

## HUKUM POSITIF PROBLEMATIK PENERAPAN DAN SOLUSI TEORITIKNYA

Slamet Suhartono<sup>1</sup>

### Abstrak

Terminologi hukum positif sering digunakan secara bergantian dengan terminologi hukum yang berlaku saat ini. Namun menyamartikan hukum positif dengan hukum yang berlaku saat ini dirasa kurang tepat, sebab masing-masing terminologi memiliki pengertian yang berbeda. Hukum positif adalah hukum yang ditetapkan oleh kekuasaan yang memiliki otoritas membentuk hukum. Hukum positif menghendaki adanya formalitas tertentu, sedangkan hukum yang berlaku saat ini lebih luas pengertiannya, karena didalamnya termasuk juga hukum positif, dan hukum yang tidak dipositifkan, seperti hukum adat dan hukum kebiasaan. Dalam penerapan hukum positif sering ditemukan adanya kekosongan norma, ketidakjelasan norma (norma samar), konflik norma, dan adakalanya norma-norma yang sudah usang. Norma-norma demikian dapat menimbulkan diskresi yang dapat memicu penyalahgunaan wewenang bagi pengambil keputusan. Masing-masing problem penerapan norma tersebut telah disediakan metode penyelesaian teoritiknyanya.

Kata kunci: hukum positif, hukum yang berlaku saat ini, problematik penerapan

### A. Pendahuluan

Pemilihan judul tulisan ini didasari oleh keinginan untuk memberikan sumbangsih pemikiran bagi para pemula yang ingin memahami ilmu hukum dogmatik. Namun sebelum memahami problematik penerapan hukum positif, perlu lebih dulu dipaparkan tentang pengertian hukum positif. Sebab terminologi hukum positif sering dipahami secara berbeda diantara para teoritisi maupun para praktisi hukum. Perbedaan itu dapat disebabkan oleh adanya pemahaman yang kurang lengkap terhadap pengertian terminologi hukum positif.

Ketika mendengar terminologi hukum positif, diantara penstudi ilmu hukum lazimnya tanpa berpikir panjang dan akan tertuju pada sebuah pengertian, yaitu hukum yang berlaku pada saat ini. Pengertian demikian ini memang tidak salah, namun juga tidak benar, hanya mungkin kurang tepat. Pengertian ini secara teoritik serta merta dapat dibenarkan dan juga disalahkan, dengan meminjam istilah lain, bahwa pendapat ini setengah benar dan setengah salah, benarnya tidak mutlak salahnya juga tidak total.

Terlepas dari bobot kebenaran atau kesalahan terhadap pengertian hukum positif. Kesalahpahaman pengertian ini berawal dari pendapat pendapat Algra K dan van Duijvendik, yang menyamakan terminologi *positiverecht* dengan *gelding van recht*. Dalam hal ini, *Positive recht* dartikan sebagai hukum positif, sedangkan *gelding van recht* diberi pengertian sebagai hukum yang berlaku saat ini. Pengertian inilah yang kemudian diikuti secara turun temurun tanpa melakukan klarifikasi lebih jauh terhadap pengertian masing-masing terminologi. Oleh karena itu, tulisan ini diharapkan dapat sekedar membantu memberikan pencerahan terhadap pengertian dua terminologi dalam ilmu hukum tersebut.

### B. Pembahasan

#### 1. Apa Yang Kita Artikan Dengan Hukum Positif?

Dalam paparan awal disinggung, bahwa terminologi hukum positif berasal dari istilah "*positive recht*" (Belanda). Terminologi "hukum positif" dipergunakan untuk membedakannya dengan terminologi hukum alam (*natural law*), dan juga untuk membedakannya dengan terminologi hukum yang akan ada (*ius constituendum*). Terminologi hukum positif

---

<sup>1</sup> Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya, Jalan Semolowaru Nomor 45, Surabaya 60118, Indonesia | 081330627382 | suhartonoslamet61@gmail.com.

juga digunakan untuk membedakan dengan terminologi hukum yang tidak dipositifkan, yaitu norma-norma hukum tidak tertulis yang berlaku dan ditaati oleh masyarakat, yang selanjutnya disebut "hukum yang berlaku saat ini".

Menurut Bagir Manan "hukum positif merupakan kumpulan asas dan kaidah hukum tertulis dan tidak tertulis yang pada saat ini sedang berlaku, dan mengikat secara umum atau khusus, ditegakkan oleh atau melalui pemerintah atau pengadilan di Indonesia". Deskripsi hukum positif yang demikian memberikan pengertian, bahwa hukum positif terdiri atas hukum tertulis, dalam arti hukum yang sengaja diadakan oleh lembaga atau organ yang memiliki otoritas untuk membentuk hukum, dan hukum yang terbentuk dalam proses kehidupan masyarakat tanpa melalui penetapan oleh lembaga atau organ yang memiliki otoritas membentuk hukum.

