalam *Mysticism and Logic*, mencirikan mistisisme sebagai sebuah paham dalam 4 hal, yaitu:⁴

- (1) Pertama: keyakinan terhadap penglihatan batin sebagai lawan pengetahuan yang diskursif dan analitis: kepercayaan terhadap cara hidup dengan kebijaksanaan (*wisdom*), kejadian tiba-tiba (*sudden*), kerasukan (*penetrating*), keterpaksaan (*coersive*).
- (2) Kedua: karakteristik mistisisme adalah keyakinannya terhadap kesatuan (*unity*), dan penolakannya untuk mengakui pertentangan atau perpecahan di mana saja.
- (3) Ketiga: dari hampir semua metafisika mistik adalah penolakannya terhadap realitas waktu
- (4) Keempat: doktrin mistik berkeyakinannya bahwa segala kejahatan adalah penampakan belaka, suatu ilusi yang dihasilkan oleh pembagian dan pertentangan dari analisis intelektual.

Dapat disimpulkan bahwa manusia Timur itu menghargai persepsi, sikap, pengetahuan batin, dan dalam bawah sadarnya jauh melebihi di atas konsep tentang alasan-alasan logis. Manusia Timur melihat kaidah ketuhanan sebagai sesuatu yang tetap dan terus menerus melingkupi dirinya sendiri dan alam dan maka kehidupannya berada dalam realitas mistik terus menerus. Manusia Oriental menekankan kesatuan (*unity*) di atas segala-galanya. Hal ini berimplikasi terhadap perilaku manusia Oriental dalam berbagai bidang kehidupan, termasuk dalam cara berhukum. Banyak penelitian membuktikan bahwa meskipun beberapa bagian dari bangsa Orient telah menjadi kebarat-baratan (*westernized*), namun secara esensial mereka tetap menggunakan cara Oriental dalam menyikapi kehidupan yang muncul sebagai kearifan-kearifan lokal (*local wisdom*)

³ Allen M. Sievers, *The Mystical World of Indonesia (Culture and Economic Development in Conflict)*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1974, hlm. xii.

⁴ *Loc. Cit.*

dalam menyelesaikan problematika hidup, baik privat atau pun publik.

Kita mengetahui adanya cara masyarakat menyelesaikan problemnya yang mengandalkan karakter Oriental, misalnya pengutamaan musyawarah. Di masyarakat Banjar dikenal *adat badamai*, *dewan adat* (*damang* dan *let* adatnya) di masyarakat Dayak, di Aceh dikenal pola penyelesaian konflik dengan *di'iet*, *sayam*, *suloeh* dan *pemat jaroe*, di Maluku dikenal *Dewan Saniri* dan *Raja*, di masyarakat Lombok Utara dikenal adat *Wet Tu Telu* dengan *begundem*-nya, di masyarakat adat Lamaholot (Flores NTT) dikenal adat *mela sareka*. Semua adat tersebut menunjukkan adanya kesamaan bentuk yaitu kemauan untuk mengutamakan musyawarah sebagai proses untuk menyelesaikan konflik.

Mengklasifikasikan Indonesia dengan budaya-budaya oriental lainnya adalah langkah pertama dalam memahaminya. Sangat mungkin bahwa Indonesia memiliki fitur karakter yang spesifik jika tidak dikatakan unik. Indonesia mungkin lebih mistik dari banyak negara yang lahir kemudian. Indonesia memiliki sejarah mistisisme yang kuat dantak terputus hingga kedatangan bangsa Belanda. Begitu Belanda memasuki wilayah Indonesia, berbagai proses modernisasi telah menggeser jauh karakter asli Indonesia. Tampaknya, rasa frustrasi dan kemunduran di bawah pengaruh hegemoni Belanda mendorong manusia Indonesia untuk menghidupkan kembali dan meningkatkan keyakinan mereka pada mistisisme. Karena pengaruh modernitas maka Indonesia dari abad kesembilan belas hingga abad kedua puluh mungkin dapat dikategorikan sebagai bangsa berfaham *neomystical*.

Soekarno sebagai sosok nasionalis Indonesia memiliki ciri khas yang sangat kuat antara lain melalui pemikirannya tentang ideologi Indonesia. Ideologi yang diajukan oleh Soekarno mencerminkan dan memperkuat keyakinan bahwa Indonesia membutuhkan faham *neomystical*. Fakta bahwa Soekarno menekankan identitas bangsa Indonesia sebagai pusat ideologinya seharusnya membimbing kita untuk memahami apa yang dilihatnya sebagai kunci bagi pembangunan karakter bangsa Indonesia.

Kosakata ideologi revolusioner selama rezim Soekarno sebagian diilhami oleh pengalaman masa lalu manusia Jawa, dan sebagian mencerminkan liberalisme Barat. Kata-kata kunci, simbol-simbol, terma-terma yang terkandung dalam ideologi tersebut mencerminkan adanya respons yang bersifat mistik. Dua istilah utama pada masa kepemimpinannya adalah *Pancasila* (1945) dan *USDEK* (1959). *USDEK* jaya pada tahun 1960-an, namun kemudian menghilang sebaliknya Pancasila seperti yang tercantum dalam pembukaan UUD 1945 berlanjut menjadi aturan mendasar (*grundnorm*) bagi Republik Indonesia.

Menurut Soekarno, Pancasila mengandung lima credo nasionalisme Indonesia, yaitu:

1. Ketuhanan Yang Maha Esa,
2. Nasionalisme,

3. Kemanusiaan atau internasionalisme,
4. Demokrasi, dan
5. Keadilan sosial.

Identitas bangsa Indonesia itu sendiri terkait dengan prinsip-prinsip tertentu mencirikan watak Indonesia lama dan modern, yaitu bernama persaudaraan, ramahtamah dan gotongroyong. *Gotongroyong* memiliki beberapa lapisan makna. Hal ini menunjuk pada tingkat hubungan dengan prinsip simbiosis mutualisme, saling membantu, bekerja sama, berbagibeban, semua untuk semua.

Di samping Pancasila, Gotong royong dan USDEK, Soekarno mengajukan berbagai slogan lainnya, dan slogan tersebut mampu berfungsi sebagai mantra-mantra yang memiliki potensi magis. Mantra itu antara ini adalah *tolong menolong, musyawarah* dan *mufakat*. Secara ideologis, gagasan Soekarno mengandung penegasan kembali identitas Indonesia sebagai keagungan bangsa yang berdasarkan pada prinsip-prinsip tradisional masyarakat Indonesia yang tinggi. Hal itu tersirat pada saat mengemukakan tujuan negara modern seperti kemakmuran, keadilan, penghapusan eksploitasi, kedamaian, ketertiban dunia, di saat yang sama juga mengagungkan nuansa nasionalisme. Uraian di muka menunjukkan faham *neomystical* yang dianut bangsa Indonesia. Apabila sudah mengerti bahwa Pancasila sebagai identitas kehidupan manusia Indonesia, mengapa kita hendak menempuh bidang-bidang kehidupan kita--termasuk bidang hukum--dengan mengidolakan cara hidup beridentitas ideologi lain?

