

PENDAHULUAN

Setiap ilmu melakukan penelitian yang berupa menghimpun, menata dan memaparkan material penelitiannya. Kegiatan pemaparan tidak sepenuhnya netral dan obyektif. Tiap pengetahuan tentang kenyataan selalu lebih dari sekedar mengamati dan mendata atau merekam bentuk, keras-lembut, warna dan gerakan. Pengetahuan mengimplikasikan penstrukturan, artinya dalam proses pengamatan dan pendataan, pikiran subyek meletakkan hubungan-hubungan, membeda-bedakan dan memisah-misahkan unsur yang esensial dari yang tidak esensial, mengelompokkan dan memisahkan berdasarkan sejumlah persamaan tertentu (yang difungsikan sebagai kriteria pengelompok). Penstrukturan pada dasarnya adalah mengkonstruksi teori yang kemudian digunakan untuk menata kenyataan, menganalisis dan memahami. Sehingga dapat diartikan bahwa tiap pengetahuan tentang kenyataan apa pun adalah pengetahuan hasil interpretasi, dalam arti sudah bermuatan teori, dan karena itu sesungguhnya tidak pernah murni obyektif dan netral. Karena itu juga pengetahuan sesungguhnya merupakan hipotesis yang diterima sebagai “benar” atau sudah terbukti sepanjang ia atau yang melandasinya belum difalsifikasi.¹ Demikian juga pada kajian hukum -sebagai ilmu kenyataan- penelitiannya berupa inventarisasi dan deskripsi sistematis material hukum, yang pada tingkat pemaparan hukum yang terjadi adalah kegiatan menentukan isi aturan hukum setepat mungkin. Pengembangan Ilmu Hukum adalah kegiatan mengantisipasi dan menawarkan penyelesaian masalah hukum konkrit yang mungkin timbul dan

¹ Karl R. Popper, 1961, *The Logic of Scientific Discovery*, Science Editions, Vittorio Klostermann, Frankfurt, dalam Bernard Arief Sidharta, 2000, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 149.

harus dihadapi di dalam masyarakat, baik yang dihadapi individu perorangan maupun masyarakat sebagai keseluruhan.² Kegiatan menentukan isi aturan hukum berarti menetapkan apa yang menjadi norma hukum, pada dasarnya adalah merumuskan hipotesis tentang makna aturan hukum atau teks undang-undang. Oleh karena itulah Aulis Aarnio mengatakan bahwa ilmu hukum adalah ilmu tentang makna-makna.³

Menentukan makna dari sesuatu adalah menginterpretasi sesuatu itu. Dengan demikian memaparkan aturan hukum adalah “menafsirkan” aturan hukum. Karena itu pula memaparkan aturan hukum akan sangat bergantung pada teori interpretasi yang dianut yuris.⁴ Seperti telah disebutkan di atas bahwa kegiatan pemaparan tidak sepenuhnya netral dan obyektif, karena itulah pengembangan ilmu hukum tidak netral dan tidak bebas nilai. Disadari atau tidak disadari yuris mengambil sikap dan bertolak dari titik berdiri pribadi dalam menghadapi dan mengolah obyek telaahnya, yakni dalam menjalankan kegiatan pemaparan, intervensi, interpretasi dan sistematisasi hukum. Ini berarti pengembangan hukum juga berpatisipasi dalam proses pembentukan hukum yang berupa penemuan hukum (interpretasi hukum dan argumentasi hukum).⁵

² *Ibid.*, hlm. 134.

³ Aulis Aarnio, 1983, *A Hermeneutik Approach in Legal Theory, Philosophical Perspective in Jurisprudence*, Helsinki, hlm. 64, dalam *Ibid.*, hlm. 149.

⁴ *Ibid.*, hlm. 150.

⁵ *Ibid.*, hlm. 135.

BAB I

PEMAHAMAN INTERPRETASI HUKUM

1.1. Asal mula Interpretasi Hukum⁶

Hans Georg Gadamer dalam bukunya *Truth and Method* mengilustrasikan secara singkat, bahwa pada mulanya interpretasi berkembang antara lain di bawah pengaruh inspirasi ilmu hukum. Sebagaimana diresepsi oleh Kodifikasi Yustisianus atau *Corpus Iuris Iustiniani* dalam abad VI. Di Italia abad XII timbul kebutuhan pada suatu metode yang membuat teks-teks yuridikal yang berlaku dari suatu metode historikal terdahulu lewat interpretasi dapat diterapkan untuk suatu jenis (tipe) masyarakat yang sama sekali berbeda. Di kemudian hari, interpretasi diperluas dari interpretasi teks menjadi suatu metode untuk dapat menginterpretasi perilaku manusia pada umumnya. Jadi titik tolak dari interpretasi (hukum) adalah kehidupan manusiawi dan produk-produk kulturalnya termasuk teks-teks yuridikal.⁷

Lebih lanjut Hans-Georg Gadamer juga memprediksikan bahwa interpretasi sebagai sebuah fenomena pemahaman dan interpretasi yang benar terhadap apa yang dipahami bukan hanya masalah yang cocok bagi metodologi ilmu pengetahuan kemanusiaan (humaniora). Untuk waktu lama, bakal lahir interpretasi teologis dan interpretasi hukum, yang secara teoritis tidak banyak berkaitan dan merupakan bantuan bagi aktivitas praktis seorang hakim atau pendeta yang telah menyelesaikan pendidikan teoritisnya. Pemahaman dan

⁶ Jazim Hamidi, 2005, *Hermeneutika*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 39.

⁷ Lihat dalam C.W. Maris, sebagaimana telah diterjemahkan oleh Bernard Arief Sidharta, *Aliran-aliran Filsafat Hukum Abad XX: Positivisme, Hermeneutik, dan Ilmu Hukum*, tidak dipublikasikan, tt, *Ibid*, hlm.16.

interpretasi terhadap teks itu tidak hanya menjadi perhatian ilmu pengetahuan, tetapi jelas merupakan bagian dari seluruh pengalaman manusia tentang dunia.⁸

Dalam perkembangan ilmu hukum di Inggris, menurut Peter Goodrich, sejarah interpretasi hukum mulai berkembang sejak abad XVI. Mulai muncul sebagai hasil dari serangkaian faktor sosial eksternal dalam perkembangan ilmu hukum, termasuk perkembangan dunia percetakan dan penerjemahan kitab Injil. Realitas sejarah ini juga dibenarkan oleh Francis Lieber tahun 1938 sebagaimana telah diungkapkan dalam *Legal and Political Hermeneutics*. Menurut James Farr's bahwa buku yang ditulis Francis Lieber ini merupakan karya Amerika pertama yang membahas tentang interpretasi hukum. Tidak berbeda jauh dengan tulisan Peter Goodrich, Francis Lieber mengajukan sekumpulan cara ilmiah tentang prinsip-prinsip interpretasi tekstual pertama kali. Usaha Francis Lieber untuk melakukan interpretasi ilmiah tersebut dimaksudkan untuk mempopulerkan dan mempolitisasi interpretasi hukum. Sehingga seluruh rakyat dapat mengaksesnya, khususnya para pengacara, lebih-lebih pada saat itu sejarah konstitusional Amerika menghadapi kontroversi interpretasi.⁹

Paradigma interpretasi dalam ilmu hukum –selanjutnya disebut interpretasi hukum- sebagaimana diuraikan di atas, menurut C.W. Maris mengalami perkembangan pesat dan signifikan baru pada abad XX.¹⁰ Di mana interpretasi hukum hadir mengambil posisi tengah di antara 2 (dua) tendensi

⁸ Hans Geor Gadamer, *Truth and Method*, terjemahan oleh Ahmad Sahidah, 2004, *Kebenaran dan Metode, Pengantar Filsafat Hermeneutika*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. v.

⁹ Gregory Leyh, 1992, *Legal Hermeneutics (History, Theory, and Practice)*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, hlm. xiii.

¹⁰ C.W. Maris sebagaimana telah diterjemahkan oleh Bernard Arief Sidharta, *Op.cit.* hlm.1 dan hlm. 15.

(kecenderungan) yang berlawanan dan *inhern* dalam pandangan dunia secara ilmiah atau pandangan tentang dunia atau *scientific world view*, *wetenschappelijke wereldbeeld* yaitu antara tendensi nihilistis dan tendensi emansipatoris di satu pihak. Di pihak lain, interpretasi hukum juga berada pada posisi antara aliran filsafat positivisme logikal dan rasionalisme kritikal.

Positivisme logikal (termasuk tendensi nihilistis) dan rasionalisme kritikal (termasuk tendensi emansipatoris) keduanya mempropagandakan ideal ketunggalan ilmu berdasarkan model keilmualaman. Para penentangnyanya memaparkan bahwa sesungguhnya metode keilmualaman tidak memadai untuk mempelajari perilaku manusia. Karena itu ilmu-ilmu sosial akan mensyaratkan atau menuntut suatu jenis metode tersendiri, yakni metode mengerti atau memahami (*verstehen*) dengan menginterpretasi atau disebut juga hermeneutika.

Melampaui jauh pemikiran-pemikiran terdahulu, Drucilla Corneel menempatkan interpretasi atau hermeneutika hukum secara benar-benar baru dan lebih jelas. Bahkan Drucilla Corneel menilai bahwa interpretasi hukum itu termasuk kelompok dari *Critical Legal Studies (CLS) Movement* atau Gerakan Studi Hukum Kritis, yang mendorong indeterminasi tesis ke depan dengan menyimpulkan prinsip-prinsip politik dan etis. Drucilla Corneel juga menentang mereka yang menganggap interpretasi atau hermeneutika hukum sebagai sebuah penemuan atau apropriasi pemisahan masa lalu dari misi keadilan kontemporer.¹¹

¹¹ Gregory Leyh, *Op. cit.* hlm. ix.

1.2. Hukum Sebagai Sistem Terbuka atau *Open System van het Recht*

Hukum sebagai sistem tertutup, artinya merupakan kesatuan yang tertutup secara logis. Mempertahankan keutuhan dari sistem hukum tertutup sebagai suatu sistem perundang-undangan dengan menjaga kemurnian dari kualifikasinya sebagai sistem hukum tertulis. Sistem ini tidak boleh berubah atau diubah selama pembuat undang-undang tidak mengubahnya. Segi positif dari sistem tertutup adalah pada nilai kepastiannya yang besar, sekali pun lebih cenderung kepada ketegaran. Adapun segi negatifnya terletak pada sifatnya yang statis.

Konsep Paul Scholten bahwa hukum sebagai sistem terbuka adalah sebagai reaksi dari pendapat bahwa hukum itu kesatuan yang tertutup secara logis. Hukum sebagai sistem yang terbuka melihat ke belakang kepada perundang-undangan yang ada, tetapi juga memandang ke depan dengan memikirkan konsekuensi-konsekuensi suatu keputusan hukum bagi masyarakat yang diaturnya. Bagi Paul Scholten, hukum merupakan suatu sistem berarti semua aturan saling berkaitan. Aturan-aturan itu dapat disusun secara sistematis, dan untuk yang bersifat khusus dapat dicarikan aturan-aturan umumnya, sehingga berada/tiba pada asas-asasnya. Hakim bekerja atas dasar penilaian, dan hasil dari penilaian itu menciptakan sesuatu yang baru. Paul Scholten memandang bahwa sistem hukum itu logis dan tidak tertutup. Sistem hukum itu juga tidak statis, karena sistem hukum itu membutuhkan putusan-putusan atau penetapan-penetapan yang senantiasa menambah luasnya sistem hukum tersebut. Undang-undang dapat saja diubah maknanya, meskipun tidak

diubah bunyi kata-katanya untuk menyesuaikan dengan fakta konkret yang ada. Oleh karena itu penilaian hakim dilakukan dalam wujud interpretasi dan argumentasi.¹²

Hukum sebagai sistem terbuka yang dikaitkan dengan kesempatan untuk melakukan interpretasi, di antaranya adalah mengisi kekosongan hukum. Paul Scholten¹³ berpendapat bahwa kekosongan hukum hendaknya membedakan antara 2 (dua) konsep kekosongan, yaitu:

1. Kekosongan dalam hukum, yaitu yang terjadi manakala hakim mengatakan bahwa memiliki sesuatu kekosongan karena tidak tahu bagaimana harus memutuskannya;
2. Kekosongan dalam perundang-undangan, yaitu yang terjadi manakala dengan konstruksi dan penalaran analogi pun problemnya tidak terpecahkan sehingga hakim harus mengisi kekosongan itu seperti berada pada kedudukan pembuat undang-undang dan memutuskan sebagaimana kiranya pembuat undang-undang itu akan memberikan keputusannya dalam menghadapi kasus seperti itu.

Selanjutnya Paul Scholten menyarankan agar pikiran tentang kekosongan hukum seperti di atas ditinggalkan saja dan tidak membuat perbedaan lagi antara penerapan hukum oleh hakim dan pembuatan hukum oleh pembuat undang-undang. Di dalam penerapannya juga dijumpai masalah penilaian dan tidak hanya menangani pengotak-atikan pengertian-pengertian logis belaka.

¹² Ahmad Ali, 2002, *Menguk Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Gunung Agung, Jakarta, hlm. 164.

¹³ Satjipto Rahardjo dan Ronny Hanintjo Soemitro, 1986, *Pengantar Ilmu Hukum*, Buku Materi Pokok Modul 1-5, Karunia, Jakarta, Universitas Terbuka, hlm. 93.

Dalam penerapan hukum selalu dijumpai adanya hal-hal baru yang ditambahkan. Keputusan yang dilakukan oleh hakim akhirnya merupakan suatu lompatan dari penalaran yang logis kepada suatu penilaian. Keputusan hakim senantiasa tidak terlepas dari tujuan akhir keputusan hukum itu, yaitu keadilan. Keadilan inilah yang pada hakikatnya dilihat sebagai konsekuensi yang harus diciptakan dalam masyarakat yang dapat dirumuskan sebagai *similia similibus* atau memberikan perlakuan yang sama terhadap hal-hal yang sama (perkara yang sama/sejenis harus diputus sama).

Gustav Radbruch menamakan pembuatan konstruksi dan interpretasi ini sebagai *Zu-Ende-Denken eines Gedachten*, yaitu suatu usaha untuk mencari dengan sungguh-sungguh apa yang sebenarnya hendak dikatakan oleh pembuat undang-undang melalui karyanya. Mungkin hasil itu adalah hal-hal yang memang terpikirkan oleh pembuat undang-undang pada waktu itu, namun mungkin juga tidak. Dalam hal yang disebut belakangan ini dikatakan bahwa kurang menyadari dari jangkauan karyanya itu dan baru melalui interpretasi itulah yang kurang disadari mendapat bentuknya yang jelas. Proses *Zu-Ende-Denken eines Gedachten* tersebut tidak hanya dilakukan oleh hakim atau siapa saja yang pada suatu waktu melakukan interpretasi, melainkan juga merupakan hasil dari interaksi dengan masyarakat tempat keputusan itu diterapkan, yang disebut oleh Paul Scholten unsur konsekuensi terhadap masyarakat.¹⁴

Interpretasi hukum yang dikenal, seperti interpretasi menurut tata bahasa (gramatika), interpretasi berdasarkan sejarah perundang-undangan (*wetshistoris*) atau berdasarkan sejarah hukum (*rechshistoris*), interpretasi sistematis,

¹⁴. *Ibid.*, hlm. 94.

interpretasi sosiologis, interpretasi teleologis, interpretasi fungsional, atau pun interpretasi futuristik dan interpretasi autentik. Cara interpretasi atau kombinasi mana yang akan digunakan, bergantung pada jenis, tujuan serta pandangan orang yang bersangkutan. Seseorang yang bersifat dogmatis tentu saja akan menggunakan cara interpretasi yang autentik, gramatikal atau interpretasi *wetshistoris*, sedangkan orang yang menganut paham sosiologis atau fungsional akan menggunakan juga cara interpretasi sosiologis, teleologis atau fungsional. Akhirnya orang yang ingin menemukan suatu asas atau norma hukum untuk masa yang akan datang, akan menggunakan interpretasi futuristik untuk melengkapi cara-cara interpretasi hukum sosiologis-teleologis dan fungsional. Namun bagaimana pun harus mengadakan pilihan yang terbaik yang terikat pada norma dalam konstitusi kita, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan filsafat kenegaraan yang dianut yaitu Pancasila.

Sebab kata Paul Scholten: *“Wie nieuw recht zoekt moet altijd vragen: hoe is het oude geworden, kan ik er een lijn van ontwikkeling in onderkennen, bouw ik voortr aan het bestaande, past het erebij? En tegelijk moet hij zich afragen: waar ga ik heen als ik dezen stap doe, welke consequenties liggen er in opgesloten? Artinya; Siapa yang hendak menemukan hukum baru selalu harus bertanya: bagaimanakah hukum lama terbentuk, dapatkah saya menemukan “garis merah”, dan apakah saya melanjutkan (pranata norma) hukum (yang baru ini) di atas apa yang kini berlaku? Apakah (norma atau pranata) hukum baru yang akan saya kemukakan itu serasi atau dapat diserasikan dengan (sistem) hukum positif? Dan sekali gus ia harus bertanya: menuju ke manakah norma*

hukum yang baru itu serta apakah kosekuensinya apabila saya menetapkan (norma) hukum yang baru?

Oleh karena itu dalam rangka penemuan dan pembentukan hukum baru, kita harus menengok ke masa yang lalu dahulu, sebelum kita melihat ke masa depan, seperti yang dikatakan Paul Scholten: *“Hij ziet teug om vooruit te zien”* (ia menoleh ke belakang untuk dapat melihat ke depan). Dengan demikian, hukum baru akan tetap berpijak pada bumi sendiri dan berakar pada kepribadian sendiri. Oleh sebab itulah, pembentukan hukum baru tidak pernah terlepas dari cara interpretasi gramatika, historis dan autentik. Jelaslah bahwa ketajaman “pisau analisis” hukum bergantung pada pemahaman dan penguasaan metode-metode interpretasi atau *interpretatie methoden* dan keahlian memadukannya.¹⁵

1.3. Pengembangan Hukum

Meuwissen dalam menata berbagai pengembangan hukum “berdasarkan tataran analisis (tingkat abstraksinya)”. Berdasarkan tataran analisisnya itu, Meuwissen membedakan 3 (tiga) jenis pengembangan Hukum Teoritis. Pengembangan hukum pada tataran yang tingkat abstraksinya paling tinggi, yakni pada tataran refleksi kefilosofatan, disiplinnya disebut Filsafat Hukum yang meresapi semua bentuk pengembangan hukum teoritis maupun hukum praktis. Pengembangan hukum pada tataran yang tingkat abstraksinya lebih rendah disebut Teori Hukum. Sedangkan Disiplin (Dogmatika) hukum pada tataran yang tingkat abstraksinya paling rendah, yakni pada tataran ilmu positif disebut Ilmu Hukum. Ilmu Hukum dalam arti luas terdiri atas Dogmatika Hukum (Ilmu Hukum

¹⁵ Sunaryati Hartono, 1994, *Penelitian Hukum di Indonesia pada Akhir Abad XX*, Alumni, Bandung, hlm. 154.

dalam arti sempit), Perbandingan Hukum, Sejarah Hukum, Sosiologi Hukum, Antropologi Hukum dan Psikologi Hukum. Meuwissen menggunakan istilah Ilmu Hukum dalam arti luas yang mencakup semua pengembangan hukum teoritis pada tataran ilmu positif. Untuk Ilmu Hukum dalam arti sempit, menggunakan istilah Dogmatika Hukum atau *Recht dogmatiek/Legal Dogmatics*.¹⁶

Ilmu Hukum terarah pada kegiatan menghimpun memaparkan, menganalisis, mensistematisasi dan menginterpretasi hukum positif yang berlaku di suatu masyarakat atau negara tertentu, yakni sistem konseptual aturan hukum dan putusan hukum yang bagian-bagian pentingnya “dipositifkan” oleh penguasaan kewenangan hukum dalam masyarakat atau negara tersebut. Jadi ilmu hukum itu bersifat nasional.¹⁷

Pengembangan hukum ditemukan dalam buku-buku teks, monografi-monografi, artikel-artikel dalam jurnal-jurnal hukum dan terutama dalam anotasi-anotasi pada putusan hakim. Ilmu Hukum adalah bentuk pengembangan hukum teoritikal yang benar-benar praktikal, artinya relevan untuk pembentukan dan “penemuan hukum”. Pandangan-pandangan yang berpengaruh dalam kepustakaan hukum, sering secara langsung menentukan, dalam arti apakah hukum diterapkan dalam praktek hukum. Ajaran yang berpengaruh dalam banyak hal dipandang sebagai sumber hukum. Mochtar Kusumaatmadja menyatakan bahwa tujuan ilmu hukum (positif) adalah untuk memahami dan

¹⁶ Meuwissen, 1979, *Vijf Stellingen Over Rechtsfilosofie* dalam *Een Beeld van Recht, Ars Aequi*, hlm. 23 – 27, dalam Bernard Arief Sidharta, 2000, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 118, Meuwissen menggunakan istilah “*rechtsbeoefening*” (pengembangan hukum) untuk menunjuk pada semua kegiatan manusia berkenaan dengan adanya dan berlakunya hukum di dalam masyarakat.

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 134.

menguasai pengetahuan tentang kaidah dan asas-asas untuk kemudian mengambil keputusan berdasarkananya.¹⁸

Dogmatika Hukum (Ilmu Hukum dalam arti sempit), terutama menunjukkan kepentingan praktikalnya secara langsung, sebagai pengembangan hukum praktikal atau penanganan hukum secara nyata dalam kenyataan kehidupan sungguh-sungguh, mengenal 3 (tiga) bentuk; a. pembentukan hukum; b. penemuan hukum; dan c. bantuan hukum.¹⁹

1.4. Penemuan Hukum sebagai Salah Satu Kajian Hukum

Penemuan hukum pada hakekatnya mewujudkan pengembangan hukum secara ilmiah dan secara praktikal. Penemuan hukum²⁰ ihwalnya adalah berkenaan dengan hal mengkonkretisasi produk pembentukan hukum. Penemuan hukum adalah proses kegiatan pengambilan keputusan yuridis konkrit yang secara langsung menimbulkan akibat hukum bagi suatu situasi individual (putusan-putusan hakim, ketetapan, pembuatan akte oleh notaris dan sebagainya). Dalam arti tertentu, penemuan hukum adalah pencerminan pembentukan hukum. Jika dalam pembentukan hukum yang terjadi adalah menetapkan hal umum yang berdasarkan pada waktunya dapat dijabarkan hal yang khusus yang mengemuka (dimunculkan terlebih dulu), namun pada waktu yang bersamaan dapat dikonstatasi (ditetapkan atau dirumuskan peristiwa konkretnya) dampak keberlakuan secara umum. Kekhasan penemuan hukum telah mendapat perhatian (pembahasan) yang luas dalam teori hukum dan

¹⁸ Mochtar Kusumaatmadja, 1996, *Pengantar Ilmu Hukum*, Unpublised draft, Jakarta, hlm. 10.

¹⁹ Meuwissen, Diterjemahkan Bernard Arief Sidharta, 2009, *Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 9.

²⁰ *Ibid.*, hlm. 11

filsafat hukum. Publikasi metodologi penemuan hukum sudah cukup banyak, namun tentang teori penemuan hukum dapat diamati adanya perkembangan tertentu. Apabila dulu (abad XIX) perhatian terutama dicurahkan pada keahlian interpretasi dan menguraikan (menjelaskan), namun sekarang bergeser ke titik berat yang lebih banyak diletakkan pada penemuan suatu argumentasi yang dipertanggungjawabkan secara rasional. Sekarang sudah sampai pada pemahaman bahwa interpretasi undang-undang atau penerapan hukum adalah lebih sekedar hanya menerapkan suatu silogisme secara formal dan benar. Masalahnya terletak pada menemukan dan menyusun premis-premis dari suatu penalaran. Sekarang sudah tidak cukup lagi bahwa penalaran dijalankan secara logikal benar (dan demikian sah), namun juga untuk pemilihan premis-premis harus dijalankan dengan memberikan argumen-argumen yang rasional (sejauh hal itu dimungkinkan). Dalam hubungan ini maka dibedakan antara *heuristika* dari suatu keputusan yuridikal dan *legitimasi* terhadapnya. Dengan *heuristika* dimaksudkan sejarah terjadinya secara faktual dari keputusan tersebut, sedangkan *legitimasi* adalah pertanggungjawaban rasional (jika dikehendaki: pertanggungjawaban normatif) dari keputusan tersebut. Memisahkan *heuristika* dan *legitimasi* dalam rentang waktu adalah keliru: keduanya adalah berjalan saling menutupi, yang berarti baik pada tahap sebelum pengambilan keputusan atau *ex ante* maupun pada tahap sesudahnya atau *ex post*, faktor-faktor faktual (psikhis dan kemasyarakatan) dan argumentasi-argumentasi rasional memainkan peranan. Namun titik beratnya terletak, baik *ex ante* maupun *ex post* pada argumentasi rasional. Sebuah keputusan hukum konkrit yang -di hadapan

forum ilmiah hukum dan di hadapan para pihak yang terkait pada keputusan itu-tidak mampu mengembangkan argumentasi yang dapat diterima, seyogianya tidak berlaku (tidak dapat diberlakukan) sebagai hukum positif. Pemahaman yang demikian itu dalam ajaran metode-yuridis dan teori argumentasi telah dikembangkan secara mendasar. Terkait padanya juga muncul ke permukaan sifat khas dari apa yang dinamakan berpikir yuridis. Sesungguhnya berpikir yuridis itu tidak ada, artinya tidak ada jenis berpikir yang terpisah atau tersendiri (yang lain dari yang lain). Seorang yuris menalar dan berpikir (semoga) sama baik atau jeleknya seperti yang lain-lain. Hanya struktur dari konteks, yang di dalamnya seorang yuris, yang terlibat dalam pembentukan hukum, berargumentasi adalah spesifik (khas). Kespesifikan ini terletak dalam struktur dari pertanggungjawaban di hadapan forum yang relevan.

Untuk suatu pemahaman tentang kekhasan dari penemuan hukum maka tradisi *hermeneutika* yang sudah sangat tua adalah sangat penting. Sebuah keputusan hukum selalu mengimplikasikan hal penetapan suatu hubungan tertentu antara kaidah dan fakta, yakni antara momen-momen normatif (dari undang-undang misalnya) dan momen-momen faktual (dari situasi konkret misalnya). Momen-momen ini saling mempengaruhi, antara keduanya terdapat semacam hubungan sirkular (lingkaran tak berujung pangkal). Fakta-fakta dikualifikasi dari sudut norma dan norma diseleksi berdasarkan kejadian (fakta-fakta). Martin Kriele mengatakan: ada suatu *Hin und Herwandern des Blicks* (memalingkan arah pandangan ke kanan dan ke kiri berulang-ulang) yang terus menerus. Kaidah dan fakta mewujudkan pra pemahaman atau

Vorverstandnis bagi masing-masing, yang menentukan pada interpretasi dan penilaian pada momen yang lain. Sekali lagi nampak bahwa dalam lingkungan pengembangan hukum maka norma dan fakta justru tidak boleh dipisahkan satu dari yang lain. Tokoh-tokoh besar dalam bidang hukum perdata Belanda, misalnya Paul Scholten, Bregstein dan Eggens sudah berkali-kali menyatakan pemahaman ini dalam kata-kata secara lisan maupun tulisan dan juga dalam penanganan hukum mereka didemonstrasikan. Namun nampak masih mungkin untuk mnstrukturkan lebih lanjut argumentasi-argumentasinya.²¹

Kegiatan menemukan hukum atau *rechtsvinding*, misalnya dapat dianggap sebagai seni, Paul Scholten sangat menekankan arti penting dari seni (*art*) dalam penemuan hukum. Namun Paul Scholten mengingatkan agar seni dalam penemuan hukum di sini tidak diartikan ketrampilan atau teknik melainkan suatu pemberian bentuk pada gambaran-gambaran yang kabur, yaitu membuat suatu (fakta konkret) mengkristalisasi menjadi hukum. Penciptaan bentuk hukum seperti ini menurut Paul Scholten, merupakan seni.²²

Penemuan hukum pada dasarnya merupakan kegiatan praktek hukum (pembentuk undang-undang, hakim dan sebagainya). Namun penemuan hukum tidak dapat dipisahkan dari ilmu atau teori hukum. Walaupun secara historis teoritis, praktek hukum itu lahirnya lebih dahulu dari ilmu hukum, namun dalam perkembangannya praktek hukum memerlukan landasan teoritis dari ilmu hukum, sebaliknya ilmu hukum memerlukan materialnya dari praktek hukum. Jadi dalam prakteknya, pratek hukum dan ilmu hukum itu saling membutuhkan.

²¹ *Ibid.*, hlm.12.

²² Shidarta, 2006, *Moralitas Profesi Hukum, Suatu Tawaran Kerangka Berpikir*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 154.

Karenanya harus dipelajari cara atau ilmu mencari dan menemukan hukum. Penemuan hukum bukanlah merupakan ilmu baru, namun telah lama dan dipraktekkan oleh pembentuk undang-undang, hakim dan para ilmuwan hukum yang berusaha memecahkan permasalahan hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, dan tidak jarang ilmuwan hukum menemukan hukum secara reflektif, tanpa disadari.²³

Penemuan hukum sebagai sebuah reaksi terhadap situasi-situasi problematikal yang dipaparkan dalam peristilahan hukum berkenaan dengan pertanyaan-pertanyaan hukum atau *rechtsvragen*, konflik-konflik hukum dan sengketa hukum. Penemuan hukum diarahkan pada pemberian jawaban terhadap pertanyaan-pertanyaan tentang hukum dan hal pencarian penyelesaian-penyelesaian terhadap sengketa-sengketa konkrit. Terkait padanya antara lain pertanyaan-pertanyaan yang diajukan tentang penjelasan (tafsiran) dan penerapan aturan-aturan hukum dan pertanyaan-pertanyaan tentang makna dari fakta-fakta hukum yang diterapkan padanya. Penemuan hukum berkaitan dengan hal menemukan penyelesaian-penyelesaian dan jawaban-jawaban berdasarkan norma-norma hukum. Penemuan hukum termasuk kegiatan sehari-hari para yuris dan terjadi pada semua bidang hukum, yang merupakan aspek penting dalam ilmu hukum dan praktek hukum. Yuris dalam menjalankan profesinya, pada dasarnya harus membuat keputusan-keputusan hukum berdasarkan analisisnya terhadap fakta-fakta yang diajukan sebagai masalah hukum dalam kaitannya dengan norma-norma hukum positif.²⁴

²³ Sudikno Mertokusumo 1, 2006, *Penemuan Hukum suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 1.

²⁴ <http://wonkdermayu.wordpress.com/kuliah-hukum/penemuan-hukum-atau-rechtsvinding>

Pada masa undang-undang dianggap sudah sempurna adanya, dan interpretasi tidak diperlukan. Sekarang pun usaha kearah hal demikian dapat dicapai apabila perundang-undangan itu dituangkan dalam bentuk yang jelas sesuai dengan teknik perundang-undangan yang ada, sehingga interpretasi tidak diperlukan atau sangat kecil peranannya.

Montesquieu mengajukan persyaratan mengenai ukuran kejelasan suatu perundang-undangan sebagai berikut:

1. Gaya penuturan hendaknya padat dan sederhana. Hal ini mengandung arti bahwa pengutaraan dengan menggunakan ungkapan-ungkapan kebesaran atau *grandiose* dan retorik adalah mubazir dan menyesatkan. Istilah-istilah yang dipilih hendaknya sejauh mungkin mutlak dan tidak nisbi, sehingga demikian sedikit kemungkinan peluang bagi perbedaan pendapat individual;
2. Peraturan-peraturan hendaknya membatasi dirinya pada hal-hal yang nyata dan aktual dengan menghindari hal-hal yang bersifat metafora (kiasan) dan hipotetis;
3. Peraturan hendaknya jangan terlampau tinggi, oleh karenanya ditujukan untuk orang-orang dengan kecerdasan sedang saja. Peraturan itu bukan latihan dalam penggunaan logika, namun hanya penalaran sederhana yang dapat dilakukan oleh orang-orang biasa;
4. Jangan mengacaukan permasalahan pokok dengan kekecualian, pembatasan atau modifikasi, kecuali dalam hal-hal yang sangat diperlukan;

5. Peraturan tidak boleh mengandung argumentasi. Adalah berbahaya untuk memberikan alasan terperinci bagi suatu peraturan, oleh karena yang demikian itu hanya akan membuka pintu untuk pertentangan pendapat;
6. Akhirnya di atas semua, harus dipertimbangkan dengan penuh kematangan dan mempunyai kegunaan praktis, jangan hendaknya menggoncangkan hal-hal yang elementer dalam penalaran dan keadilan serta *la natuta des choses*. Peraturan-peraturan yang lemah yang tidak perlu dan tidak adil akan menyebabkan orang tidak menghormati perundang-undangan dan menghancurkan otoritas negara.²⁵

1.5. Subyek Penemuan Hukum

Penemuan hukum pada dasarnya merupakan wilayah kerja hukum yang luas cakupannya. Penemuan hukum dapat dilakukan oleh orang perorang, yuris, peneliti hukum, para pemangku hukum (polisi, jaksa, advokat, hakim, notaris), bahkan dapat juga dilakukan oleh direktur perusahaan BUMN/BUMD maupun perusahaan swasta. Namun dalam diskursus penemuan hukum lebih banyak dibicarakan pada upaya penemuan hukum oleh hakim, pembentuk undang-undang dan peneliti hukum. Penemuan hukum oleh hakim tidak semata-mata menyangkut penerapan peraturan-peraturan hukum terhadap peristiwa konkret, namun juga penciptaan hukum dan pembentukan hukumnya sekali gus.