Pendapat ini berbeda dengan pandangan John Austin, yang menyatakan bahwa hukum positif terkait dengan hal ditetapkannya hukum oleh sebuah kekuasaan yang berwenang membentuk hukum. Hukum positif berkaitan dengan perihal ditetapkannya hukum oleh kekuasaan yang berwenang membentuk hukum. Hukum positif merupakan perintah dari pembentuk undang-undang atau penguasa, hukum merupakan perintah dari mereka yang memegang kekuasaan tertinggi atau memiliki kedaulatan. Hukum dianggap sebagai sistem norma yang logis dan bersifat tertutup (*closed logical system*).

Pelopop positivistik hukum, John Austin menegaskan, bahwa "setiap hukum atau peraturan adalah perintah, atau lebih tepatnya hukum atau peraturan adalah spesies dari perintah-perintah". Perintah adalah suatu pernyataan kehendak dari individu yang ditujukan kepada individu lainnya. Dalam pengertian yang demikian hukum positif mewujudkan diri dalam keputusan-keputusan dari lembaga-lembaga atau badan-badan yang memang memiliki otoritas untuk membentuk hukum<sup>2</sup>.

Sedangkan J.J.H. Bruggink, menyampaikan pendapatnya bahwa "hukum positif merupakan produk hukum dari orang-orang yang berwenang untuk membuat hukum, mengenai orang-orang yang berwenang adalah para Badan/Pejabat Tata Usaha Negara, termasuk di dalamnya badan pembentuk undang-undang (legislatif), badan kehakiman (yudikatif), dan badan pemerintahan (eksekutif)<sup>3</sup>.

Berdasarkan paparan di atas, maka untuk disebut hukum positif, diperlukan adanya lembaga pembentuk formal, mekanisme (prosedur) pembentukan secara formal, dan juga memiliki bentuk formal tertentu. Untuk dapat disebut sebagai hukum positif, norma hukum itu harus berisikan perintah dan larangan dari pihak yang berwenang. Esensi hukum positif adalah "perintah" dari penguasa yang berwenang, menyebabkan teori John Austin dikenal dengan teori perintah (*the command theory of law*).

Secara *acontrario* jika sebuah norma tidak memenuhi syarat-syarat tersebut, maka tidak dapat dikategorikan sebagai norma hukum (positif), melainkan hanya sekedar moralitas positif masyarakat atau hanya sekedar aturan moral masyarakat semata. Pentaatan norma hukum positif dilakukan oleh kekuatan eksternal yaitu oleh lembaga/badan/organ yang diberi kewenangan untuk memaksakan berlakunya hukum (positif), melalui penjatuhan sanksi hukum. Sedangkan pada norma moral pentaatannya lebih bersifat internal, yaitu

---

<sup>2</sup> J.H. Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum*, ed. by Alih Bahasa Arief Sidarta (Bandung: Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1998).

<sup>3</sup> Bruggink.

bersumber pada kekuatan dorongan nurani setiap individu untuk mentaati aturan-aturan moral tersebut.

Untuk mempertegas pemahaman tentang hukum positif, sebagai produk kekuasaan yang berwenang membuat hukum, dan sekaligus untuk membedakannya dengan norma yang lain, maka perlu dipahami tentang karakter atau ciri hukum positif sebagai berikut:

- a. ditetapkan oleh kekuasaan yang berwenang;
- b. berkaitan dengan tingkah laku manusia yang dapat diamati, dan bukan apa yang ada dalam alam ide;
- c. merupakan hasil rasionalisasi, dan bukan berasal dari wahyu atau kekuasaan supra-natural;
- d. memiliki keberadaan tertentu, yang lazim dikenal dengan keberlakuan hukum, baik secara yuridis, evaluatif, maupun keberlakuan secara empiris;
- e. memiliki bentuk, struktur, dan lembaga hukum tertentu;
- f. memiliki tujuan yang ingin dicapai<sup>4</sup>.

Senada dengan pendapat tersebut, J.J.H. Bruggink menyatakan, bahwa sistem norma hukum positif harus memiliki prinsip-prinsip dasar yang terdiri atas:

- a. karena mendapat bentuk positifnya dari suatu instansi atau lembaga yang berwenang membentuk hukum, misalnya lembaga legislatif;
- b. semata-mata dipandang dari bentuk formalnya, misalnya undang-undang, peraturan pemerintah, dan lain sebagainya;
- c. isi hukum (material) diakui ada, tetapi bukan bahan ilmu hukum, karena dapat merusak kebenaran ilmiah ilmu hukum<sup>5</sup>.

Berdasarkan paparan di atas, maka pemahaman terhadap apa yang dimaksud dengan hukum positif menitikberatkan pada segi formalitas hukum, baik formalitas pembentukannya, prosedur pembentukannya, maupun produk yang dihasilkan oleh proses pembentukan yang dilakukan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Satu hal yang perlu diketahui bahwa berlakunya hukum positif dibatasi oleh ruang dan waktu, sehingga dikenal hukum positif Indonesia, hukum positif Malaysia, hukum positif Philipina, dan sebagainya.