Apakah Hukum Progresif itu? Apanya yang Progresif?

Pada tahun 1986, tepatnya tanggal 23 Januari 1986, Prof Satjipto Rahardjo menulis sebuah artikel yang berjudul 'Tentang Ilmu Hukum yang Bercirikan Indonesia.' Dalam pandangan itu, sebenarnya Prof Tjip sudah memberikan pertanyaan warisan kepada kita semua. 'Relevankah apabila kita berbicara tentang ilmu hukum yang memiliki ciri ke-Indonesiaan? Apakah pikiran itu mengada-ada?' Tidak mudah menjawab problem yang diajukan sang Begawan. Kita sebagai murid-muridnya pun terpaksa mengerutkan dahi dan harus bekerja keras untuk itu.

Konsumerisme teori dan kejerembaban pada praktik keseharian membuat ilmu hukum yang ke-Indonesiaan menjadi sebuah utopia saja. Aliran pemikiran di Indonesia itu kebanyakan hanya sebuah slogan. Mahzab UNPAD, mahzab hukum progresif, dst tidak ada satupun kerja intelektual komunitas di dalamnya yang semegah aliran pemikiran yang berkembang di Barat. Memang, lagi-lagi kita harus merujuk pada 'Barat'. Tradisi komunitas intelektual di sana sudah mapan. Hukum progresif adalah sebuah ide jenius, jernih, dan mencerahkan bagi penegakan hukum Indonesia. Kita sebagai murid-muridnya memiliki tugas sosial untuk mengemban warisan kekayaan dunia ide Prof Tjip. Namun, setelah hukum progresif ditinggal pergi empunya, banyak masalah-masalah hukum yang luput dari analisis hukum

progresif. Oleh karena itu, gagasan hukum progresif perlu dibaharui sesuai dengan konteks sosial yang terus berubah dan dinamis.

Hukum progresif adalah sebuah pemikiran hukum yang berusaha memperjuangkan keadilan dan kemanfaatan, ketimbang kepastian hukum. Pembentukan dan penegakan hukum Indonesia dibutuhkan pengembangan gagasan hukum progresif sebagaimana yang pernah dicetuskan oleh Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, SH. Beberapa instansi yang mempraktikkan hukum progresif, seperti Mahkamah Konstitusi dibawah kepemimpinan Mahfud MD, Kementerian Hukum dan HAM oleh Denny Indrayana, bahkan sampai gerakan masyarakat sipil dengan gelombang anti-korupsi seperti *Indonesian Corruption Watch* (ICW), hingga bantuan hukum struktural, seperti Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI). Dalam rangka pembentukan hukum, gagasan progresif terlihat pada bagaimana keberpihakan sebuah regulasi pada rakyat miskin, meningkatnya partisipasi politik warga dalam menyusun sebuah naskah RUU, hingga menerapkan gaya demokrasi deliberatif (musyawarah) dalam pembahasan rancangan produk perundang-undangan, singkatnya: naskah RUU hendaknya responsif, bukan represif.

Pada level penegakan hukum, gagasan, gerakan progresif terlihat pada bagaimana seorang agen penegak hukum progresif sensitif dalam menggunakan diskresi dan/ atau terobosan hukum (*rule breaking*), baik hakim, polisi, jaksa, dan pemerintah(an) (daerah), patut menggunakan kewenangannya untuk melindungi kepentingan masyarakat miskin dan marjinal. Terakhir pada tataran gerakan sosial, hukum progresif dilukiskan dengan pemberdayaan hukum (*legal empowerment*) dan atau penguatan gerakan masyarakat sipil untuk memantau kinerja negara, misalnya gerakan anti-korupsi. Namun tetap saja, tidak ada yang lebih memahami pemikiran sebuah begawan selain murid-muridnya. Strategi sosial perlu dirumuskan, supaya akar rumput intelektual hukum progresif, yakni mantan murid-murid beliau dituntut tanggung jawab kulturalnya. Bagaimana para murid bahu-membahu membangun imperium yang hampir roboh ini. Imperium pemikiran yang nyaris dilupakan oleh kita, bangsa yang pelupa ini. Kita perlu mengembangkan warisan yang cukup berharga ini. Warisan sebuah pemikiran adalah sumbangan jenius dan kejernihan guru kita yang perlu dikembangkan. Jejaring hukum progresif sudah terbentuk, untuk mempertahankan, mengaktivasi, dan menjaga ritme produktivitas tentang bukan pekerjaan yang mudah.

Banyak para kademisi, praktisi menanggapi secara berbeda terhadap kehadiran hukum progresif. Ada yang meriwayatkannya, mengamini, mengkritisi, mendiagnosis layaknya dokter, mengisi ruang-ruang kosong hingga percobaan-percobaan untuk mendayagunakan hukum progresif yang saya katakan sebagai hukum yang *never ending*. Mengapa demikian, karena hukum progresif dikatakan sebagai hukum yang sedang mengalami proses menjadi dan akan berakhir hingga proses itu berakhir. Hingga sekarang tidak pernah ada ilmuwan di antara kita yang berani menyatakan bahwa hukum progresif memiliki bentuk tertentu, apakah sebagai gerakan, aliran, paradigma, teori, konsep atau pendekatan, penafsiran atau apa lagi? Mengapa begitu?

Karena begitu kita mencoba untuk memberi baju, bentuk hukum progresif itu, maka dengan demikian hukum progresif akan kehilangan progresivitasnya. Bisakah kita mengatakan--- seperti karya sang maestro tentang “Biarkan Hukum Mengalir?”--- dengan ungkapan “Biarkan Hukum Progresif Mengalir”?