Hakim melakukan penemuan hukum karena dihadapkan pada peristiwa konkret atau konflik untuk diselesaikan, jadi sifatnya konfliktif. Hasil penemuan hukumnya merupakan hukum, karena mempunyai kekuatan mengikat sebagai

²⁵ Satjipto Rahardjo, *Op.cit*, hlm. 86.

hukum yang dituangkan dalam bentuk putusan. Penemuan hukum oleh hakim sekali gus merupakan sumber hukum.

Pembentuk undang-undang melakukan penemuan hukum -meskipun tidak menghadapi peristiwa konkret atau konflik seperti hakim- untuk menyelesaikan atau memecahkan peristiwa abstrak tertentu (belum terjadi, namun besar kemungkinan akan terjadi pada masa mendatang), jadi sifatnya preskriptif. Hasil penemuan hukumnya merupakan hukum karena dituangkan dalam bentuk undang-undang dan sekali gus merupakan sumber hukum.

Peneliti hukum melakukan penemuan hukum namun bersifat teoritis, sehingga hasilnya bukan merupakan hukum, melainkan sebagai sumber hukum doktrin). Dalam konteks ini terutama lebih difokuskan pada penemuan hukum oleh hakim, mengingat para hakimlah yang menjadi tumpuan harapan masyarakat dalam memecahkan dan menyelesaikan masalah-masalah konkret di pengadilan.²⁶

1.6. Hakim sebagai Pembentuk Hukum diakui Ilmu Hukum

Penemuan hukum oleh hakim bukanlah sesuatu yang logis belaka melalui *subsumptie automaat* -anggapan yang menyimpulkan dari premis mayor ke premis minor, premis mayornya adalah undang-undang, premis minornya adalah peristiwa konkret, kasus atau konflik, sedangkan konklusi/kesimpulan yang logis adalah keputusannya- dari fakta pada ketentuan undang-undang akan tetapi adalah juga penilaian dari fakta untuk kemudian menemukan hukumnya. Undang-undang itu tidak selalu jelas, tidak selalu lengkap, sedangkan fakta yang

²⁶ Bambang Sutiyo, 2012, *Metode Penemuan Hukum, Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 66.

diajukan memerlukan penyelesaian menurut hukum. Apabila interpretasi, penerapan undang-undang baik secara ekstensif maupun secara restriktif tidak mampu memberi suatu penyelesaian maka untuk menemukan hukumnya, faktalah yang harus dinilai.

Kewajiban hakim adalah menyingkap dan mendasarkan tindakannya pada maksud dari badan pembuat undang-undang, yaitu *mens* atau *sententia legis*-nya (bahasa hukumnya). Secara filosofis di dalamnya terkandung pengertian bahwa inti dari undang-undang terletak di dalam semangatnya, sedangkan kata-kata itu hanya dipakai untuk mengutarakan maksud yang terkandung di dalamnya.²⁷

Menurut Paul Scholten, hukum itu ada, namun harus ditemukan, dalam penemuannya terdapat hal yang baru. Hakim bukanlah menerapkan akan tetapi menemukan hukum. Siikap berhati-hati atau *zorgvuldigheid*, lintas masyarakat atau *maatschappelijk verkeer* adalah fakta, demikian pula yang patut dan yang tidak patut, dengan itikat baik dan dengan itikat jahat, pantas dan tidak pantas. *Jus in causa positum*; dalam fakta terkandung hukum, adalah bukan ucapan yang kosong, dialami dalam praktek, dalam putusannya hakim terdahulu mempertimbangkan tentang fakta baru kemudian tentang hukumnya. Konstelasi dari fakta dapat memperluas, mempersempit, melengkapi atau memperhalus suatu ketentuan hukum untuk siap dipakai dalam hal-hal yang konkret. Terbentuklah ketentuan baru sebagai hukum hakim yang ikut menentukan

²⁷. Satjipto Rahardjo dan Ronny Hanitijo Soemitro, 1986, *Pengantar Ilmu Hukum*, Buku Materi Pokok Modul 1-5 Universitas Terbuka, Karunia, Jakarta, hlm. 87.

proses menemukan hukum mengenai hal-hal yang sama atau hampir sama di kemudian hari.²⁸

Interpretasi peraturan perundang-undangan sebagai kewajiban hukum oleh hakim. Pekerjaan hakim menjadi faktor atau kekuatan mandiri pembentuk hukum diakui resmi oleh peraturan perundang-undangan yang dimuat dalam Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 10 ayat (1): Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

Ketentuan semacam ini juga dicantumkan dalam *Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesia* (Ketentuan-ketentuan Umum tentang Peraturan Perundang-undangan untuk Indonesia) yang dikeluarkan pada tanggal 30 April 1847 termuat dalam *Staatsblad* No. 23 yang hingga kini masih berlaku berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal II Aturan Peralihan. Pasal 22 A.B: *De regter, die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van stizwijgen, duisterheid of onvolledigheid der wet kan uit hoofde van rechtsweijgering vervolgd worden.* (Bilamana seorang hakim menolak menyelesaikan sesuatu perkara dengan alasan bahwa peraturan perundang-undangan yang bersangkutan tidak mengaturnya, tidak jelas atau tidak lengkap, maka ia dapat dituntut karena menolak mengadili).²⁹

Pasal 22 A.B. merupakan suatu *copy* dari Pasal 13 A.B. Belanda yang dikutip dari Pasal 4 *Code Civil (Titre preliminaire): Le juge qui refusera de juger,*

²⁸ John Z. Loudoe, 1985, *Menemukan Hukum melalui Tafsir dan Fakta*, Bina Aksara, Jakarta, hlm. v.

²⁹ Utrecht, 1983 *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Ichtiar Baru, Jakarta, hlm. 122.

sous pretexte du silence, de l'obscurite ou de l'insuffisance de la loi; pourra entre poursuivi comme coupable de deni de justice. Tentang Pasal 4 Code Civil ini, dikatakan oleh C. Demolombe dalam bukunya: *Cours de Code Napoleon*, jilid I, sebagai berikut: *Mais si les juges ne doivent statuer que sur les causes, qui leur sont soumises, ils doivent toujours et necessairement statuer sur toutes celles, qui leur sont soumises,* dan seterusnya: *Nul ne peut, dans une societe policee se faire justice a soi-meme. Mais pour cette maxime, sur laquelle repose l'ordre public, soit equitable et obeie. Il faut que toute contestation soit resolue par les magistrats.* Memang suatu negara hukum bertindak sebagai hakim sendiri pada umumnya tidak diperkenankan; hanya dalam keadaan-keadaan darurat tertentu orang diperkenankan melakukan tindakan-tindakan pembelaan terhadap serangan melawan hukum dari orang ke 3 (tiga). Akan tetapi dengan sendirinya ini hanya mungkin jika tindakan itu berdasar atas hukum.³⁰

Hakim dipaksa atau wajib turut serta menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang bukan hukum, apabila peraturan perundang-undangan tidak menyebut suatu perkara maka hakim harus bertindak atas inisiatif sendiri. Dengan demikian bilamana undang-undang atau kebiasaan tidak memberikan peraturan yang dapat dipakai untuk menyelesaikan suatu perkara, maka hakim harus membuat peraturan atau hukum sendiri. Hal ini perlu karena perkara yang telah dibawa ke muka hakim harus diselesaikan.³¹

van Apeldoorn berpendapat bahwa hakim harus: a. menyesuaikan undang-undang dengan fakta-fakta konkrit, kejadian-kejadian konkrit dalam

³⁰ Lie Oen Hock, 1971, *Hakim dan Hukum Tidak Tertulis*, dalam *Sinerama Hukum di Indonesia in Memoriam Prof. Djoko Soetono*, Eresco, Bandung –Jakarta, hlm. 29.

³¹ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.* hlm. 186.

masyarakat; b. menambah undang-undang apabila perlu. Hakim harus menyesuaikan undang-undang dengan kejadian-kejadian konkrit. Karena undang-undang tidak dapat mencakup segala kejadian yang ada atau timbul dan berlaku di dalam masyarakat. Bukankah pembuat undang-undang hanya menetapkan suatu petunjuk hidup secara umum saja? Pertimbangan mengenai kejadian-kejadian konkrit, yaitu menjelesaikan kejadian-kejadian konkrit dengan undang-undang itulah yang diserahkan kepada hakim. Bahkan keputusan hakim dapat memuat hukum dalam suasana positivitas. Hakim menambah undang-undang, karena pembuat undang-undang senantiasa terbelakang pada kejadian-kejadian baru dan perkembangan baru dalam masyarakat. Bukankah undang-undang itu sebenarnya suatu *momen opname* (pencatatan suatu kejadian ketika kejadian itu timbul), dari keadaan tepat pada saat undang-undang itu dibuat? Akibat 2 (dua) keadaan tadi maka dapat dikatakan bahwa hakim pun turut serta menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang bukan hukum. Dengan perkataan lain hakim melakukan *rechtvinding* (penemuan hukum).

Timbul pertanyaan: Apakah hakim tidak berposisi sebagai legislatif apabila dalam menetapkan keputusannya menentukan mana yang hukum dan mana yang bukan hukum? Apakah hakim tidak melanggar Pasal 21 AB yang menyatakan bahwa; "*Geen regter mag, bij wege van algemeene voordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken, welke aan zijn beslissingzijn onderworpen*". (Tiada seorang hakimpun dengan jalan peraturan umum, disposisi atau reglemen boleh memutuskan dalam perkara yang tunduk pada putusannya). Perbedaannya dengan pekerjaan badan legislatif ialah hakim tidak

membuat peraturan umum yang diundangkan dalam Lembaran Negara, namun hanya berlaku bagi kedua belah pihak yang berkepentingan atau beperkara. Hal ini diperintahkan oleh Pasal 2 *BW* yang menyatakan bahwa "*Het gezag van een geregtelijk gewijsde strekt zich niet verder uit dan tot het onderwerp van het vonnis*" (Kekuasaan keputusan hakim hanya berlaku -mengikat- tentang hal-hal yang diputuskan dalam keputusan itu). Hakim membuat peraturan yang hanya mengikat kedua belah pihak yang bersangkutan, yaitu menjadi pihak-pihak yang berselisih secara nyata, sedangkan pembuat undang-undang membuat peraturan yang berlaku secara umum. Akan tetapi walaupun demikian halnya, masih juga yurisprudensi menjadi sumber hukum formal. Hal ini tidak disebabkan oleh posisi yang terletak pada undang-undang itu sendiri, namun oleh sebab lain di luar undang-undang. Di samping itu, maka pembuat undang-undang sendiri sering membuat istilah yang multi tafsir. Hal ini berarti pembuat undang-undang dengan sengaja memberi "kesempatan" kepada hakim untuk menyesuaikan undang-undang dengan keadaan-keadaan atau kejadian-kejadian konkrit yang ada di dalam kehidupan masyarakat, atau hakim dengan sengaja diberi kesempatan menambah undang-undang. Misalnya istilah kejujuran hati, berakal buruk, melawan kebiasaan baik dan kesusilaan, bertentangan dengan kepentingan umum dan sebagainya menjadi istilah yang dapat diinterpretasi secara berbeda-beda yang disebut *caoutchouctermen* atau istilah karet, yaitu istilah yang arti dan tujuannya dapat ditarik panjang-pendek.³²

Apabila hakim tidak dapat menerapkan undang-undang secara tepat menurut kata-kata dalam undang-undang atau pun undang-undangnya tidak

³² Utrecht, *Op.cit*, hlm. 205.

jelas maka hakim wajib menginterpretasinya sehingga dapat membuat keputusan hukum yang adil, sesuai dengan maksud hukum dalam mencapai kepastian hukum. Sehingga dikatakan bahwa hakim mempunyai kewajiban hukum untuk menginterpretasi undang-undang.

Menginterpretasikan dan menambah undang-undang ada beberapa batasan, yang menurut Logemann; *men mag de norm waaraan men gebonden is niet willekeurig uitleggen, doch allen de juiste uitleg mag gelden.* (.....orang tidak boleh menginterpretasikan secara sewenang-wenang norma yang mengikat, hanya interpretasi yang sesuai dengan maksud pembuat undang-undang menjadi interpretasi yang tepat). Kewajiban tunduk pada maksud pembuat undang-undang, yang secara berakal dapat disimpulkan, berlaku baik bagi penduduk, administrasi negara maupun hakim. Hakim wajib tunduk pada kehendak pembuat undang-undang yang dapat diketahui pada perundang-undangan yang bersangkutan, namun tidak dapat dibaca begitu saja secara tersurat dalam undang-undang, maka hakim harus mencarinya dalam sejarah kata-kata tersebut dalam sistem undang-undang atau pun dalam arti kata-kata seperti yang dipakai dalam kehidupan masyarakat yang sedang berlaku.

Apakah yang dimaksud oleh pembentuk undang-undang? Permasalahan menjadi penting apabila maksud tersebut tidak dinyatakan secara jelas. Adapun yang menjadi maksud adalah segala sesuatu yang berdasarkan interpretasi yang baik, dapat diterima sebagai sesuatu yang secara logis, menurut akal, dapat disimpulkan menjadi kehendak pembuat undang-undang.

Tinjauan pekerjaan hakim tentang mana yang merupakan hukum dan mana yang bukan hukum, maka harus diingat akan suatu persamaan pekerjaan tertentu antara pekerjaan pembuat undang-undang dan pekerjaan hakim. Sebab menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang bukan hukum adalah -sebenarnya- suatu tindakan politik hukum yang dijalankan baik oleh pembuat undang-undang, hakim, administrasi negara maupun -kadang-kadang- yuris. Hal demikian dapat dimengerti bahwa hukum -disamping norma- adalah sarana untuk mencapai kepastian hukum, apabila sedang membicarakan (mempelajari) tentang tujuan hukum.

Polak mengemukakan bahwa cara menginterpretasi undang-undang harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut, yakni; a. materi (dalam arti obyek) peraturan perundang-undangan yang bersangkutan, misalnya peraturan perundang-undangan tentang jual beli, sewa menyewa dan sebagainya; b. tempat dimana timbulnya perkara, artinya memperhatikan kebiasaan setempat; c. waktu, artinya apakah masih berlaku tidaknya peraturan perundang-undangan yang digunakan itu.

Ter Haar memberi batasan tentang intrpretasi undang-undang oleh hakim bahwa dalam menentukan mana yang hukum dan mana yang bukan hukum harus memperhatikan masyarakat setempat agar keputusannya sesuai dengan rasa keadilan masyarakat yang bersangkutan.³³

Dalam suatu kitab undang-undang (kodifikasi) yang telah dibuat pada permulaan abad XX, *Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Kitab Undang-Undang Perdata Swiss) disebutkan secara tegas dalam Pasal 1 yang sangat terkenal:

³³ *Ibid*, hlm. 206

Das Gesetz findet auf alle Rechtsfrage Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewahrter Lehre und Ueberlieferung. Menurut ketentuan ini, maka kadang-kadang hakim harus menyelesaikan perkara menurut peraturan "*die er als Gesetzgeber aufstellen würde*" yaitu menurut peraturan yang dibuatnya dalam hal andainya ia pembuat undang-undang. Ketentuan ini merupakan suatu ketentuan yang modern dan menunjukkan bahwa -pada waktu itu- pandangan legisme sudah tidak diterima serta sudah dipengaruhi oleh sosiologi hukum. Agar dapat mencapai kehendak pembuat undang-undang serta dapat menerapkan undang-undang sesuai dengan kenyataan sosial, maka hakim menggunakan beberapa *interpretatie methoden* atau cara/teknik penafsiran.³⁴

³⁴ *Ibid*, hlm. 207

BAB II

SISTEM PENEMUAN HUKUM

2.1. Sistem Hukum

Mempelajari ilmu hukum dengan hanya mempelajari norma hukumnya saja belumlah cukup. Mengerti norma hukumnya belumlah berarti menguasai hukumnya. Di samping norma hukumnya harus pula dipelajari sistem hukumnya.³⁵

Untuk membicarakan kehadiran hukum sebagai suatu sistem, maka sebaiknya dimulai dari pembicaraan tentang sistem itu sendiri, oleh karena bagaimanapun hukum -sebagai suatu sistem- akan tunduk pada batasan dan ciri-ciri suatu sistem.³⁶

Sistem merupakan tatanan atau kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain yaitu norma atau pernyataan tentang apa yang seharusnya, sehingga sistem hukum merupakan sistem yang normatif. Dengan perkataan lain sistem hukum adalah suatu kumpulan unsur-unsur yang ada dalam interaksi satu sama lain yang merupakan satu kesatuan yang terorganisasi dan kerjasama ke arah tujuan kesatuan. Masing-masing bagian atau unsur harus dilihat dalam kaitannya dengan bagian-bagian atau unsur-unsur lain dan dengan keseluruhannya seperti mozaik atau *legpuzzle*. Masing-masing bagian tidak berdiri sendiri lepas satu sama lain namun berkaitan. Arti pentingnya tiap bagian terletak justru dalam

³⁵ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.* hlm. 18.

³⁶ Satjipto Rahardjo 1, 1986, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 88.

ikatan sistem, dalam kesatuan karena hubungannya yang sistematis dengan aturan-aturan hukum lainnya.³⁷

Sistem itu mempunyai 2 (dua) pengertian yang penting untuk dikenali, sekalipun dalam pembicaraan-pembicaraan keduanya sering dipakai secara tercampur begitu saja.

1. Sistem sebagai jenis satuan, yang mempunyai tatanan tertentu. Tatanan tertentu di sini menunjuk kepada suatu struktur yang tersusun dari bagian-bagian.
2. Sistem sebagai suatu rencana, metode atau prosedur untuk mengerjakan sesuatu.

Pengertian-pengertian dasar yang terkandung di dalam sistem adalah:

1. Sistem itu berorientasi kepada tujuan.
2. Keseluruhan adalah lebih dari sekedar jumlah dari bagian-bagiannya (*wholisme*).
3. Sistem berinteraksi dengan sistem yang lebih besar, yaitu lingkungannya yang disebut sebagai sistem terbuka.
4. Bekerjanya bagian-bagian dari sistem, menciptakan sesuatu yang berharga (transformasi).
5. Masing-masing bagian harus cocok satu sama lain (keterhubungan)
6. Ada kekuatan pemersatu yang mengikat sistem itu (mekanisme kontrol).³⁸

Di luar sistem atau kesatuan, masing-masing bagian tidak mempunyai arti. Contoh, apabila hendak mengetahui tentang sifat pengakuan anak yang

³⁷ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.* hlm. 19.

³⁸ Satjipto Rahardjo 1, *Op.cit.* hlm. 89.

diilahirkan di luar perkawinan oleh orang tuanya, tidak cukup hanya mencari ketentuan-ketentuan dalam KUH Perdata saja, namun harus dihubungkan dengan KUH Pidana Pasal 278: Barangsiapa menurut KUH Perdata mengakui seorang anak sebagai anaknya sendiri, sedang diketahuinya bahwa ia bukan ayahnya anak itu, dihukum karena palsu mengakui anak dengan hukuman penjara selama-lamanya 3 (tiga) tahun. *Hoge Raad* dalam putusannya 30 Januari 1959 (*Nederlandse Jurisprudentie* 1959, 548) berpendapat bahwa dari *Burgerlijk Wetboek* Pasal 1269 (KUHPerdata Pasal 1233), yang menentukan bahwa perikatan timbul dari perjanjian atau undang-undang, tidak dapat disimpulkan bahwa setiap perikatan yang tidak lahir dari perjanjian secara langsung harus mendasarkan pada salah satu pasal dalam undang-undang.

Di antara bagian-bagian atau unsur-unsur dalam sistem, terjadi hubungan khusus yang merupakan tatanan yang khusus pula yang disebut struktur. Struktur menentukan identitas sistem, sehingga masing-masing unsur dapat berubah, bahkan diganti tanpa mempengaruhi kontinuitas sistem. Sebagai contohnya dapat dikemukakan bahkan peraturan berubah, undang-undang diganti, yurisprudensi selalu berkembang, namun sistemnya tetap sama. *Structured whole* atau kesatuan itu bukan sekedar merupakan kumpulan atau penjumlahan bagian-bagian atau unsur-unsur yang mempunyai kemandirian terbatas terhadap sistem-sistem lain dan yang mengurangi kompleksitas keseluruhan.³⁹

Sistem hukum terdiri dari suatu keseluruhan kompleks unsur-unsur, yaitu peraturan, putusan pengadilan, lembaga atau organisasi dan nilai-nilai.

³⁹ *Ibid*, hlm. 18.

Keseluruhan tata hukum nasional dapat disebut sistem hukum nasional, kemudian masih dikenal sistem hukum pidana, sistem hukum perdata, sistem hukum lingkungan dan sebagainya. Ada sistem, ada sub sistem dan ada pula sub-sub sistem dan sebagainya. Dalam setiap bagian hukum pada dasarnya selalu ada sifat-sifat yang umum dari peraturan hukum, yang pada umumnya suatu bidang hukum itu tidak dengan tegas diatur dalam undang-undang. Dengan sistematisasi maka kompleksitas kenyataan -pada dasarnya tidak terbatas- dapat lebih mudah dikuasai. Sistematisasi memberi motivasi pemecahan hukum, misalnya metode interpretasi sistematis dalam penemuan hukum. Sebagai contoh, untuk menetapkan arti suatu ketentuan undang-undang, maka ketentuan itu dihubungkan secara sistematis dengan ketentuan-ketentuan yang lain. Misalnya KUHPerdata Pasal 584 menentukan bahwa hak milik atau *eigendom* benda hanya dapat diperoleh dengan cara: pendakuan, perlekatan (*natrekking*), daluwarsa, pewarisan dan penyerahan.

Sistematisasi adalah rekayasa pembagian yang merupakan alat bantu untuk menelusuri suatu lembaga hukum, yang tidak boleh menjadi nilai yang absolut atau merupakan aksioma di samping itu -sistem- juga mempermudah untuk mengetahui ikhtisar dalam kajian hukum. Sistem juga memungkinkan untuk menemukan hukum (interpretasi hukum dan argumentasi hukum) secara sederhana. Apabila dalam suatu peristiwa tertentu tidak ditemukan aturan hukumnya, maka dalam mencari pemecahannya harus memperhatikan apa yang sesuai atau tidak sesuai dengan sistem perundang-undangan. Antara lembaga hukum dari berbagai sistem, sering terdapat perbedaan-perbedaan. Aturan yang

ditemukan dalam sistem yang satu tidak selalu dapat begitu saja bisa diterapkan ke dalam sistem yang lain. Misalnya dalam KUH Perdata Pasal 499, mayat manusia tidak dapat menjadi subyek hukum sehingga tidak ada yang mempunyai. Namun dalam hukum pidana, mayat manusia itu milik ahli warisnya, sehingga siapa yang mengambil mayat manusia secara melanggar aturan hukum, berarti mengambil mayat itu dari pemiliknya (ahli warisnya), dengan demikian pengambil mayat itu melakukan pencurian mayat (*Hoge Raad 25 Juni 1946*).

Alat bantu yang penting dalam sistematisasi hukum adalah konstruksi hukum. Tanpa sistem hukum, maka tidak mengenal peraturan-peraturan baru sebagai peraturan hukum dan tidak akan dapat memecahkan persoalannya. Ada yang berpendapat bahwa sifat sistematis hukum itu merupakan kenyataan yang melekat pada sifat hukum itu sendiri atau *given* dengan mengatur perilaku manusia yang disebut norma, maka hukum memberikan kepastian dalam hubungan antar manusia, artinya setiap perilaku manusia itu dapat dipastikan apakah perilaku yang dilarang ataukah perilaku yang dibolehkan oleh hukum, beserta sanksi sebagai akibat bagi yang berperilaku dilarang oleh hukum. Di samping itu ada yang berpendapat bahwa sistematis hukum itu suatu perintah kepada yuris, dan sistematis hukum itu merupakan kreasinya.

Sistem hukum agar dapat berfungsi sebagai kesatuan yang berdiri sendiri serta menentukan identitasnya, maka harus dapat dibedakan dari sistem hukum lainnya dan jenis-jenis sistem normatif misalnya sistem kesusilaan, adat, agama, kebiasaan, kearifan lokal. Faktor penentu identitasnya adalah ruang lingkup dan

sumber-sumbernya. Ruang lingkup berlakunya sistem hukum mempunyai kriterium yang menentukan norma itu ditujukan kepada kelompok masyarakat mana sebagai subyeknya atau *normadressaat*. Sistem hukum modern ruang lingkup berlakunya hukum atau peraturan ditentukan -terutama- secara teritorial (batas negara) dan kriteria orangnya. Sedangkan sistem hukum primitif ruang lingkup berlakunya hukum atau peraturan ditentukan atas keanggotaan dalam kelompok suku atau *clan*. Sumber berlakunya sistem hukum -hendaknya dipandang sebagai kesatuan yang berdiri sendiri- yaitu kriteria yuridis yang manakah yang diterapkan dalam praktek baik oleh hakim maupun penguasa lain.

Hukum itu pada dasarnya merupakan sistem yang terbuka, namun di dalam sistem yang terbuka itu ada bagian-bagian yang sifatnya tertutup. Bagian-bagian yang sifatnya tertutup berarti bahwa pembentuk undang-undang tidak memberi kebebasan untuk pembentukan hukum, misalnya -dalam hukum pidana- sistem tertutup dari hak-hak absolut mengenai batasan delik dan norma sanksi, artinya hakim tidak dapat menciptakan delik baru dan sanksi baru. Tertutup dalam hal ini tidak berarti bahwa sama sekali peraturannya tidak boleh diinterpretasi. Dalam lapangan hukum perdata, bidang hukum keluarga dan hukum benda sifatnya tertutup. Ini berarti bahwa jumlah dan sifatnya lembaga hukum dalam hukum keluarga dan hukum benda, adalah sudah pasti dan sudah tetap, artinya tidak seorang pun boleh menciptakan hak-hak baru di bidang kebendaan, kecuali pembentuk undang-undang. Sedangkan -dalam lapangan hukum perdata- bidang hukum perjanjian sifatnya terbuka. Sistem hukum yang terbuka -baik obyek maupun subyeknya- yang bukan merupakan bagian dari

sistem mempunyai hubungan timbal balik dengan lingkungannya. Hubungan-hubungan itu misalnya bidang kebudayaan, politik, ekonomi, sejarah dan sebagainya. Di samping itu, peraturan-peraturan di dalam sistem hukum itu terbuka untuk diinterpretasi dan memungkinkan ada perbedaan interpretasi, sehingga peraturan itu selalu berubah dan berkembang. Perkembangan aturan hukum yang sistemnya terbuka lebih pesat daripada perkembangan aturan hukum yang sistemnya tertutup.⁴⁰

Paul Scholten mengatakan bahwa hukum adalah suatu sistem, karena hukum itu karya manusia maka pasti ada kekurangan-kekurangan dan ketidaklengkapan, dan menurut sifatnya tidak selesai dan tidak dapat tuntas, karena merupakan dasar putusan-putusan yang menambahkan sesuatu yang baru pada sistem. Unsur-unsur yang membentuk sistem adalah norma dan putusan pengadilan. Sedang normanya adalah tentang apa yang seharusnya dan bukan tentang bagaimana sesuatu itu berlaku atau bekerja.

Hukum itu termasuk sistem yang abstrak karena hasil dari pemikiran, yang unsur-unsurnya bersifat immaterial yang tidak dapat diraba. Termasuk kategori abstrak ialah sistem normatif yang merupakan kelompok tersendiri, yang unsur-unsurnya terdiri dari kaedah peraturan yang bersifat preskriptif, yaitu ketentuan tentang apa yang seharusnya dilakukan, yaitu sistem hukum, sistem norma agama dan kesusilaan. Di samping itu masih dikenal sistem konseptual yang terdiri dari unsur-unsur abstrak, tetapi yang pemikirannya mengenai kesatuan didasarkan atas teori tentang saling berhubungan dalam kenyataan.

⁴⁰ *Ibid.* hlm.23.

Pada sistem konseptual masalahnya bukan apakah ada, namun apakah berlaku.⁴¹

2.1.1. Ciri-ciri sistem hukum.

Sistem hukum terikat pada tempat dan waktu, berarti suatu sistem itu pada suatu waktu berlaku, kemudian semakin tidak sesuai dengan perkembangan dan kemajuan masyarakat, akan tetapi sistem itu dapat disesuaikan. Memperbaharui suatu sistem tanpa tindakan tegas adalah tidak mungkin sama sekali.

1. Sistem hukum bersifat kontinu, berkesinambungan dan otonom.

Fungsi sistem hukum adalah menjaga atau mengusahakan keseimbangan tatanan dalam masyarakat atau *restitutio in integrum*. Setiap sistem -termasuk sistem hukum- mengenal pembagian di dalamnya, yang masing-masing bagian tidak boleh bertentangan satu sama lain. Pembagian atau klasifikasi adalah merupakan ciri sistem hukum. Untuk mengadakan klasifikasi harus ada tolok ukurnya atau kriterium. Oleh karena itu, kriterium merupakan prinsip sebagai dasar pembagian. Klasifikasi hukum misalnya berdasarkan cara-cara mempertahankannya menjadi hukum formal/ajektif dan hukum substansial. Klasifikasi berdasarkan waktu dibagi menjadi *ius constituetum* dan *ius constituendum*. Klasifikasi berdasarkan daya kerjanya menjadi hukum imperatif dan hukum fakultatif.

2. Sistem hukum mempunyai sifat konsisten/ajeg dalam menghadapi konflik.

Di dalam sistem hukum terjadi interaksi antara unsur-unsur atau bagian-bagian, interaksi memungkinkan terjadinya konflik. Tidak jarang terjadinya konflik

⁴¹ *Ibid.* hlm. 24.

antara peraturan perundang-undangan yang satu dengan yang lain, antara peraturan perundang-undangan dengan putusan pengadilan, antara peraturan perundang-undangan dengan kebiasaan.

3. Sistem hukum tidak mengkehendaki adanya konflik antar unsur-unsur atau bagian-bagian.

Apabila terjadi konflik maka tidak akan dibiarkan sampai berlarut-larut. Hal ini secara konsisten diatasi oleh sistem hukum dengan menyediakan asas-asas hukum. Maka dari itu dapat dikatakan bahwa sistem hukum adalah suatu kesatuan yang di dalamnya telah tersedia jawaban atau pemecahan atas segala persoalan yang timbul di dalam sistem. Adapun asas-asasnya adalah: *Lex posterior derogat legi priori*; *Lex specialis derogat legi generali*; *Lex superior derogat legi inferiori*; *Lex dura sed tamen scripta*; *Res judicata pro veritate habetur*. Apabila terjadi konflik antara undang-undang dengan hukum kebiasaan mengenai materi yang bersifat pelengkap, maka hukum kebiasaanlah yang didahulukan.

4. Sistem hukum bersifat lengkap.

Sistem hukum bersifat lengkap, artinya melengkapi ketidakjelasan, kekurangan dan kekosongan hukum. Tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mengatur seluruh kegiatan kehidupan manusia secara lengkap, jelas dan tuntas, karena kegiatan kehidupan manusia sangat luas baik jenis maupun jumlahnya. Ketidakjelasan, kekurangan dan kekosongan hukum itu diatasi oleh sistem hukum itu dengan jalan penemuan hukum.