Setelah memahami pengertian hukum positif adalah produk kekuasaan yang berwenang, maka diskusi berikutnya adalah siapa yang dimaksud dengan kekuasaan yang berwenang membentuk hukum? Jika untuk menjawab pertanyaan ini digunakan teori pemisahan kekuasaan, maka yang berwenang membentuk hukum adalah legislatif, karena lembaga inilah yang dalam ajaran Montesquieu mempunyai fungsi sebagai lembaga pembentuk undang-undang. Namun dalam perkembangannya bahwa paradigma pembentuk hukum adalah lembaga legislatif telah bergeser ke lembaga eksekutif dan juga lembaga yudisiil.

Produk hukum yang dihasilkan oleh eksekutif adalah peraturan yang bersifat umum (*regeling*), seperti Peraturan Presiden, Peraturan Gubernur, Peraturan Bupati, dan lain

---

<sup>4</sup> D.H.M. Meuwissen and Slamet Suhartono, 'Norma Samar Sebagai Dasar Hukum Tindakan Tata Usaha Negara', 2009, 79.

<sup>5</sup> J.J.H Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum*, ed. by Alih Bahasa Arif Sidarta (Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1998).

sebagainya, yang berlaku terhadap sasaran subjek hukum yang lebih luas. Di samping itu, juga produk hukum keputusan yang bersifat individual (*beschiking*), yang memiliki jangkauan berlakunya lebih sempit hanya terbatas pada subjek hukum yang dinyatakan secara tegas di dalam keputusan yang bersifat individual tersebut.

Di samping kedua bentuk norma hukum sebagai produk lembaga eksekutif tersebut, juga terdapat produk hukum yang dihasilkan oleh hakim sebagai pelaksanaan kekuasaan yudisiil melalui proses peradilan. Pembentukan hukum oleh hakim dilakukan dalam rangka mengisi kekosongan norma hukum positif, sekaligus merupakan cara pemositipan hukum terhadap norma-norma hukum tidak tertulis dalam wujud asas-asas hukum atau nilai-nilai hukum yang hidup dan dipatuhi di dalam kehidupan bermasyarakat sebagai hukum tidak tertulis.

## 2. Apa Yang Kita Artikan Dengan Hukum Yang Berlaku Saat Ini?

Diskusi berikutnya menyangkut pemahaman terhadap apa yang dimaksud dengan terminologi hukum yang berlaku saat ini (*gelding van recht*). Pemahaman terhadap terminologi secara benar, akan memberikan pengalaman baru bagi sebagian orang yang selama ini mempersepsikan sama antara hukum positif dan hukum yang berlaku saat ini. Pendapat yang menyama-artikan terminologi hukum yang berlaku saat ini dengan terminologi hukum positif, merupakan pendapat yang kurang tepat, sebab hukum positif tidak selalu berlaku pada saat ini, namun sebaliknya hukum yang berlaku saat ini di dalamnya tidak hanya terdiri dari hukum positif (hukum yang ditetapkan oleh kekuasaan yang berwenang), melainkan juga termasuk hukum yang tidak dpositifkan (ditetapkan oleh kekuasaan yang berwenang), misalnya hukum adat (*adat recht*), hukum kebiasaan (*customery law*).

Untuk jenis norma hukum yang terakhir ini dalam perkembangannya dapat ditingkatkan statusnya sebagai hukum positif. Perubahan status demikian dilakukan melalui upaya pemositipan oleh lembaga yang berwenang, yang dalam hal ini digunakan hakim sebagai dasar hukum pengambilan keputusan oleh hakim terhadap kasus-kasus konkrit yang terkait dengan hukum adat atau hukum kebiasaan tersebut. Dalam hal demikian pemositipan hukum adat dan atau hukum kebiasaan tersebut dilakukan melalui penemuan hukum oleh hakim (*rechtvinding atau law finding*), dan hukum demikian menjadi hukum hasil penemuan hakim (*judge made law*).

Pemositifan hukum tidak tertulis diawali oleh hakim melalui penemuan hukum (*rechtsvinding/law finding*), yaitu proses menemukan asas-asas atau prinsip hukum yang hidup dan berlaku di dalam masyarakat, kemudian dirumuskan menjadi dasar bagi pengambilan keputusan oleh hakim. Hukum hasil penemuan hukum (*rechtsvinding/law finding*), yang dikonkritkan melalui putusan hakim inilah yang selanjutnya menjadi yurisprudensi, karena diikuti oleh hakim-hakim berikutnya dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara-perkara yang sama. Putusan hakim inilah yang kemudian menjadi precedent bagi hakim-hakim berikutnya dalam mengambil keputusannya.

Putusan-putusan hakim yang telah menjadi yurisprudensi dan berlaku umum, maka keputusan hakim tersebut mengikat sebagaimana layaknya produk-produk hukum yang bersifat umum, seperti undang-undang, sebab putusan hakim itu mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkrit. Putusan hakim yang menjadi yurisprudensi, sekaligus memiliki dua fungsi, di samping menyelesaikan peristiwa hukum konkrit dalam masyarakat, juga berfungsi untuk memenuhi kebutuhan hukum masyarakat,

serta merupakan petunjuk sejauh mana hukum telah berkembang<sup>6</sup> Sehubungan dengan fungsinya yang demikian, maka hakim pun dalam perkembangannya juga memposisikan diri sebagai pembentuk hukum.