Ada yang menarik dari sekian pendapat tentang hukum progresif, yakni tentang pertanyaan “hukum progresif: apanya yang progresif”? Apakah mungkin hukum itu progresif? Bukan hukumnya yang progresif tetapi penegakan hukumnya kan?” Untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan tersebut perlu kita kembali kepada ontologi hukum progresif. Dari aspek ontologi, konsep tentang hukum dalam hukum progresif dimaknai sebagai “*not only rules and logic but also behavior, even behind behavior*”. Jadi, yang progresif itu bukan hanya persoalan penegakannya (*behavior*) tetapi juga materi/substansi (*rules*) termasuk cara menggunakan logika (*logic*) hukumnya. Sejak UU Kekuasaan kehakiman 1970 ada, materi hukum sudah progresif, memberikan ruang kepada hakim untuk tidak tepaku pada bunyi undang-undang, melainkan diwajibkan juga untuk menggali nilai-nilai dan rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat. Hal itu terus diusung hingga UU Kekuasaan terbaru yaitu UU No. 48 Tahun 2009, Pasal 5 ayat (1). Tengoklah pula sebuah keharusan untuk menuliskan irah-irahan semua putusan pengadilan yang berbunyi: DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA. Kalimat itu menyiratkan kepada kita bahwa hakim ketika menyelesaikan perkara hendaknya berpikir melampaui atau TRANSENDEN. Yakni, berpikir melampaui norma-norma legal-formal positivistik. Selanjutnya tengoklah UU tentang Kepolisian NRI (UU No 2 Tahun 2002, Pasal 18 (1) menyebutkan bagaimana polisi diperbolehkan untuk melakukan tindakan hukum atas pertimbangan ‘penilaian sendiri’ demi kepentingan umum, belum lagi UU tentang Sistem Peradilan Anak, yang justru memberikan ruang untuk dilakukan diversifikasi dalam menyelesaikan perkara pidana yang melibatkan anak. Hal tersebut membuktikan bahwa hukum dalam arti peraturan perundang-undangan pun dapat bersifat progresif, bukan hanya penegak dan proses penegakannya.

Terkait dengan upaya penyemaian hukum progresif, Fakultas Hukum UNDIP Semarang sudah seharusnya menjadi jantung dari perhelatan pemikiran hukum progresif (*school of thought*), mengingat Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, SH dibesarkan dalam ruang akademis di tempat itu. Namun, dapat dipastikan bahwa fakultas hukum ini tidak mungkin mampu menjaga persemaian hukum progresif apabila tidak diperkuat dengan jejaring sosial lainnya. Apakah kita mampu mengarus utamakan (*mainstreaming*) hukum progresif dalam praktik berhukum, *legal drafting*, reformasi peradilan, membuat kontrak, perumuskan kebijakan publik, dst. Dan, yang paling penting pelibatan antara para jejaring ini. Kita sering mengutip pepatah: satu lidi mudah dipatahkan, namun ribuan lidi yang diikat akan kuat, namun pendalaman pada maknanya masih banyak belum terpikirkan.

Sebagai sebuah mahzab, murid-murid inilah yang menjadi modal sosial paling besar. Swadaya, kemandirian dan keberlanjutan kerja-kerja sosial yang bersemangatkan hukum progresif perlu direnungkan bersama. Tahun depan sudah

lebih dari lima tahun wafatnya sang Begawan Guru kita. Jika kita konsisten, maka di tahun mendatang produktivitas karya kita mudah-mudahan lebih meningkat. Makalah ini merupakan gagasan penulis yang terus mencoba untuk memberikan ruh hukum progresif dalam setiap pembuatannya secara tematik. Bila kita terus berkarya dengan terus menyemaikan gagasan, gerakan, konsep, teori atau apa pun namanya tentang hukum progresif, saya yakin hukum progresif tidak akan pernah berakhir (*never ending*) menjadi macan kertas (*paper tiger*).

Meskipun sedikit, semoga artikel ini bermanfaat bagi pembaca yang berniat memahami hukum bukan hanya sekedar *rules and logic*, melainkan juga *behavior* yang berarti bahwa hukum harus dipahami secara kontekstual sehingga masa depan hukum tidak berakhir pada kehebatannya di atas kertas, melainkan juga dalam ordinaritas keberlakuannya sosialnya.

Keadilan Substantif Sebagai Nilai Dasar Hukum Progresif.

Kendati hukum dan keadilan sering dikatakan sebagai dua sisi dari satu mata uang, namun harus diingat bahwa hukum itu berbeda sama sekali dengan keadilan. Menegakkan hukum tidak sekaligus menghadirkan keadilan, apalagi yang disebut dengan keadilan substantif. Saya mencoba melacak gerakan jenis keadilan apa yang dapat disejajarkan dengan keadilan substantif. Dalam literatur ditemukan jenis keadilan yang disebut *perfect justice* (Werner Menski, 2006). Menurut Menski, pencarian terhadap keadilan melalui hukum telah dilakukan orang dengan menggunakan 3 pendekatan yakni pendekatan filosofis—hasilnya adalah keadilan ideal, normatif positivis—hasilnya adalah keadilan formal dan socio-legal—hasilnya adalah keadilan materiil. Menski menawarkan jenis pendekatan keempat yang disebut dengan pendekatan *legal pluralism*. Jenis keadilan yang diharapkan lahir dari pendekatan legal pluralism adalah *perfect justice* yang dapat disetarakan dengan keadilan substantif. Hal ini sesuai dengan pernyataan Menski bahwa melalui pendekatan legal pluralism ini seorang pengambil keputusan hukum harus senantiasa memerhatikan kompleksitas perkara yang dihadapi. Kompleksitas itulah yang dijadikan dasar konstruksi penalaran hukumnya sebelum polisi, jaksa dan hakim memutus kebijakan tertentu. Kompleksitas itu berupa *state law* (hukum negara), *living law* (sosio-legal) serta *natural law* (*moral, ethics* dan *religion*). Pengambil keputusan hukum yang mampu dan berani meramu dan menggunakan pendekatan legal pluralisme dalam rangka mewujudkan hukum progresif tidak mungkin dihasilkan melalui Pendidikan Tinggi Hukum yang biasa saja, melainkan Pendidikan Tinggi Hukum yang progresif pula. Beberapa penegak hukum yang memiliki karakter hukum progresif akan diilustrasikan ke dalam uraian berikut ini yang membahas secara khusus tentang polisi dan hakim.

Sejak hukum modern lahir, dunia hukum mengalami perubahan yang cukup dramatis terhadap pencarian kebenaran dan keadilan. Akibat perubahan dramatis pada abad ke-18 dapat dirasakan hingga sekarang ini. Pengadilan telah berubah

menjadi institusi publik yang sarat dengan birokrasi, prosedur-prosedur, formalitas dan sebagainya. Untuk bisa berhasil dalam urusan hukum, orang harus ahli menguasai peraturan hukum dan pandai-pandai ‘mempermainkan’ prosedur. Satjipto Rahardjo (2004) menyebut keadaan tersebut sebagai sebuah tragedi hukum modern. Hal ini disebabkan adanya anggapan bahwa menjalankan peraturan hukum hampir sinonim dengan menegakkan hukum. Aspek keadilan dan kebenaran mengalami marginalisasi besar-besaran. Pengadilan tidak lagi menjadi tempat untuk mendapatkan sebenar keadilan, melainkan untuk mencari sang pemenang (*the winner*). Pizzi mengatakan: “...we have developed a criminal trial system that is entertaining and that places tremendous emphasis on winning and losing, but the system badly underemphasizes truth”, sehingga muncullah fenomena yang oleh Willian T. Pizzi (1999) disebut *trial without truth*.