5. Sistem hukum mempunyai konsep fundamental.

Suatu konsep dasar yang digunakan sebagai dasar konsep-konsep selanjutnya tanpa penjelasan lebih lanjut. Konsep fundamental ini amat erat hubungannya dengan bahasa hukum. Peraturan perundang-undangan, perjanjian, putusan pengadilan itu semua dirumuskan dengan bahasa. Acara di persidangan maupun pelaksanaan hukum lainnya dapat dilihat sebagai proses yang menggunakan bahasa sebagai sarana komunikasi. Dalam bahasa hukum Indonesia, kata “manusia” merupakan istilah biologi, sedangkan kata “orang” merupakan pengertian yuridis. Orang adalah penyanggah hak dan kewajiban atau subyek hukum yang mempunyai kewenangan hukum. Asas yang dianut di Indonesia adalah, bahwa setiap manusia adalah orang atau subyek hukum, suatu konsep dasar yang digunakan sebagai dasar konsep-konsep selanjutnya. Contoh lain, misalnya hak, kewajiban, sanksi dan sebagainya.⁴²

Fuller berpendapat bahwa ada 8 (delapan) asas-asas sistem hukum yang dinamakan *the principles of legality*:

1. Suatu sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan, artinya tidak boleh sekedar mengandung keputusan-keputusan yang bersifat *ad hoc*.
2. Peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan.
3. Tidak boleh ada peraturan yang berlaku surut, oleh karena apabila yang demikian itu tidak ditolak, maka peraturan itu tidak dapat dipakai untuk menjadi pedoman perilaku. Membolehkan pengaturan berlaku surut berarti merusak integritas peraturan yang ditujukan untuk berlaku bagi waktu mendatang.
4. Peraturan harus disusun dalam rumusan yang dapat dimengerti.

⁴² *Ibid*, hlm. 26.

5. Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain.
6. Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan.
7. Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah-ubah peraturan sehingga menyebabkan seseorang akan kehilangan orientasi.
8. Harus ada kecocokan diantara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.

Fuller sendiri mengatakan bahwa kedelapan asas yang diajukan itu sebetulnya lebih dari sekedar persyaratan bagi adanya suatu sistem hukum, melainkan memberikan kualifikasi terhadap sistem hukum sebagai sistem hukum yang mengandung suatu moralitas tertentu. Kegagalan untuk menciptakan sistem yang demikian itu, tidak hanya melahirkan sistem hukum yang jelek, melainkan sesuatu yang tidak dapat disebut sebagai sistem hukum sama sekali.⁴³

2.1.2. Keluarga Hukum

Dalam perspektif keluarga-keluarga hukum di dunia, ada 2 (dua) sistem hukum utama yang banyak diterapkan di dunia yaitu sistem *civil law* atau sistem hukum Eropa Kontinental dan sistem *common law* atau sistem hukum Anglo Saxon. Namun selain 2 (dua) sistem hukum tersebut masih terdapat 2 (dua) sistem hukum lainnya yang diterapkan di dunia, yakni; sistem *Islamic law* dan sistem *Communist law*.

⁴³ Satjipto Rahardjo 1, *Op.cit.*, hlm. 92.

Dalam konteks sistem *civil law* atau sistem hukum Eropa Kontinental khususnya Belanda, penemuan hukum didasarkan pada ajaran menemukan hukum dengan bebas (*vrije rechtsvinding*) yang terbagi menjadi 3 (tiga) ajaran yang menyangkut di manakah hukum bebas tersebut dapat diketemukan. Ajaran pertama yang dimotori oleh Hamaker menyatakan bahwa hukum bebas dapat ditemukan dengan menggali dari adat istiadat di dalam masyarakat, oleh karenanya ajaran ini disebut pula ajaran sosiologis. Ajaran ke dua memandang bahwa hukum dapat ditemukan di dalam ketentuan-ketentuan kodrati yang sudah ada untuk manusia, ketentuan kodrati itu terutama di dalam kitab-kitab suci dan perenungan-perenungan (kontemplasi) kefilsafatan tentang keadilan dan moralitas, oleh karenanya ajaran ini disebut ajaran hukum kodrat. Ajaran ke tiga adalah ajaran yang menghendaki hakim dalam menemukan hukum tidak hanya berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang sudah ada namun lebih dari itu, hakim dalam menemukan hukum harus juga dalam konteks mengoreksi dan jika perlu membatalkan peraturan perundang-undangan tersebut dan membentuk norma hukum baru, aliran ini juga disebut *rechter-koningschap*.

Indonesia menganut sistem *civil law* sebagai akibat penjajahan yang dilakukan oleh Belanda selama kurun waktu 350 tahun melalui kebijakan *bewuste recht politiek*, yang kemudian setelah merdeka tata hukum tersebut diresepsi menjadi tata hukum nasional.

Salah satu karakteristik utama dari *civil law* ialah penggunaan aturan-aturan yang tertulis dan terbukukan atau terkodifikasi sebagai sumber hukumnya. Untuk menerjemahkan aturan-aturan hukum tersebut kepada

peristiwa-peristiwa konkret, maka difungsikanlah hakim. Hakim memiliki kedudukan pasif dalam penerapan aturan hukum tersebut, hakim akan menerjemahkan suatu aturan hukum apabila telah terjadi sengketa di antara individu satu dengan yang lainnya di dalam masyarakat yang kemudian hasil terjemahan aturan hukum tersebut ditetapkan di dalam suatu putusan pengadilan yang mengikat pada pihak-pihak yang bersengketa. Penggunaan aturan hukum tertulis di dalam *civil law* kadang kala memiliki kendala tertentu, salah satu kendala utama ialah relevansi suatu aturan yang dibuat dengan perkembangan masyarakat. Hal ini dikarenakan aktivitas masyarakat selalu dinamis, oleh karenanya segala aturan hukum yang dibentuk pada suatu masa tertentu belum tentu relevan dengan masa sekarang. Sehingga dapat disimpulkan bahwa aturan hukum selalu berada 1 (satu) langkah di belakang realitas masyarakat. Relevansi aturan hukum dengan persoalan masyarakat merupakan hal yang esensial demi terciptanya keadilan dan ketertiban di masyarakat. Aturan hukum yang tidak relevan, akan berakibat adanya kekacauan dan ketidakadilan dan tidak dapat menjawab persoalan-persoalan yang ada di dalam masyarakat. Relevansi di sini mengandung pengertian, bahwa hukum harus dapat memecahkan suatu persoalan dari suatu realitas baru dalam masyarakat. Apabila tidak dapat akan menyebabkan terjadinya apa yang disebut *bankruptcy of justice* yakni suatu konsep yang mengacu pada kondisi di mana hukum tidak dapat menyelesaikan suatu perkara akibat ketiadaan aturan hukum yang mengaturnya. Untuk menyelesaikan persoalan ini maka diberikanlah kewenangan kepada hakim untuk mampu mengembangkan hukum atau melakukan penemuan hukum

(*rechtsvinding*), namun demikian dalam konteks sistem hukum *civil law* hal ini menjadi suatu persoalan. Hakim pada prinsipnya menjadi corong undang-undang, di mana peranan dari kekuasaan kehakiman hanya sebagai penerap undang-undang atau *rule adjudication function* yang bukan merupakan kekuasaan pembuat undang-undang atau *rule making function*. Sehingga diperlukan batasan-batasan mengenai penemuan hukum oleh hakim dengan menggunakan interpretasi hukum dan argumentasi hukum.

Sistem Eropa Kontinental ini mengutamakan hukum tertulis dan terkodifikasi sebagai sendi utama. Oleh karenanya sering pula disebut sistem hukum kodifikasi. Pemikiran kodifikasi ini dipengaruhi oleh konsepsi hukum abad XVIII sampai dengan abad XIX. Untuk melindungi masyarakat dari tindakan sewenang-wenang dan demi kepastian hukum, norma hukum harus tertulis dalam bentuk perundang-undangan. Lebih lanjut pemikiran ini menyatakan bahwa; suatu undang-undang harus bersifat umum (*algemeen*), umum baik mengenai waktu, tempat, orang atau obyeknya; undang-undang harus lengkap, tersusun dalam suatu kodifikasi. Berdasarkan pandangan ini, pemerintah dan hakim tidak lebih dari sebuah mesin yang bertugas untuk menerapkan undang-undang (secara mekanis).

Sistem Anglo Saxon yang biasa disebut sistem *common law* merupakan sistem hukum yang menjadikan yurisprudensi sebagai “sendi utama” dalam sistem hukumnya. Yurisprudensi ini merupakan keputusan-keputusan hakim mengenai suatu perkara konkret yang kemudian norma-norma dan asas-asas hukum yang kemudian mengikat bagi hakim-hakim berikutnya di dalam memutus

suatu perkara yang memiliki karakteristik yang sama dengan perkara sebelumnya.

Pengertian *judge made law* dalam sistem hukum *common law* ialah bahwa hakim memiliki peranan dalam membentuk suatu norma hukum yang mengikat didasarkan pada kasus-kasus konkrit, sehingga hukum dalam pengertian ini benar-benar membentuk suatu norma hukum baru, untuk mencapai kepastian hukum, maka dikembangkanlah sistem *precedent*, di mana hakim terikat dengan keputusan hakim terdahulu yang menyangkut suatu perkara yang identik. Apabila dalam suatu perkara hakim dalam menerapkan *precedent* justru akan melahirkan ketidakadilan maka hakim harus menemukan faktor atau unsur pembedanya. Dengan demikian hakim bebas membuat putusan baru yang menyimpang dari putusan yang lama. Aliran hukum ini menyebar dari daratan Inggris kemudian ke daerah-daerah *commonwealt* atau persemakmuran (bekas jajahan Inggris); Amerika Serikat, Canada, Australia dan sebagainya. Namun demikian dalam perkembangannya kedua sistem hukum tersebut (*civil law* dan *common law*) mengalami konvergensi (saling mendekat) yang ditandai dengan peranan yang cukup penting suatu peraturan perundang-undangan bagi sistem *common law* dan sebaliknya peranan yang signifikan pula dari yurisprudensi dalam sistem *civil law*.

Makin besarnya peranan peraturan perundang-undangan terjadi karena beberapa faktor, di antaranya ialah:

1. Peraturan perundang-undangan merupakan norma hukum yang mudah dikenali, mudah ditemukan kembali dan mudah ditelusuri. Sebagai norma

hukum tertulis, bentuk, jenis dan tempatnya jelas, demikian juga pembuat perundang-undangan pun juga jelas.

2. Peraturan perundang-undangan memberikan kepastian hukum yang lebih nyata karena normanya mudah diidentifikasi dan mudah ditemukan kembali.
3. Struktur dan sistematika peraturan perundang-undangan lebih jelas sehingga memungkinkan untuk diperiksa kembali dan diuji, baik dari segi formal maupun substansial muatannya.
4. Pembentukan dan pengembangan peraturan perundang-undangan dapat diprogram.

Faktor-faktor demikian sangat penting bagi negara yang sedang membangun terutama membangun sistem hukum baru yang sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat.

2.2. Sistem Penemuan Hukum

Pada dasarnya penemuan hukum tetap harus mendasarkan pada sistem hukum yang ada. Penemuan hukum yang semata-mata mendasarkan pada undang-undang disebut *oriented system*, namun apabila *oriented system* tidak memberikan solusi maka harus ditinggalkan dan menuju ke *problem oriented* yang dilatarbelakangi adanya kecenderungan masyarakat pada umumnya yang membuat undang-undang lebih umum, sehingga dengan sifat umum itu hakim mendapat kebebasan yang lebih luas. Penemuan hukum pada awalnya hanya dikenal dalam hukum perdata karena hukum perdata lebih luas ruang geraknya,

tetapi sekarang penemuan hukum juga dikenal dalam berbagai bidang hukum yang lain.⁴⁴

Hakim apabila menghadapi peristiwa konkret, kasus atau konflik, pada hakekatnya harus memecahkan atau menyelesaikannya dan untuk itu harus mengetahui dengan cara mencari dan menemukan hukumnya untuk diterapkan pada peristiwa konkret, kasus atau konflik tersebut.

Montesquieu -nama lengkapnya Charles de Scondat Baron de la Brede at de Montesquieu- dan Imanuel Kant yang berpandangan klasik, memandang bahwa hakim dalam menerapkan undang-undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya tidak menjalankan peranannya secara mandiri. Hakim hanyalah penyambung lidah/corong undang-undang atau *bouche de la loi*, sehingga tidak dapat mengubah, tidak dapat menambah dan tidak dapat pula mengurangi kekuatan hukum undang-undang. Hal demikian karena Montesquieu berpandangan bahwa undang-undang adalah satu-satunya sumber hukum positif. Oleh karena itulah demi kepastian hukum, kesatuan hukum serta kebebasan warga negara -yang terancam oleh kebebasan (tindakan sewenang-wenang) dari tindakan hakim- maka hakim harus tunduk/berada di bawah undang-undang. Berdasarkan pandangan Montesquieu ini, peradilan hanyalah bentuk berpikir silogisme/*subsumptie*. Berhubung kesimpulan logis itu tidak pernah berisi melebihi daripada isi premis, maka putusan tidak akan berisi melebihi daripada undang-undang dalam hubungannya dengan peristiwa hukum. Demikian pula suatu putusan hakim tidak akan berisi atau meliputi lebih dari apa yang terdapat dalam undang-undang yang berhubungan dengan peristiwa

⁴⁴ Bambang Sutyoso, *Op. cit.* hlm. 62.

konkrit, kasus atau konflik. Pasal 20 A B dan Pasal 21 A B berasal dari pandangan klasik tersebut di atas, isi pasal tersebut adalah hakim harus mengadili menurut undang-undang.

Pasal 20 A B: *De regter moet volgens de wet regtspreken. Behoudens het bepaalde bij art. 11 mag hij in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen.* (Hakim harus mengadili menurut undang-undang. Kecuali yang ditentukan dalam Pasal 11 hakim sama sekali tidak diperkenankan menilai bertentangan tidaknya isi undang-undang itu dengan rasa keadilan).

Dalam praktek, ketentuan Pasal 20 A B bermakna lain, hal demikian dibandingkan dengan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman: Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang. Hal demikian dengan berpedoman asas *lex posterior derogat legi priori*, maka Pasal 20 A B yang isinya bertentangan dengan isi Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang No. 48 tahun 2009, dilumpuhkan atau didahului oleh Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang No. 48 tahun 2009. Pengertian “menurut hukum” lebih luas daripada pengertian “menurut undang-undang”. Dengan pengertian “menurut hukum” maka membuka peluang bagi hakim untuk melaksanakan kebebasannya, sedangkan pengertian “menurut undang-undang” lebih membatasi kebebasan hakim. Oleh karena itu, demi keutuhan sistem hukum, maka asas *lex posterior derogat legi priori* perlu disimpangi, sehingga Pasal 20 A B dan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang No. 48 tahun 2009 harus diinterpretasi saling mengisi. Kecuali itu, hakim tidak boleh menilai bahwa undang-undang itu tidak lengkap atau suatu ketentuan undang-

undang itu tidak jelas. Oleh karena itu berdasarkan Pasal 21 A B dan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 48 tahun 2009 hakim dilarang menolak memeriksa, mengadili, dan memutus perkara. Ini berarti bahwa hakim bukanlah pembentuk undang-undang, hakim dilarang menciptakan hukum. Pasal 16 ayat (1): Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

Keunggulan undang-undang yang tampak dari Pasal 21 A B, yaitu bahwa putusan hanya berlaku bagi peristiwa konkrit, kasus atau konflik dan tidak memberi kekuatan umum atau memberlakukan secara umum untuk situasi-situasi semacam itu. Berarti hakim tidak boleh menempatkan diri sebagai pembentuk undang-undang, hakim hanya boleh memeriksa dan memutus perkara konkrit dan tidak boleh membuat peraturan yang mengikat umum.

Menurut pandangan klasik yang dipelopori oleh Montesquieu dan Imanuel Kant ini, semua hukum terdapat secara lengkap dan sistematis dalam undang-undang. Tugas hakim adalah mengadili sesuai atau menurut bunyi undang-undang. Oleh karena itulah dapat dipahami Pasal 15 A B yang menyatakan bahwa kebiasaan hanya dapat membentuk hukum apabila undang-undang menyebutnya.⁴⁵

Metode yang seharusnya digunakan dalam menerapkan undang-undang adalah metode berpikir deduksi/*subsumptie* logis. Teori ini disebut legisme atau positivisme undang-undang. Penemuan hukum di sini dianggap sebagai “kejadian yang teknis dan kognitif/pengertian” yang mengutamakan undang-

⁴⁵ Utrecht, *Op.cit.* hlm. 115

undang dan tidak memberi tempat pada pengakuan subyektivitas atau penilaian. Hakim tidak diberi kesempatan untuk berkreasi. Positivisme undang-undang ini didasarkan pada jalan pikiran: Apa yang mempunyai bentuk lahir sebagai hukum adalah legitim sebagai hukum, tidak peduli nilai isinya. Di sini aspek logis analitis (mendasarkan aspek logis analitis yang dimutlakkan).

van Eikema Hommes memandang sebagai peradilan yang *typis logicistis*.

Wiarda menyebutnya sebagai penemuan hukum heteronom. Karena hakim mendasarkan pada peraturan-peraturan di luar dirinya, hakim tidak mandiri karena harus tunduk pada undang-undang. Pandangan klasik yang *logicistis* ini didorong oleh usaha kodifikasi dan asas pembagian kekuasaan dari Montesquieu ini tidak dapat dipertahankan.

Pada tahun 1804 Etienne Portalis perencana *Code Civil* (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Perancis) berpandangan materialisme yuridis atau otonom berpendapat bahwa kitab undang-undang meskipun tampaknya lengkap, tetapi tidak pernah rampung, sebab ribuan permasalahan yang tidak terduga akan diajukan kepada hakim. Undang-undang yang sudah ditetapkan itu tidak akan berubah, sedangkan manusia tidak akan berhenti dan perkembangan itu selalu akan menimbulkan peristiwa baru. Oleh karena itulah, permasalahannya diserahkan kepada kebiasaan, yuris dan pendapat hakim, sebab undang-undang ternyata tidak lengkap dan sering tidak jelas. Dari hakim diharapkan dapat menyesuaikan undang-undang dengan keadaan. Peradilan mempunyai peranan yang penting dan yurisprudensi makin bertambah kewibawaannya. Pandangan Etienne Portalis dewasa ini banyak penganutnya.

Sekitar tahun 1850 bergeserlah dari pandangan penemuan hukum yang *typis logicistis* (heteronom) condong ke arah pandangan –yang oleh van Eikema Hommes disebut sebagai- material yuridis (otonom) yang ditujukan pada peran penemuan hukum yang mandiri. Hakim tidak lagi dipandang sebagai corong undang-undang, namun sebagai pembentuk hukum yang secara mandiri memberi bentuk pada isi undang-undang dan menyesuainya dengan kebutuhan-kebutuhan. Di Jerman dipertahankan oleh Oskar Bollow dan Eugen Erlich, di Perancis dikembangkan oleh Francois Geny, di Amerika dikembangkan oleh Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank dan Paul Scholten.

Francois Geny menentang penyalahgunaan cara berpikir yang abstrak-logis dalam pelaksanaan hukum dan menentang terhadap fiksi bahwa undang-undang berisi hukum yang berlaku. Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank dan Paul Scholten menentang pendapat bahwa hukum yang ada itu lengkap yang dapat dijadikan sumber bagi hakim untuk memutuskan dalam perkara yang konkrit. Menurut pendapat mereka pelaksanaan undang-undang oleh hakim bukanlah semata-mata hanya masalah logika murni dan penggunaan rasio yang tepat (silogisme), namun lebih merupakan pemberian bentuk yuridis pada asas-asas hukum substansial yang menurut sifatnya tidak logis dan tidak mendasarkan pada pikiran yang abstrak, tetapi lebih mendasarkan pada pengalaman dan penilaian yuridis. Juga dikemukakan bahwa undang-undang itu tidak mungkin lengkap, undang-undang hanya merupakan suatu tahap tertentu dalam proses pembentukan hukum sehingga undang-undang wajib mencari pelengkap-pelengkap dari praktek hukum yang teratur dari hakim (yurisprudensi), di

mana asas yang merupakan dasar undang-undang dijabarkan lebih lanjut dan dikonkretisasi, diisi dan diperhalus dengan asas-asas baru.

Memang tepatlah penjabaran asas-asas hukum yang merupakan dasar pembentukan hukum dalam tata hukum modern yang memaksa ke arah pandangan dinamis penemuan hukum oleh hakim atau pejabat-pejabat lain yang dibebani tugas pelaksanaan undang-undang. Oleh karena itu diakui bahwa dalam hal kekosongan atau ketidakjelasan undang-undang, hakim mempunyai tugas yaitu memberi pemecahan dengan interpretasi undang-undang. Meskipun semakin lama orang semakin meninggalkan pandangan legistis atau positivisme undang-undang, namun pangkal tolak penemuan hukum adalah sistem. Semua hukum terdapat dalam undang-undang, dan hanya kalau ada kekosongan atau ketidakjelasan dalam undang-undang saja maka hakim boleh menafsirkan. Dalam pemecahan semacam ini sistemlah yang menjadi titik tolaknya (*system denken*). Di sinilah penemuan hukum bukan semata-mata hanya penerapan peraturan-peraturan hukum terhadap peristiwa konkrit namun sekali gus merupakan penciptaan hukum dan pembentukan hukum.

Dari hal tersebut, dapat dilihat bahwa hakim mempunyai kedudukan yang penting dalam sistem hukum, karena hakim mempunyai fungsi yang pada hakekatnya melengkapi ketentuan-ketentuan hukum tertulis melalui *rechtvinding* (penemuan hukum) yang mengarah kepada *creation of new law* (penciptaan hukum baru). Fungsi penemuan hukum tersebut harus diartikan mengisi *recht*

vacuum (kekosongan hukum) dan mencegah tidak ditanganinya suatu perkara dengan alasan hukumnya tidak jelas atau tidak ada.⁴⁶

Montesquieu mengemukakan ada 3 (tiga) bentuk negara ideal, yaitu negara otoriter, negara republik dan negara kerajaan (*etat despotique, etat republicain, etat monarchique*), dan pada setiap bentuk negara terdapat bentuk penemuan hukum yang cocok untuk masing-masing bentuk negara.

1. *Etat despotique* tidak ada undang-undang, hakim mengadili setiap peristiwa individual menurut apresiasi pribadinya secara arbitrer. Terjamin penemuan hukum secara mutlak.
2. *Etat republicain* di dalam hukum (idealnya) terdapat penemuan hukum yang heteronom; hakim menerapkan undang-undang menurut bunyinya.
3. *Etat monarchique* terdapat sistem undang-undang, baik yang terinci maupun yang kurang rinci, sehingga tidak dapat diterapkan begitu saja, namun harus diinterpretasikan terlebih dahulu dengan mencari jiwanya. Hakim di samping sebagai corong undang-undang, juga sebagai penafsir undang-undang. Di sini terdapat sistem penemuan hukum yang mempunyai unsur-unsur heteronom maupun otonom.

Tipe yang digambarkan oleh Montesquieu masing-masing mencerminkan aspek tertentu dari fungsi hakim. Hakim tidak lebih berfungsi sebagai corong undang-undang, namun dapat juga hakim mempunyai sedikit banyak kebebasan dalam menerjemahkan dengan menafsirkan, yang kadang-kadang diserahkan kepada keyakinan hakim dan kesadaran hukumnya.

⁴⁶ Mochtar Kusumaatmadja, 2002, *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, hlm. 99, dalam Ahmad Rifai, *Op.,cit.* hlm. 7.

Wiarda dalam *Drie Typen van Rechtsvinding* membedakan penemuan hukum menjadi 3 (tiga) tipe; penemuan hukum heteronom, penemuan hukum otonom dan penemuan hukum campuran.⁴⁷

van Eikema Hommes membedakan penemuan hukum menjadi *Typisch logicistisch* dan *Materiel juridisch*. Penemuan hukum heteronom pada hakekatnya sama dengan *typisch logicistisch* sedangkan penemuan hukum otonom pada hakekatnya sama dengan *materiel logicistisch*.⁴⁸

Penemuan Hukum Heteronom atau *Typisch logicistisch*

Sebagai *prototype* (bentuk dasar) penemuan hukum heteronom terdapat dalam sistem peradilan negara-negara Kontinental, hakim bebas tidak terikat pada putusan hakim lain yang pernah dijatuhkan mengenai perkara yang sejenis namun hakim mengutamakan undang-undang. Penemuan hukum di sini dianggap sebagai kejadian teknis dan kogniti. Dalam penemuan hukum yang *typis logicistisch* atau legisme (heteronom) hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara berdasarkan atau dipengaruhi faktor-faktor di luar dirinya. Misalnya dipengaruhi oleh undang-undang, sistem pemerintahan, ekonomi, politik dan sebagainya. Penemuannya sesuai dengan pandangan klasik oleh Montesquieu dan Immanuel Kant. Undang-undang adalah satu-satunya sumber hukum positif, oleh karena itu demi kepastian hukum dan kesatuan hukum, hakim harus di bawah undang-undang. Peradilannya berbentuk silogisme, yaitu bentuk berpikir logis belaka melalui *subsumptie automaat*.

Penemuan Hukum Otonom atau *Materiel juridisch*

⁴⁷ Wiarda, 1988, *Drie Typen van Reshtvinding*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, hlm. 13.

⁴⁸ Bambang Sutiyoso, *Op. cit.*

Sebagai *prototype* penemuan hukum yang *materiel logicitisch* (otonom) terdapat dalam sistem peradilan Anglo Saxon. Hakim tidak lagi dipandang sebagai corong atau terompet undang-undang, namun sebagai pembentuk hukum yang secara mandiri memberi bentuk pada isi undang-undang dan menyesuaikannya dengan kebutuhan atau perkembangan masyarakat.

Peradilan Anglo Saxon yang menganut asas *the binding force of precedent* atau *stare decisis et quita non movere*. Hakim terikat pada putusan hakim yang telah dijatuhkan mengenai perkara sejenis dengan perkara yang akan diputus hakim yang bersangkutan. Memang di sini putusan hakim terdahulu mengikatnya, sehingga merupakan faktor di luar diri hakim yang akan memutuskan, namun hakim yang akan memutuskan itu “menyatu” dengan hakim terdahulu yang telah menjatuhkan putusan mengenai perkara yang sejenis dan dengan demikian putusan hakim terdahulu dianggapnya sebagai putusannya sendiri, sehingga bukan faktor di luar dirinya namun bersumber dari hati nuraninya sendiri.

Hakim Anglo Saxon berpikir secara induktif, berpikir dari peristiwa khusus yang satu (putusan hakim terdahulu) ke peristiwa khusus yang lain (peristiwa konkrit yang dihadapinya) akhirnya sampai pada peristiwa khusus yang lain (putusan), hakim mengadakan *reasoning analogy*. Pada penemuan hukum yang material yuridis (otonom) hakim memeriksa, mengadili dan memutus perkara menurut apresiasi pribadinya. Hakim dibimbing oleh pandangan-pandangan atau pikirannya sendiri.

Penemuan Hukum Campuran

Dalam perkembangannya 2 (dua) sistem penemuan hukum itu saling mempengaruhi atau *convergence*, sehingga penemuan hukum tidak lagi murni otonom atautkah murni heteronom namun menjadi tipe campuran. Bahkan ada kecenderungan bergeser ke arah penemuan hukum otonom (material yuridis).

Dewasa ini pembentukan undang-undang mendorong ke arah penemuan hukum otonom, dan ada kecenderungan dalam pembentukan undang-undang tidak kasuistis namun bersifat umum (*Flucht in die Generalklausel*), ini dalam pembentukan undang-undang merupakan gejala umum. Akibatnya ialah terjadi pergeseran dari hakim terikat ke arah hakim bebas, dari *Normgerechtigkeit* (keadilan menurut undang-undang) ke arah *Einzelfallgerechtigkeit* (keadilan menurut hakim seperti yang tertuang dalam putusannya), dari *systemdenken* (berpikir dengan mengacu kepada sistem: *system oriented*) ke arah *probleemdenken* (berpikir dengan mengacu kepada masalahnya: *problem oriented*). Bukan hanya hakim yang menyebabkan pergeseran dari bentuk penemuan hukum heteronom ke arah penemuan hukum otonom, namun juga pembentuk undang-undang. Antara penemuan hukum yang heteronom dengan penemuan hukum yang otonom tidak ada batasan yang tajam. Dalam praktek, penemuan hukum dapat dijumpai kedua unsur tersebut (unsur heteronom dan unsur otonom).

Putusan pengadilan di negara-negara Anglo Saxon merupakan hasil penemuan hukum otonom sepanjang pembentukan peraturan dan penerapan peraturan itu dilakukan oleh hakim berdasarkan hati nuraninya, tetapi sekali gus

juga bersifat heteronom karena hakim terikat pada putusan-putusan sebelumnya (faktor di luar diri hakim).

Hukum di Indonesia menganut penemuan hukum heteronom sepanjang hakim terikat pada undang-undang, namun penemuan hukum ini juga mempunyai unsur-unsur otonom yang kuat, karena hakim sering kali harus menjelaskan atau melengkapi undang-undang menurut pandangannya sendiri. Asas peradilan yang berlaku di Indonesia ialah bahwa hakim tidak terikat pada putusan hakim terdahulu mengenai perkara yang sejenis, maka belakangan ini tidak sedikit hakim yang menjatuhkan putusannya, berkiblat/mengacu pada putusan pengadilan yang lebih tinggi mengenai perkara yang serupa dengan yang dihadapinya. Sebagai contoh, apabila ada hakim Pengadilan Negeri yang mengacu kepada keputusan hakim di atasnya -Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung- hal demikian tidak berarti bahwa asasnya berubah dari tidak terikat pada putusan hakim terdahulu menjadi *the binding force of precedent* (terikat pada putusan hakim terdahulu), seperti yang dianut oleh negara-negara Anglo Saxon, tetapi terikatnya atau mengacu/berkiblatnya hakim pada putusan hakim terdahulu itu karena *the persuasive force of precedent*, yang disebabkan karena putusan yang diikuti mengikat secara meyakinkan untuk diikuti.⁴⁹

Kegiatan hakim perdata pada umumnya menjadi model untuk teori-teori penemuan hukum yang lazim, karena hakim perdata dalam usaha menemukan hukum ruang geraknya lebih luas daripada hakim pidana. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Pasal 1 ayat (1) membatasi ruang gerak hakim pidana, sehingga hakim perdata mempunyai kebebasan yang relatif lebih lebih besar dalam

⁴⁹ Bambang Sutiyoso, *Op. cit.*, hlm. 64.

penemuan hukum. Maka teori-teori yang ada tentang penemuan hukum terutama berhubungan dengan tindakan hakim perdata. Kecuali itu, ilmu hukum perdata lebih berkembang daripada bidang-bidang hukum lainnya. Hal ini berhubungan dengan kenyataan bahwa dahulu sebagian besar sarjana hukum terkemuka adalah sarjana hukum perdata.

BAB III

ALASAN, DASAR, DAN TERMINOLOGI PENEMUAN HUKUM

Penemuan hukum yang berupa interpretasi atau penafsiran merupakan masalah penting dalam kehidupan hukum, sesudah lewatnya masa penuh kepastian dan ketenangan abad ke XIX. Pada waktu itu (masa kepastian dan masa ketenangan) orang berpendapat dan berkeyakinan bahwa dengan menerapkan peraturan-peraturan hukum, hukumnya pun sudah ditemukan. Perundang-undangan adalah sama dengan hukum. Hukum itu tidak lain adalah perundang-undangan itu sendiri. Pada masa itu undang-undang dianggap sudah sempurna adanya, dan interpretasi tidak diperlukan. Sekarang pun usaha kearah hal demikian dapat dicapai apabila perundang-undangan itu dituangkan dalam bentuk yang jelas sesuai dengan teknik perundang-undangan yang ada, sehingga interpretasi tidak diperlukan atau sangat kecil peranannya.

Sejak kepastian, ketenangan dan kepercayaan diri itu lewat, maka diakui bahwa betapa pentingnya interpretasi itu dan merupakan sesuatu yang harus dilakukan. Dengan terbukanya kesempatan untuk melakukan interpretasi, maka masalah lain yang mengiringinya timbul, misalnya “apakah dengan melakukan interpretasi itu tidak ditanamkan sesuatu yang baru kepada peraturan yang lama?” Apakah dengan terbukanya kesempatan melakukan interpretasi, hakim tidak hanya berhenti pada melakukan penafsiran, melainkan juga memperluas, mengisi dan menciptakan peraturan baru?