### 3. Problematik Penerapan Hukum Positif Dan Penyelesaian Teoritiknya

Setelah mehami pengertian paradigma hukum positif dan hukum yang berlaku saat ini, maka selanjutnya kita diskusikan tentang problematik penerapan hukum positif. Hukum positif lebih banyak dibentuk secara formal melalui badan/lembaga resmi kenegaraan, seperti lembaga legislatif dalam ruang hampa di gedung-gedung parlemen. Pembentukan hukum lebih banyak didasarkan pada logika positif yang dibalut dengan argumentasi dan nalar hukum, yang kemungkinan terlepas dari konteks sosiologisnya. Asumsi ini didasarkan atas fakta seringnya hukum positif tidak mampu diterapkan secara efektif, dan seringnya dilakukan bongkar pasang terhadap hukum positif untuk disesuaikan dengan kebutuhan masyarakat.

Problematik penerapan hukum positif pada umumnya dijumpai dalam beberapa macam, yaitu kekosongan norma hukum positif; norma hukum positif yang terumus secara samar; konflik norma hukum positif; dan norma-norma hukum positif yang sudah usang. Secara teoritik problem penerapan hukum positif ini telah memiliki metode atau cara penyelesaiannya masing-masing. Namun bagi pengambil keputusan harus hati-hati dalam menggunakan teori-teori tersebut, mengingat teori adalah pilihan mana yang akan dipergunakan oleh pengambil keputusan.

#### Kekosongan Norma Hukum Positif

Penggunaan terminologi “kekosongan norma hukum positif (*wet vacuum*)”, dan tidak menggunakan terminologi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) dimaksudkan untuk mempertegas pandangan bahwa hukum tidak pernah kosong, sebab dalam hukum tidak hanya yang tertulis dalam undang-undang (*the written law*), tetapi juga apa yang secara nyata berlaku dalam kehidupan masyarakat. Sehingga penggunaan terminologi kekosongan hukum mengingkari kenyataan yang ada, yang mungkin terjadi adalah kekosongan norma hukum positif.

Kekosongan norma hukum positif terjadi oleh adanya ketidak seimbangan antara kebutuhan praktek dengan ketersediaan hukum positif. Beberapa ahli berpendapat, jika terjadi kekosongan norma hukum positif penyelesaiannya dilakukan dengan penemuan hukum (*rechtsvinding/law finding*). Penemuan hukum dilakukan untuk menemukan asas-asas atau nilai-nilai hukum yang berlaku di dalam masyarakat (bukan menemukan norma hukum), untuk memperoleh dasar atau landasan legalitas keputusan hakim.

Dalam perkembangannya, kegiatan penemuan hukum tidak hanya menjadi milik kekuasaan yudisiil semata, namun dapat dilakukan oleh banyak pihak, sebagaimana diungkapkan Jazim Hamidi: “penemuan hukum (*rechtsvinding*) pada dasarnya merupakan wilayah kerja hukum yang sangat luas cakupannya. Ia dapat dilakukan oleh orang perorang (individu), ilmuwan/peneliti hukum, para penegak hukum (hakim, jaksa, polisi, dan

---

<sup>6</sup> H. A. Sodiki, *Teori Hukum Dan Filsafat Hukum* (Malang, 2006).

pengacara/advokat), direktur Badan Usaha Milik Swasta (BUMS), dan Badan Usaha Milik Negara/Badan Usaha Milik Daerah (BUMN/BUMD) sekalipun<sup>7</sup>.

Menurut Yudha Bakti Adhiwisastra, penemuan hukum pada umumnya dilakukan menggunakan metode penafsiran hukum dan konstruksi hukum, sehingga terminologi teori konstruksi hukum sesungguhnya merupakan teori tentang menemukan hukum<sup>8</sup>, yang disebabkan belum atau tidak adanya peraturan hukum yang akan diterapkan dalam peristiwa hukum konkrit. Terdapat kerancuan dan silang pendapat antara konstruksi hukum dengan penafsiran hukum/interpretasi hukum sebagai metode untuk mengisi kekosongan norma hukum undang-undang.

Terkait dengan hal ini, Achmad Ali, menyatakan bahwa: "terdapat perbedaan metode dan cara penemuan hukum oleh hakim antara sistem Eropa Continental yang tidak memisahkan antara interpretasi hukum dan konstruksi hukum dengan Anglo Saxon, yang memisahkan antara interpretasi dengan konstruksi hukum"<sup>9</sup>. Namun menurut Jazim Hamidi, antara penemuan hukum dan konstruksi hukum merupakan dua cara yang berbeda yang muaranya pada asas tidak boleh membiarkan terjadinya kekosongan hukum, terutama terkait dengan asas tidak boleh menolak perkara.