Pluralitas masyarakat Indonesia---sebagai bagian Asia---seharusnya menjadi dasar penegakan hukumnya. Hukum dan masyarakat memiliki keterkaitan yang sangat kuat, bahkan Tamanaha mengatakan bahwa hukum memiliki *a peculiar form of social life*. Oleh Brian Z. Tamanaha dikatakan bahwa hukum dan masyarakat memiliki bingkai yang disebut *The Law-Society Framework* yang memiliki karakteristik hubungan tertentu. Hubungan tersebut ditunjukkan dengan dua komponen dasar. Komponen pertama terdiri dari dua tema pokok yaitu ide yang menyatakan bahwa hukum adalah cermin masyarakat dan ide bahwa fungsi hukum adalah untuk mempertahankan *social order*. Komponen kedua terdiri dari tiga elemen, yaitu: *custom/consent; morality/reason; dan positive law*.⁵ *Custom/consent and morality/reason* dapat dipahami dalam pemikiran Donald Black sebagai *culture*.⁶

Berdasar pendapat Tamanaha *morality/reason* dapat dipahami dalam pemikiran Donald Black sebagai *culture*.⁷ tersebut, maka dapat dikatakan bahwa ada keterkaitan erat antara *state* (dengan *positive law*-nya), *society* (dengan *custom/consent*-nya) dan *natural law* (dengan *morality/religion*-nya). Hal inilah yang ditangkap oleh Werner Menski pada saat meneliti tentang perbandingan hukum antara negara-negara di Asia dan Afrika. Berdasarkan temuannya Menski menyimpulkan bahwa penegakan hukum di Asia dan Afrika sangat berbeda dengan penegakan hukum di Barat, khususnya di Eropa yang merupakan salah satu asal/sumber hukum modern di kedua benua tersebut. Penegakan hukum di Eropa tidak terlalu bergantung dan dipengaruhi oleh unsur-unsur nonhukum

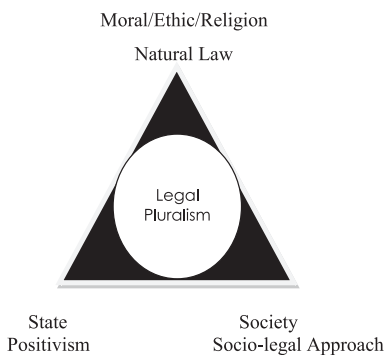
⁵ Lihat, Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York, 2006, hlm. 1-2.

⁶ Black mengatakan bahwa “*culture is the symbolic aspect of social life, including expression of what is true, good, beautiful. It includes ideas about the nature of reality (theoretical and practical), supernatural, metaphysical or empirical), conceptions of what ought to be (right or wrong, proper and technology, religion, magic or folklore). Values, ideology, morality and law have a symbolic aspect of this kind*”. Lihat, Donald Black, *The Behaviour of Law*, Academic Press, New York, 1976, hlm. 61.

⁷ Black mengatakan bahwa “*culture is the symbolic aspect of social life, including expression of what is true, good, beautiful. It includes ideas about the nature of reality (theoretical and practical), supernatural, metaphysical or empirical), conceptions of what ought to be (right or wrong, proper and technology, religion, magic or folklore). Values, ideology, morality and law have a symbolic aspect of this kind*”. Lihat, Donald Black, *The Behaviour of Law*, Academic Press, New York, 1976, hlm. 61.

seperti *moral, ethic* dan *religion* yang tergabung dalam *natural law*. Bangsa-bangsa di Eropa sangat nyaman dengan *state law*. Berbeda dengan bangsa-bangsa di Asia dan Afrika yang sangat dipengaruhi oleh adat, *moral, religion, ethic* dalam cara berhukumnya. Hal ini disebabkan pembentukan hukumnya juga berasal dari dua unsur utama yaitu adat dan *religion* di samping bahan hukum dari Eropa.

Untuk memahami hukum dan cara berhukum di Asia dan Afrika tidak bisa lagi didekati dengan tiga pendekatan klasik seperti pendekatan filosofis, pendekatan normatif dan pendekatan *socio-legal*. Menski menawarkan pendekatan keempat yang disebut dengan *legal pluralism approach*. Pendekatan *legal pluralism* mengandalkan adanya pertautan antara *state (positive law)*, aspek kemasyarakatan (*socio-legal approach*) dan *natural law (moral/ethic/religion)*. Cara berhukum yang hanya mengandalkan *positive law* dengan *rule and logic* serta *rule bound*-nya hanya akan bermuara pada kebuntuan dalam pencarian keadilan substantif. *Non enforcement of law* dalam pencarian keadilan substantif yang sempurna (*perfect justice*) hanya akan lahir melalui pendekatan *legal pluralisme*. Werner Menski menggambarkan pendekatan *legal pluralism* tersebut dalam bentuk ragaan sebagai berikut:⁸



Ragaan ini menunjukkan bahwa: Dunia hukum mencakup suatu pluralitas yang besar sekali dari segitiga dalam ruang dan waktu. Hukum adalah sungguh begitu plural bahwa itu tidak mungkin dapat diserap dalam keseluruhan teoritis, biarlah dengan sendirinya menjadi konfigurasi dalam model yang sederhana. **Legal pluralism** merupakan integrasi sempurna untuk memahami dan menegakkan hukum dalam masyarakat majemuk (plural).

Legal pluralism merupakan strategi pendekatan baru yang harus dikuasai oleh penegak hukum agar dapat melakukan terobosan hukum melalui *the non enforcement of law*. Hal ini disebabkan pendekatan ini tidak lagi terpenjara oleh ketentuan *legal formalism* melainkan telah melompat ke arah pertimbangan *living law* dan *natural law*. Cara berhukum di Indonesia tidak tepat apabila digunakan pendekatan positivistik seperti negara asal hukum Indonesia (khususnya Eropa) tanpa melihat aspek *moral/religion* atau pun *ethic* serta pertimbangan aspek *socio-legal*-nya. Watak liberal individualistik hukum modern di Indonesia mesti dibongkar untuk disesuaikan dengan basis sosialnya, yakni masyarakat Indonesia dengan karakter Oriental-nya. Watak liberal dan individualitas hukum modern mesti diimbangi dengan watak arif

⁸ Werner Menski, *Comparative Law in A Global Context (The Legal System of Asia and Africa)*, Second Edition, Cambridge University Press, 2006, hlm. 187.

bijaksana serta watak welas asih, kesatuan dan rasa keadilan dalam masyarakat yang tercermin dalam *the living law*-nya sehingga hukum mampu menghadirkan **keadilan paripurna** yang menjadi tujuan penegakan hukum progresif.