Paul Scholten⁵⁰ yang berpegang pada asas bahwa hukum itu ada di dalam perundang-undangan sehingga harus diberi tempat yang cukup tinggi kepadanya. Sekalipun hukum ada di situ namun masih harus dicari, karena tidak dapat memungutnya begitu saja dari kata-kata dan kalimat-kalimat pada undang-undang tersebut. Disinilah dapat menemukan perpaduan antara *litera legis* atau tulisan hukum dengan *sententia legis* atau bahasa (kalimat) hukum. Dalam kalimat Paul Scholten itu sendiri, berbunyi: "*Het recht is er, doch moet worden gevonden; in de vondst zit het nieuwe*" artinya hukum itu ada, namun harus ditemukan; dari penemuan itulah terdapat hal yang baru. Perpaduan antara *litera legis* dengan *sententia legis* dapat dilihat pada perkembangan langkah-langkah interpretasi sebagai berikut: Usaha diawali dari penentuan mengenai arti harfiah dari perundang-undangan, yaitu yang lebih merupakan penerapan hukum dalam kerangka kebahasaan. Artinya di sini dicoba untuk mengartikan dengan menggunakan norma-norma yang dipakai dalam tata bahasa pada umumnya. Salah satu sumber dalam proses ini adalah misalnya menggunakan kamus. Makna dari perkataan yang dipakai dalam perundang-undangan tidak hanya ditentukan secara eksklusif seperti itu, melainkan juga dalam konteksnya yang lebih besar, misalnya terungkap dalam pepatah hukum; "*noscitur a sociis*" yaitu "arti suatu perkataan harus dinilai dari ikatannya dalam kumpulannya". Kumpulan yang mengiringi dapat berupa ikatannya dengan suatu bagian dalam perundang-undangan, keseluruhan dari peraturan bersangkutan atau juga keseluruhan dari perundang-undangan itu sendiri. Kata-kata juga diberi arti menurut penggunaannya pada waktu perundang-undangan itu dibuat. Dalam

⁵⁰ *Ibid.* hlm. 84.

istilah yang lazim dipakai di Indonesia, interpretasi yang demikian itu disebut *wetshistorisch* atau menurut sejarah perundang-undangnya.

Ungkapan hukum berikut ini masih juga berkisar pada interpretasi yang termasuk ke dalam tata bahasa, yaitu maksim (pepatah, peribahasa) *expressie unius est exclusio alterius*, yang juga dikenal sebagai *argumentum a contrario*. Suatu perundang-undangan memuat ketentuan mengenai hal A dan hal B. Menurut perundang-undangan tersebut kedua-duanya diatur secara sama dan menimbulkan implikasi-implikasi yang sama pula. Manakala perundang-undangan itu kemudian hanya berbicara tentang hal A dan tidak menyinggung hal B maka menurut maksim tersebut, peraturan yang seharusnya juga berlaku bagi hal B, karena kelalaian untuk juga mengatur hal B, diterima sebagai suatu kesengajaan untuk dalam hal ini mengecualikan hal B. Dalam tradisi Inggris, maksim tersebut tidak diterima sebagai ketentuan yang memaksa, oleh karena adanya kelalaian tersebut tidak secara otomatis mengenyampingkan berlakunya ketentuan itu untuk hal yang tidak secara eksplisit disebutkan di situ. Interpretasi terhadap undang-undang tersebut dilakukan oleh kekuasaan pengadilan dalam bentuk interpretasi atau konstruksi.⁵¹

3.1. Alasan Penemuan Hukum

Oliver Wendell Holmes dan Jerome Frank menentang pendapat bahwa hukum yang ada itu lengkap yang dapat dijadikan sumber bagi hakim untuk memutuskan dalam peristiwa yang konkret. Pelaksanaan undang-undang oleh hakim bukan semata-mata merupakan persoalan logika dan penggunaan pikiran yang tepat saja, namun lebih merupakan pemberian bentuk yuridis kepada asas-

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 86.

asas hukum substansial yang menurut sifatnya tidak logis dan lebih mendasarkan kepada pengalaman dan penilaian yuridis daripada mendasarkan pada akal yang abstrak.⁵²

Ketentuan undang-undang yang berlaku umum dan bersifat abstrak, tidak dapat diterapkan begitu saja secara langsung pada peristiwa konkret, oleh karena itu ketentuan undang-undang harus diberi arti, dijelaskan atau ditafsirkan dan disesuaikan dengan peristiwanya untuk diterapkan pada peristiwa itu. Peristiwa hukum harus dicari lebih dahulu dari peristiwa konkretnya, kemudian undang-undangnya ditafsirkan untuk dapat diterapkan.⁵³

Setiap undang-undang bersifat statis dan tidak dapat mengikuti perkembangan kemasyarakatan, sehingga menimbulkan ruang kosong yang perlu diisi. Tugas mengisi ruang kosong itulah dibebankan kepada hakim dengan melakukan penemuan hukum melalui metode interpretasi dan metode argumentasi, dengan syarat bahwa dalam menjalankan tugasnya tersebut, hakim tidak boleh memaksa maksud dan jiwa undang-undang atau tidak boleh bersikap sewenang-wenang.⁵⁴

Undang-undang sebagaimana norma pada umumnya, berfungsi untuk melindungi kepentingan manusia, sehingga harus dilaksanakan atau ditegakkan. Undang-undang harus diketahui oleh umum, tersebar luas dan harus jelas. Kejelasan undang-undang sangatlah penting. Oleh karena itu setiap undang-

⁵² Ahmad Ali, 1993, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Citra Pratama, Jakarta, hlm. 154.

⁵³ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, 1993, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.12.

⁵⁴ Andi Zaenal Abidin, 1984, *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Alumni, Bandung, hlm. 33.

undang selalu dilengkapi dengan penjelasan yang dimuat dalam Tambahan Lembaran Negara. Sekalipun nama dan maksudnya sebagai penjelasan, namun sering terjadi penjelasan tersebut, tidak juga memberi kejelasan karena hanya dinyatakan cukup jelas, padahal teks undang-undang tidak jelas dan masih memerlukan penjelasan. Mungkin saja pembentuk undang-undang bermaksud hendak memberi kebebasan yang lebih besar kepada hakim.⁵⁵

Karena undang-undang tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dicari dan diketemukan hukumnya, dengan memberikan penjelasan, penafsiran atau melengkapi peraturan perundang-undangannya.⁵⁶ Hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutuskan suatu perkara yang dihadapkan kepadanya harus menggunakan hukum tertulis terlebih dulu yaitu peraturan perundang-undangan, namun apabila peraturan perundang-undangan tersebut ternyata tidak cukup atau tidak tepat dengan permasalahan dalam suatu perkara, maka barulah hakim akan mencari dan menemukan sendiri hukumnya dari sumber-sumber hukum yang lain.

3.2. Dasar Hukum tentang Penemuan Hukum

Dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 BAB IX. Pasal 24 ayat (1). Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Pasal 24 ayat (2). Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan

⁵⁵ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Op. cit.*, hlm. 12.

⁵⁶ Pontang Moerad, B.M., 2005, *Pembentukan Hukum melalui Putusan Pengadilan dalam Perkara Pidana*, Alumni, Bandung, hlm. 86.

militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Dalam Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 1 ayat (1). Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia. Dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 1 ayat (1) pada Penjelasan ada penjelasannya –sedangkan pada Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tanpa penjelasan- Penjelasan Pasal 1 yang dimaksud adalah Kekuasaan yang merdeka dalam ketentuan ini mengandung pengertian bahwa kekuasaan kehakiman bebas dari segala campur tangan pihak kekuasaan ekstra yudisial, kecuali dalam hal-hal sebagaimana disebut dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Jadi kekuasaan kehakiman adalah bebas untuk menyelenggarakan peradilan. Kebebasan kekuasaan kehakiman atau kebebasan peradilan atau kebebasan hakim merupakan asas universal yang terdapat di mana-mana, baik di negara-negara Eropa Timur, Amerika, Jepang, Indonesia dan sebagainya. Asas kebebasan peradilan merupakan dambaan setiap bangsa. Kebebasan hakim ini memberi wewenang kepada hakim untuk menemukan hukum secara leluasa, sebagaimana telah disampaikan di muka, maka asas mengenal pengecualian, penyimpangan atau pembatasan.

Secara mikro, kebebasan hakim dibatasi oleh kehendak pihak-pihak yang bersangkutan, Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia

Tahun 1945, undang-undang, ketertiban umum dan kesusilaan. Hakim terutama dalam perkara perdata, terikat dari apa yang dikemukakan oleh para pihak, yang pada dasarnya tidak dapat memutuskan lebih atau kurang dari yang dituntut oleh yang bersangkutan. Putusannya tidak boleh bertentangan dengan Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, undang-undang, ketertiban umum dan kesusilaan. Secara makro, kebebasan hakim dibatasi oleh sistem pemerintahan, ekonomi, kebudayaan dan sebagainya. Campur tangan atau turun tangannya pemerintah dalam peradilan dikenal dalam sistem pemerintahan orde lama (Undang-Undang No. 13 tahun 1965).

Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang No 48 tahun 2009: Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang. Hal ini dibandingkan dengan Pasal 20 A B yang menyebutkan bahwa hakim harus mengadili menurut undang-undang, di sini berarti bahwa hakim pada dasarnya harus tetap berada di dalam sistem hukum, tidak boleh keluar dari hukum, sehingga harus menemukan hukumnya.

Undang-Undang Nomor 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman Pasal 14 ayat (1): Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili, suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 16 ayat (1): Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan

mengadilinya. Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 10 ayat (1): Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Ketentuan semacam ini juga dicantumkan dalam Pasal 22 A B. Ketentuan ini harus diartikan bahwa hakim sebagai organ pengadilan dianggap paling memahami hukum untuk menerima, memeriksa, mengadili suatu perkara. Andaikata tidak menemukan hukum tertulis, bagaimana pun hakim wajib memeriksa dan memutus perkara berdasarkan hukum yang tidak tertulis. Hakim harus bertindak atas inisiatif sendiri, wajib “menemukan” hukumnya secara membuat peraturan sendiri atau *eigen regeling*. Hal demikian harus/wajib dikerjakan. Karena perkara yang dibawa ke muka hakim wajib diselesaikan, hakim dipaksa atau wajib turut serta menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang bukan hukum. Bukankah masyarakat tidak mengenal perdamaian selama ada perkara yang tidak atau belum terselesaikan? Masyarakat tidak tertolong apabila ditinggalkan dengan perselisihan-peselisihan yang tidak terselesaikan. Tugas hakim ialah menyelesaikan perkara, juga dalam hal undang-undang tinggal diam. Hakim wajib membuat penyelesaian yang dikehendaki itu.⁵⁷

Menurut Bagir Manan ada beberapa asas yang dapat diambil dari Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 48 tahun 2009, yaitu:

1. Untuk menjamin kepastian hukum, bahwa setiap perkara yang diajukan ke pengadilan akan diputus;

⁵⁷ Utrecht, *Op. cit.*, hlm. 122.

2. Untuk mendorong hakim melakukan penemuan hukum;
3. Sebagai perlambang kebebasan hakim dalam memutus perkara;
4. Sebagai perlambang hakim tidak selalu harus terikat secara harfiah pada peraturan perundang-undangan yang ada. Hakim dapat menggunakan berbagai cara untuk mewujudkan peradilan yang benar dan adil.⁵⁸

M.H. Bregstein dalam bukunya *De Betrekkelijke Waarde der Wet*, mengatakan bahwa: *De rechter moet op eigen oordeel terugvallen, want anders kan hij uit hoofde van rechtsweigering vervolgd worden*, artinya hakim harus menentukan pendapatnya sendiri. Kalau tidak maka kemungkinan ia dituntut karena penolakan mengadili.⁵⁹

Pendapat Montesquieu: *“la bouce qui prononce les paroles de la loi”* (hakim tidak lain hanya mulut undang-undang yaitu mulut yang hanya mengucapkan kata-kata peraturan perundang-undangan), telah lama ditinggalkan.⁶⁰

Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman: Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Kata “menggali” mengasumsikan bahwa hukumnya itu ada, tetapi tersembunyi, agar sampai ke permukaan maka masih harus digali. Jadi hukumnya itu ada tetapi masih harus digali, dicari dan ditemukan, bukannya tidak ada kemudian diciptakan.

⁵⁸ H.A. Mukhsin Asyrof, 2006, *Asas-asas Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum oleh Hakim dalam Proses Peradilan*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No. 252, bulan November 2006, Ikahi, Jakarta, hlm. 84.

⁵⁹ Utrecht, *Op. cit.* hlm. 163.

⁶⁰ *Ibid*, hlm. 203.

Paul Scholten mengatakan bahwa di dalam perilaku manusia sendiri itulah terdapat hukumnya. Sedangkan setiap saat manusia dan masyarakat berperilaku, berbuat atau bekarya, oleh karena itu hukumnya sudah ada, tinggal menggali, mencari dan menemukannya.⁶¹

Ketentuan ini mengisyaratkan bahwa hakim sebagai perumus dan penggali nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat. Sehingga ada peluang putusan tersebut tidak hanya mengacu pada peraturan perundang-undangan yang sudah ada, namun hasil dari kreasi hakim yang berpeluang untuk menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, manakala peraturan perundang-undangan belum/tidak ada atau pun belum lengkap. Dari ketentuan di atas tersirat secara yuridis maupun filosofis hakim mempunyai kewajiban maupun hak untuk melakukan penemuan hukum agar putusan yang diambilnya dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

3.3. Terminologi Penemuan Hukum

Paul Scholten yang memberi dasar teoritis pada istilah “penemuan hukum” dalam karangannya *Agemeen Deel* yang oleh G.J. Wiarda disebut sebagai suatu karya ilmiah yang tidak terjangkau oleh waktu. Istilah penemuan hukum kemudian digunakan baik untuk penerapan undang-undang secara murni atau melalui interpretasi maupun untuk penentuan hukum berdasarkan fakta sebagai kebiasaan atau yang sesuai dengan kepatutan, suatu terminologi yang secara kebetulan dibutuhkan ketika undang-undang kehilangan posisi monopolinya terhadap peradilan.⁶²

⁶¹ Sudikno Mertokusumo 1, *Op. cit.* hlm. 47.
⁶² John Z. Loudoe, *Op. cit.* hlm.vi.

Menurut Paul Scholten istilah penemuan hukum atau *rechtsvinding* lebih tepat daripada istilah penerapan hukum dan penciptaan hukum, kemudian menyusul kata-katanya yang mencerminkan apa yang dipikirkan, yaitu: “Hukum itu ada, tetapi ia masih harus ditemukan, dalam penemuan itulah terdapat yang baru”. Dalam Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 5 menyebutkan bahwa hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dari kata “hakim dan hakim konstitusi wajib menggali hukum” maka istilah “menemukan” dari penggaliannya adalah lebih tepat dari pada menerapkan hukum ataupun menciptakan hukum.

3.3.1. Pengertian Penemuan Hukum

Paul Scholten: Penemuan hukum oleh hakim merupakan sesuatu yang lain daripada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya, kadangkala dan bahkan sangat sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analogi ataupun *rechtsverfijning* (pengkonkretan hukum/penyempitan hukum).⁶³

Algra dan van Duyvendijk: Penemuan hukum sebagai menemukan hukum untuk suatu kajian konkret, untuk mana oleh hakim atau oleh seorang pemutus yuridis lainnya harus diberikan penyelesaian yuridis. Selanjutnya juga dikemukakan bahwa penemuan hukum sebagai kegiatan hakim untuk mempergunakan berbagai macam teknik penafsiran dan cara menguraikan dengan mempergunakan berbagai macam alasan yang tidak terdapat di dalam

⁶³ Algra dan van Duyvendijk, 1983, *Mula Hukum*, diterjemahkan oleh J.C.T. Simorangkir, Bina Cipta, Bandung, hlm. 359.

aturan hukum yang ada pada kejadian yang disampaikan kepadanya. Ia juga tidak hanya membuat hukum untuk persoalan yang ada di depannya, tetapi juga untuk kejadian yang sama, yang akan datang.⁶⁴

Utrecht mengatakan bilamana undang-undang tidak menyebut suatu perkara, maka hakim harus bertindak atas inisiatif sendiri untuk menyelesaikan perkara tersebut. Dalam hal ini hakim harus bertindak untuk menentukan mana yang merupakan hukum mana yang tidak, sekalipun undang-undang diam saja. Tindakan hakim inilah yang dinamakan sebagai pembentuk hukum.⁶⁵

Sudikno Mertokusumo: Penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk menerapkan peraturan hukum pada peristiwa hukum konkrit. Dengan perkataan lain adalah proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das Sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkrit (*das Sein*) tertentu. Jadi yang penting adalah bagaimana mencarikan atau menemukan hukumnya untuk peristiwa konkrit. Hasil penemuan hukum oleh hakim itu merupakan hukum karena mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum karena dituangkan dalam bentuk putusan. Di samping itu hasil penemuan hukum oleh hakim itu merupakan sumber hukum juga.⁶⁶

John Z. Loudoe: Penemuan hukum terjadi karena penerapan ketentuan pada fakta dan ketentuan tersebut kadangkala harus dibentuk karena tidak selalu diketemukan dalam dalam undang-undang yang ada.⁶⁷

⁶⁴ *Ibid*, hlm. 358.

⁶⁵ Utrecht, *Op., cit.* hlm. 203.

⁶⁶ Sudikno Mertokusuma 1, *Ibid*, hlm. 38.

⁶⁷ John Z. Loudoe, *Op. cit.*, hlm. 69.

Muhammad Busyro Muqoddas: Penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim ada 2 (dua) macam:

1. Penemuan hukum dalam arti penerapan suatu peraturan pada suatu peristiwa konkret, untuk peristiwa mana telah terdida peraturannya secara jelas. Hal ini menunjukkan suatu metode yang lebih bersifat sederhana, dalam arti bahwa hakim hanya terbatas pada menerapkan suatu aturan hukum (undang-undang) yang sesuai dengan faktanya atau peristiwa konkretnya;
2. Penemuan hukum dalam arti pembentukan hukum, di mana untuk suatu peristiwa konkret tidak tersedia suatu peraturannya yang jelas/lengkap untuk diterapkan. Dalam hal ini hakim tidak menemukan aturan hukumnya (undang-undangnya) yang sesuai dengan fakta atau peristiwa konkretnya, sehingga ia harus membentuknya melalui suatu metode tertentu.⁶⁸

Amir Syamsudin: Penemuan hukum merupakan proses pembentukan hukum oleh hakim dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-kaidah atau metode-metode tertentu, yang digunakan agar penerapan hukumnya terhadap peristiwa tersebut dapat dilakukan secara tepat dan relevan menurut hukum, sehingga hasil yang diperoleh dari proses itu dapat diterima dan dipertanggungjawabkan dalam ilmu hukum.⁶⁹

⁶⁸ Muhammad Busyro Muqaddas, 1995, *Praktek Penemuan Hukum oleh Hakim mengenai Sengketa Jual Beli dengan Hak Membeli Kembali pada Pengadilan-Pengadilan Negeri di Daerah Istimewa Yogyakarta*, Tesis pada Fakultas Pasca Sarjana, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, hlm. 40.

⁶⁹ Amir Syamsudin, 2008, *Penemuan Hukum ataukah Perilaku Chaos*, harian Kompas, Jum'at 4 Januari, 2008, hlm. 6, dalam Ahmad Rifa'i, 2014, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 23.

Sebagaimana dikatakan oleh Sudikno Mertokusumo, bahwa penemuan hukum adalah tugas para pemangku hukum, untuk menerapkan peraturan hukum pada peristiwa hukum konkrit. Tindakan yuris dalam situasi demikianlah yang dimaksud dengan penemuan hukum (*rechtsvinding*), yang dalam proses pengambilan keputusan, yuris pada dasarnya dituntut untuk melaksanakan 2 (dua) atau fungsi utamanya;

1. Yuris senantiasa harus mampu menyesuaikan norma-norma hukum yang konkrit (peraturan perundang-undangan) terhadap tuntutan nyata yang ada dalam masyarakat, dengan selalu memperhatikan kebiasaan, pandangan-pandangan yang berlaku, cita-cita yang hidup dalam masyarakat, kearifan lokal serta perasaannya keadilannya sendiri.
2. Yuris senantiasa harus mampu memberikan penjelasan, penambahan atau melengkapi peraturan perundang-undangan yang ada, dikaitkan dengan perkembangan yang terjadi di dalam masyarakat. Hal demikian perlu dijalankan sebab ada kalanya pembuat undang-undang (*wetgever*) tertinggal oleh perkembangan yang ada di dalam masyarakat.⁷⁰

Sebagaimana yang dikatakan oleh John Z. Laudoe bahwa fakta yang dimaksud dalam penemuan hukum adalah bukan dalam hubungannya dengan kebiasaan atau dengan kepentingan dalam hidup bermasyarakat yang melahirkan tuntutan-tuntutan yang menghendaki agar dipenuhinya atau yang mengejar tujuan-tujuan tertentu yang hanya dapat terpenhi dengan bantuan dari hukum akan tetapi fakta dari kasus itu sendiri, fakta yang menemukan suatu penyelesaian yang kemudian setelah diuji secara logis dalam sistem hukum

⁷⁰ <http://wonkdermayu.wordpress.com/kuliah-hukum/penemuan-hukum-atau-rechtsvinding>

yang bersangkutan menentukan putusannya yang oleh Hymans disebut *recht der werkelijkheid* atau kenyataan hukum. Fakta itu harus diteliti secara mendetail, harus memahami apa yang sebenarnya telah terjadi, apa yang telah dilakukan oleh yang bersangkutan dan apa yang telah dikehendakinya sehingga dengan sendirinya putusannya melalui jalan yang tidak dapat diterangkan akan membenteng dihadapan kita, putusan yang dianggap patut, putusan yang memuaskan. Bahwa intuisi pun ikut menentukan putusan demikian adalah jelas, akan tetapi setelah kebenarannya diteliti secara rasional melalui faktor-faktor yang menentukan. Dapat saja terjadi bahwa hasilnya pun masih belum memuaskan sehingga kebenarannya pun masih tetap diragukan, maka untuk menemukan hukum dapat juga digunakan apa yang pernah dikemukakan oleh Graham Wallas dalam bukunya *The Art of Thought* sebagai 4 (empat) fase dari penelitian, yaitu *preparation* atau *investigation*, *incubation*, *illumination* dan *verification*. Dalam fase yang pertama, mengadakan orientasi dengan segala sesuatu yang ada hubungannya dengan fakta yang dihadapi untuk menemukan titik-titik pertautan yang obyektif yaitu kepatutan, kepantasan, itikad baik dan sebagainya; suatu usaha yang rasional dalam menemukan hubungan antara fakta tersebut dengan norma-norma dan asas-asas hukum yang terkandung dalam hukum positif baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis; suatu pendekatan dari fakta pada ketentuan kemudian dari ketentuan pada fakta. Dalam fase *incubation* terjadi penggodogan dari material yang diperoleh baik secara sadar maupun tidak sadar, suatu penggodogan yang akan membimbing ke arah *consisting of the appearance of the happy idea* yang oleh Graham

Wallas disebut *illumination* tekanannya lebih berat pada unsur-unsur yang *irrational* maka dalam fase *verification* diadakan penelitian kembali, menguji kembali dan mempertanggungjawabkan hasil yang ditemukan dengan faktor-faktor obyektif yang diselidiki dalam fase *innvestigation* sebagai hal-hal yang rasional.⁷¹

Beberapa istilah dalam penemuan hukum:

Rechtsvinding (penemuan hukum atau *law making*) dalam arti bahwa bukan hukumnya tidak ada tetapi hukumnya sudah ada, namun masih perlu digali dan diketemukan.

Rechtshandhaving (pelaksanaan hukum) dapat berarti menjalankan hukum tanpa adanya sengketa atau pelanggaran. Ini meliputi pelaksanaan hukum oleh setiap warga negara setiap hari yang sering tidak disadarinya dan juga oleh aparat negara, seperti misalnya oleh seorang polisi yang berdiri di perempatan jalan mengatur lalu lintas (*law enforcement*). Di samping itu pelaksanaan hukum dapat terjadi kalau ada sengketa, yaitu yang dilaksanakan oleh hakim. Ini sekaligus merupakan penegakan hukum.

Rechtstoepassing (penerapan hukum) tidak lain berarti menerapkan (peraturan) hukum yang abstrak sifatnya pada peristiwanya. Menerapkan (peraturan) hukum pada peristiwa konkrit secara langsung tidak mungkin. Peristiwa konkrit itu harus dijadikan peristiwa hukum terlebih dahulu agar peraturan hukumnya dapat diterapkan. Di waktu yang lampau dapat dikatakan bahwa hakim adalah corong undang-undang, karena kewajibannya hanyalah menerapkan undang-undang, ia adalah *subsumptie automaat*.

⁷¹ John Z. Loudoe, *Op. cit.* hlm. vii.

Rechtsvorming (pembentukan hukum) adalah merumuskan peraturan-peraturan umum yang berlaku umum, bagi setiap orang. Kalau lazimnya pembentukan hukum dilakukan oleh pembentuk undang-undang, maka hakim dimungkinkan pula membentuk hukum, kalau hasil penemuan hukumnya itu kemudian merupakan yurisprudensi tetap yang diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat, yaitu putusan yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkrit, tetapi memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi satu putusan dapat sekaligus mengandung 2 (dua) unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkrit dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang.

Algra dan K. van Duyvendijk, sebenarnya lebih menyukai menggunakan istilah pembentukan hukum (*rechtsvorming*) namun keduanya masih menggunakan istilah penemuan hukum, karena istilah penemuan hukum itu telah lazim digunakan oleh hakim, sedangkan istilah pembentukan hukum biasanya ditujukan bagi penciptaan hukum oleh pembuat undang-undang.⁷²

Rechtschepping (penciptaan hukum) penciptaan hukum kiranya kurang tepat karena memberi kesan bahwa hukumnya itu sama sekali tidak ada, kemudian diciptakan, dari tidak ada menjadi ada. Hukum bukanlah selalu berupa kaedah baik tertulis maupun tidak tertulis, tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa. Di dalam perilaku itulah terdapat hukumnya. Dari perilaku itulah harus

⁷² Jazim Hamidi, 1999, *Penerapan Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak (AAUPPL) di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 85.

diketemukan atau digali kaedah atau hukumnya. Maka kiranya istilah penemuan hukum lebih tepat daripada istilah yang lain.⁷³

3.4. Kegunaan Penemuan Hukum

Kegunaan penemuan hukum adalah untuk memberikan keputusan yang tepat dan benar, dan secara tidak langsung memberikan kepastian hukum dalam masyarakat, sementara itu, kenyataan menunjukkan bahwa;

- a. Adakalanya pembuat peraturan perundang-undangan baik sengaja maupun tidak sengaja menggunakan istilah-istilah atau pengertian-pengertian yang bersifat umum, sehingga berakibat dapat diberi lebih dari satu pemaknaan;
- b. Adakalanya istilah yang digunakan dalam peraturan perundang-undangan tidak jelas arti atau maknanya, atau tidak dapat diwujudkan dalam kenyataan masyarakat yang telah mengalami perkembangan atau perubahan.
- c. Adakalanya dapat ditemukan permasalahan di dalam masyarakat namun tidak ada atau belum diatur dalam peraturan perundang-undangan.⁷⁴

⁷³ Soedikno Mertokusumo 1, *Op. cit.*, hlm.37.

⁷⁴<http://wonkdermayu.wordpress.com/kuliah-hukum/penemuan-hukum-atau-rechtsvinding>

BAB IV

SUMBER PENEMUAN HUKUM

Sumber penemuan hukum adalah tempat atau sumber -terutama- bagi hakim dapat menemukan hukumnya. Sumber utama penemuan hukum adalah; peraturan perundang-undangan (hukum tertulis), kebiasaan (hukum tak tertulis), yurisprudensi, perjanjian internasional, doktrin, putusan desa dan perilaku manusia. Hierarki sumber penemuan hukum tersebut memposisikan dan menentukan sumber hukum utama yang digunakan antara sumber hukum yang satu dengan sumber hukum yang lainnya. Oleh karena itu apabila terjadi konflik 2 (dua) sumber penemuan hukum maka sumber penemuan hukum yang di atas akan melumpuhkan sumber penemuan hukum yang lebih rendah.

Dalam hierarki sumber penemuan hukum apabila dikaitkan dengan hierarki norma hukum, Hans Kelsen mengemukakan teorinya mengenai jenjang norma hukum atau *Stufentheorie*. Hans Kelsen berpendapat bahwa norma-norma hukum itu berjenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki atau tata susunan, di mana suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif, yaitu *Grundnorm* atau Norma Dasar.⁷⁵ Meskipun demikian, hierarki penggunaan sumber-sumber penemuan hukum tidaklah sama dengan hierarki norma hukum sebagaimana yang dikemukakan oleh Hans Kelsen.

⁷⁵ Maria Farida Indrati Soeprapto, 1998, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar dan Pembentukannya*, 1998, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 25, dalam Bambang Sutiyoso, *Op., cit.* hlm. 67.

Karena dalam sumber-sumber penemuan hukum tidaklah sumber hukum yang satu lebih tinggi derajatnya daripada yang lain, tetapi prioritas penggunaannya yang lebih diutamakan atau didahulukan secara berjenjang mulai dari peraturan perundang-undangan atau hukum tertulis, kemudian hukum kebiasaan dan seterusnya ke bawah. Namun yang harus diingat, meskipun peraturan perundang-undangan atau hukum tertulis sebagai sumber penemuan hukum lebih diutamakan penggunaannya, bukan berarti sumber penemuan hukum yang lain boleh diabaikan begitu saja. Karena pada prinsipnya semua sumber-sumber penemuan hukum saling melengkapi dan bersinergi satu sama lain.⁷⁶

4.1. Peraturan Perundang-undangan (Hukum Tertulis).

Pembuatan hukum yang dilakukan secara sengaja oleh badan yang berwenang untuk itu merupakan sumber yang bersifat hukum yang paling utama. Kegiatan dari badan tersebut sebagai kegiatan perundang-undangan, yang menghasilkan substansi yang tidak diragukan lagi keabsahannya, yaitu *ipso jure* (demi hukum). Tindakan yang dapat digolongkan ke dalam kategori perundang-undangan, berbagai ragam, baik yang berupa penambahan peraturan yang sudah ada maupun yang mengubahnya. Hukum yang dihasilkan oleh proses seperti itu disebut sebagai *enacted law*, *statute law* atau hukum yang diundangkan, berhadapan dengan *unenacted law*, *common law* atau hukum yang tidak diundangkan. Dalam bahasa Romawi *jus scriptum* dan *jus non scriptum*.

⁷⁶ Bambang Sutiyoso, *Op.cit.* hlm. 67.

4.1.1. Kelebihan Peraturan Perundang-undangan daripada hukum yang Lain

Satjipto Rahardjo⁷⁷ mengatakan bahwa kelebihan dari peraturan perundang-undangan adalah dalam segi kepastiannya. Kepastian ini dijamin adanya pembuatan hukum yang dilakukan secara sistematis oleh badan-badan yang khusus untuk itu dan teknik-teknik perumusannya yang terpelihara dan dikembangkan secara baik. Inti dari kesemuanya adalah dipakainya bentuk pengutaraan secara tertulis atau *jus scriptum*. Keadaan yang demikian itu menciptakan jalan perkembangannya sendiri, yaitu berkembangnya peraturan-peraturan dalam bentuknya yang tertulis tersebut, suatu *corpus juris*. Manakala jumlah peraturan itu telah menjadi banyak, maka orang pun berusaha untuk mencari jalan bagaimana dapat menguasai badan perundang-undangan itu dengan baik. Jalan keluar ini disebut *kodifikasi*.

Sekali pun demikian ada semacam pedoman umum sifatnya, yaitu agar pengadilan menerima *litera legis* atau tulisan hukum itu sebagai bukti yang satu-satunya dan yang menentukan bagi *sententia legis* atau kata-kata/kalimat hukum tersebut. Interpretasi oleh badan tersebut hendaknya dimulai dari perandaian bahwa pembuat undang-undang telah mengutarakan apa yang dimaksud dan menyatakan maksudnya sebagaimana diutarakannya. Prinsip interpretasi yang pertama, dengan demikian adalah *ita scriptum est*. Para hakim hendaknya mulai dengan kepercayaan dan tidak dengan kecurigaan, bahwa *sententia legis* itu tidak teruraikan secara lengkap dan jelas. Konsep interpretasi yang demikian itu sangat mirip dengan yang diajukan oleh Paul Scholten.

⁷⁷ Satjipto Rahardjo dan Ronny Hanitijo Soemitro, 1986, *Pengantar Ilmu Hukum*, Buku Materi Pokok Modul 1-5 Universitas Terbuka, Karunia, Jakarta, hlm.83.