Pemisahan antara interpretasi hukum dengan konstruksi hukum, kiranya sangat tepat, karena keduanya bertolak pada kenyataan yang berbeda. Pada konstruksi hukum lebih pada penyusunan norma hukum baru, yang belum ada sebelumnya. Pada konstruksi hukum merupakan metode yang digunakan dalam hal hukumnya belum atau tidak mengatur sama sekali (*rechtsvacuum/leemten in hetrecht*), yang lazim disebut kekosongan hukum, dalam hal ini secara tekstual hukum tertulis sama sekali tidak mengatur.

Sedangkan interpretasi hukum digunakan untuk menafsirkan norma hukum positif yang sudah ada, tetapi tidak jelas perumusannya atau dirumuskan secara samar, seperti kesusilaan, perbuatan tercela, dan lain sebagainya. Hukum positif merupakan rangkaian konsep yang abstrak yang tidak jarang hanya dipahami oleh legislator, tetapi tidak bagi para praktisi hukum maupun masyarakat. Oleh karena itu harus dicari maknanya dalam penerapannya terhadap kasus hukum konkrit, agar benar-benar sesuai dengan rasa keadilan masyarakat.

### **Norma Samar**

Problematik penerapan hukum positif juga sering diwarnai oleh adanya norma samar (*vague normen*). Sebagaimana disinggung pada uraian butir a di atas, bahwa dalam hal norma hukumnya tidak atau kurang jelas (samar) terdapat beberapa pendapat yang berbeda mengenai alternatif solusi penyelesaian yang ditawarkan.

Keberadaan norma samar sendiri bersifat dilematis, jika norma hukum positif dirumuskan secara kaku, dapat menyebabkan pengambil keputusan tidak dapat menggunakan kebijaksanaannya. Di samping itu, perumusan norma samar juga dapat disebabkan oleh keterbatasan perumusannya dalam memberikan makna konsep yang digunakan dalam norma hukum tersebut. Sehingga keterbatasan tersebut memaksa perumus norma hukum memberikan rumusan yang tidak atau kurang jelas.

<sup>7</sup> Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum: Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks* (Yogyakarta: UII Press, 2005).

<sup>8</sup> Yudha Bakti Adhiwisastra, *Penafsiran Dan Konstruksi Hukum* (Bandung: Alumni, 2002).

<sup>9</sup> Hamidi.

Mengenai hal ini Sudikno Mertokusumo berpendapat, bahwa "dalam hal peraturan perundangan-undangannya tidak jelas, maka tersedialah metode interpretasi atau metode penafsiran hukum, metode ini yang lazim disebut *hermeneutic juridis*<sup>10</sup>. Penafsiran hukum, menurut Emilio Betti merupakan upaya menjernihkan persoalan dengan cara menyelidiki secara detail proses penafsiran untuk mencari makna dari sebuah aturan atau norma hukum. Senada dengan pendapat di atas, menurut Von Savigny, penafsiran hukum merupakan rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam undang-undang.

Pendapat berbeda dikemukakan oleh H.L.A.Hart, yang menyatakan bahwa: "dalam hal terjadi ketidak jelasan norma hukum, penerap hukum dapat secara langsung menggunakan metode penemuan hukum tanpa melalui metode penafsiran hukum, penerap hukum menggunakan diskresi yang kuat/diskresi yang luas untuk menciptakan hukum. Namun Donald Dworkin tidak sependapat dengan Hart, dengan menyatakan bahwa, "dalam hal terjadi ketidak jelasan norma hukum, penerap hukum menggunakan diskresi yang lemah (*aweak discretion*), yaitu menggunakan interpretasi dengan merujuk pada prinsip-prinsip atau asas-asas hukum terkait, setelah itu baru merumuskan norma hukumnya.

Perlu diketahui bahwa, pemikiran Dworkin terhadap norma selalu bersumber dari moralitas, Dworkin yakin bahwa, hukum berakar pada prinsip-prinsip moralitas, oleh karena itu dalam hal hakim mengadili perkara-perkara yang aturannya samar, hakim harus menggunakan penafsiran (*hermeneutik*), untuk menilai hukum yang samar tersebut, maka hakim dalam menafsiran harus mendasarkan pada nilai-nilai moral dan cita keadilan yang berada di balik norma samar tersebut. Selanjutnya Donald Dworkin, mengemukakan pendapatnya sebagai berikut:

*According to Hart, in a case which falls within the area of penumbra, there is no uniquely correct answers as suggested by Dworkin. In cases where the rules are not clear, the judges have a wider and stronger discretion. The judge make the law and function in a sort of quasi legislatif capacity. They take decision which they consider to be the best on certean grounds and quite fit in view of the circumstancis. Dworkin contends that even in hard cases, the judge must find out the legal principles, and not invent them. The judges may also use the discretion, but that is in a weak sense. Above all in all hard cases, there is a uniquely correct decision*<sup>11</sup>.