Hakim-hakim MK begitu juga hakim-hakim lainnya perlu diingatkan kembali, bahwa dalam menghadapi perkara seharusnya berani mulai mengubah paradigma dari yang hanya sekedar memutus perkara ke paradigma hakim menyelesaikan perkara. Untuk itu cara ber hukum hakim tidak boleh statis, melainkan harus bergerak maju meninggalkan cara-cara konvensional menuju cara-cara ber hukum progresif demi menghadirkan keadilan substantif kepada rakyat (*bringing substantive justice to the peoples*). Oleh karena itu hakim dan hakim konstitusi wajib terus menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimanatkan oleh UU No. 48 Tahun 2009 tentang “Kekuasaan Kehakiman” Pasal 5 (1).

Beberapa Kebijakan yang Nir-Hukum berdimensi Transendental

1. Wacana Kebijakan Remisi Napi di Rumah Tahanan

Kita perlu menagih janji *LEGAL POSITIVISM*. Mungkin di antara kita ada yang mengagung-agungkan KEPASTIAN HUKUM. Hukum hanya dimaknai sebagai sistem peraturan yang bersifat:

1. *Lex scripta* (*black letter law*, tertulis)
2. *Lex certa* (jelas, tegas, tidak ambigu)
3. *Lex stricta* (ketat prosedur, *rule bounded*)

Mau bilang apa bila bunyi peraturan menyatakan bahwa Narapidana harus menjalani hukumannya di PENJARA--yang kini disebut LAPAS--- bukan di Rumah Tahanan. Untuk apa? Supaya ada PEMBINAAN. Mengapa perlu dibina? Karena upaya pembinaan itu utk mengukur apakah narapidana itu menunjukkan perbaikan perilaku atau sebaliknya sama dan lebih buruk. Penilaian inilah yg akan dipakai sbg bahan pertimbangan KEMENKUM HAM untuk memberikan REMISI--yg mrpk hak narapidana--- atau tidak. Pertanyaannya, kalau Ahok tidak berada di LAPAS melainkan di Mako Brimob, sudahkah ia dikatakan menjalani pidana penjara dan telah pula dididik, dibina sebagaimana narapidana lainnya? Kapan dibina? Siapa yang membina? Bentuk pembinaannya apa? Raportnya bagaimana? Klo belum dilakukan pembinaan dan laporannya tidak jelas, lalu apakah Ahok---yg beragama Nasrani--- berhak untuk meminta dan menerima remisi pada waktu perayaan natal tanggal 25 Desember 2017?

Bila konsisten dengan konsistensi terhadap legal positivisme, maka REMISI mestinya tidak bisa diberikan karena TIDAK TAAT ASAS DAN PROSEDUR dalam PELAKSANAAN PEMIDANAAN. Makan saja dalil dan dalih utk bertaat asas dengan mantra-mantra legal positivism dengan menyampingkan bahwa HUKUM JUGA *BEHAVIOR* bahkan RASA--terkait dengan *MORAL ETHIC* and *RELIGION-*

--yang ada dibalik perilaku itu. Kini boleh jadi, senjata yang diagungkan ternyata menjadi bumerang, menyerang balik penggunanya.

2. Mengambil Kiblat Politik Hukum ke Rasionalisme Barat Terkait dengan LGBT

Bercermin pada pendapat-pendapat di diskusi pada acara ILC 19 Desember 2017, ternyata tidak sedikit orang yang mengagungkan Positivism Hukum. Menjadikan seolah semua serba teknis outomate mechanistic. Kepastian didewakan, HAM diagung-agungkan seolah hidup itu hanya untuk memenuhi keserakahan individu memuaskan hasrat birahi diri meski menyimpang dari koderat illahi. Logika dituhankan seolah diri tak pernah tersusun rasa dan karsa yg penuh hasrat pada pencarian kebenaran illahi. Illahi? Jangankan meyakini, justeru illahi dikatakan sebagai sebuah illusi. Adanya tak pernah dirasakan karena logikanya selalu terjebak segala empirika.

Ini bukan Amerika atau pun Eropah, tapi Indonesia, setidaknya bumi yang berada di titik sudut Asia yang kaya dengan nilai oriental-transenden. Mistisisme menjadi ruh perilaku kita untuk tidak mengandalkan cipta, logika tapi juga rasa. Berhukum pun tidak boleh hanya mengandalkan logika, melainkan juga rasa (*compassion*). Cara bertindak kita tidak sama cara ala Amerika dan Eropa, diakui atau pun tidak. Lalu, mengapa kita mati-matian mengidentifikasi diri untuk sejalan---- kalo tidak boleh dikatakan mengimitasi--- agar cara kita berhukum, berpolitik, berpolitik hukum sama dengan Amerika dan Eropah.

Kita Indonesia tidak mengikuti aliran Hukum Murni (*reinerechtslehre*) secara letterlijk. Lihatlah sejak 1964 bersambung dengan UU POKOK KEKUASAAN KEHAKIMAN mulai UU No. 14 Tahun 1970 sampai sekarang UU No. 48 Tahun 2009 selalu mengamanatkan:

Memutus demi keadilan berdasarkan Ketuhanan YME bukan peraturan belaka.

1. Hakim DAN HAKIM KONSTITUSI wajib menggali, mengukuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat.
2. Pancasila mulai Tap MPRS XX/MPRS 1966 hingga UU No. 12 Tahun 2011 dijadikan sebagai sumber hukum nasional.
3. Pembangunan hukum nasional Indonesia juga bersumber dari HUKUM ISLAM, HUKUM ADAT dan HUKUM MODERN.

Inilah yang mewajibkan kepada kita untuk tidak memisahkan antara HUKUM DAN MORAL serta AGAMA. Ketiganya terkait. Upaya untuk memisahkannya adalah berarti menggiring kepada jurang keruntuhan negara Pancasila, negara yang berprinsip sebagai *RELIGIOUS NATION STATE*. Berdasarkan prinsip-prinsip ini adalah wajar bila para penegak hukum khususnya hakim apalagi HAKIM KONSTITUSI wajib membaca hukum, konstitusi secara moral (*MORAL READING ON CONSTITUTION*).