4.1.2. Perundang-undangan Diprioritaskan daripada Sumber-sumber Penemuan Hukum yang Lain

Dalam ajaran penemuan hukum, peraturan perundang-undangan diprioritaskan dari sumber-sumber penemuan hukum yang lain. Apabila hendak mencari hukumnya arti suatu kata, maka dicarilah terlebih dahulu dalam peraturan perundang-undangan, karena peraturan perundang-undangan bersifat otentik dan berbentuk tertulis yang lebih menjamin kepastian hukum. Misalnya apabila hendak mencari arti kata “kontrak”. Apa yang dimaksud dengan kata kontrak? Tidak sedikit yang menjawab, bahwa kontrak itu adalah perjanjian tertulis dengan mendasarkan pada pendapat Subekti (doktrin), jadi itu adalah pendapat doktrin. Namun kata “kontrak” itu dapat dijumpai pada KUHPerduta Buku III Bab II yang menyebutkan bahwa: Perikatan yang lahir dari perjanjian atau kontrak. Perjanjian (kontrak) yang diatur dalam Bab II itu tidak ada pasal yang secara tegas memberi definisi tentang kontrak. Akan tetapi perjanjian-perjanjian yang diatur dalam Bab II itu adalah perjanjian *obligatoir*. Semua kontrak adalah perjanjian, namun tidak semua perjanjian adalah kontrak. Jadi menurut ajaran penemuan hukum kontrak bukan perjanjian tertulis. Walaupun hanya dapat disimpulkan dari Bab II, karena tidak ada definisi yang tegas mengenai kontrak, namun Kitab Undang-Undang Hukum Perdata lebih otentik daripada doktrin (pendapat).

Undang-undang merupakan sumber penemuan hukum yang penting dan utama, akan tetapi perlu diingat bahwa undang-undang dengan hukum tidaklah identik. Tidaklah mudah membaca undang-undang, karena tidak hanya sekedar

membaca bunyi kata-kata saja (*naarde letter van de wet*) namun harus pula mencari arti, makna dan tujuan undang-undang tersebut. Kecuali itu, apa yang di dalam undang-undang berlaku sebagai hukum bagi peristiwa konkrit tertentu, tidak secara langsung dapat dilihat dengan mudah dalam undang-undang. Di sini masalahnya bukanlah mengetahui atau hafal isi undang-undangnya, namun masalahnya adalah bagaimana caranya menggunakan undang-undang. Oleh karena itu membaca undang-undang tidaklah cukup membaca pasal-pasal nya saja, akan tetapi harus pula membaca penjelasan dan konsideran undang-undang itu. Bahkan, mengingat bahwa hukum itu adalah suatu sistem, maka untuk memahami suatu pasal dalam undang-undang atau untuk memahami suatu undang-undang, sering harus dibaca juga pasal-pasal yang lain dalam undang-undang itu atau peraturan perundang-undangan yang lain. Undang-undang tidak boleh diinterpretasikan bertentangan dengan undang-undang itu sendiri (*contra legem*). Lebih-lebih apabila undang-undang itu cukup jelas. Bandingkan hal ini dengan KUHPerdata Pasal 1342 asas *sens clair*, yang menentukan bahwa apabila kata-kata dalam suatu perjanjian itu jelas tidaklah diperkenankan untuk menyimpang dengan jalan interpretasi. Sebagai contoh misalnya putusan bebas dalam perkara pidana tidak dapat dimintakan banding (KUHP Pasal 67), kasasi (Pasal 244) atau peninjauan kembali Pasal 263 ayat (1). Sudah cukup jelas bahwa terhadap putusan bebas tidak terbuka upaya hukum lagi. Jadi, apabila putusan bebas diterima dalam tingkat peninjauan kembali untuk diperiksa dan diputus, berarti *contra legem* (bertentangan dengan undang-undang). Bacalah putusan peninjauan kembali terhadap putusan kasasi

dalam kasus Pakpahan yang membebaskan terhukum; Putusan MA no. 395/K/Pid./1995, yang ditinjau kembali dengan Putusan MA no. 55/PK/Pid./1996.

Apakah rasionya putusan bebas tidak boleh dimintakan banding, kasasi ataupun peninjauan kembali? Hakim adalah manusia yang tidak luput dari kesalahan atau kekhilafan. Tidak mustahil hakim berbuat salah dalam memeriksa dan memutus suatu perkara. Hakim menganggap dalam memeriksa perkara itu terdakwa terbukti bersalah, padahal alat buktinya kurang. Seharusnya diputus bebas namun dijatuhi hukuman berat, seharusnya dihukum ringan namun dihukum berat. Hakim tidak dapat memperbaiki putusannya sendiri yang telah dijatuhkan itu. Hanya pengadilan yang lebih tinggilah yang dapat memperbaiki atau mengoreksi putusan yang telah dijatuhkan oleh hakim pengadilan yang lebih rendah. Seandainya hakim salah atau khilaf dalam memutus perkara, maka hakim pada pengadilan yang lebih tinggi yang dapat memperbaiki atau mengoreksinya. Itupun atas permohonan banding atau kasasi dari terpidana. Sebaliknya seandainya hakim memutus bebas dan putusannya itu keliru, maka kekeliruan hakim itu tidak sepatutnya ditanggung oleh terdakwa, dengan membuka kemungkinan pihak kejaksaan untuk mengajukan banding, kasasi, ataupun peninjauan kembali yang akan merugikan bagi terdakwa yang diputus bebas. Ada *adagium* (peribahasa hukum) *in dubio pro reo*, yang berarti bahwa apabila hakim ragu-ragu, maka hakim harus memutus sedemikian rupa sehingga menguntungkan terdakwa. Bahkan ada ungkapan, lebih baik membebaskan orang yang bersalah daripada menghukum orang yang tidak bersalah.

4. 2. Hukum Kebiasaan (Hukum tak Tertulis)

Kebiasaan atau tradisi adalah sumber hukum yang tertua, sumber dari mana dikenal atau digali sebagian dari hukum di luar undang-undang, tempat dapat menemukan atau menggali hukumnya. Kebiasaan merupakan tindakan menurut pola perilaku yang tetap, ajeg, lazim, normal atau adat dalam masyarakat atau pergaulan hidup tertentu. Pergaulan hidup itu dapat merupakan lingkungan yang sempit misalnya desa, namun dapat juga luas yang meliputi masyarakat negara yang berdaulat. Perilaku yang tetap atau ajeg berarti merupakan perilaku manusia yang diulang. Perilaku yang diulang itu mempunyai kekuatan normatif, mempunyai kekuatan mengikat. Karena diulang oleh orang banyak, maka mengikat orang-orang lain untuk melakukan hal yang sama, karena menimbulkan keyakinan atau kesadaran, bahwa hal itu memang patut dilakukan: bahwa itulah yang adat (*die normatieve Kraft des Faktischen*). Keyakinan atau kesadaran itu tidak perlu ada sejak semula melekat pada kebiasaan. Apabila suatu perilaku atau perbuatan itu berlangsung secara ajeg tetap dan terulang, akan timbullah anggapan bahwa memang demikianlah seharusnya. Perlu diingat bahwa ada kebiasaan yang dilakukan bukan karena keyakinan atau kesadaran tetapi karena ikut-ikutan belaka, karena orang lain atau nenek moyang melakukannya, tanpa ada keyakinan bahwa itu patut dilakukan. Yang menjadikan perilaku itu kebiasaan atau adat adalah kepatutan dan bukan unsur terulang atau ajegnya perilaku. Karena dirasakan patut maka kemudian diulang. Patut atau tidaknya itu bukan karena pendapat seseorang tetapi pendapat masyarakat. Setiap daerah, setiap golongan mempunyai

kebiasaannya sendiri-sendiri yang berbeda satu sama lain. Kebiasaan tidak hanya berbeda di setiap tempat, tetapi juga mudah berubah misalnya, mode atau *fashion*. Ada hubungan yang erat antara kebiasaan dengan sopan santun. Meskipun dikatakan bahwa kebiasaan merupakan sumber hukum yang tertua, namun dalam perkembangannya pernah undang-undang adalah satu-satunya sumber hukum.⁷⁸

Sebelum tahun 1800, sebagian besar hukum yang digunakan adalah hukum kebiasaan.⁷⁹ Menurut Hart keadaan waktu itu masyarakat baru ada 2 (dua) model, yakni masyarakat dengan tatanan aturan-aturan kewajiban primer dan kewajiban sekunder. Pada tatanan primer pedoman perilaku yang dibutuhkan masih sangat sederhana dan mampu dicukupi oleh norma-norma yang bersifat elementer, baik pada isinya maupun pada bentuknya. Norma-norma pada tatanan seperti itu sangatlah dekat dengan kenyataan dalam kehidupan sehari-hari (tidak seperti halnya pada perundang-undangan), dan waktu itu belum ada usaha-usaha secara sadar untuk membuat pedoman perilaku dalam bentuk yang formal definitif yaitu secara tertulis.⁸⁰

Menurut Fitzgerald, kebiasaan bagi masyarakat adalah hukum bagi negara. Keduanya tidak saling meniadakan, masing-masing merupakan ekspresi dan perwujudan asas-asas hukum dan keadilan menurut pandangan dan kemampuan manusia. Perbedaannya terletak pada hukum yang membedakan asas-asas tersebut bukan melalui kekuasaan negara, melainkan melalui

⁷⁸ Sudikno Mertokusumo 3, 1999, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 97.

⁷⁹ Sudikno Mertokusumo 2, 1993, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 9.

⁸⁰ Satjipto Rahardjo, 1986, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 139.

penerimaan dan persetujuan pendapat umum masyarakat keseluruhannya.⁸¹ Jadi apabila ternyata dalam peraturan perundang-undangan tidak ada ketentuannya atau jawabannya, maka barulah mencari dalam hukum kebiasaan atau kearifan lokal. Hukum kebiasaan adalah hukum yang tidak tertulis, untuk menemukannya adalah dengan cara menanyakan kepada tokoh masyarakat atau warganya yang dianggap mengetahui tentang kebiasaan masyarakat setempat. Kebiasaan adalah perilaku yang diulang-ulang, hanya kebiasaan yang mengikat yang mempunyai kekuatan hukum. Dalam hal ini perilaku itu harus diulang yang berlangsung untuk beberapa waktu lamanya, berulang-ulang (*longa et inveterata consuetudo*) dan harus menimbulkan keyakinan umum (*opinio necessitaris*) bahwa perilaku itu memang patut secara obyektif dilakukan, dengan berkeyakinan melakukannya itu merupakan kewajiban hukum (*die normatieve Kraft des Faktischen*/kekuatan normatif dari perilaku yang diulang).

Pasal 15 AB: Setiap pengecualian-pengecualian yang ditetapkan mengenai orang-orang Indonesia dan orang-orang yang dipersamakan, maka kebiasaan tidak merupakan hukum kecuali apabila undang-undang menetapkan demikian. Di sini kebiasaan diakui tetapi apabila undang-undang menunjuknya. Hukum kebiasaan pada umumnya melengkapi peraturan perundang-undangan dan tidak dapat mengesampingkannya. Selanjutnya Undang-Undang No. 4 tahun 2004 tentang kekuasaan Kehakiman Pasal 28 ayat (1). Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Namun dalam keadaan tertentu hukum kebiasaan dapat mengalahkan peraturan perundang-undangan yang bersifat pelengkap.

⁸¹ *Ibid.*, hlm. 140.

4.3. Yurisprudensi

Apabila ternyata dalam hukum kebiasaan tidak ada ketentuannya atau jawabannya, maka barulah mencari dalam yurisprudensi.

Yurisprudensi sebagai sumber hukum, tidak berarti bahwa hakim terikat pada putusan mengenai perkara yang sejenis yang pernah diputuskan. Sebab B.W. Pasal 1917 menyebutkan bahwa suatu putusan pengadilan itu hanya mengikat pihak-pihak yang bersangkutan dan tidak mengikat hakim lain yang akan memutus perkara atau peristiwa yang serupa. Lain halnya di sementara negara yang menganut asas *the binding force of precedent* atau *stare decisis* maka putusan pengadilan tidak hanya mengikat para pihak namun juga mengikat hakim. Sifat terikat pada *precedent* pada hakekatnya adalah sifat pada setiap peradilan. Tepatlah kata Blackstone bahwa asas tersebut bertujuan *to keep the scale of justice even and steady and not liable to waver with every new judge's opinion*.⁸²

Menurut Bagir Manan di Indonesia hakim tidak perlu mengikuti putusan-putusan terdahulu mengenai perkara sejenis. Oleh karena itu Indonesia pada dasarnya hakim tidak terikat *precedent* atau putusan hakim terdahulu mengenai perkara atau persoalan hukum yang serupa dengan apa yang akan diputuskan.⁸³ Akan tetapi dalam kenyataannya tidak sedikit hakim berkiblat pada putusan-putusan tetap atau *vaste jurisprudentie* pengadilan yang lebih tinggi terutama Mahkamah Agung mengenai perkara yang serupa dengan perkara yang akan diputuskannya. Hal ini tidak mengherankan, karena dengan adanya

⁸² Sidikno Mertokusumo 2, *Op. cit.*, hlm. 39.

⁸³ Bagir Manan, 1995, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, LPPM, UNISBA, Bandung, hlm. 30.

kemungkinan diajukannya kasasi ke Mahkamah Agung, maka hakim dari tingkat pengadilan yang lebih rendah cenderung untuk menghormati putusan Mahkamah Agung. Lagi pula jangan kedengarannya apabila peristiwa yang serupa diputus berlainan, kalau pengadilan rendah katakanlah Pengadilan Negeri misalnya menjatuhkan putusan yang berlainan atau bertentangan dengan putusan Mahkamah Agung atau Pengadilan Tinggi atau putusannya sendiri mengenai perkara yang sejenis. Apabila terjadi suatu perkara diputuskan berlainan atau bertentangan dengan putusan yang mendahuluinya mengenai perkara yang serupa, maka akan timbul reaksi atau setidaknya rasa kecewa atau celaan dari masyarakat, kecuali tentunya kalau masyarakat atau panggilan jaman menghendaki putusan yang berlainan dengan putusan yang telah ada mengenai perkara yang sejenis.⁸⁴ Bahwasanya perkembangan masyarakat atau jaman mempunyai pengaruh pada putusan pengadilan, oleh Cordoso dikatakan sebagai berikut: *My duty as judge say be to objectify in law, not my own aspirations and convictions and philosophies, but the aspirations and convictions and philosophies of the men and women of my time. Hardly shall I do this well if my own sympathies and beliefs and passionate devotions are with a time that is past.* Kalau tiap kali ada putusan yang berlainan mengenai perkara sejenis, maka tidak ada kepastian hukum. Tetapi sebaliknya kalau hakim terikat mutlak pada putusan mengenai perkara yang sejenis yang pernah diputuskan maka hakim tidak bebas untuk mengikuti perkembangan masyarakat melalui

⁸⁴ Sudikno Mertokusumo 3, 1988, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 163.

putusan-putusannya. Yahya Harahap dalam hal ini menambahkan 2 (dua) syarat dalam yurisprudensi, yakni:

- a. berisi terobosan hukum;
- b. diikuti oleh para hakim maupun masyarakat pada umumnya.

Kata yurisprudensi mengandung beberapa pengertian; a. setiap putusan hakim; b. kumpulan putusan hakim yang disusun secara sistematis dari tingkat peradilan pertama sampai pada tingkat kasasi dan yang pada umumnya diberi *anotatie* (anotasi, catatan dengan keterangan/penjelasan) oleh yuris dibidang peradilan; c. pandangan atau pendapat para ahli yang dianut oleh hakim dan dituangkan dalam putusannya.

Di samping itu di lingkungan peradilan juga dikenal yurisprudensi tetap, apabila suatu kaedah atau ketentuan dalam suatu keputusan kemudian diikuti secara *constant* (tetap/terus-menerus) oleh para hakim dalam putusannya dan dapat dianggap menjadi bagian dari keyakinan hukum umum, maka dikatakan bahwa terhadap masalah hukum tersebut telah terbentuk yurisprudensi tetap. Pada “putusan-ulangnya” kaedah hukum dalam suatu putusan oleh suatu yurisprudensi tetap akan memperkuat wibawa kaedah hukum tersebut. Contohnya adalah yurisprudensi tetap yaitu putusan *Hoge Raad* 31 Januari 1919. Perlu diingat bahwa yurisprudensi berbeda dengan *jurisprudence* yang berarti ilmu hukum. Contoh yurisprudensi sebagai sumber penemuan hukum dapat dikemukakan mengenai *fiducia* (kepercayaan/hal mempercayakan milik kepada orang lain). Dalam hal gadai, apabila benda gadai dibiarkan tetap dalam kekuasaan yang berhutang (peminjam barang) atau pemberi gadai adalah tidak

sah (KUHPerduta Pasal 1152) oleh karena itu *fiducia* sering disebut dengan gadai yang terlarang. Akan tetapi dalam hal *fiducia*, barang jaminan (gadai) boleh berada di tangan peminjam uang (pemberi jaminan). Semula hal itu merupakan hukum kebiasaan, namun kemudian dituangkan atau dikuatkan dalam yurisprudensi, yaitu *Hoge Raad* 25 Januari 1929 (*Bierbrouwerijarrest: Haan versus N.V. Heinekens Bierbrouwerij Maatschappij, N.J. 1929*, hlm. 616: “Peralihan *eigendom* untuk jaminan dengan *constitutum, possessorium (fiducia)* dibolehkan). Di samping itu juga *Hoog Gerechtshof* 18 Agustus 1932 (*Bataafse Petroleum Maatschappij versus Pedro Clignet, T (Indische Tijdschrift van het Recht)*, 136: 311). Menurut putusan Mahkamah Agung 1 September 1971 *fiducia* yang dianggap sah hanyalah sepanjang mengenai benda bergerak saja (Y.I., 1972: 378). Kemudian dengan dikeluarkan Undang-Undang No. 16 tahun 1985 tentang Rumah Susun maka benda tetap (rumah susun berikut tanah tempat bangunan itu berdiri) dapat dijadikan jaminan hutang dengan dibebani *fiducia* (Undang-Undang No. 16 tahun 1985 tentang Rumah Susun, Pasal 12). Di samping itu juga mengenai “beli sewa” yang tidak diatur dalam perundang-undangan ditemukan dasar hukumnya dalam Putusan Mahkamah Agung 18 Desember 1967 (*Jordaan versus Auto handel maatschappij: Chidir Ali, 1981: 436*). Demikian juga dengan “janda”, semula janda hanya sebagai pihak yang berhak atas warisan (*erfgerechtigde*): *Raad van Justitie* Jakarta 26 Mei 1929, (*Indische Tijdschrift van het Recht*, 151: 193). Kemudian kedudukannya menjadi ahli waris (putusan kasasi Mahkamah Agung 13 April 1960, H & M, 1962 No. 4 – 5: 228). Tempat mencari yurisprudensi atau putusan-putusan pengadilan adalah

di pengadilan. Di samping itu sudah banyak putusan-putusan pengadilan yang telah dipublikasi dalam buku kumpulan yurisprudensi antara lain oleh Mahkamah Agung.⁸⁵

Yurisprudensi sebagai salah satu sumber penemuan hukum dalam dunia peradilan, pada hakekatnya berfungsi sebagai berikut:

1. Menegakkan adanya standar hukum yang sama dalam kasus/perkara yang sama atau serupa, di mana undang-undang tidak mengatur atau belum mengaturnya;
2. Menciptakan rasa kepastian hukum di masyarakat dengan adanya standar hukum yang sama;
3. Menciptakan adanya kesamaan hukum serta sifat dapat diperkirakan (*predictable*) pemecahan hukumnya;
4. Mencegah terjadinya kemungkinan *disparitas* (perbedaan) dalam berbagai putusan hakim pada kasus yang sama, sehingga apabila terjadi perbedaan putusan antar hakim, maka jangan sampai menimbulkan *disparitas*, namun hanya sebagai variabel secara kasuistik (*case by case*).⁸⁶

4.4. Traktat atau Perjanjian Internasional (*Treaty*)

Traktat adalah perjanjian yang diadakan oleh 2 (dua) negara atau lebih - bilateral atau multilateral- mengenai sesuatu hal, *bi* (s) (bahasa Latin) sama dengan 2 (dua) kali, *latus* (bahasa Latin) = pihak. Bilamana traktat multilateral memberi kesempatan kepada negara-negara yang pada permulaan tidak turut mengadakannya, kemudian menjadi pihaknya disebut *kollektief verdrag* atau

⁸⁵ Sudikno Mertokusumo I, *Op.cit. hlm.* 53

⁸⁶ Paulus Effendie Lotulung, 1994, *Yurisprudensi dalam Perspektif pengembangan Hukum Administrasi di Indonesia*, Pidato Peengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Pakuan, Bogor.

open verdrag atau traktat terbuka, misalnya Piagam (*Charter*) Perserikatan Bangsa-Bangsa, traktat tentang pertahanan bersama negara-negara Eropah (*NATO*) yang diikuti oleh beberapa negara Eropah. Banyak istilah-istilah yang digunakan untuk traktat, misalnya; *charter, covenant, pact, statute, convention, act, protocol* dan lain sebagainya.

Traktat mengikat negara-negara yang mengadakannya, yang disebut *Pacta Sunt Servanda* artinya setiap perjanjian harus ditaati/dipatuhi atau ditepati. Traktat juga mengakui *primat* hukum internasional, artinya mengakui hukum internasional lebih tinggi derajatnya daripada derajat hukum nasional.⁸⁷

Traktat memuat hukum yang berlaku pada wilayah masing-masing pihaknya, maka dari itu untuk tata hukum nasional maupun hukum internasional, traktat merupakan sumber penemuan hukum dalam arti formal. Oleh karena Indonesia adalah negara merdeka yang berdaulat, maka salah satu organ/alat dari pimpinan tertinggi negara -sesuai dengan asas-asas dasar hukum tata negara maupun asas-asas hukum internasional- berkuasa membuat traktat dan persetujuan-persetujuan dengan negara lain. Organ negara itu berdasar Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 pada Pasal 11 ayat (1): Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain. Pasal 11 ayat (3): Ketentuan lebih lanjut tentang perjanjian internasional diatur dengan undang-undang.

⁸⁷ Utrecht, *Op.cit.* hlm. 457.

Kekuasaan (wewenang) mengadakan perjanjian dengan negara lain - dengan persetujuan DPR- adalah di tangan presiden sebagai kepala pemerintahan, adapun tahap-tahapnya sebagai berikut:

1. Penetapan atau *sluiting*;
2. Persetujuan masing-masing dewan perwakilan rakyat (parlemen) dari pihak yang bersangkutan;
3. Ratifikasi atau pengesahan oleh masing-masing kepala negara;
4. Pelantikan/pengumuman atau *afkondiging*.⁸⁸

Tidak jelasnya bagaimana bentuk traktat itu, namun mengingat bahwa traktat itu dibuat presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat maka dapatlah disimpulkan bahwa berkekuatan sama dengan undang-undang. Sebaliknya berhubung tidak ditetapkan dengan tegas dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 pada Pasal 11 maka tidak ada keharusan bagi Dewan Perwakilan Rakyat untuk membuatnya dengan bentuk undang-undang.

Mengingat pembuatan traktat ini ada surat Presiden kepada Ketua Dewan Perwakilan Rakyat tanggal 22 Agustus 1960 No. 2826/HK/60 tentang Pembuatan Perjanjian dengan Negara lain, yang tembusannya dikirim kepada Menteri Luar Negeri, Menteri Kehakiman, Menteri Penghubung DPR/MPR. Menurut surat Presiden No. 2826/HK/60 tersebut, yang dimaksud dengan perjanjian menurut Pasal 11 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 hanyalah perjanjian yang terpenting saja, yaitu yang mengandung soal-soal politik, dan lazimnya dikehendaki berbentuk traktat. Apabila tidak

⁸⁸ *Ibid*, hlm. 120.

dibatasi demikian, pemerintah tidak cukup keleluasaan bergerak untuk menjalankan hubungan internasional dengan sewajarnya, sebab untuk setiap perjanjian walaupun mengenai hal yang kecil harus memperoleh persetujuan terlebih dulu dari Dewan Perwakilan Rakyat. Dalam hal ini perjanjian antar negara dibedakan antara *treaties* yaitu perjanjian terpenting dan *agreement* yaitu perjanjian yang lain.

Traktat pada umumnya mengandung materi:

1. Soal-soal politik atau soal-soal yang dapat mempengaruhi haluan politik luar negeri misalnya perjanjian persahabatan, perjanjian persekutuan, perjanjian tentang perubahan wilayah.
2. Ikatan-ikatan yang sedemikian rupa yang mempengaruhi haluan politik luar negeri misalnya perjanjian kerjasama ekonomi dan teknis atau pinjaman uang.
3. Soal-soal yang menurut konstitusi atau sistem perundang-undangan kita diatur dengan undang-undang, misalnya tentang kewarganegaraan, soal kehakiman.

Dalam bidang hukum, perjanjian internasional dapat berupa perjanjian ekstradisi pelaku kejahatan, kerjasama dalam menyampaikan dokumen-dokumen serta bukti-bukti perkara dalam pengadilan, dan lain sebagainya.

Agreement adalah perjanjian yang mengandung materi lain yang akan disampaikan kepada Dewan Perwakilan Rakyat hanya untuk diketahui setelah disahkan oleh Presiden. *Agreement* ini diberi bentuk keputusan presiden, yang mulai dikenal sejak adanya surat Presiden No.2262/HK/59, surat Presiden No.

2775/HK/59, dan surat Presiden No. 3639/HK/59 dan luput dari peninjauan berdasar TAP MPRS No. XIX/MPRS/1966 dan TAP MPRS No. XXXIX/MPRS/1968.⁸⁹

4.5. Doktrin

Doktrin adalah pendapat ahli hukum yang mempunyai pengaruh dalam perkembangan dan praktek hukum, yang biasanya dijadikan sebagai acuan bagi hakim maupun pemangku hukum lainnya dalam mengambil suatu keputusan. Batasan atau pengertian hukum yang terlalu umum, tidak lengkap atau tidak jelas dalam peraturan perundang-undangan, maka doktrin akan melengkapi dan menjelaskan.

Doktrin juga merupakan sumber penemuan hukum. Apabila peraturan perundang-undangan tidak memberi jawaban dan tidak pula ada putusan pengadilan mengenai perkara sejenis yang akan diputuskan, maka hakim akan mencari jawabannya dari pendapat para yuris. Misalnya mengenai definisi perjanjian yang terdapat pada KUH Perdata Pasal 1313, definisi tersebut tidak jelas karena terlalu umum, maka doktrin membantu dengan memberi batasan tentang perjanjian. Ilmu hukum adalah sumber hukum tetapi ilmu hukum bukanlah hukum karena tidak mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum seperti undang-undang. Meskipun tidak mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum, namun tidak berarti bahwa ilmu hukum itu tidak mempunyai wibawa. Ilmu hukum mempunyai wibawa karena mendapat dukungan dari para yuris, ilmu hukum kecuali mempunyai wibawa juga obyektif sifatnya. Putusan pengadilan harus obyektif dan berwibawa pula, oleh karena itu tidak jarang ilmu hukum

⁸⁹ Sudikno Mertokusumo 3, *Op.cit.* hlm. 101.

digunakan oleh hakim dalam putusannya sebagai dasar pertimbangan untuk mempertanggungjawabkan putusannya. Apabila ilmu hukum itu dimuat dan dipertahankan dalam putusan pengadilan, ilmu hukum itu adalah hukum. Oleh karena itu ilmu hukum adalah sumber hukum. Mengenai pendapat para yuris dan ilmu hukum ini, di dalam sejarah pernah dikenal adanya pendapat umum yang mengatakan bahwa orang tidak boleh menyimpang dari *communis opinio doctorum* (pendapat para ahli hukum), berarti pendapat para yuris berkekuatan mengikat. Dikenal pula adanya *rechtsboek* atau kitab hukum, yaitu tulisan para yuris yang menguraikan tentang hukum kebiasaan. Ketika undang-undang belum berperan, maka *rechtsboek* sedemikian besar peranannya sehingga dipakai oleh hakim. Beberapa dari *rechtsboek* itu di antaranya *Grand coutumierde Normandie* (abad XIII) dan *Saksenpiegel* (tahun 1230).⁹⁰

Di Inggris pada abad Pertengahan tulisan-tulisan dari beberapa yuris mempunyai kekuatan mengikat bagi hakim. Tulisan-tulisan ini disebut *books of authority* dan di antaranya adalah *Commentaries on the laws of England* dari Sir William Blackstone (1723 – 1780).

Dalam hukum antar negara doktrin diakui sebagai sumber hukum. Pasal 38 ayat (1) d, *Statute of the International Court of Justice* berbunyi: *The court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it shall apply subject to the provisions of article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.* Yang

⁹⁰ van Apeldoorn, 1954, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandsche Recht*, W.E.J. Tjeng Willink, Zwolle, hlm. 75.

dimaksud dengan *the teachings of the most highly qualified publicists* tidak lain adalah doktrin. Pasal 59 yang disebut dalam Pasal 38 tersebut di atas menentukan bahwa putusan Mahkamah Internasional tidak mempunyai kekuatan mengikat kecuali bagi para pihak. Di Indonesia dalam hukum Islam dijumpai banyak ajaran-ajaran Imam Safe'i yang digunakan oleh hakim pada Pengadilan Agama dalam putusan-putusannya.

4.6. Putusan Desa

Putusan desa merupakan penetapan administratif oleh hakim perdamaian desa. *HIR* Pasal 120 a atau *RBg* Pasal 143 a mengatur tentang hakim perdamaian desa, namun berdasarkan Undang-Undang Darurat No. 1 tahun 1951, ketentuan tersebut dinyatakan tidak berlaku lagi. Putusan desa bukan lembaga eksekutif, sehingga hakim peradilan umum tidak berwenang untuk menilai dengan membatalkan atau mengesahkannya.⁹¹

4.7. Perilaku Masyarakat

Hukum tidak hanya berwujud norma saja, namun dapat berwujud perilaku. Pada perilaku manusia terdapat hukumnya, dari perilaku manusia maka lahir hukum. Jadi perilaku masyarakat baik yang bersifat aktif (perbuatan konkrit) maupun perilaku masyarakat yang bersifat pasif misalnya sikap (iktikad) merupakan sumber penemuan hukum. Perilaku manusia itu didorong oleh kepentingan manusia, sedangkan kepentingan manusia merupakan obyek perlindungan hukum. Oleh karena itu tidak boleh dilupakan bahwa kepentingan manusia juga merupakan sumber penemuan hukum.

⁹¹ M.A. 3 Mei 1969 No. 350 K/Sip/1968, *J.I. (Jurisprudensi Indonesia)* Pen.VI/69, hlm. 126;
M.A. 11 Maret 1970 No. 319 K/Sip/1969, *J.I. (Jurisprudensi Indonesia)* Pen.III/70, hlm. 66;
M.A. 3 Nop. 1981 No. 383 K/Sip/1971, *J.I. (Jurisprudensi Indonesia)* Pen.III/70, hlm. 39.

Putusan-putusan pengadilan ini lebih dikenal dalam sistem hukum Anglo Saxon atau *common law system* sejumlah besar *jus non scriptum* yang membentuk *common law system* itu terdiri dari hampir seluruhnya dari hasil-hasil keputusan pengadilan. Hasil-hasil ini dihimpun ke dalam sejumlah sangat besar laporan-laporan hukum yang sudah dimulai sejak akhir abad XIII. Keadaan ini dimungkinkan karena sistemnya menganut asas *decisis* yang artinya adalah berhenti pada atau mengikuti keputusan-keputusan. Apabila muncul suatu situasi atau serangkaian fakta-fakta seperti yang pernah terjadi sebelumnya, maka keputusan yang akan diterapkan oleh pengadilan dapat diharapkan sama dengan keputusan yang dijatuhkan pada waktu itu. Karakteristik dari sistem yang demikian ini dapat dilihat pada rumusan hakim Oliver Wendell Holmes tentang hukum yang kemudian dikenal sebagai *Holmesian Dictum* berikut ini: *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*

Salah satu esensi dari doktrin dalam *common law system* adalah bahwa ketentuan-ketentuan hukum itu dikembangkan dalam proses penerapannya. Hal ini berarti bahwa ini merupakan hasil karya dari para hakim dan bukan dari para yuris yang lain misalnya yuris yang menjadi dosen. Sebaliknya karya-karya hakim itu hanya diakui sebagai hukum manakala ia dihasilkan dalam suatu proses pengadilan. Pendapat seorang hakim yang dinyatakan di luar tugasnya mengadili bukan merupakan ketentuan hukum yang sah.⁹²

Putusan hakim itu terdiri kepala putusan yang berbunyi: Demi Keadilan berdasarkan keTuhanan yang Maha Esa, identitas para pihak atau terhukum,

⁹² Satjipto Rahardjo, *Op.cit.* hlm. 98.

considerans atau pertimbangan tentang duduk perkaranya dan *considerans* tentang hukumnya dan bagian terakhir adalah *dictum* (amar putusan), yang meliputi bagian yang disebut deklaratif dan dispositif. Perkara perdata lazimnya pertimbangan tentang duduk perkaranya diuraikan terpisah dari pertimbangan tentang hukumnya, sedangkan dalam perkara pidana kedua pertimbangan itu terjalin menjadi satu. Dalam bagian deklaratif dari amar putusan diuraikan tentang hubungan hukum atas peristiwa hukumnya, sedangkan dalam bagian dispositif diuraikan tentang pokok putusannya. Tidak seluruh bagian putusan mempunyai kekuatan mengikat. Manakah bagian dari putusan itu yang mempunyai kekuatan mengikat? Perlu diketahui -untuk menjawab pertanyaan tersebut- bahwa putusan hakim itu merupakan penyelesaian perkara, namun sekali gus juga merupakan penetapan norma hukum untuk waktu yang akan datang. Sebagai penyelesaian perkara maka putusan itu hanya mengikat atau berlaku bagi para pihak atau terhukum saja, dan terutama bagian *dictum* itulah yang mengikat para pihak atau terhukum, baik yang deklaratif maupun yang dispositif; ini berarti bahwa para pihak harus mematuhi dan melaksanakan bunyi *dictum*.