Pendapat Donald Dworkin kiranya lebih realistik, penerap hukum harus melakukan interpretasi terlebih dulu terhadap norma samar, dengan merujuk pada nilai-nilai moral yang terpelihara di dalam masyarakat dimana norma hukum tersebut berlaku. Digunakannya penafsiran hukum ini didasarkan atas asumsi, bahwa pada dasarnya normanya sudah ada, hanya saja norma tersebut tidak dirumuskan dengan jelas maknanya, sehingga interpretasi perlu dilakukan untuk mengetahui artikulasi makna norma yang sejelas-jelasnya.

Interpretasi berkaitan dengan perihal memberikan artikulasi makna dari sebuah norma samar. Interpretasi bersifat subjektif, pengambil keputusan dalam memberikan interpretasi dapat saja menyimpang dari tujuan pembentuk undang-undang. Sebab penggunaan norma samar membuka peluang bagi lahirnya diskresi (kebebasan bertindak), baik

---

<sup>10</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, IV (Yogyakarta: Liberty, 2006).

<sup>11</sup> Zafeer, *Jurisprudenze: An Outline* (International Law Book Services, 1994).

yang bersifat kebebasan kebijaksanaan (*beleids vrijheids*), maupun kebebasan penilaian (*beoordeling vrijheids*). Kedua jenis kebebasan ini sama-sama berpeluang untuk disalahgunakan. Oleh karena itu, dalam penggunaan interpretasi pengembalian kewenangan harus mampu membebaskan diri dari segala pengaruh buruk yang berujung pada penyalahgunaan kewenangan (*abuse de dro'it* atau *abuse to pwer*) yang dapat merugikan.

Kebebasan tidak berarti bebas tanpa batas, dalam negara hukum kebebasan tersebut tetap dibatasi, yaitu oleh hukum tidak tertulis yang berujud asas-asas umum yang dalam hubungannya dengan penggunaan kekuasaan, pembatasan dilakukan menggunakan Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AUPB), sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme.

### **Konflik Norma**

Konflik norma, yang dalam bahasa Inggris disebut *conflict of norm*, merupakan salah satu permasalahan yang terjadi dalam penerapan norma hukum positif. Sebagaimana dikatakan Philipus M Hadjon, bahwa dalam penerapan hukum selalu dihadapkan pada persoalan-persoalan klasik, yaitu kekosongan undang-undang (*wet vacuum*), *conflict of norm* atau disebut konflik norma hukum.<sup>12</sup> Selanjutnya Philipus M. Hadjon menyatakan: "Langkah penerapan hukum yang diawali dengan identifikasi aturan hukum dalam bidang pertanahan seringkali dijumpai adanya *antinomi* atau konflik norma hukum".<sup>13</sup>

Konflik norma hukum juga terjadi di Indonesia dan hal semacam itu tidak mungkin dapat dihindari dan biasanya konflik norma hukum terjadi pada saat dilakukan penerapan hukum. Terkait dengan konflik norma hukum, Gert Frederick Malt, menyatakan, bahwa: "*teken leteraly (prima facie) there are millions of conflict between norm, i.e. between single provision, in positive law. But most of these conflict are never comprehended as such*" (terdapat berjuta-juta konflik antara norma-norma, misalnya provisi-provisi (ketentuan-ketentuan) tunggal dalam hukum positif).<sup>14</sup> Sesungguhnya kasus demikian sudah merupakan fenomena yang lazim ditemukan dalam setiap penerapan hukum dimanapun.<sup>15</sup>

Konflik norma hukum positif dapat bersifat vertikal maupun bersifat horisontal. Konflik norma vertikal terjadi manakala terdapat pertentangan antara norma yang hirarkhinya lebih tinggi dengan norma yang hirarkhinya lebih rendah, konflik norma ini juga disebut dengan istilah disharmonisasi peraturan perundangan. Sedangkan konflik norma horisontal terjadi manakala terjadi pertentangan antara norma yang kedudukannya sederajat, yang juga disebut disinkronisasi peraturan perundang-undangan. Sedangkan menurut Bruggink, konflik norma hukum dapat berbentuk antara norma perintah dengan norma larangan, yang disebut konflik norma hukum yang bersifat kontradiksi; antara norma perintah dengan norma yang membolehkan atau norma izin, dan antara norma larangan dengan norma dispensasi yang disebut subalternasi; antara norma yang membolehkan atau norma izin dengan dispensasi, yang disebut sub kontradiksi; dan antara norma perintah

<sup>12</sup> Philipus M Hadjon, 'Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik', *Majalah Yuridika*, 1994, p. 13.

<sup>13</sup> Philipus M Hadjon.

<sup>14</sup> Philipus M Hadjon.