Membaca HAM sebagaimana dituangkan dalam UUD NRI 1945 harus dilakukan dalam bingkai moral dan agama. Moral dan agama dapat dipakai untuk membatasi hingga melarang perbuatan tertentu yang dinilai bertentangan moral dan agama. Dengan prinsip agung ini, akankah kita biarkan LGBT sebagai penyimpangan seksualitas terus berkembang tanpa mengambil langkah seribu utk mencegahnya. Hukum dapat dipakai sebagai sarana preventif dan represif untuk menyelamatkan manusia dari kehancuran rasnya. Dengan catatan, cara kita berhukum tidak boleh hanya mengandalkan logika melainkan juga rasa mengagungkan kuluhuran umat manusia sesuai harkat dan martabatnya.

3. Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016 : Benarkah MK melegalkan zina dan LGBT?

Menyusul Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016 diadakan debat di ILC TV One, tanggal 2017. Salah satu pembicara pada forum itu, Ade Armando menyatakan ajaran tuhan pun tidak bisa diterapkan begitu saja butuh penafsiran-penafsiran sesuai dengan prinsip pluralitas. Hebat betul pemikirannya. Bagaimana mungkin manual yang dibuat tuhan masih juga diragukan kebenarannya. Atau baiklah, silahkan diragukan tetapi apakah ukuran baik buruknya sesuatu pasti dapat diukur dari logika saja? Sangat Liberal pemikirannya. Bahkan, oleh Pendiri Gaya Nusantara (Organisasinya kaum Gay), Pak Dede Oetomo dinyatakan bahwa seharusnya negara tidak perlu terlalu mencampuri urusan kamar tidur warga negaranya.

Ada juga yang mempertanyakan agama seharusnya tidak dijadikan sebagai dasar pembentukan hukum di Indonesia sehingga pertimbangan pelarangan LGBT seharusnya juga perhatikan bagi orang yang tidak beragama. Kalau sebagian besar masyarakat menolak pun, mereka harus menghormati kelompok LGBT yang jumlahnya sedikit. Hal ini dinyatakan oleh seorang wartawati Geotimes pendukung LGBT Cania Citta. Betapa sekulernya pandangan hidup. Bukankah kita punya Pancasila, sila pertama Ketuhanan Yang Maha Esa dan nilai-nilai Pancasila itulah yang menjadi KAIDAH PENUNTUN dalam pembentukan dan penegakan hukum di Indonesia. Apa artinya, sila pertama pun seharusnya menjadi bintang pemandu (*leitstern*) hukum di Indonesia. Jadi menjadikan nilai Ketuhanan YME sebagai landasan pelarangan LGBT adalah sah, bukan tindakan diskriminatif terhadap orang yg tidak berketuhanan dan bukan tindakan yang bertentangan dengan HAM.

Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa memiliki fungsi sbg *PRECEPT*, yakni perintah yang bersifat imperatis kategoris, perintah atau ajaran yang tidak dapat ditawar. Memisahkan persoalan LGBT dengan agama sama artinya kita meniadakan fungsi Pancasila sebagai Pandangan hidup (*way of life*) bangsa Indonesia. Dan ini juga tidak berarti memaksakan kehendak golongan kepada golongan lain. Moral Ethic and Religion sudah seharusnya menjadi ukuran dan pedoman hidup bangsa oriental ini. Mengkriminalisasikan seks yang menyimpang untuk khususnya LGBT bukan tindakan yang diskriminatif melainkan tindakan penyelamatan generasi mendatang.

Bagaimana bisa kelompok yg pro LGBT justeru menggunakan landasan KEMANUSIAAN dan HIKMAH KEBIJAKSANAAN sbg tameng berlandung utk menuntut agar mereka disahkan dan dilindungi serta tidak boleh dikriminalisasikan. Bahkan ayat Al Quran pun sbg dalil untuk menyatakan bahwa lelaki yang tidak punya hasrat terhadap wanita (homo) sebagaimana disebutkan dlm Quran Surat An Nuur ayat 30 (Aan Anshori, Jaringan Islam Antidiskriminasi). Bahkan menurut Frans Magnis Suseno seks menyimpang itu ALAMI. Karena alami mereka tidak boleh didiskriminasi dan dikriminalisasikan. Ada hal yg menarik dari pernyataan Ust. Zaitun:

“Klo putusan MK akhirnya menyatakan bahwa MK tidak berhak membentuk norma baru dan menyarankan para pemohon untuk ke DPR, buat apa sidang dijalankan selama 2 tahun? Ini sebuah pemborosan dan merugikan negara! Lha klo cuma nyuruh kami ke DPR tidak usah diajari!”

Putusan MK sepertinya menjadi bersifat latent untuk dapat menjadi Trigger Homoseksual, misalnya adanya pemberitaan pasangan gay terang-terangan tukar cincin, di Indramayu pasca putusan MK tersebut. Bila berita ini benar, maka malapetaka siap menghadang pada kehidupan kita. Ini semua terjadi ketika Hukum tidak lagi berpihak pada moral kebenaran dan keadilan, apalagi religius sementara SILA SATU PANCASILA bunyinya masih tetap dan utuh: KETUHANAN YANG MAHA ESA.

Momentum JR atas Pasal 284, 285 dan 292 KUHP ke Mahkamah Konstitusi sebenarnya sangat tepat utk masyarakat Indonesia bersikap terhadap tindakan asusila, khususnya “hubungan sejenis” yg tdk terkait dengan pornografi. Mengapa demikian? Berapa lama kita pakai KUHP, selama itu pula sebenarnya kita sudah paham klo pasangan pemuda pemudi yang kedua tidak terikat perkawinan melakukan hubungan suami isteri adalah perzinahan. Kita juga sadar betul bahwa hubungan kelamin sejenis itu perbuatan yg dicela baik dari sisi sosial budaya dan agama. Tapi apa lacur dikata, sudah 72 tahun kita merdeka dan sudah yakin religius namun demikian kedua perkara itu seolah kita abaikan? Ini kah negeri yang mengagungkan Religiusitas Pancasila itu?