Putusan sebagai penetapan norma hukum untuk waktu mendatang merupakan pedoman bagi hakim lain di kemudian hari untuk memutus perkara yang serupa dengan putusan tersebut (*stare decisis*). Dalam sistem Anglo Saxon kecuali bagian-bagian yang telah diuraikan di atas suatu putusan dapat mengandung pandangan atau pertimbangan yang bersifat sepintas lalu, tidak relevan, yang tidak secara langsung mengenai pokok pikiran yang diajukan

(*obiter dictum*), dan pandangan atau pertimbangan yang mengenai pokok perkara secara langsung (*ratio decidendi*). Jadi suatu putusan dapat mengandung pertimbangan atau alasan yang tidak secara langsung mengenai pokok perkara dan secara langsung mengenai pokok perkara. Apabila putusan dilihat sebagai penetapan norma hukum, maka yang mengikat adalah pertimbangan atau alasan yang secara langsung mengenai pokok perkara yaitu norma hukum yang merupakan dasar *dictum* putusan (*ratio decidendi*). Pertimbangan-pertimbangan mengenai peristiwa konkrit atau pertimbangan-pertimbangan hukum yang tidak relevan (*obiter dictum*) maka tidaklah mengikat.⁹³

Sementara itu dalam proses penetapan hukum tersebut, seorang hakim juga dapat menyatakan berbagi pendapat yang tidak langsung berhubungan dengan persoalan yang sedang dihadapi. Misalnya akan memberikan ilustrasi mengenai penalaran hukum pada umumnya dan menyebut situasi yang bersifat hipotetik dan hukum yang seharusnya dikenakan terhadap situasi tersebut. Oleh karena masalah yang disebut-sebut itu tidak langsung berhubungan dengan persoalan yang dihadapi antara pihak yang berkepentingan, maka tidak adil apabila kepadanya diberikan bobot yang sama dengan keputusan yang sesungguhnya. Namun diakui bagaimanapun *obiter dictum* itu mempunyai nilainya sendiri dalam rangka keseluruhan proses penerapan yang berjalan, terlebih lagi bagi penelitian dan ilmu hukum itu sendiri.

⁹³ Sudikno Metokusumo I, *Op. cit.* hlm. 54.

BAB V

METODE PENEMUAN HUKUM

Peraturan perundang-undangan itu sifatnya tidak lengkap. Tidak ada dan tidak mungkin ada peraturan perundang-undangan yang sifatnya lengkap selengkap-lengkapnyanya serta jelas sejelas-jelasnya. Oleh karena tidak lengkap dan tidak jelas maka harus dilengkapi dan dijelaskan dengan jalan “penemuan hukum”. Secara sederhana penemuan hukum dapat dikatakan menemukan hukumnya karena hukum masih tidak lengkap dan tidak jelas.⁹⁴ Diketemukan hukum itu dengan menjelaskan, menginterpretasi, atau melengkapi peraturan perundang-undangannya. Untuk menemukan hukumnya tersedia beberapa metode penemuan hukum, yakni metode interpretasi dan metode argumentasi.⁹⁵

Apabila waktu dulu (abad XIX) perhatian terutama dicurahkan pada keahlian interpretasi dan menguraikan (menjelaskan), namun sekarang bergeser ke titik berat yang lebih banyak diletakkan pada penemuan suatu argumentasi/konstruksi yang dipertanggungjawabkan secara rasional.

5.1. Metode Interpretasi

Interpretasi atau penafsiran atau hermeneutik berasal dari bahasa Yunani dari kata benda *hermeneia*. Perkataan Yunani *hermeneutike techne* (kata benda) berarti seni atau kemahiran seorang seniman atau *rhapsode* yang menginterpretasi puisi dan pendeta yang menginterpretasi ungkapan dewa. Pada mulanya, interpretasi dikembangkan sebagai metode atau seni untuk menginterpretasi dalam upaya memahami naskah (teks) kuno. Kemudian lewat

⁹⁴ Sudikno Mertokusumo1, *Op.cit.* hlm. 26.

⁹⁵ *Ibid.* hlm.56.

karya Schleiermacher, Wilhelm Dilthey mengembangkan dan menggunakan interpretasi sebagai metode untuk ilmu-ilmu sosial, khususnya ilmu sejarah.⁹⁶ Interpretasi sebetulnya sudah dilakukan oleh kelompok Scholastica dalam usahanya memahami *Codex Juris Civilis* (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).⁹⁷

Paul Scholten, *Agemeen Deel; De uitleg naar taalgebruik wijst boven zich zelf uit, zij voert vanzelf tot de systemtische. En ook tot de historische. Immers er bestaat verband niet alleen met de andere gelijktijdig neergeschreven woorden doch ook met het geestelijk en maatschappelijke leven van den tijd waarin zij werden geuit.* Interpretasi menurut arti kata membimbing ke arah cara interpretasi lain, yaitu dengan sendirinya membimbing ke arah interpretasi sistematis. Juga ke arah interpretasi historis. Bukan hanya antara kata-kata yang satu dengan yang lain yang ditulis sewaktu ada hubungan, namun juga ada hubungan antara kata-kata itu dengan aliran-aliran kejiwaan dan kemasyarakatan pada waktu kata-kata itu dibuat.⁹⁸

Interpretasi menurut Dharma Pratap adalah penjelasan setiap istilah dari suatu perjanjian apabila terdapat pengertian ganda atau tidak jelas dari para pihak memberikan pengertian yang berbeda terhadap istilah yang sama atau tidak dapat memberikan arti apapun terhadap istilah tersebut. Tujuan utama interpretasi adalah menjelaskan maksud sebenarnya dari para pihak atau merupakan suatu kewajiban memberikan penjelasan mengenai maksud para

⁹⁶ Bernard Arief Sidharta, *Op.cit.* hlm. 95.

⁹⁷ Philipus Mandiri Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, 2005, *Argumentasi Hukum*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, hlm. 27.

⁹⁸ Utrecht, *Op.cit.* hlm. 237.

pihak seperti dinyatakan dalam kata-kata yang digunakan oleh para pihak dilihat dari keadaan-keadaan yang mengelilinginya.⁹⁹

Interpretasi atau penafsiran merupakan salah satu metode penemuan hukum yang memberikan penjelasan yang gamblang mengenai teks undang-undang agar ruang lingkup kaedah dapat ditetapkan sehubungan dengan peristiwa tertentu. Interpretasi oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa yang konkret. Tujuan akhir penjelasan dan interpretasi aturan tersebut untuk merealisasikan agar hukum positif itu berlaku.¹⁰⁰ Interpretasi adalah suatu proses yang ditempuh pengadilan dalam rangka mendapatkan kepastian mengenai arti dari hukum perundang-undangan atau bentuk otoritatif itu.¹⁰¹

Metode yang paling lazim dipakai dalam penemuan hukum adalah metode interpretasi dalam praktek metode ini tidak mengenal pola-pola yang jelas. Tidak ada keharusan interpretasi harus dimulai dari metode gramatikal, baru kemudian ke metode otentik, metode historis dan seterusnya. Jaksa, advokat dan hakim memiliki kebebasan untuk memilih metode interpretasi yang paling sesuai dengan kebutuhannya. Setelah ditafsirkan, rumusnya kemudian dituangkan dalam tuntutan, pembelaan, atau putusan. Semua dokumen tersebut memiliki implikasi terhadap nasib pencari keadilan sehingga sudah sepantasnya karya tersebut diformulasikan secara hati-hati agar dapat memenuhi perasaan keadilan

⁹⁹Yudha Bhakti Ardhiwisastra, 2000, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Alumni, Bandung, hlm.19

¹⁰⁰Sudikno Mertokusumo 2, *Op.cit.* hlm. 13.

¹⁰¹Satjipto Rahardjo, *Op.cit.* hlm. 86.

bagi para pihak yang terlibat sengketa dan juga masyarakat yang menjadi pemerhati jalannya peradilan itu.¹⁰²

Ian McLeod mengemukakan adanya 3 (tiga) asas *contextualism* dalam interpretasi, yaitu sebagai berikut:

1. *Noscitur a Sociis*, suatu hal diketahui dari *associated*-nya. Artinya dari suatu kata harus diartikan dalam rangkaiannya.
2. *Ejusdem Generis*, sesuai genusnya, artinya satu kata dibatasi makna secara khusus dalam kelompoknya. Contoh, konsep hukum administrasi belum tentu sama maknanya dalam hukum perdata atau hukum pidana.
3. *Expressio Unius Exclusio Alterius*, satu konsep digunakan untuk satu hal, berarti tidak berlaku untuk yang lain. contoh, konsep *rechtmatigheid* sudah digunakan dalam hukum tata negara, maka konsep yang sama belum tentu berlaku untuk kalangan hukum perdata atau hukum pidana.¹⁰³

5.1.1. Timbulnya Interpretasi Hukum

Interpretasi atau penafsiran hukum merupakan masalah yang penting dalam kehidupan hukum, sesudah masa penuh kepastian dan ketenangan dari abad XIX lewat, waktu itu berpendapat dan berkeyakinan bahwa perundang-undangan adalah sama dengan hukum, hukum tidak lain adalah perundang-undangan itu sendiri. Dengan “menerapkan” peraturan-peraturan hukum, maka hukum pun sudah ditemukan.

¹⁰² Shidarta, *Op.cit.* hlm. 154.

¹⁰³ Bruggink, 1987, *Op Zoek Naar het Recht (Rechtsvinding in Rechtstheoretische Perspectief)*, Wolters-Noordhoff Groningen, The Netherlands, hlm. 110 dalam Philipus M. Hadjon dan Tatiek Djatmiati, 2005, *Argumentasi Hukum*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, hlm. 26.

Menurut Montesquieu hakim adalah corong undang-undang (hakim menerapkan undang-undang dan melaksanakan secara harfiah). *Les juges delanation ne sont que les bouches qui prononcent les paroles de la loi, des etres inanimés qui n'en peuvent moderer ni la force ni rigueur*, (setiap hakim harus mengatakan sebagaimana yang termaktub dalam undang-undang atas segala kegiatan atau aktivitasnya agar tidak terjebak dalam situasi yang kacau). Ungkapan yang senada dalam bahasa Belanda mengatakan; *Rechters als spreekbuis der wet, als wetsvertolkers en als goede mannen oordelend naar bilijkheid* (hakim sebagai corong undang-undang, sebagai penerjemah undang-undang, dan sebagai orang-orang baik yang menilai dari sudut keadilan).¹⁰⁴

Sejak kepastian, kepercayaan diri dan ketenangan itu lewat -di penghujung abad XX- dan mengakui bahwa “interpretasi” merupakan sesuatu yang harus dilakukan. Dengan terbukanya kesempatan untuk melakukan interpretasi, maka timbul pertanyaan.

1. Apakah dengan melakukan interpretasi ini tidak ditanamkan sesuatu yang baru kepada peraturan yang lama?
2. Apakah dengan terbukanya kesempatan melakukan interpretasi, hakim tidak hanya berhenti pada melakukan interpretasi, melainkan juga; a). memperluas, b). mengisi dan c). menciptakan peraturan baru?

Titik balik dari filsafat menerapkan undang-undang kepada interpretasinya telah dikukuhkan –di penghujung abad XX tepatnya tahun 1908- di Swiss dalam kodifikasi Pasal 1 *Schweizerische Zivilgesetzbuch* yang sangat terkenal.

¹⁰⁴ *Ibid.*, hlm. 26.

Sehingga peradilan (pekerjaan hakim) sebagai faktor-faktor penentuan atau *determinanten* formal yang membentuk hukum ialah perundang-undangan, administrasi –tata usaha- negara, peradilan, tradisi (kebiasaan), dan ilmu atau doktrin. Sedangkan faktor-faktor penentuan substansial dapat disebut perasaan hukum seseorang dan *public opinion*. Tugas hakim ialah menyelesaikan setiap perkara, jugalah dalam hal undang-undang tinggal diam, hakim wajib membuat penyelesaian yang diinginkan itu.

Bahwa hakim adalah faktor pembentuk hukum itulah diakui oleh ilmu hukum pada umumnya. Menurut van Apeldoorn, bahwa hakim harus: 1. menyesuaikan terhadap undang-undang dengan fakta konkrit, kejadian-kejadian konkrit dalam masyarakat; 2. menambah undang-undang, bilamana perlu.

5.1.2. Bentuk Interpretasi Hukum

Secara garis besar, interpretasi dibedakan menjadi interpretasi harfiah yang semata-mata menggunakan kalimat-kalimat dari peraturan sebagai pegangannya, interpretasi ini tidak keluar dari *letera legis*. Sedangkan interpretasi fungsional adalah interpretasi bebas yang berusaha untuk memahami maksud sebenarnya dari suatu peraturan dengan menggunakan berbagai sumber lain yang dianggap dapat memberikan kejelasan yang lebih memuaskan.

5.1.2.1. Interpretasi Harfiah

Dengan bercermin pada praktek pengadilan di Inggris, dapat memperoleh pengetahuan yang cukup berharga mengenai bagaimana perundang-undangan itu diinterpretasi. Kewajiban pengadilan adalah menyingkap dan mendasarkan

tindakannya pada maksud yang sesungguhnya dari badan pembuat undang-undang. Maksud tersebut, terkandung di dalam *mens* atau *sentensia legis* (bahasa/kalimat hukum). Pemakaian pepatah hukum yang lain adalah maksim *expressum tacit cessare tacitum*, yaitu bahwa kata-kata yang disebutkan secara tegas, mengakhiri pencarian mengenai maksud dari suatu perundang-undangan. Misalnya, apabila di depan telah memerinci tentang “pedagang, tenaga terampil, pekerja atau orang lain apa pun” maka kata “orang lain apa pun” harus diartikan dalam kategori orang-orang yang telah disebutkan sebelumnya itu. Contoh lain misalnya menyebutkan bahwa yang dimaksud anak dalam Undang-Undang Pengadilan Anak adalah anak nakal, maka kata “anak” harus diartikan dalam kategori anak nakal seperti yang telah disebutkan di depan.

Tradisi Inggris selanjutnya membuat pengecualian untuk tidak menerima kata-kata perundang-undangan itu sebagai mempunyai kekuatan untuk membuat kata terakhir.

Pertama, keadaan ini dihadapi manakala hukumnya sendiri secara logis cacat, dan ada 3 (tiga) kecacatan logis, yakni:

1. Kemenduaan atau *ambiguity* semantik (arti kata), yang disebabkan oleh perumusan secara *open texture* (susunan). Dalam hal ini kata-kata dirumuskan sedemikian umum, sehingga menimbulkan kemenduaan dalam penerapannya. Kebalikan dari kemenduaan yang demikian itu adalah perumusan yang dilakukan secara rinci;
2. Kemenduaan sintaktik (kalimat), yang disebabkan penggunaan kata-kata dalam kalimat, misalnya kata “atau”, “dari” dan “semua” dan sebagainya;

3. Kemenduaan juga dapat terjadi karena maksud yang ingin dinyatakan oleh pembuat undang-undang itu sendiri tidak jelas. Pembuat undang-undang itu sendiri belum mempunyai konsep atau gambaran yang jelas mengenai hal yang hendak diaturnya.

Dalam hal pengadilan berhadapan dengan cacat-cacat seperti tersebut di atas, maka dituntut membuatnya kembali mencapai kesempurnaan logis. Malakala dapat diketahui bahwa di belakang cacat itu ada maksud baik, maka pengadilan harus dapat menegaskan adanya maksud tersebut. Apabila hal yang demikian itu tidak dapat diketahui, maka pengadilan harus dapat mengungkapkan maksud yang ada pada pembuat undang-undang, apabila segala kesalahan dan cacat itu diberikan kepadanya.

Ke dua, tidak mengijinkan untuk menerima kata-kata perundang-undangan secara mutlak, adalah manakala interpretasi secara harfiah akan membawa kepada kejanggalan dan kepada ketidakmasukakalan sedemikian rupa sehingga jelas terlihat pembuat undang-undang sebetulnya tidak mungkin menghendaki hal tersebut.

5.1.2.2. Interpretasi Fungsional

Pandangan filosofis yang terkandung di dalamnya adalah bahwa inti dari undang-undang adalah terletak di dalam semangatnya, sedangkan kata-kata itu hanya dipakai untuk menyampaikan maksud yang terkandung di dalamnya. Interpretasi fungsional dalam usaha menemukan hukum yang konkrit bagi suatu kasus hukum, juga dimulai dari pemahaman dari sudut tata bahasa yang disusul oleh faktor-faktor yang lain. Sebagaimana yang disampaikan oleh Paul Scholten,

bahwa: Dengan demikian, maka yang dilakukan terdiri dari segi bahasa, sejarah undang-undangnya, sistem bukunya dalam keseluruhan, tujuan sosial serta hasil dari penerapan, perkembangan sejarahnya, semua itu adalah faktor-faktor yang diperhitungkan untuk menentukan apa yang menurut suatu undang-undang merupakan hukum pada suatu kasus tertentu. Kesemua faktor tersebut tidak dapat diberi batasan yang pasti dan ditentukan tata urutan penggunaannya. Hal ini disebabkan karena pada setiap penentuan mengenai apa yang merupakan taruhan utamanya. Ia dimulai dari keadilan dan diakhiri dengan keadilan pula. Scholten memberi tempat yang penting pada segi bahasa dan tata bahasa. Interpretasi itu dimulai dari bahasa dan diakhiri dengan bahasa pula, yaitu berupa pengujian hasil yang ditemukan terhadap rumusan yang dipakai. Namun bagaimana pun penggunaan kata-kata itu tidak boleh diberi arti sendiri, melainkan harus dalam hubungannya dengan kenyataan sehari-hari atau pun pada apa yang dipikirkan oleh orang yang melakukan interpretasi itu sendiri.

Undang-undang adalah pernyataan kehendak dari badan negara yang diberi tugas membuat hukum. Oleh karena itu adalah hal yang layak, manakala dalam usaha untuk menentukan apa yang merupakan maksud dari undang-undang ditelusuri apa yang dikehendaki oleh pembuatnya dengan rumusan itu, yang tidak lain melakukan interpretasi dari sejarah perundang-undangnya.

Setiap undang-undang adalah bagian dari keseluruhan perundang-undangan. Demikian pula halnya dengan undang-undang yang baru, yang segera diserap ke dalam struktur keseluruhan tersebut. Dengan demikian apabila hendak memberi arti pada suatu undang-undang tertentu, maka harus

melakukannya dalam konteks yang demikian itu. Dalam hubungan ini, kata-kata suatu undang-undang mungkin tidak hanya baru menjadi jelas manakala dipahami dalam hubungannya dengan yang lain, melainkan juga mencoba untuk memahami masing-masing undang-undang sedemikian rupa, sehingga merupakan satu kesatuan yang berkaitan satu sama lain. Suatu undang-undang dapat dilihat sebagai suatu penggarapan lebih lanjut, suatu pengisian atau penyimpangan dari yang lain.

Semua hal atau kegiatan yang dikemukakan di atas tidaklah dilakukan oleh praktek melainkan oleh dunia ilmu. Ilmu hukum menggarap massa (bahan-bahan) perundang-undangan itu dengan mengorganisasikannya ke dalam suatu sistem tertentu, sehingga massa yang demikian banyak itu dapat disurutkan menjadi sejumlah ketentuan-ketentuan yang bersifat pokok saja. Perkembangan langkah yang demikian ini mengarah ke soal sistematisasi bahan-bahan perundang-undangan ke dalam pengertian-pengertian pokok tertentu serta menimbulkan pertanyaan; Apakah gunanya pembentukan pengertian-pengertian itu bagi usaha penemuan hukum?

Pengertian-pengertian tersebut dapat berguna atau tidak, bergantung dari bagaimana memperlakukannya. Suatu ajaran yang kemudian disebut sebagai *Begriffsjurisprudenz* merupakan contoh dari penggunaan pengertian-pengertian secara berlebihan sehingga tidak membawa pada hasil yang dikehendaki, yaitu keadilan di antara manusia. Pada dasarnya aliran ini mendasarkan pada kemampuan hukum untuk melakukan ekspansi atas dukungan kekuatan sendiri. Ekspansi itu dilakukan lewat penciptaan pengertian-

pengertian hukum yang kemudian diterima secara mutlak kemudian dibiarkan berjalan atas dasar logika. Dengan demikian pengertian-pengertian tersebut diterima sebagai premis yang absolut dan ditarik terus dengan menggunakan hukum logika sehingga diperoleh suatu hasil.

Kesalahan dari aliran pikiran tersebut adalah penerimaannya secara absolut terhadap penerapan yang ketat dari penalaran yang logis tersebut. Dengan demikian maka bukan keadilan yang dikehendaki sebagai hasil akhir, melainkan lebih menekankan kepada metode yang dipakai. Dikatakan adalah “benar” bahwa pencarian hukum dilakukan melalui penempatan dari kejadian-kejadian di bawah peraturan-peraturan, tetapi yang terjadi sebetulnya adalah lebih dari itu. Seperti juga halnya tidak dikehendaki agar penalaran yang logis ketat itu menjadi raja. Paul Scholten juga mengatakan bahwa metode sistematisasi dan rekonstruksi dalam hal ini keduanya merupakan pengembangan dari metode penalaran logika merupakan satu-satunya yang menentukan. Dalam usaha penemuan hukum, Paul Scholten banyak menekankan pada segi pembuatan konstruksi sebagai cara untuk mengembangkan massa hukum atau hukum positif, melalui penalaran logis sehingga dapat dicapai hasil yang dikehendaki. Dilihat dari sudut massa hukum, konstruksi hukum merupakan penarikan atau pengembangan lebih lanjut dari bahan tersebut dengan menggunakan penalaran logis. Sedangkan dari sudut konstruksi itu sendiri, tidak boleh melepaskan diri dan mengabaikan massa hukum yang ada tersebut.¹⁰⁵

¹⁰⁵ *Ibid.*, hlm. 91.

5.1.3. Beberapa Prinsip Interpretasi

Menurut Jonkers ada 3 (tiga) hal yang harus diperhatikan dalam melakukan interpretasi:

1. Apabila kata-kata sudah jelas, maka yang berlaku adalah kata-kata itu artinya bukan maksud dari kata-kata itu. Harus diingat bahwa hakimlah yang menilai apakah suatu kata itu sudah jelas ataukah belum jelas (*Is het word duidelijk dan geldt het word en niet de bedoeling. Hierbij moet worden bedacht, dat het de rechter is, die beoordeelt of een word duidelijk is*).
2. Apabila kata-kata tidak jelas, namun dapat diartikan berbeda-beda, maka yang dipilih adalah kata-kata yang sesuai dengan tujuannya (*Is het word niet duidelijk, maar voor verschillenden uitleg vatbaar, dan gaat boven het word de bedoeling*).
3. Apabila kemungkinan penjelasannya berbeda-beda, maka yang dipilih adalah kata-kata yang tidak mempunyai akibat apapun (*Bij de mogelijkheid van verschillenden uitleg gaat de opvatting, die aan de woorden zin geeft boven die, welke geenerlei effect heelf*).¹⁰⁶

Dalam melakukan interpretasi hukum, hakim hendaknya mengikuti beberapa prinsip:

1. Prinsip obyektivitas; interpretasi hendaknya berdasarkan arti secara literal dari aturan hukum dan berdasarkan hakekat dari aturan hukum tersebut harus dibuat sejas mungkin untuk perkembangan selanjutnya;

¹⁰⁶ Bambang Angkoso Wahyono, 2010, *Teknik Menemukan Hukum dalam Hukum Pidana*, Kadimil I-07 Balikpapan dalam <http://www.teknik-menemukan-hukum-dalam-hukum-pidana.kadamil-balikpapan.osg>, diakses tanggal 5 Maret 2011 pukul 15.00WIB.

2. Prinsip kesatuan; setiap norma hendaknya dibaca bersamaan teksnya secara tak terpisahkan, artinya bagian harus berasal dari keseluruhan, dan keseluruhan terdiri dari bagian-bagian.
3. Prinsip interpretasi genetis; selama melakukan interpretasi terhadap teks, keberadaan teks asli harus dijadikan pertimbangan, terutama dalam aspek obyektivitas, gramatika, budaya dan kondisi sosial, dari pembentukan hukum dan pembuat hukum tersebut.
4. Prinsip komparasi; untuk mengkomparasikan suatu teks hukum dengan teks hukum lainnya yang menyangkut hal yang sama dalam suatu waktu tertentu.

Keempat prinsip tersebut dijadikan panduan dalam interpretasi dalam rangka penemuan hukum sehingga kepastian hukum dan keadilan dalam masyarakat dapat terwujud.¹⁰⁷

Sedangkan prinsip-prinsip umum tentang interpretasi yang dapat dipedomani dalam proses penemuan hukum pidana dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Prinsip proporsionalitas dan prinsip subsidiaritas. Dua prinsip ini merupakan prinsip utama yang saling terkait dalam prinsip regulasi/mengatur suatu interpretasi dalam upaya menemukan hukum. Prinsip proporsionalitas adalah prinsip mencari keseimbangan terhadap suatu undang-undang yang bertitik tolak dari keseimbangan antara cara dan tujuan dari dibentuknya sebuah undang-undang. Sedangkan prinsip subsidiaritas digunakan apabila menghadapi suatu persoalan yang sulit dan menimbulkan beberapa alternatif

¹⁰⁷ <http://wonkdermayu.wordpress.com/kuliah-hukum/penemuan-hukum-atau-rechtsvinding>

pemecahan, apabila demikian kemungkinannya maka digunakan interpretasi yang paling sedikit menimbulkan kerugian.

2. Prinsip relevansi dalam hukum pidana, yaitu keberlakuan hukum pidana yang hanya menekankan adanya persoalan penyimpangan perilaku sosial yang patut mendapat reaksi, sanksi dan koreksi dari sudut pandang hukum pidana. Prinsip ini mendasari pada fungsi umum hukum pidana sebagaimana yang disampaikan oleh Vos *het strafrecht zicht tegen min of meer abnormal gedragen....* (..... hukum pidana adalah untuk melawan kelakuan-kelakuan yang tidak normal).
3. Prinsip kepatutan (menurut Marten Luther), prinsip yang dalam hal menguji logika yuridis lebih mengedepankan rasa kepatutan yang berkembang di tengah masyarakat.
4. Prinsip *in dubio pro reo*, maksud prinsip ini, adalah jika terdapat keraguan dalam membaca suatu ketentuan hukum, maka harus memilih ketentuan atau penjelasan yang paling menguntungkan bagi terdakwa. Prinsip ini ditentang oleh Pompe dengan mengatakan; *wegen het publiekrechtelijke karakter van strafrecht en strafprocesrecht beide dienen bij aanvankelijke onzekerheid de vervolgende ambtenaar en de rechter zelf er naar te striven deze onzekerheid door onderzoek op te heffen. Ook na uitgebreid en nauwkeurig onderzoek kan de zaak echter blijven, en dan volgts strafbaarverklaring van de verdachte* (..... berdasarkan karakter hukum pidana dan hukum acara pidana sebagai hukum publik, jika ada keragu-raguan tentang sesuatu, penuntut umum dan hakim berusaha menghilangkan itu dengan penyelidikan).

Setelah penyelidikan yang luas tentang perkara tersebut, masih tidak pasti, maka terdakwa harus dinyatakan bersalah).

5. Prinsip *exemptio format regulam (exception frimat vim legis in casibus non exeptis)*, maksud prinsip ini adalah apabila terdapat aturan khusus yang menyimpang terhadap aturan umum, maka penyimpangan tersebut harus diartikan secara sempit. Sebagai contoh dalam perkembangan hukum pidana banyak melahirkan tindakan-tindakan yang dikualifikasikan sebagai tindakan pidana dalam suatu peraturan di luar undang-undang yang telah dikodifikasi. Seringkali peraturan tersebut memuat aturan menyimpang dari aturan yang umum, baik secara substansial maupun formal. Apabila demikian maka penyimpangan itu harus diartikan secara sempit dalam pengertian khusus terhadap tindak pidana yang diatur dalam peraturan yang belum dikodifikasi tersebut.
6. Prinsip *titulus est lex* dan *rubrica est lex*, yang pertama diartikan sebagai judul perundang-undangan itu menentukan, sedangkan yang ke dua diartikan sebagai bagian dari perundang-undanganlah yang menentukan. Sebagai contoh ialah; tindakan aborsi hanya dapat dipidana jika dilakukan terhadap janin/kandungan yang telah bernyawa, bukan terhadap janin/kandungan yang belum bernyawa. Hal demikian karena KUHPidana memasukkan tindakan aborsi sebagai bagian dari kejahatan yang ditujukan terhadap nyawa. Jadi bagian yang menentukan dari kejahatan aborsi adalah kejahatan terhadap nyawa.

7. Prinsip substansial berkaitan dengan aturan tidak tertulis yang merujuk pada tatanan sosial etis dan cita-cita (idealisme) hukum tertentu. Dalam prinsip ini terkandung makna bahwa pada waktu melakukan interpretasi terhadap peraturan perundang-undangan, hakim harus memperhatikan prinsip tersebut sepanjang telah diakui dalam hukum, dengan dibuktikan berdasarkan doktrin atau yurisprudensi. Prinsip ini terkait dengan ajaran sifat melanggar hukum dalam fungsinya yang negatif maupun sifat melanggar hukum dalam fungsinya yang positif.
- a. Sifat melanggar hukum substansial dalam fungsinya yang negatif, diartikan bahwa meskipun suatu tindakan memenuhi rumusan delik, jika menurut pandangan masyarakat tindakan itu bukan merupakan tindakan tercela berdasarkan prinsip-prinsip hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum, maka tindakan itu tidak dipidana. Contoh, putusan Mahkamah Agung R.I. No. 42 K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966 dalam kasus penyalahgunaan D O Gula di Pengadilan Negeri Singkawang.
- b. Sifat melanggar hukum substansial dalam fungsinya yang positif, diartikan bahwa meskipun suatu tindakan tidak memenuhi rumusan delik jika tindakan tersebut dianggap bertentangan dengan rasa keadilan dan nilai-nilai ketertiban dalam masyarakat, maka tindakan itu dapat dipidana. Contoh, putusan Mahkamah Agung R.I. No. 275 K/Pid/1982 tanggal 15 Desember 1983, dalam kasus korupsi di Bank Bumi Daya.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Bambang Angkoso Wahyono, *Op.cit.*

5.1.4. Metode Interpretasi Hukum dapat dikelompokkan menjadi beberapa macam metode.¹⁰⁹

Bruggink pada awalnya mengelompokkan metode interpretasi itu ke dalam 4 (empat) model:

1. *De taalkundige interpretatie* atau interpretasi bahasa (interpretasi gramatikal);
2. *De wetshistorische interpretatie* atau interpretasi historis undang-undang;
3. *De systematische interpretatie* atau interpretasi sistematis;
4. *De maatshappelijke interpretatie* atau interpretasi kemasyarakatan (interpretasi teleologis/sosiologis).¹¹⁰

5.1.4.1. Interpretasi Gramatikal

Interpretasi gramatikal atau *taalkundige interpretatie* atau interpretasi menurut arti perkataan.¹¹¹ Dalam setiap kali menguraikan metode interpretasi, maka interpretasi gramatikal disebutkan paling depan. Bukan karena harus diprioritaskan -meskipun dulu diakui demikian- namun oleh karena metode ini paling dekat dan dalam hal tertentu merupakan dasar bagi metode-metode yang lain.¹¹² Interpretasi gramatikal merupakan interpretasi atau penjelasan undang-undang yang paling sederhana dibandingkan dengan metode interpretasi yang lain.¹¹³

Pada hakekatnya interpretasi undang-undang menurut interpretasi gramatikal adalah cara interpretasi permulaan saja, yaitu cara yang selalu

¹⁰⁹ Jazim Hamidi, 2005, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, UII Press, hlm. 53.