<sup>15</sup> Greg Fredrik Malt, *Methods For The Solution Of Conflict Between Rules In A System Of Positive Law*, (Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publisher Deventer/Bostom, 1992).

dengan dispensasi, dan antara norma larangan dengan norma yang membolehkan atau norma ijin, yang disebut kontradiksi.<sup>16</sup>

Untuk menyelesaikan konflik norma, menurut Gert Frederick Malt dapat menggunakan beberapa metode, yaitu prinsip atau asas preferensi, dan metode atau beberapa cara lain, yang selanjutnya diyatakan sebagai berikut:

*traditionally, three general principle of preference, to be used in solving some hard conflicts between rules, are presented. They are, in their most Common formulations, a). the lex posterior principle: lex posterior derogate legi priori, i.e.: a later provisions overrules an earlier one; b). the lex specialis principles: lex specialis derogate legi generali, i.e.: a more special provision overrules a general one; c). the lex superior principle: lex superior derogat legi inferior, i.e.: provision with higher rank overrules a provision with lower rank<sup>17</sup>.*

Pertama, *lex specialis derogate legi generali*, mengandung pengertian bahwa peraturan yang khusus mengesampingkan peraturan yang bersifat umum. Sebagai contoh pertentangan antara Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi dengan norma dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, maka norma Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi mengesampingkan norma yang bersifat umum. tersebut mengesampingkan norma dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana; kedua, *the lex superior principle: lex superior derogat legi inferior*, prinsip ini mengandung pengertian bahwa, peraturan yang kedudukannya lebih tinggi mengesampingkan (bukan mengalahkan) peraturan yang hirarkhinya lebih rendah. Sebagai contoh, jika norma undang-undang bertentangan dengan norma dalam peraturan pemerintah, maka norma undang-undang akan mengesampingkan norma dalam peraturan pemerintah; ketiga, *the lex posterior principle: lex posterior derogate legi priori*, prinsip ini bermakna bahwa norma peraturan yang baru mengesampingkan norma yang lama. Sebagai contoh norma Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, terkait wewenang pemberian ijin pertambangan mineral batu bara mengesampingkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Sehingga wewenang pemberian ijin pertambangan mineral batu bara yang semula berada pada Pemerintah Kabupaten/Kota berpindah menjadi wewenang Propinsi berdasarkan Undang-Undang Pemerintahan Daerah tersebut.

Di samping menggunakan asas preferensi, penyelesaian konflik norma juga dilakukan dengan cara lain, yaitu dengan *disavowal* atau pengingkaran konflik norma. Metode ini menganggap tidak ada konflik norma, sehingga pengambil keputusan menganggap yang berlaku adalah norma yang dikehendaki berlaku. Metode lain adalah dengan melakukan reinterpretasi, yaitu dengan menafsir ulang norma-norma yang dianggap saling bertentangan, dan hasil penafsiran mana yang dianggap benar yang diberlakukan.

*Invalidaion*, metode ini dibagi ke dalam dua macam, yaitu: *pertama, abstract and formal*, metode ini dilakukan dengan cara menguji norma yang saling bertentangan, dan jika berdasarkan pengujian diketahui salah satu dari kedua norma yang bertentangan terbukti *invalid*, maka norma tersebut dibatalkan. Jadi, dalam hal ini harus ada tindakan pembatalan dan memerintahkannya untuk dicabut. Pencabutan dilakukan sesuai dengan asas *contrarius actus*, yaitu pembatalan dilakukan oleh pejabat yang berwenang membuat peraturan; *kedua,*

---

<sup>16</sup> Brugink.

<sup>17</sup> Greg Fredrik Malt.

*non applicaton* dalam hal terjadi konflik norma, maka norma tersebut diuji dan jika berdasarkan pengujian dinyatakan *invalid*, maka norma tersebut tidak diterapkan tanpa harus melakukan tindakan pembatalan. Terakhir adalah dengan menggunakan *remedy*, cara ini dilakukan dengan pembetulan terhadap norma-norma yang dianggap *invalid* tersebut.

### Norma Usang

Norma usang disebut juga dengan istilah *out of date norm*. Dikatakan demikian karena norma-norma ini sudah dianggap ketinggalan jaman, dalam arti sudah tidak sesuai dengan perkembangan kebutuhan hukum masyarakat. Norma-norma yang demikian dapat saja dikesampingkan atau disimpangi atau dilakukan rekonstruksi disesuaikan dengan perkembangan kebutuhan hukum yang berkembang.

Secara teoritik terdapat kerancuan dan silang pendapat antara konstruksi hukum dengan penafsiran hukum/interpretasi hukum sebagai metode untuk mengisi kekosongan undang-undang, terutama antara penganut Anglo Saxon dan Eropa Kontinental. Terkait dengan hal ini, Achmad Ali, menyatakan bahwa terdapat perbedaan metode dan cara penemuan hukum oleh hakim antara sistem Eropa Continental yang tidak memisahkan antara interpretasi hukum dan konstruksi hukum dengan Anglo Saxon, yang memisahkan antara interpretasi dengan konstruksi hukum.