Berharap DPR segera merumuskan kedua perkara ini di KUHP dengan prinsip HANYA DPR yg bisa mengadakan norma baru (POSITIVE LEGISLATURE), seperti berharap tetesan embun di musim kemarau kering kerontang. Sudah sejak 1962 RUU KUHP dibahas namun tak kunjung jua KUHP BARU disahkan. Berharap kepada MK utk memperluas kedua pasal itu, “*tangeh lamun*” ---mustahil! Mengapa? Karena MK berdalih hanya menjalankan fungsi sbg NEGATIVE LEGISLATOR sebagai alasan utama penolakan permohonan JR yg tertuang dalam Putusan MK Nomor 46/PUU-XIV/2016 yang dibacakan pada tgl 14 Desember 2017. Nah, benarkah begitu? Padahal MK sudah beberapa kali mengeluarkan putusan yg memuat NORMA BARU meski bukan perkara pidana tetapi akibat hukum norma baru itu sama. Lalu mengapa utk dua perkara itu seolah MK “ngeles”? Ini yg dlm pikiran saya tidak masuk akal. Sontak, rakyat yg buta hukum dan yang melek hukum serta yang “purak-purak”

ngerti hukum seperti saya ini “menggugat” secara MORAL terhadap putusan yang dihasilkan dengan tanpa membaca konstitusi secara moral (MORAL READING ON CONSTITUTION) terhadap JR Pasal 284, 285 dan 292 KUHP.

Para “dewa hukum” di MK mungkin tidak salah dan tidak merasa bersalah telah memutus perkara dengan prinsip “numeric democracy” yg punya alat utk mengukur kebenaran itu hanya dari LOGIKA dan ANGKA. Tapi, apakah kita tidak merasa berdosa bila putusan itu juga menjadi trigger terhadap makin marak dan terang-terangannya hubungan sejenis kelamin (homoseksual)? Benar memang kita masih berharap DPR dgn fungsi POSITIVE LEGISLATURE dapat segera merumuskan kedua perkara itu dalam KUHP BARU. Tapi, yakinkah saudara dlm waktu dekat terwujud? Berapa tahun lagi? Ini mereka sdh disibukkan dgn Pilkada 2018 dan Pileg serta Pilpres 2019. Masihkah sempat mikir kedua perkara itu?

MK membuat kejutan lagi soal LGBT dan perzinahan. Dengan alasan demokrasi dan politik hukum pidana keduanya termasuk wilayah Presiden dan DPR, maka pasal-pasal perzinahan dan hubungan sejenis larangannya tetap mengacu Pasal 284 KUHP dll karena pelanggaran berupa norma baru itu berada di tangan Presiden dan DPR sbg pemegang politik hukum. Jadi MK melarang hubungan seks di luar pasal-pasal itu atau mengembangkan norma-norma baru dinilai tidak ada dasar hukumnya. Jadi kalo begitu LGBT boleh dilakukan hingga menunggu keputusan politik hukum Presiden dan DPR, meski kita tau secara MORAL ETHIC AND RELIGION jelas kita menolaknya.

Apakah benar MK tidak boleh dan telah serta mungkin membuat norma hukum yg baru? MK merupakan lembaga peradilan sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, di samping MA, yang di bentuk melalui Perubahan Ketiga UUD 1945. Kewenangan MK diatur dalam Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945, dan diatur secara khusus dalam Pasal 10 Undang-Undang MK, yaitu menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945); memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945; memutus pembubaran partai politik; memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum; Mahkamah Konstitusi wajib memberi putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap Negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar 1945.

Jadi sesuai dengan UUD 1945 jelaslah bahwa kedudukan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang hanya sebatas sebagai negative legislator yaitu penghapus atau pembatal norma. Kenyataan yang berkembang dewasa ini menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi dalam beberapa perkara membuat putusan yang tidak hanya membatalkan norma, namun lebih merumuskan norma

baru. Beberapa Putusan MK yang dapat dikategorikan bersifat positive legislature (membuat norma baru) yaitu Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 (Gugatan Macicha Mukhtar: Anak luar kawin memiliki hub. keperdataan). Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009 dan Putusan Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009. Melalui Putusan MK yang mengandung positive legislature tersebut dapat dikatakan bahwa langkah MK untuk memutus perkara ini sebagai bagian dari langkah penegakan hukum progresif. Dibuatnya putusan yang bersifat mengatur tersebut didasarkan pada pertimbangan hukum, filosofis dan sosiologis yang tidak terlepas dari penafsiran hukum.

Hukum seharusnya tidak dilihat dari kacamata teks undang-undang belaka melainkan seharusnya melibatkan juga aspek kontekstualitasnya. Bila perlu membaca UU secara moral (*moral reading*) dan lebih khusus lagi AKHLAKUL KARIMAH HARUS DI ATAS HUKUM, dengan kata lain Prof Tjip menyatakan bahwa PERILAKU BAIK dasar HUKUM yg BAIK. Jadi, akankah negara Indonesia akan segera *collaps* bila MK BERANI MELAKUKAN TEROBOSAN dengan membuat norma baru tentang LGBT ini? Bukankah ini akhlakul karimah?

Mungkin nunggu jelang kiamat, kita baru akan punya KUHP BARU yg memuat kedua perkara tersebut sbg tindak pidana. Bila DPR dan MK tidak bisa diharapkan segera merumuskan delik dua perkara tersebut, lalu kepada siapa lagi kita berharap? Tidak mungkin pula kita melakukan *street justice*, *eigenrichting* dan persekusi bukan?

4. Mahkamah Konstitusi Menolak 7 Permohonan Uji Materiil Perppu Ormas.

Sebuah mantra ajaib yang dapat dipakai oleh penguasa sbg sarana melanggengkan kekuasaannya (*status quo*). Mantra ini bisa mengoyak siapapun penghalang yg menghadang kekuasaan. Dengan dalih atas nama hukum semua mulut yang terbuka bisa dibungkam, tangan yang membenteng bisa diringkus dan langkah kaki pun bisa dihentikan. Ini namanya hukum dipakai sebagai tameng kekuasaan yang biasa kita sebut sebagai alat legitimasi kekuasaan. Oleh Brian Z Tamanaha disebut sebagai *THE THINNEST RULE OF LAW*.

MANTRA ROL paling tipis ini akan lebih dahsyat lagi ketika diilhami oleh ideologi yang diklaim sebagai sosok mulia laksana berhala yg hendak disembah-sembah lantaran dianggap sebagai kalimah suci yang dianggap mampu mendatangkan kebaikan dan keburukan. Ideologi suci dan Mantra ROL telah berkolaborasi menikam jantung misi negara hukum itu sendiri. Misi negara hukum kita pun bukan sebatas mengagungkan tameng kekuasaan bernama *BLACK LETTER LAW*, namun lebih menuju pada penghormatan (*to respect*), pemenuhan (*fulfill*) dan perlindungan (*protect*) yang dirangkul dalam *HUMAN RIGHT DIGNITY*.