¹¹⁰ Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Op.cit.* hlm. 26.

¹¹¹ Utrecht, 1983, *Pengantar Hukum Indonesia*, Ichtiar Baru, Jakarta, hlm. 208.

¹¹² Sudikno Mertokusumo 2, *Op.cit.* hlm. 58.

¹¹³ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.* hlm. 57.

dipakai pada permulaan usaha interpretasi, yang selanjutnya interpretasi gramatikal itu dengan sendirinya membimbing hakim ke arah cara-cara interpretasi yang lain, yaitu dengan sendirinya membimbing ke arah interpretasi sistematis.¹¹⁴

Interpretasi gramatikal adalah interpretasi kata-kata dalam undang-undang sesuai dengan norma bahasa atau norma tata bahasa. Bahasa dengan hukum berkaitan erat, hukum tidak mungkin tanpa bahasa, hukum memerlukan kata-kata atau bahasa sebab bahasa merupakan alat satu-satunya yang dipakai oleh pembuat undang-undang untuk menyatakan kehendaknya. Interpretasi gramatikal merupakan upaya yang tepat untuk mencoba memahami suatu teks aturan perundang-undangan. Merumuskan suatu perundang-undangan atau suatu perjanjian seharusnya menggunakan bahasa yang dipahami oleh masyarakat yang menjadi tujuan pengaturan hukum tersebut. Karena penafsiran undang-undang pada dasarnya merupakan penjelasan dari segi bahasa yang digunakan, maka jelas bahwa pembuatan suatu aturan hukum harus terikat pada bahasa.¹¹⁵

Peraturan perundang-undangan dituangkan dalam bentuk bahasa tertulis, kata-kata dalam bahasa yang digunakan harus singkat dan jelas, sehingga tidak dapat diinterpretasi dengan berbagai ragam, namun pembuat undang-undang tidak senantiasa mampu menggunakan kata-kata yang tepat, putusan pengadilan disusun dalam bahasa yang logis sistematis, untuk mengadakan perjanjianpun diperlukan bahasa. Untuk mengetahui makna ketentuan

¹¹⁴ Paul Scholten, dalam Utrecht, *Ibid.* hlm. 237.

¹¹⁵ Johnny Ibrahim, 2006, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia Publishing, Malang, hlm. 220.

perundang-undangan maka ketentuan perundang-undangan itu diinterpretasikan atau dijelaskan dengan menguraikannya menurut bahasa umum sehari-hari.

Dalam hal demikian hakim wajib mencari kata-kata yang lazim dipakai dalam pembicaraan sehari-hari, menggunakan kamus bahasa atau pun minta keterangan pada ahli bahasa. Contoh; dilarang masuk bagi orang yang belum dewasa. Apa yang dimaksud dengan “belum dewasa” dan menurut peraturan perundang-undangan mana yang dipakai. Namun sering keterangan yang ada di dalam kamus dan keterangan ahli bahasa masih belum cukup, sehingga hakim harus mempelajari arti kata-kata dalam susunan kalimat peraturan perundang-undangan tersebut atau hubungannya dengan peraturan perundang-undangan yang lain.¹¹⁶

Misalnya apa yang dimaksud dengan pihak ke 3 (tiga) dalam suatu hubungan kontrak, kadang kala tidak jelas. Sebab kadang-kadang pihak ke 3 (tiga) mengacu pada pihak lain yang tidak terkait perjanjian, atau pihak ke 3 (tiga) yang dimaksudkan adalah kreditor konkruen bagi para pihak yang terikat dalam suatu hubungan kontrak.

Oleh karena bahasa satu-satunya alat untuk menyatakan kehendak, maka mula-mula interpretasi yang dipakai hakim adalah interpretasi menurut arti kata. Apakah arti “kata” yang bersangkutan itu? Setiap kata mempunyai sejarahnya masing-masing. Waktu undang-undang dibuat, maka pembuat undang-undang yang memakai kata-kata untuk pertama kali dalam undang-undang pasti mempunyai maksud tertentu, dan pemakaian kata-kata itu sesuai

¹¹⁶ Utrecht, *Op.cit.*

dengan keadaan atau aliran-aliran kejiwaan dalam kemasyarakatan pada waktu kata-kata itu dibuat. Maksud dalam kata-kata itulah yang harus dicari oleh hakim, di samping mencari sejarah dari kata-kata (perkataan itu bersejarah), maka sesuatu kata mempunyai kedudukan dalam sistem hukum yang sedang berlaku atau dulu pernah berlaku, sistem itu juga harus dicari oleh hakim.¹¹⁷

Interpretasi gramatikal, berarti bahwa hendak mencoba menangkap arti suatu naskah menurut bunyi kata-katanya. Ini dapat terbatas pada sesuatu yang otomatis, yang tidak sadar, yang senantiasa dilakukan pada waktu membaca, namun dapat juga lebih mendalam. Suatu kata dapat mempunyai pelbagai arti, kata dalam bahasa hukum, dapat berarti berbeda dengan bahasa pergaulan. Mencoba menemukan arti kata dengan menelusuri kata mana yang oleh pembentuk undang-undang digunakan dalam mengatur peristiwa semacam itu dan sekali gus menelusuri di tempat mana yang lain dan dalam hubungan apa pembentuk undang-undang menggunakan kata yang sama. Sering didengar apabila kata-katanya jelas, maka tidak boleh menyimpang dari kata-kata tersebut. Apabila memang demikian artinya maka pada “kata-kata jelas” maka tidak boleh menginterpretasi. Siapa yang setuju dengan hal demikian, bahwa membaca selalu berarti menginterpretasi, tidak dapat menyetujui hal demikian ini, sebab menurut kata-kata itu sendiri tidak pernah jelas, namun harus dicari artinya yang berada di belakangnya. Menurut itu menginterpretasi kata-kata secara harfiah merupakan gambaran yang salah, sebab kata “secara harfiah” hanyalah tinta cetak di atas kertas. Apa yang jelas? Naskah undang-undang yang tampaknya jelas, setelah mengetahui pasal-pasal lain dapat menjadi tidak

¹¹⁷ Utrecht, *Op.cit.* hlm. 208.

jelas, dan inilah yang harus diperhatikan; pasal yang satu yang maknanya dicari, merupakan bagian sistem hukum keseluruhannya dan harus dilihat dalam hubungannya dengan keseluruhannya. Dari setiap tulisan dapat diperoleh gambaran palsu dengan mengeluarkan suatu bagian dan mengutipnya sebagai naskah yang berdiri sendiri. Hal demikian ini berlaku sama dengan undang-undang. Tidak dapat disangkal bahwa nilai suatu kata sangat penting (memang bahasa tanpa kata-kata adalah tidak mungkin).¹¹⁸

Formulasi peraturan untuk membenaran putusan pengadilan dalam hal ini merupakan interpretasi atau penjelasan istilah atau bagian kalimat dari peraturan tersebut menurut bahasa sehari-hari atau bahasa hukum. Pada dasarnya interpretasi undang-undang itu selalu akan merupakan interpretasi atau penjelasan dari segi bahasa dan disebut juga metode obyektif.

Contoh interpretasi gramatikal, misalnya mengenai istilah “dipercayakan” sebagaimana dicantumkan pada Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Pasal 432, kata “dipercayakan” diinterpretasikan menurut bahasa sebagai diserahkan. Pasal 372, istilah “menggelapkan” diinterpretasikan sebagai menghilangkan. Pasal 305, istilah “meninggalkan” diinterpretasikan sebagai menelantarkan. Akan tetapi *Hoge Raad* dalam putusannya tanggal 6 Desember 1947 (*Nederlandse Jurisprudentie 1948, 118*), *Hoge Raad* berpendapat bahwa seorang ibu yang “meninggalkan” anaknya yang baru dilahirkan, tidaklah melanggar aturan hukum sesuai dengan Pasal 305 apabila ia berusaha agar anaknya dapat diterima oleh suatu keluarga yang dapat mengasuh dan mendidiknya, terkecuali dalam keadaan khusus

¹¹⁸ Sudikno Mertokusumo 2, *Op.cit.* hlm. 60.

Contoh yurisprudensi di Negeri Belanda. Menurut *Burgerlijk Wetboek* Pasal 1140, penyewa rumah yang tidak membayar uang sewa, maka pemilik rumah mempunyai “hak pendahuluan” atau *voorrecht* untuk menjual barang yang ada di rumah itu tanpa mempedulikan siapa pemiliknya agar rumah itu dapat didiami, yang hasil penjualannya untuk melunasi uang sewa rumah tersebut.¹¹⁹

Metode interpretasi ini disebut juga metode interpretasi obyektif, biasanya interpretasi gramatikal dilakukan oleh hakim bersamaan dengan interpretasi logis, yaitu memaknai berbagai aturan hukum yang ada, melalui logika/penalaran hukum untuk diterapkan terhadap teks yang kabur atau kurang jelas.¹²⁰

5.1.4.2. Interpretasi Sistematis atau Logis

Aturan hukum yang satu dengan aturan hukum yang lain saling berkaitan, artinya aturan hukum itu tidak ada yang berdiri sendiri, setiap aturan hukum mempunyai tempat di dalam lapangan hukum. Tempat itu menjadi tempat tertentu. Ini sebagai konsekuensi/akibat interdependensi/saling berhubungan masing-masing gejala sosial. Beberapa aturan hukum yang mengandung beberapa persamaan atau bertujuan mencapai suatu obyek yang sama adalah merupakan suatu himpunan aturan-aturan yang tertentu yang mengenal suatu saling-berhubungan intern atau *innerlijke samenhang* itu menjadi suatu lembaga hukum atau *rechtsinstituut*, misalnya lembaga hukum mengenai perkawinan. Antar lembaga hukum itu ada hubungannya. Lembaga-lembaga hukum yang mengandung persamaan bersama-sama merupakan suatu lapangan hukum atau *rechtcveld*. Dengan demikian misalnya semua lembaga hukum adat di Indonesia

¹¹⁹ Bellefroid, *Weekblad van het Recht*, dalam Utrecht, *Ibid*, hlm. 209.

¹²⁰ Johnny Ibrahim, *Op.cit.* hlm. 221.

bersama-sama merupakan satu lapangan hukum besar yang bersifat tertentu dan yang disebut hukum adat Indonesia. Antara lapangan hukum adat Indonesia dengan lapangan hukum yang lain -misalnya lapangan hukum tata negara- ada perbedaan besar, yaitu perbedaan sifat yang mendalam, meskipun juga ada persamaannya.¹²¹

Lembaga hukum berdasarkan asas hukum atau *rechtsbeginselen*. Asas hukum inilah yang mengkualifikasi beberapa aturan hukum untuk bersama-sama merupakan suatu lembaga hukum. Misalnya lembaga hukum perkawinan berasaskan monogami. Asas hukum itu seperti halnya norma hukum, asas hukum juga merupakan petunjuk hidup. Namun ada perbedaan yang mendasar antara norma hukum dengan asas hukum. Norma hukum adalah petunjuk hidup yang bersanksi atas pelanggarannya, sedangkan asas hukum adalah petunjuk hidup yang tanpa sanksi atas pelanggarannya. Norma hukum adalah perumusan atau *formulering* asas hukum, yaitu perumusan yang diberi sanksi. Namun justru karena itulah norma hukum menjadi suatu perumusan asas hukum yang menjadi dasar norma hukum itu, maka norma hukum tersebut sering lebih sempit atau lebih kaku daripada asas hukum yang menjadi dasarnya itu.

Asas-asas hukum merupakan sistem material dari hukum (*het materiele systeem* atau *stelsel van het recht*). Sedangkan yang dimaksud dengan sistem adalah suatu kesatuan, atau keseluruhan, yang unsur-unsurnya saling berhubungan dan saling bergantung, suatu *samenhangende eenheid*, atau dengan perkataan lain; dalam kesatuan itu tidak ada unsur-unsur yang bertentangan. Kadang kala asas-asas hukum itu disebut secara jelas dalam

¹²¹ Utrecht, *Op.cit.* hlm. 212.

suatu undang-undang. Dalam hal demikian norma hukum menjadi identik dengan asas hukum. Perumusan asas hukum yang ada dalam norma hukum meliputi asas hukum seluruhnya, atau hampir meliputi seluruhnya. Misalnya Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan menganut asas monogami. Asas monogami disebutkan secara jelas, namun dapat juga asas hukum tersebut tidak disebut secara jelas dalam undang-undang. Dalam hal demikian identitas asas hukum maupun norma hukum menjadi tidak nampak. Akibat dari para pembuat undang-undang yang sering tidak secara jelas menyebutkan asas-asas hukum itulah norma hukum dan asas hukum tidak dapat diidentifikasi. Sering identifikasi asas hukum dalam norma hukum itu tidak mungkin, karena identifikasi suatu asas hukum mungkin dapat menimbulkan pertentangan dengan identifikasi suatu asas hukum yang lain. Seperti adanya inkongruensi/*incongruentie* (ketidaksamaan) dalam inti berbagai tindakan manusia, adanya juga inkongruensi antara masing-masing asas-asas hukum.

Paul Scholten mengatakan bahwa sistem hukum formal merupakan kesatuan, di dalam sistem hukum tidak ada peraturan yang bertentangan dengan peraturan-peraturan lain dalam sistem itu. Bukankah setiap sistem merupakan *samenhangende eenheid*? Ditinjau dari *positieve samenhang* (saling berhubungan positif), yang dianggap ada! Maka dapat dikatakan bahwa hukum positif itu merupakan suatu sistem formal atau *het formele system van het recht* bagi interpretasi sistematis (menurut sistem).¹²²

Apabila sistem material hukum tidak dinyatakan dengan jelas dalam undang-undang, maka hakim harus mencari sistem hukum itu. Hakim harus

¹²²Utrecht, *Ibid*, hlm. 214.

mencari sistem hukum yang dikehendaki oleh pembuat undang-undang. Sistem hukum itu dapat diketahui hakim berdasarkan perbandingan antara beberapa ketentuan perundang-undangan yang diduga mengandung persamaan dan berdasarkan interpretasi menurut sejarah penetapan undang-undang.¹²³

Suatu aturan hukum atau perundang-undangan merupakan bagian dari keseluruhan sistem hukum. Arti pentingnya suatu aturan hukum terletak dalam sistem hukum. Di luar sistem hukum, lepas dari hubungannya dengan aturan-aturan hukum yang lain, suatu aturan hukum tidak mempunyai arti. Interpretasi peraturan perundang-undangan dengan menghubungkannya dengan aturan hukum atau peraturan perundang-undangan lain atau dengan keseluruhan sistem hukum disebut interpretasi sistematis. Interpretasi undang-undang tidak boleh menyimpang atau keluar dari sistem perundang-undangan atau sistem hukum.

Dalam interpretasi sistematis, hukum dipandang oleh hakim sebagai satu kesatuan, sebagai sistem peraturan. Suatu peraturan tidak dipandang sebagai peraturan yang berdiri sendiri, namun sebagai bagian dari satu sistem. Jadi apabila rumusan atau interpretasi suatu peraturan didasarkan pada letak peraturan itu di dalam keseluruhan sistem peraturan, maka hakim tersebut melakukan interpretasi sistematis. Tidak hanya suatu peraturan dalam satu himpunan peraturan dapat membenarkan interpretasi tertentu dari peraturan itu, namun juga pada beberapa peraturan bisa mempunyai dasar tujuan atau asas yang sama. Hubungan antara keseluruhan peraturan tidak semata-mata ditentukan oleh tempat peraturan itu terhadap satu sama lain, namun oleh tujuan

¹²³ Utrecht, *Ibid.*

bersama atau asas-asas yang bersamaan yang mendasarkan pada peraturan-peraturan itu.¹²⁴

Contoh: Apabila hendak mengetahui tentang sifat pengakuan anak yang dilahirkan di luar perkawinan oleh orang tuanya, tidak cukup hanya mencari di dalam ketentuan-ketentuan dalam lapangan hukum perdata (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) saja namun harus dihubungkan dengan kitab Undang-Undang Hukum Pidana Pasal 278 yang menyatakan: Barang siapa menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata mengakui seorang anak sebagai anaknya sendiri, sedangkan diketahuinya bahwa ia bukan ayahnya anak itu, dihukum karena palsu mengakui anak, dengan hukuman penjara selama-lamanya tiga tahun. Contoh lain: Apakah mayat manusia itu obyek kepemilikan? Menurut KUH Perdata Pasal 499, benda adalah setiap barang dan hak yang dapat dikuasai oleh hak milik, yang berarti dapat menjadi obyek kepemilikan. Indonesia tidak mengenal sistem perbudakan, sehingga manusia -termasuk mayat- dalam hukum perdata tidak merupakan obyek pemilikan. Akan tetapi dalam hukum pidana, mayat adalah milik ahli warisnya dalam batas-batas tertentu, karena ahli warisnya yang menentukan baik waktu maupun tempat pemakamannya, juga menentukan boleh tidaknya mayat itu diutopsi, dicabut gigi emasnya, pembongkaran makamnya dan sebagainya. Hubungkan dengan *Hoge Raad* tanggal 25 Juni 1946 (*Nederlandse Jurisprudentie 1946, 503*).

Dapat dikemukakan pendapat *Hoge Raad* tanggal 30 Januari 1959 yang menyatakan bahwa KUHPerdata Pasal 1233 hanya mengenal perikatan berdasarkan perjanjian dan undang-undang. Namun kata-kata (kalimat) dalam

¹²⁴ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit*, hlm. 59.

pasal itu harus diartikan; bahwa dalam hal-hal yang tidak diatur secara tegas oleh undang-undang, pemecahannya harus dicari yang sesuai dengan sistem perundang-undangan dan sesuai pula dengan peristiwa-peristiwa yang diatur oleh undang-undang. (*Nederlandse Jurisprudentie 1959, 548*). KUHPerdata Pasal 1233. Setiap perikatan dilahirkan, baik oleh perjanjian maupun oleh undang-undang. Akan tetapi di samping perjanjian dan undang-undang, dikenal juga putusan pengadilan dan moral yang juga merupakan sumber perikatan.

5.1.4.3. Interpretasi Historis

Interpretasi undang-undang menurut sejarah atau *historische interpretatie* (interpretasi historis) adalah interpretasi makna undang-undang dengan jalan meneliti menurut sejarah terjadinya undang-undang dan sejarah hukumnya. Setiap ketentuan peraturan perundang-undangan mempunyai sejarah pembuatannya. Dari sejarah ataupun riwayat peraturan perundang-undangan yang bersangkutan, maka hakim dapat mengetahui maksud dari pembuat undang-undang itu. Ada 2 (dua) jenis interpretasi historis;

1. Interpretasi menurut sejarah hukum atau *rechtshistorische interpretatie* (interpretasi dalam arti luas);
2. Interpretasi menurut sejarah penetapan suatu ketentuan perundang-undangan atau *wetshistorische interpretatie* (interpretasi dalam arti sempit).

Interpretasi menurut sejarah hukum menyelidiki asal peraturan itu dari suatu sistem hukum yang dulu pernah berlaku dan sekarang sudah tidak lagi berlaku, atau asal peraturan itu dari suatu sistem hukum lain yang sekarang masih berlaku di suatu negara lain. Contohnya: Apa yang tercantum dalam *Code*

Civil Perancis diteruskan ke dalam KUHPerduta Belanda tahun 1838 yang kemudian berdasarkan asas konkordansi diteruskan ke dalam KUHPerduta di Indonesia tahun 1848 (lihat Bab XIII KUHPerduta yang telah menunjuk kepada hakim bahwa pembuat peraturan perundang-undangan itu mengambil asas-asas peraturan –yaitu ketika peraturan itu ditetapkan- dari suatu sistem hukum yang dulu pernah berlaku, maka dicarinya “arti dan tujuan” asas-asas itu dalam sistem hukum lain (Perancis) tersebut. Jadi dapat dikatakan bahwa hakim terlebih dulu mulai melakukan “interpretasi menurut sejarah peraturan perundang-undangan” dan selanjutnya -yaitu setelah interpretasi menurut sejarah peraturan perundang-undangan itu menunjuk bahwa pembuat peraturan yang bersangkutan mengambil asas-asasnya dari suatu sistem hukum lain (Perancis)- diselidikinya “arti dan tujuan” asas-asas itu dalam sistem hukum lain tersebut.

Dengan perkataan lain; “setelah hakim melakukan interpretasi menurut sejarah peraturan perundang-undangan barulah melakukan interpretasi menurut sejarah hukum”. Hakim menyelidiki sejarah peraturan, menyelidiki sejarah asas-asasnya, pada waktu sebelum penetapannya dalam undang-undang yang sekarang sedang berlaku. Dalam hal demikian hakim mempelajari sejarah hukum.¹²⁵

Apabila hakim hendak mengetahui arti beberapa pasal KUHPerduta tertentu sedalam-dalamnya, maka ditelitilah sejarah lahirnya *Burgerlijk Wetboek*, *Code Civil* tahun 1804 atau mundur lebih jauh mempelajari Hukum Romawi, mempelajari hukum Perancis kuno dan hukum Belanda kuno yang berlaku di wilayah kedua negeri tersebut pada waktu sebelum *Code Civil* Perancis dibuat,

¹²⁵ Utrecht, *Ibid*, hlm. 210.

yaitu di Perancis tanggal 21 Maret 1804 atau 2 abad silam maka inilah yang disebut interpretasi menurut sejarah hukum. Bukankah hukum itu sering tak ada putusnya, melainkan hukum bersifat kontinu. Juga kodifikasi hukum tidak dapat mengubah hukum seluruhnya. Mengenai sebagian besar hukum terkodifikasi dapat dikatakan bahwa perbuatan mengkodifikasi hanya memberi bentuk baru kepada hukum yang bersangkutan.

Menurut pendapat Paul Scholten yang terpenting bagi hakim adalah interpretasi menurut sejarah peraturan perundang-undangan saja. Dikatakannya bahwa untuk menentukan apakah maksud pembuat undang-undang, maka penyelidikan hukum yang berlaku pada waktu sebelum peraturan yang bersangkutan dibuat oleh badan legislatif, tidak penting. Walaupun pembuat suatu peraturan meneruskan dalam peraturan itu suatu rumus atau *formule* yang dulu diciptakan oleh seorang sarjana pada waktu silam, masih juga hal itu tidak berarti bahwa sudah pasti rumus itu diartikannya sama dengan arti yang diberikan kepada rumus tersebut oleh sarjana pada waktu silam. Bagi hakim maka artinya interpretasi historis itu berdasarkan kepentingan praktek, dan interpretasi menurut sejarah peraturan perundang-undangan ada artinya karena suatu peninjauan tentang pekerjaan pembuat peraturan dari sudut yang lain, yaitu dari sudut historis belaka. Pada umumnya yang menjadi penting bagi hakim ialah mengetahui maksud pembuat undang-undang pada waktu peraturan yang bersangkutan ditetapkan.¹²⁶

Undang-undang selalu merupakan reaksi terhadap kepentingan atau kebutuhan sosial untuk mengatur kegiatan kehidupan manusia yang dapat

¹²⁶ Utrecht, *Ibid*, hlm. 211.

dijelaskan secara historis. Setiap pengaturan dapat dilihat sebagai suatu langkah dalam perkembangan masyarakat, yang maknanya dapat dijelaskan dengan cara meneliti langkah-langkah sebelumnya. Di sini meliputi seluruh lembaga yang terlibat dalam pelaksanaan undang-undang. Metode interpretasi yang hendak memahami undang-undang dalam konteks seluruh sejarah hukum disebut interpretasi menurut sejarah hukum.

Interpretasi sejarah hukum atau *rechtshistorische interpretatie* adalah metode interpretasi yang ingin memahami undang-undang dalam konteks seluruh sejarah hukum. Misalnya jika ingin mengetahui betul makna yang terkandung dalam suatu peraturan perundang-undangan, maka tidak hanya sekedar meneliti sejarah hingga terbentuknya undang-undang itu saja, melainkan juga masih terus diteliti lebih panjang proses sejarah yang mendahuluinya.¹²⁷

Contoh: Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan hanya dapat dimengerti dengan meneliti sejarah tentang emansipasi wanita. Undang-Undang Kecelakaan hanya dapat dimengerti dengan adanya gambaran sejarah mengenai revolusi industri dan gerakan emansipasi buruh. Undang-Undang Pokok Agraria dapat lebih dipahami dengan mempelajari sejarah tentang *landreform*. Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi hanya dapat dimengerti jika dipahami sejarah pemberantasan korupsi. Undang-Undang Tindak Pidana Pencucian Uang dapat dimengerti dengan meneliti sejarah tentang pencucian uang yang berasal dari dana-dana *illegal* dan haram sebagai hasil dari kejahatan yang kemudian disimpan dan dibersihkan dalam lembaga

¹²⁷ Ahmad Ali, *Op. cit.* hlm. 179.

keuangan resmi seperti perbankan kemudian diinvestasikan pada suatu kegiatan bisnis *legal* sehingga seolah-olah dana itu adalah dana yang didapatkan dari usaha bisnis *legal* dan halal. Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia dapat dipahami dengan baik apabila memahami sejarah penindasan yang dilakukan oleh pemerintah untuk meredakan gerakan-gerakan pro demokrasi di Indonesia dan isu-isu tentang kesetaraan gender.¹²⁸

Apabila interpretasi perundang-undangan tertentu didasarkan pada maksud atau tujuan pembentuk perundang-undangan tersebut, maka dengan cara meneliti hasil pembicaraan dan dokumen akademik di Dewan Perwakilan Rakyat yang mendahului terciptanya perundang-undangan tertentu tersebut, maka disebut interpretasi historis menurut undang-undang. Maksud pembentuk perundang-undangan itu tampak dari hasil pembicaraan di Dewan Perwakilan Rakyat. Di sini yang dicari adalah maksud suatu peraturan seperti yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang. Kehendak pembentuk undang-undanglah yang bersifat menentukan. Interpretasi ini juga disebut interpretasi subyektif, karena dipengaruhi oleh pandangan subyektif dari pembentuk undang-undang. Semakin tua undang-undang, maka semakin berkurangnya kegunaan interpretasi historis dan semakin beralasan untuk menggunakan interpretasi sosiologis.¹²⁹

5.1.4.4. Interpretasi Sosiologis atau Interpretasi Teleologis

Setiap interpretasi undang-undang -yang dimulai dengan interpretasi menurut bahasa- harus diakhiri dengan interpretasi menurut sosiologis. Apabila

¹²⁸ Ahmad Rifai, *Op. cit.* hlm. 66.

¹²⁹ Sudikno Merokusumo 1, *Op.cit.* hlm. 61.

tidak demikian, maka tidak terjamin dibuatnya suatu keputusan hakim yang sungguh-sungguh sesuai dengan keadaan yang sebenarnya ada di masyarakat, menurut Ter Haar yaitu hakim harus mencari *maatschappelijke werkelijkheid* atau realitas masyarakat. Tujuan sosial suatu perundang-undangan tidak senantiasa dapat diketahui dari bunyi kata-kata atau kalimat peraturan perundang-undangan, namun interpretasi hakim terhadap undang-undang lebih dititiktekankan pada tujuan pembuat undang-undang daripada bunyi kata-kata atau kalimat di dalam undang-undang. Dalam hal demikian hakim mencari tujuan peraturan perundang-undangan. Agar dapat mengetahui tujuan sosial itu maka hakim melakukan interpretasi. Usaha interpretasi dimulai dengan interpretasi menurut bahasa, selanjutnya interpretasi historis. Hakim terlebih dahulu mencari tujuan pembuat undang-undang. Namun Paul Scholten mengatakan bahwa sering terjadi pengetahuan tentang tujuan pembuat undang-undang itulah belum cukup bagi hakim untuk mengetahui arti undang-undang yang bersangkutan dalam hubungan-hubungan sosial dalam masyarakat pada waktu sekarang. Walaupun telah ditetapkan dalam suatu undang-undang pada suatu waktu tertentu pada masa silam, masih juga di kemudian hari, arti petunjuk hidup yang bersangkutan dapat berubah, karena pengaruh perubahan keadaan sosial. Boleh dikatakan bahwa tujuan pembuat undang-undang merupakan suatu unsur yang statis, yaitu suatu *momentopname*, sedangkan tujuan sosial undang-undang yang pernah dibuatnya menjadi unsur yang dinamis. Dalam hal demikian sistem formal dari hukum itu tidak lagi identik dengan asas-asas semula. Seperti

yang telah dikemukakan bahwa positivitas tidak lagi meliputi realitas atau *de positiviteit dekt niet meer de realitet*.¹³⁰

Hakim wajib mencari tujuan sosial baru dari peraturan yang bersangkutan. Apabila hakim mencarinya, maka masuklah ia ke dalam lapangan pelajaran sosiologi atau *studieveld van de sociologie*. Sebenarnya interpretasi sosiologis itu adalah suatu alat untuk menyelesaikan sebanyak mungkin “perbedaan” antara positivitas hukum dan realitas hukum. Sudah barang tentu interpretasi sosiologis menjadi “sangat penting”, apabila hakim wajib menjalankan undang-undang yang ditetapkan pada waktu dulu (yang mengenal aliran-aliran) yang sama sekali berbeda dengan paham-paham yang sekarang ada dalam masyarakat. Tujuan interpretasi sosiologis -berbeda dengan interpretasi historis menurut undang-undang yang subyektif- ditentukan secara obyektif. Misalnya ada sejumlah peraturan perundang-undangan yang dibuat pada jaman kolonial Belanda dan sampai sekarang belum dicabut atau diganti, sebagian peraturan perundang-undangan itu tidak dapat lagi disesuaikan dengan keadaan masyarakat sekarang. Hakim tidak dapat menginterpretasi peraturan perundang-undangan itu sesuai dengan maksud pembuatnya pada jaman kolonial Belanda. Apabila peraturan-peraturan itu masih ada, maka hakim melalui interpretasi sosiologis terpaksa memberi tujuan sosial baru yang disesuaikan dengan realitas sosial sekarang. Maka jelaslah peran interpretasi hakim di sini, berdasarkan interpretasi sosiologis, putusannya dapat mewujudkan hukum dalam suasana realitas.¹³¹

¹³⁰ Utrecht, *Op.cit*, hlm. 217.

¹³¹ Utrecht, *Ibid*.

Interpretasi secara teleologis terjadi apabila makna undang-undang itu ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Peraturan perundang-undangan disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru. Ketentuan undang-undang yang sudah usang digunakan sebagai sarana untuk memecahkan atau menyelesaikan sengketa yang terjadi masa sekarang.

Metode ini baru digunakan apabila kata-kata atau kalimat dalam undang-undang dapat diinterpretasi dengan pelbagai cara. Dapatlah dikatakan bahwa setiap interpretasi pada hakekatnya merupakan interpretasi teleologis. Semakin tua/usang suatu undang-undang maka semakin banyak untuk dicari tujuan pembentuk undang-undang yang disesuaikan dengan perkembangan masyarakat. Interpretasi teleologis juga disebut interpretasi sosiologis.¹³²

Salah satu contoh dari penerapan interpretasi teleologis atau interpretasi sosiologis adalah KUH Pidana Pasal 362: Barang siapa mengambil sesuatu barang, yang seluruhnya atau sebagian milik orang lain, dengan maksud untuk dimilikinya secara melanggar hukum, diancam karena pencurian dengan penjara paling lama 5 (lima) tahun. Pada waktu pembuatan peraturan ini, para pembuat peraturan belum berpikir akan munculnya penggunaan listrik pada kehidupan sehari-hari. Dengan demikian ketika terjadi penyadapan atas penggunaan tenaga listrik, maka timbul pertanyaan, apakah listrik termasuk “barang” yang dimaksud oleh KUH Pidana Pasal 362. Apabila termasuk, berarti penyadapan termasuk dalam kualifikasi sebagai mencuri, yaitu mencuri aliran listrik. Ternyata *arres Hoge Raad* dalam putusannya 23 Mei 1921 menyatakan bahwa listrik termasuk barang menurut KUH Pidana Pasal 362. Pertimbangan dari *Hoge*

¹³² Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.* hlm. 61.

Raad adalah, bahwa tenaga listrik bersifat mandiri dan bernilai ekonomis dan bahwa KUH Pidana Pasal 362 bertujuan untuk melindungi harta kekayaan orang lain.