Berbeda dengan pendapat di atas, Jazim Hamidi berpendapat bahwa antara penemuan hukum dan konstruksi hukum merupakan dua cara yang berbeda yang muaranya pada asas tidak boleh membiarkan terjadinya kekosongan hukum, terutama terkait dengan asas tidak boleh menolak perkara. Selanjutnya dikatakan:

Penemuan hukum, selalu berkonotasi hukum sudah ada, jadi hakim atau petugas hukum lainnya hanya menerapkan dalam peristiwa konkrit; Pembentukan hukum, berkonotasi hukumnya belum ada, sehingga hakim berkewajiban membentuk hukum yang dibutuhkan masyarakat itu, supaya tidak terjadi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) atau lebih tepat disebut dengan kekosongan undang-undang; Sedangkan Penciptaan hukum, berkonotasi hukumnya sudah ada tetapi tidak jelas atau kurang lengkap, sehingga hakim harus menciptakan hukum yang baru sebagai penyempurnaan dan/atau pengganti hukum yang sudah ada ...<sup>18</sup>.

Terkait dengan perbedaan pandangan mengenai konstruksi hukum dan penemuan hukum, menurut hemat penulis dengan menggunakan merekonstruksi norma hukum, dimaksudkan sebagai upaya menyusun ulang dengan tujuan memperbaiki norma-norma yang sudah ketinggalan jaman, untuk disesuaikan dengan perkembangan kebutuhan hukum yang berkembang. Sebagai contoh mengenai radius kerusakan/gangguan dalam *Hinder Ordonnansi* Nomor 226 Tahun 1926, yang dulu hanya berjarak 200 meter dari pusat kegiatan usaha. Jarak 200 meter tersebut saat ini sudah tidak rasional, sebab pencemaran sudah menjangkau ribuan meter, lintas kabupaten/kota, bahkan intas Propinsi. Sehingga norma demikian harus direkonstruksi disesuaikan dengan perkembangan radius gangguan/kerusakan tersebut.

### C. Penutup

Berdasarkan pembahasan permasalahan sebagaimana terurai di atas, maka dapat disimpulkan bahwa hukum positif menurut ajaran positivisme hukum adalah norma hukum yang dihasilkan oleh lembaga/organ/badan yang memiliki otoritas membentuk hukum. Dengan demikian berhubungan dengan hal ditetapkannya aturan hukum oleh lem-

---

<sup>18</sup> Hamidi.

baga/organ/badan yang memiliki kewenangan membentuk hukum. Sedangkan hukum yang berlaku saat ini, terdiri atas hukum positif dan juga hukum yang tidak dipositifkan, seperti hukum adat, hukum kebiasaan. Dengan demikian hukum positif berbeda dengan dengan hukum yang berlaku saat ini. Hukum positif lebih luas dibandingkan dengan hukum yang berlaku saat ini. Dalam penerapan hukum positif sering ditemukan beberapa probematika, yaitu kekosongan norma, norma-norma yang terumus secara samar, yaitu norma yang terumus tidak/kurang jelas, konflik atau pertentangan norma, dan juga norma-norma hukum positif yang sudah usang.

Untuk memperoleh pemahaman yang lengkap terhadap pengertian hukum positif Dalam memahami hukum positif hendaknya memperhatikan dan memahami pengertian hukum yang berlaku saat ini. Sehingga tidak terjebak pada pemahaman yang keliru tentang pengertian hukum positif dan hukum yang berlaku saat ini.

Jika dalam penerapan hukum ditemukan problematik sebagaimana diuraikan dalam paparan di atas, maka pengambil keputusan harus jeli memilih dan menggunakan teori-teori mana yang telah disediakan oleh para teoritikus hukum yang ada dengan tetap menjaga objektivitasnya.

#### Daftar Pustaka

- Adhiwisastra, Yudha Bakti, *Penafsiran Dan Konstruksi Hukum* (Bandung: Alumni, 2002)
- Bruggink, J.H., *Refleksi Tentang Hukum*, ed. by Alih Bahasa Arief Sidarta (Bandung: Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1998)
- Brugink, J.J.H., *Refleksi Tentang Hukum*, ed. by Alih Bahasa Arif Sidarta (Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1998)
- Greg Fredrik Malt, *Methods For The Solution Of Conflict Between Rules In A System Of Positive Law*, (Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publisher Deventer/Bostom, 1992)
- H. A. Sodiki, *Teori Hukum Dan Filsafat Hukum* (Malang, 2006)
- Hamidi, Jazim, *Hermeneutika Hukum:Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks* (Yogyakarta: UII Press, 2005)
- Mertokusumo, Sudikno, *Penemuan Hukum*, IV (Yogyakarta: Liberty, 2006)
- Meuwissen, D.H.M., and Slamet Suhartono, 'Norma Samar Sebagai Dasar Hukum Tindakan Tata Usaha Negara', 2009, 79
- Philipus M Hadjon, 'Pengkajian Ilmu Hukum Dogamatik', *Majalah Yuridika*, 1994, p. 13
- Stone, Yulius, and Esmi Warasih, *Pranata Hukum Sebagai Telaah Sosiologi* (Semarang: Suryandar Utama, 2005)
- Zafeer, *Jurisprudenze: An Outline* (International Law Book Services, 1994)