Lompatan raksasa dari misi ROL yang tertinggi adalah, tidak sekedar berorientasi pada legitimacy dan human right dignity tetapi pada misi untuk mewujudkan *SOCIAL WELFARE*. Ini yg disebut sbg *THE THICKEST ROL*. Hal ini tentu tdk mungkin bisa dicapai ketika jalan menuju NEGARA HUKUM justru secara paksa dibelokkan

(BIFURKASI) ke arah NEGARA KEKUASAAN. Jurang tengah menanti jatuhnya negara hukum ketika pilar-pilar negara hukum mulai dirobohkan oleh penguasa yang hendak melonggarkan dan mengokohkan tampuk kepemimpinannya. Pembubaran ormas (HTI, misalnya) yang tidak ditempuh melalui *DUE PROCESS OF LAW* nampaknya turut berkontribusi menggiring negara hukum itu ke bibir jurang negara kekuasaan itu.

Inilah kalau hukum itu bersifat represif bukan responsif apalagi progresif. MK yang seharusnya bisa membaca hukum dengan moral (*MORAL READING*) ternyata sama dengan peradilan yang lainnya. Membaca hukum dengan kaca mata kuda. Mengagungkan cara berpikir secara automat mechanistic. Cara berpikir ini mengandalkan bunyi Undang-undang sehingga hakim seolah hanya menjadi corong atau mulut UU (*la bouche de la loi*). Padahal kita tahu, sesuai dengan UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 5 ayat 1 disebutkan bahwa: HAKIM DAN HAKIM KONSTITUSI WAJIB MENGGALI, MENGIKUTI DAN MEMAHAMI NILAI-NILAI HUKUM DAN RASA KEADILAN DALAM MASYARAKAT. Ditambah aspek TRANSENDENTAL dalam IRAH-IRAHAN PUTUSAN HAKIM yang berbunyi: DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA. Apa arti semua ini? Hal ini sesungguhnya bermakna bahwa hakim dalam memutus perkara tidak boleh hanya berdasarkan bunyi-bunyi pasal UU melainkan diberikan hak untuk berinovasi dalam menyelesaikan perkara.

Berhukum Progresif berarti melakukan langkah progresif dengan melakukan *RULE BREAKING* melalui tiga cara:

1. Menggunakan kecerdasan spiritual (*spiritual quotien*) utk tidak terkungkung dengan peraturan apabila penerapannya justru mendatangkan ketidakadilan;
2. Lebih memilih pemaknaan yg dalam ketika menafsirkan suatu UU sehingga tidak terjebak pada makna gramatikal;
3. Menjalankan hukum bukan hanya mengutamakan logika melainkan justru juga mempertimbangkan rasa keberpihakan terhadap orang lemah, miskin dan teraniaya yang dirangkum dalam istilah compassion.

Apa yang dilakukan oleh MK Now, jauh dari karakter *Rule Breaking* tersebut tetapi justru mengutamakan kehebatan mesin otomatisnya hukum positif dan cenderung melukai perasaan masyarakat pemohon JR atas Perppu Ormas. Bagaimana tidak, sidang JR Perppu Ormas yang sudah dijalankan “berdarah-darah”---yang baru tgl 2 Oktober 2017 saya memberikan KETERANGAN AHLI pada sidang JR ini-- ternyata hanya berakhir dengan menyatakan: DITOLAK PERMOHONAN JR LANTARAN OBJEKNYA SUDAH TIDAK SESUAI LAGI. Mengapa? Karena Perppu No. 2 Tahun 2017 yang dimintakan JR telah berubah di tangan 7 Fraksi DPR menjadi UU No. 16 Tahun 2017. Padahal, substansi UU sekarang tidak ada bedanya dengan Perppu nya dulu. Jadi secara substansial tidak ada perubahan sama sekali.

Mengapa hanya karena NAMA yang berbeda dgn substansi yang sama pemohon harus menggugat lagi Perppu Ormas dengan hanya menggantinya kata PERPPU

menjadi UU? Apakah Indonesia akan runtuh ketika MK memutuskan untuk tetap melanjutkan persidangan JR Perppu Ormas dengan menggantinya dengan kata UU Ormas? Ini MK bukan pengadilan biasa. Yang duduk pun adalah para dewa hukum di Indonesia. Mengapa tidak berani melakukan terobosan dalam menegakkan hukum.

Memang benar, diperlukan 2 modal seorang hakim untuk melakukan *rule breaking*, yaitu:

1. *Braveness*, keberanian untuk mengutamakan keadilan substantif.
2. *Vigilante*, yakni jiwa pejuang, pejuang kebenaran atau mujahid.

Bila kedua karakter tersebut tidak dimiliki oleh seorang hakim, termasuk Hakim MK, maka *impossible* akan melakukan terobosan. Ia akan cenderung mengutamakan zona nyaman (*comfort zone*) dan menjalankan hukum sebagaimana bunyi teks UU. Jangan berharap ia akan berani membaca Konstitusi dengan menggunakan moral (*moral reading on constitution: Ronald Dworkin*).

Berharap para pemohon mengajukan lagi JR UU Ormas laksana menanti tetes embun di musim kemarau panjang. Mereka sudah wait and see dengan tetek bengeknya PESTA POLITIK 2018 nanti. Berharap MK menguji sendiri UU tersebut sama saja berharap munculnya pelangi di malam hari yang sepi. Bila MK sekalipun tidak berani melakukan langkah progresif dalam penegakan hukum di negeri ini, lalu kepada siapa kita berharap atas keadilan diri? Alloh, hanya Alloh tempat berserah diri.

Penutup

Saya sepakat dengan Thomas Aquinas yang menyatakan bahwa Kitab Suci sebagai Hukum Tuhan yang tertulis (*the part of eternal law which revealed in scriptures*)--yang penuh dengan materi hukum transendental--berada di atas Konstitusi sebagai Human Law. Atau setidaknya penempatan Hukum Alam sebagai Hukum Tuhan yang melekat pada manusia (*the part of eternal law which discovered through human reason*) juga berada di atas Konstitusi. Menjadikan keduanya berada di atas Konstitusi--berikut turunannya, berarti menjadikannya sebagai norma transendental yang harus dijadikan pertimbangan oleh pembuat kebijakan di bidang hukum. Aspek transendental ini akan tampak di mana *policy maker* mendasarkan putusannya pada norma transendental tersebut.

Pancasila sebagai *precept* telah memuat norma transendental khususnya Ketuhanan Yang Maha Esa dan Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab. Kedua nilai transendental ini harus menjadi pertimbangan utama dalam menentukan keputusan dan atau putusan di bidang hukum. Lebih banyak contoh yang menunjukkan bahwa hukum dijalankan bukan atas pertimbangan norma transendental melainkan lebih pada norma instrumental sehingga keadilan substantif sebagai tujuan utama hukum ditegakkan sulit untuk dicapai sekalipun dengan jargon hukum progresif.