Di samping metode-metode interpretasi tersebut di atas, masih dikenal metode interpretasi komparatif dan metode interpretasi antisipatif.

5.1.4.5. Interpretasi Komparatif

Interpretasi komparatif merupakan metode penafsiran dengan jalan membandingkan antara berbagai sistem hukum. Dengan membandingkan, hendak mencari kejelasan mengenai makna suatu ketentuan peraturan perundang-undangan. Metode ini digunakan oleh hakim waktu menghadapi kasus yang menggunakan dasar hukum positif yang lahir dari perjanjian internasional. Hal ini penting karena dengan pelaksanaan yang seragam direalisasikan kesatuan hukum yang melahirkan perjanjian internasional sebagai hukum obyektif atau sebagai norma hukum umum untuk beberapa negara. Di luar hukum perjanjian internasional kegunaan hukum ini masih terbatas.¹³³

Sebagai contoh pada saat timbul sengketa dalam penafsiran suatu kata (kata-kata) dalam perjanjian kontrak dagang antara pihak produsen barang di Indonesia dengan pihak pembeli dari luar negeri, maka hakim harus mencari arti dari kata (kata-kata) yang disengketakan tersebut menurut hukum Indonesia dan menurut hukum negara orang yang membeli barang tersebut -misalnya orang

¹³³ Pontang Moerad, 2005, *Pembentukan Hukum melalui Putusan Pengadilan dalam Perkara Pidana*, Alumni, Bandung, hlm. 182.

Australia- maka hakim akan memperbandingkan kata-kata yang disengketakan tersebut menurut hukum Indonesia dan hukum Australia.¹³⁴

5.1.4.6. Interpretasi Antisipatif atau Interpretasi Futuristis

Interpretasi antisipatif, mencari pemecahan pada peraturan perundang-undangan yang belum berkekuatan berlaku sebagai peraturan, yakni masih dalam rancangannya. Contoh: Putusan mengenai pencurian aliran listrik. *Hoge Raad* tanggal 23 Mei 1921 (*Electriciteitsarrest, Nederlandse Jurisprudentie 1921*) memutuskan bahwa listrik termasuk barang yang dapat dicuri (*Strafrecht 310*, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Pasal 362) sudah direncanakan suatu undang-undang yang menyatakan tindakan itu diancam dengan pidana. Interpretasi ini dapat dipertanggungjawabkan sebagai metode interpretasi teleologis dan fungsional, sedangkan Langemeyer memandangnya sebagai interpretasi ekstensif.¹³⁵

Contoh lain: Putusan Pengadilan Amsterdam tanggal 27 Mei 1977 (*Nederlandse Jurisprudentie 1978, 9*). Pengadilan Amsterdam harus menjawab pertanyaan, apakah seseorang yang sakit ingatan, yang mengambil truk dari pabrik susu dan memasuki suatu rumah dengan mobil tersebut, bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkannya berdasarkan tindakan melanggar hukum (*Burgerlijk Wetboek Nederland* Pasal 1401, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1365). Pengadilan Amsterdam dalam hal ini mendasarkan pengertian kesalahan atau *schuld* pada *Burgerlijk Wetboek* baru yang belum berlaku. Pengertian

¹³⁴ Ahmad Rifai, *Op.cit.* hlm. 69.

¹³⁵ van Bemmelen, 1979, *Hukum Pidana I*, Bina Cipta, Jakarta, hlm. 65, dalam Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.* hlm. 62.

schuld diinterpretasi berbeda daripada biasanya oleh Pengadilan Amsterdam menurut *Burgerlijk Wetboek Nederland*.

5.1.4.7. Interpretasi Epikeia¹³⁶

Thomas Aquino menganggap epikeia sebagai suatu kebajikan, produk antara kebajikan dengan kepatutan atau antara *prudence* dengan *equity*. Haring dalam hal ini menyatakan bahwa epikeia adalah kerelaan hati manusia untuk menerima beban atau tekanan yang ditimbulkan oleh bunyi peraturan perundang-undangan yang berlaku dan hal ini memang dituntut pada setiap subyek hukum sesuai dengan isi dan tujuan hukum serta demi kebaiikan hukum. Epikeia ini dapat pula diartikan sebagai upaya untuk membebaskan diri dari beban yang harus ditanggungnya setelah ia dengan jujur menganggap bahwa sebenarnya pembentuk hukum tidak bermaksud memaksakan beban dalam setiap kasus apapun atau setidak-tidaknya dalam hal-hal khusus yang diatur oleh aturan hukum positif. Epikeia bukan merupakan dalil atau pengingkaran atas hukum, melainkan justru merupakan suasana kebatinan dari kebebasan atau perasaan terbebas dari pernyataan hukum yang harus diresapkan dalam kalbu setiap orang yang menuntut sikap ksatria dalam memenuhi segalaaturan hukum. Epikeia bermaksud untuk mempertahankan superioritas hukum yang bersifat intrinsik dan tidak tertulis, yang di dalam kodrat manusia bersifat inheren, atas kodifikasi norma-norma dalam hukum positif. Uraian tentang epikeia tersebut di atas adalah uraian dalam arti luas. Uraian dalam arti sempit, epikeia adalah interpretasi terbatas pada hukum yang dilakukan oleh pemegang kekuasaan

¹³⁶ Sumaryono, 1995, *Etika Profesi Hukum, Norma-norma bagi Penegak Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 107.

dalam hukum perdata dengan maksud untuk memaafkan seseorang dari keberlakuan hukum karena kesulitan-kesulitan khusus oleh subyek hukum dalam usahanya menyesuaikan diri terhadap makna asli dari sebuah legislasi. Pegangan atau petunjuk moral biasanya memperjelas arti sempit epikeia ini.

Interpretasi epikeia adalah suatu interpretasi terhadap hukum positif, tidak menurut kata-katanya, melainkan menurut semangatnya. Epikeia ini digunakan apabila dalam menangani kasus-kasus yang dibatasi oleh hukum dan mengalami kesulitan penanganannya atau penerapan hukum positif yang tidak pernah mencapai sasarannya.

Sering terjadi bahwa interpretasi epikeia dianggap sebagai interpretasi terhadap hukum menurut gagasan dasar pembuat undang-undang. Sekiranya memang dinilai lebih baik apabila pembuat undang-undang sendiri suatu ketika juga menyadari keterbatasan pengertiannya tentang hukum yang dibuatnya, dan dari sini orang dapat mengetahui adanya pengecualian yang sah yang mungkin pembuat undang-undang sendiri tidak bersedia mengakuinya.

Jika dalam sistem legislasi negara demokratis, pembuat undang-undang biasanya tidak dijabat oleh individu namun dalam bentuk lembaga maka hukum yang disusun adalah hasil kompromi dari beberapa gagasan anggota lembaga nya. Oleh karena itu sulit untuk mengidentifikasi tentang apa yang menjadi gagasan utama dari para pembentuk undang-undang dibalik hukum yang berlaku tersebut.

Pertimbangan-pertimbangan dari interpretasi epikeia adalah sebagai berikut:

1. Pembentuk undang-undang tidak dapat meramalkan keadaan lingkungan atau ruang lingkup yang mungkin terjadi pada masing-masing individu, dan seandainya telah mengetahui hal itu, sering tidak dapat mengatasinya atas dasar pernyataannya sudah menjadi pernyataan lembaga pembentuk undang-undang.
2. Banyak aturan hukum yang tidak dapat mengikuti perkembangan dan perubahan masyarakat yang dinamis. Karena terikat oleh keadaan dan persyaratan pada masa silam, sehingga tidak mewujudkan rasa keadilan yang sesuai dengan kebutuhan masyarakat sekarang. Jadi sebenarnya hukum selalu mengandung kekurangan. Oleh karena itu semua pembentukan hukum memerlukan epikeia.

Syarat-syarat yang harus dipenuhi agar dapat melaksanakan epikeia:

1. Epikeia hanya dapat diterapkan pada hukum positif.
2. Hambatan-hambatan yang muncul dalam upaya pemenuhan tuntutan hukum benar-benar dirasakan berat dan tidak sebanding dengan keuntungan yang diharapkan.
3. Dalam kaitannya dengan konsultasi yang dirasakan sangat mendesak, terutama tentang hal-hal yang menyangkut pengecualian yang dipandang penting, banyak orang sering menipu diri mereka sendiri dengan berpandangan seakan-akan penalaran yang dilakukannya itu adalah valid atau memadainya.

4. Dalam perkara yang masih menimbulkan keragu-raguan, maka upaya untuk mencari penjelasan pada instansi yang lebih tinggi, masih diperlukan. Namun bila epikeia dapat dilaksanakan, konsultasi ke atas sudah tidak diperlukan.
5. Epikeia tidak dapat diterapkan pada hukum-hukum yang berfungsi membatalkan suatu pernyataan hukum dan juga tidak dapat diterapkan pada hukum yang menyebabkan subyek hukum tidak mampu melakukan tindakan hukum. Kesejahteraan umum menuntut adanya pengakuan atas tindakan-tindakan hukum yang dilakukan oleh setiap anggota masyarakat.¹³⁷

Hasil atau akibat penemuan hukum pelbagai metode interpretasi dapat dibedakan antara interpretasi restriktif dan interpretasi ekstensif.¹³⁸

5.1.4.8. Interpretasi Restriktif dan Interpretasi Ekstensif

Semua metode interpretasi peraturan perundang-undangan kecuali metode interpretasi gramatikal, dapat menyimpang dari maksud kata-kata atau kalimat secara gramatikal. Dari hasil atau akibat penemuan hukum berbagai metode interpretasi, maka dapat juga dibedakan antara metode interpretasi restriktif (interpretasi yang bersifat membatasi) dan metode interpretasi ekstensif (interpretasi yang bersifat memperluas). Metode interpretasi restriktif mengakibatkan suatu ketentuan perundang-undangan diberi daya berlaku yang lebih terbatas daripada yang diberikan oleh kata-kata atau kalimat itu sendiri. Sedangkan metode interpretasi ekstensif mengakibatkan suatu ketentuan perundang-undangan diberi arti atau dengan daya berlaku yang lebih luas daripada apabila diinterpretasi hanya secara gramatikal. Karena interpretasi itu

¹³⁷ *Ibid*, hlm. 109.

¹³⁸ Sudkno Mertokusumo 1, *Op.cit.*, hlm. 63.

hasil dari rumusan tertentu dari peraturan perundang-undangan maka dapat menyebabkan dibatasi atau diperluasnya lingkungan penerapan peraturan perundang-undangan tersebut.

Di sini bukanlah interpretasinya sendiri yang restriktif atau ekstensif, namun perbedaan istilah restriktif dan ekstensif adalah akibat formulasi tertentu dari suatu peraturan yang dibenarkan dengan bantuan interpretasi. Dengan perkataan lain tidak berarti bahwa membacanya ketentuan peraturan perundang-undangan itu lebih luas atau lebih sempit daripada apa yang dimaksud oleh pembentuk undang-undang. Sebab seandainya melakukan demikian, maka telah meninggalkan bidang interpretasi. Bukankah interpretasi berarti mencoba melacak pikiran pembentuk undang-undang dari undang-undang itu sendiri.

Akibat inilah yang dapat membatasi atau memperluas lingkungan penerapan suatu peraturan perundang-undangan. Suatu peraturan hanya dapat ditetapkan dengan jalan interpretasi atau penafsiran/penjelasan. Baru kemudian dapat dilihat apakah peraturan itu diperluas ataukah peraturan itu dipersempit. Pada umumnya metode interpretasi gramatikal dan interpretasi sistematis bersifat membatasi, sedangkan metode interpretasi historis menurut undang-undang dan interpretasi teleologis bersifat memperluas.

Interpretasi Restriktif

Interpretasi restriktif untuk membatasi peraturan perundang-undangan dengan cara membatasi/mempersempit ruang lingkungannya dengan bertitik tolak pada artinya menurut bahasa.

Contoh: Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 666 pada kata “tetangga”, menurut interpretasi gramatikal, dapat diartikan setiap tetangga termasuk seorang penyewa dari pekarangan tetangga sebelah. Apabila tetangga tidak termasuk tetangga penyewa, ini merupakan interpretasi restriktif.

Interpretasi Ekstensif

Interpretasi ekstensif adalah interpretasi yang melampaui batas-batas yang telah ditetapkan pada interpretasi gramatika.

Contoh: Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1576 pada kata “menjual”, diinterpretasi lebih luas bukan semata-mata berjual beli saja, namun termasuk juga peralihan atau pengasingan. Sudah sejak tahun 1906 dalam *Burgerlijk Wetboek Nederland* Pasal 1612 oleh *Hoge Raad* kata “menjual” diinterpretasi lebih luas, yaitu bukan hanya berarti jual beli saja, tetapi setiap peralihan hak milik.

Dalam pandangan hukum pidana interpretasi ekstensif ini ada 2 (dua) pandangan yang berbeda yaitu:

1. Menganggap antara interpretasi ekstensif dengan analogi tidak ada perbedaan, maka dari itu interpretasi ekstensif dilarang digunakan dalam perkara pidana -karena melanggar asas legalitas- Paul Scholten adalah salah satu penganutnya.
2. Menganggap antara interpretasi ekstensif dengan analogi itu berbeda, sehingga penggunaan interpretasi ekstensif ini dibolehkan dalam perkara pidana, asalkan dalam interpretasi ekstensif berpegang pada aturan yang ada. Di mana ada perkataan yang diberi arti menurut makna yang hidup dalam masyarakat

sekarang, artinya tidak menurut makna pada waktu undang-undang dibentuk. Moeljatno adalah salah satu penganutnya.¹³⁹

Setelah dipaparkan beberapa metode interpretasi, maka metode yang manakah yang akan digunakan oleh hakim dalam menyelesaikan peristiwa konkrit tertentu? Hakim dalam usaha menemukan hukum tidak memprioritaskan pada salah satu metode interpretasi. Karena undang-undang tidak memberi petunjuk pada hakim tentang penggunaan metode interpretasi. Interpretasi bukan merupakan kegiatan yang rasional logis, sebab dalam menggunakan berbagai metode interpretasi hasilnya dapat terjadi berbeda satu dengan yang lain, sehingga hakim harus mempertimbangkan sebelum menentukan pilihannya. Hakim bebas dan wajib menentukan pilihannya. Wajib artinya tidak boleh menolaknya dan hanya dapat dijawab berdasarkan pandangan, penilaian dan pilihan pribadi hakim. Pilihan itu ditentukan oleh pertanyaan putusan manakah yang paling dapat diterima oleh masyarakat, hakim wajib mendasarkan putusan pada kelayakan dan kepatutan. Akhirnya menjatuhkan pilihannya berdasarkan pertimbangan metode yang manakah yang paling meyakinkan dan hasilnya paling memuaskan. Pada hakekatnya setelah mempertimbangkan untung ruginya hakim memberi pemecahan yang paling dapat diterima.¹⁴⁰

Motivasi pemilihan metode interpretasi yang mana tidak pernah dijumpai dalam yurisprudensi. Dalam pertimbangan putusannya hakim tidak pernah mengemukakan apakah alasan yang menentukan untuk memilih metode tertentu. Hakim lebih berorientasi/mengutamakan pada hasilnya, penyelesaian

¹³⁹ Rifai, *Op.cit.* hlm. 71.

¹⁴⁰ Soedikno Mertokusumo, *Op.cit.* hlm. 64.

masalah dan putusan yang memuaskan. Oleh karena itu penafsiran adalah sebagai alat pembantu.

Metode-metode interpretasi itu sering digunakan bersama-sama atau campur aduk, sehingga batasnya tidak dapat ditarik secara tajam. Dapatlah dikatakan bahwa dalam tiap interpretasi terdapat unsur-unsur gramatikal, sistematis, historis dan teleologis.

5.1.4.9. Interpretasi Interdisipliner

Metode interpretasi interdisipliner digunakan oleh hakim apabila hakim melakukan analisis terhadap kasus yang ternyata substansinya mmenyangkut berbagai disiplin atau berbagai bidang kekhususan dalam lingkup ilmu hukum, misalnya hukum pidana, hukum perdata, hukum administrasi dan hukum internasional. Hakim akan melakukan interpretasi yang disandarkan pada harmonisasi logika yang bersumber pada asas-asas hukum lebih dari satu cabang kekhususan dalam disiplin ilmu hukum.¹⁴¹ Interpretasi atas pasal yang menyangkut kejahatan korupsi, maka hakim dapat menafsirkan ketentuan pasal ini dalam berbagai sudut pandang, yaitu hukum pidana, hukum perdata dan hukum administrasi.¹⁴²

5.1.4.10. Interpretasi Multidisiplner

Metode interpretasi multidisipliner selain menangani dan menjadikan jelas terhadap kasus yang dihadapinya, hakim juga harus mempelajari dan mempertimbangkan berbagai masukan dari berbagai disiplin ilmu selain ilmu hukum. Dengan perkataan lain, hakim memerlukan verifikasi dan bantuan dari

¹⁴¹ Johnny Ibrahim, *Op., cit.* hlm. 226.

¹⁴² Jazim Hamidi, *Op., cit.* hlm. 57.

disiplin ilmu selain ilmu hukum untuk menjatuhkan suatu putusan yang seadil-adilnya, serta memberikan kepastian bagi para pencari keadilan. Dalam praktek peradilan, hakim mendatangkan ahli dalam disiplin ilmu yang terkait dengan perkara yang dihadapi untuk dimintakan keterangan mereka sebagai orang ahli yang memberikan keterangan di bawah sumpah.¹⁴³ Kemungkinan ke depan, interpretasi multidisipliner akan sering terjadi mengingat kasus-kasus kejahatan di era global sangat bermunculan dan beragam, misalnya *cyber crime*, *white collar crime*, *human trafficking*, *terrorism* dan sebagainya.

5.1.4.11. Interpretasi Otentik

Interpretasi otentik tidak pernah dibicarakan bersamaan dengan metode-metode interpretasi yang lain, oleh karena interpretasi otentik bukanlah metode penemuan hukum oleh hakim namun merupakan interpretasi resmi oleh pembuat undang-undang yang dimuat di dalam undang-undang.

Kadangkala pembuat undang-undang sendiri membuat interpretasi tentang beberapa kata yang digunakan dalam peraturan yang dibuatnya itu. Interpretasi itu disebut interpretasi resmi atau interpretasi otentik. Pembuat undang-undang bermaksud agar interpretasinya itu berlaku umum, mengikat umum, sebagaimana setiap aturan hukum yang umum. Oleh karena itu interpretasi otentik hanya dapat dibuat oleh pembuat undang-undang dan tidak dapat dibuat oleh hakim, karena pada dasarnya interpretasi yang dibuat oleh hakim hanya berlaku -mengikat- bagi kedua belah pihak yang berperkara. Interpretasi otentik juga tidak dapat dibuat oleh menteri, bahkan oleh presiden dalam bentuk surat edaran. Contoh-contohnya, ialah:

¹⁴³ Johnny Ibrahim, *Op.cit.*

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana;

Pasal 97, yang disebut hari adalah waktu selama 24 (dua puluh empat) jam, yaang disebut bulan adalan waktu 30 (tiga puluh hari).

Pasal 99, yang disebut memanjat termasuk juga masuk melalui lubang yang memang sudah ada tetapi bukan untuk masuk, atau masuk melalui lubang di dalam tanah yang sengaja digali, begitu juga menyeberangi selokan atau parit yang digunakan sebagai batas penutup.

Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana;

Pasal 1.

1. Penyidik adalah pejabat polisi negara Republik Indonesia atau pejabat pegawai negeri sipil tertentu yang diberi wewenang khusus oleh undang-undang untk mmelakukan penyidikan.

6 a. Jaksa adalah pejabat yang diberi wewenang oleh undang-undang ini untuk bertindak sebagai penuntut umum serta melakanakan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 512 sampai dengan Pasal 518, pembuat undang-undang menerangkan tentang apa yang dimaksud dengan kata-kata; benda bergerak, barang-barang rumah tangga, perkakas rumah, barang yang digunakan rumah dapat didiami orang, sesuatu rumah dengan segala sesuatunya yang ada di dalamnya.¹⁴⁴

Terhadap berbagai metode interpretasi di atas, penggunaan interpretasi futuristik/antisipatif haruslah secara cermat, dan hakim harus mencari informasi yang akurat bahwa suatu RUU yang digunakannya sebagai bahan untuk

¹⁴⁴ Utrecht, *Op.cit.* hlm. 218.

melakukan interpretasi akan berkemungkinan besar untuk diundangkan, sehingga kesalahan dalam interpretasi dapat dihindarkan sejak awal. Apabila hakim tidak memiliki keyakinan yang sedemikian besar, maka seharusnya interpretasi futuristik tidak digunakan.

Interpretasi restriktif dan ekstensif merupakan bagian dari interpretasi gramatikal yang hanya menafsirkan kata-kata dalam undang-undang sesuai dengan norma bahasa dan norma tata bahasa, di mana kedua interpretasi tersebut adalah memperluas atau mempersempit makna dari kata-kata dalam undang-undang. Interpretasi ekstensif sendiri selanjutnya tidak berbeda dengan metode analogi, sehingga penggunaan tidak cocok dalam perkara pidana karena interpretasi ekstensif bertentangan dengan asas legalitas, sedangkan dalam perkara perdata tidak menjadi masalah apabila digunakan oleh hakim.

Interpretasi interdisipliner hampir sama artinya dengan interpretasi sistematis, karena hakim dalam melakukan kedua interpretasi tersebut menggunakan beberapa disiplin ilmu hukum atau peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam suatu sistem hukum suatu negara. Misalnya hukum pidana, hukum perdata, hukum pajak, hukum tata negara, hukum investasi, hukum perburuhan dan sebagainya.

Interpretasi multidisipliner dapat digunakan hakim dalam menyikapi permasalahan yang berkaitan dengan berbagai disiplin ilmu yang sebenarnya tidak berhubungan dengan ilmu hukum, namun karena perkara yang diperiksa hakim memerlukan kejelasan akan suatu makna dalam peraturan perundang-undangan atau suatu makna dalam tindakan terdakwa maka hakim memerlukan

bantuan orang ahli yang relevan untuk membantu mencari penjelasan tersebut. Dalam perkara perdata hakim juga memerlukan ilmu lain untuk mencari kebenaran dalam memutus perkara yang dihadapkan kepadanya, atau keterangan ahli tersebut dapat memberikan keyakinan bagi hakim dalam memutuskan sengketa antara para pihak yang bersengketa.

Interpretasi otentik memang tidak tepat sebagai metode interpretasi, sebab hakim itu bekerja melakukan penafsiran peraturan perundang-undangan. Jadi dalam hal ini lebih tepat dikatakan hakim menerapkan hukum *in concreto* sesuai dengan arti suatu kata-kata yang terdapat dalam undang-undang atau dalam penjelasan undang-undang.¹⁴⁵

5.2. Metode Argumentasi

Tidak hanya dalam hal tidak jelasnya hukum saja hakim harus menemukan hukumnya, tetapi juga dalam hal hukumnya tidak lengkap atau ada kekosongan hukum. Hakim dilarang menolak memeriksa dan mengadili perkara dengan dalih tidak ada atau tidak lengkap hukumnya; Pasal 14 ayat (1) Undang-Undang No. 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman; Pasal 16 ayat (1) Undang-Undang No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman; Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.¹⁴⁶

Dalam hal hukumnya/peraturannya tidak ada (kekosongan hukum) maka tersedialah metode penalaran (*redenering, reasoning, argumentasi, konstruksi*).

¹⁴⁵ Ahmad Rifai, *Op., cit.* hlm. 73.

¹⁴⁶ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.* hlm. 65.

Metode argumentasi digunakan hakim waktu menghadapi situasi *rechts vacuum* (kekosongan hukum) atau pun *wet vacuum* (kekosongan undang-undang).¹⁴⁷

Apakah kalau tidak diatur di dalam undang-undang itu dapat diinterpretasikan secara otomatis dilarang atau dibolehkan ("tidak diatur, jadi boleh" atau "tidak diatur, jadi dilarang")? Tidaklah semudah atau sesederhana itu jawabannya. Tidak selalu apa (perbuatan) yang tidak diatur itu berarti dilarang atau dibolehkan, tetapi harus dilihat secara kasuistis.

Seperti diketahui pembentuk undang-undang tidak mungkin mengatur seluruh kegiatan kehidupan manusia secara lengkap dan tuntas. Kemampuan pembentuk undang-undang itu terbatas. Ada kalanya pembentuk undang-undang tidak sempat mengatur suatu perbuatan dalam undang-undang, tetapi mengaturnya lebih lanjut dalam peraturan perundang-undangan lain. Ada kalanya pembentuk undang-undang sengaja tidak mengatur suatu perbuatan dalam undang-undang karena menyerahkan kepada hakim untuk mengisinya.¹⁴⁸

Pembuat undang-undang hanya menetapkan peraturan umum saja dan pertimbangan tentang hal-hal konkrit terpaksa diserahkan kepada hakim. Karena pembuat undang-undang senantiasa terbelakang pada kejadian-kejadian kemasyarakatan yang baru, maka hakim sering harus menambah undang-undang itu.¹⁴⁹

Tidak terpikirkan oleh pembentuk undang-undang untuk mengatur suatu perbuatan dalam undang-undang karena pada saat itu belum dirasakan mendesak untuk diatur atau tidak diduga akan terjadi kemudian. Dalam hal

¹⁴⁷ Ahmad Rifai, *Op.cit.* hlm. 58.

¹⁴⁸ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.* hlm. 65.

¹⁴⁹ Utrecht, *Op.cit.* hlm. 218.

inipun hakim (berkewajiban) untuk mengisinya. Kalau suatu perbuatan, sekalipun tidak diatur dalam undang-undang, tetapi bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan, maka berarti dilarang, sedangkan perbuatan yang tidak diatur dalam undang-undang, tetapi ternyata dibutuhkan demi keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum berarti dibolehkan. Kekosongan hukum harus diisi, harus dilengkapi. Ini adalah kewajiban hakim.¹⁵⁰

Apabila hakim menambah peraturan perundang-undangan, maka dalam hal ini hakim memenuhi ruangan kosong (*leemten*), ruangan yang tidak atau belum diisi oleh pembuat hukum dalam sistem formal hukum itu. Dengan memenuhi ruangan kosong, maka hakim berusaha mengembalikan (*herstellen*) identitas antara sistem formal hukum dan sistem material hukum.

Pendapat bahwa sistem formal hukum ada ruangan kosong yang dapat dipenuhi oleh hakim, belum lama diterima oleh pendapat umum. Paruh ke dua abad XIX banyak yuris misalnya Brinz, masih beranggapan bahwa hukum itu merupakan suatu kesatuan, keseluruhan yang tertutup, yaitu kesatuan yang bulat lengkap, berdasarkan logika (*logische Geschlossenheit*) di luar undang-undang tidak ada hukum. Sedangkan Paul Scholten mengatakan bahwa hukum itu merupakan suatu sistem yang terbuka (*open systeem*), di sini dapat dimengerti bahwa hukum itu dinamis yang terus menerus dalam suatu proses perkembangan. Hal ini membawa konsekuensi, bahwa hakim dapat bahkan harus memenuhi, mengisi ruang kosong yang ada dalam sistem hukum, asalkan pada pokoknya penambahan itu tidak mengubah sistem tersebut.

Sebenarnya perbuatan menciptakan pengertian hukum adalah suatu

¹⁵⁰ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.*

perbuatan yang bersifat mencari asas hukum yang menjadi dasar peraturan hukum yang bersangkutan yang hendak diterapkan. Asas hukum atau pengertian hukum adalah konstruksi hukum (*rechtskonstruktie*).¹⁵¹

Untuk menemukan hukum sesuatu yang tidak diatur dalam undang-undang harus pula diperhatikan tujuan pembentuk undang-undang dan harus pula mengingat akan sistem. Jadi tidak, "asal tidak diatur pasti dibolehkan atau dilarang".

KUHAP Pasal 263 ayat (1) mengatakan bahwa: Terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, kecuali putusan bebas atau lepas dari segala tuntutan hukum, terpidana atau ahli warisnya dapat mengajukan permintaan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung. Apakah karena jaksa tidak disebutkan dalam pasal tersebut dapat ditafsirkan bahwa jaksa di samping terpidana dan ahliwarisnya boleh atau tidak dilarang mengajukan permintaan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung? Memang tidak ada ketentuan tegas yang melarang jaksa mengajukan permintaan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung, sebaliknya tidak ada pula ketentuan yang tegas yang membolehkan jaksa mengajukan permohonan peninjauan kembali, tetapi apa kemudian harus otomatis diartikan jaksa dibolehkan mengajukan permintaan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung? Yang harus dicari dalam hal ini adalah maksud pembentuk undang-undang. Dikaitkan dengan KUHAP Pasal 266 ayat (3) yang berbunyi, bahwa: Pidana yang dijatuhkan dalam putusan peninjauan kembali tidak boleh melebihi pidana yang telah dijatuhkan dalam putusan semula. Atau *reformatio in melius*,

¹⁵¹ Utrecht, *Op.cit.* hlm. 220.

maka tujuan KUHP Pasal 266 ayat (3) adalah untuk melindungi terpidana. Dengan dibolehkan jaksa mengajukan permintaan peninjauan kembali, maka yang diputus bebas akan dirugikan dan kemungkinan putusan peninjauan kembali lebih berat dari putusan kasusnya. Dengan demikian maka sifat KUHP Pasal 263 ayat (1) adalah limitatif, "(hanya) terpidana dan ahli warisnya yang dapat mengajukan permintaan peninjauan kembali", sehingga jaksa tidak dapat mengajukan permintaan peninjauan kembali. Jadi kalau tidak ada ketentuannya tidaklah dengan sendirinya berarti dibolehkan atau dilarang. Kecuali itu apa yang dikemukakan di atas merupakan interpretasi sistematis.

Sebagai contoh dapatlah disebut Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 1 yang berbunyi "perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan ke Tuhanan Yang Maha Esa". Di sini perkawinan antara dua orang pria atau dua orang wanita tidak diatur, tetapi itu tidak berarti bahwa karena tidak diatur lalu secara otomatis dibolehkan. Perkawinan antara pria atau antara wanita itu bertentangan dengan kesusilaan. Demikian pula mengenai poligami menurut Peraturan Pemerintah No. 9 tahun 1975 Pasal 40 dibolehkan, tetapi mengenai poliandri tidak ada ketentuannya. Ini tidak berarti bahwa oleh karena tidak ada ketentuannya lalu dengan sendirinya dibolehkan. Sebaliknya bagi seorang duda yang akan kawin lagi secara tegas dan langsung tidak ada hukumnya. Apakah ini berarti bahwa duda dengan sendirinya dilarang kawin lagi? Ini menyangkut kepentingan asasi manusia yang harus dilindungi oleh hukum, sehingga duda dibolehkan kawin lagi

dengan memperlakukan Peraturan Pemerintah No. 9 tahun 1975 Pasal 39, yang berlaku bagi janda, secara *a contrario*.

Seorang hakim berdasarkan pertimbangan hati nuraninya, harus memberikan putusan yang adil. Untuk mengisi *recht vacuum* atau kekosongan hukum, hakim harus melakukan *rechtskonstruktie* (konstruksi hukum) sehingga hakim dapat menautkan (*naar elkaar toetrekken*) antara sistem formal dari hukum dengan sistem material (substansial) dari hukum. Berdasarkan ketentuan hukum positif yang mengandung persamaan, hakim dapat membuat suatu pengertian hukum baru yang menjadi dasar pembenaran dari putusan yang dijatuhkan.¹⁵²

Rudolf von Jhering mengatakan bahwa ada 3 (tiga) syarat utama untuk melakukan konstruksi hukum:

1. Konstruksi hukum harus mampu meliputi semua bidang hukum positif yang bersangkutan;
2. Dalam pembuatan konstruksi tidak boleh ada pertentangan logis di dalamnya atau tidak boleh membantah dirinya sendiri;
3. Konstruksi itu mencerminkan faktor estetika (keindahan), yaitu tidak dibuat-buat dan harus mampu memberi gambaran yang jelas tentang sesuatu hal, sehingga dimungkinkan penggabungan berbagai peraturan, pembuatan pengertian-pengertian baru dan lain sebagainya.¹⁵³

Namun apabila kedua sistem itu berbeda dasarnya, maka penautan itu tidak dapat diterapkan. Dalam hal demikian maka hakim menyatakan bahwa

¹⁵² Johnny Ibrahim, *Op.,cit.* hlm. 228.

¹⁵³ Ahmad Ali, 1993, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Chandra Pratama, Jakarta, hlm. 181.

undang-undang tidak mengikat (*nietverbindend*) mengenai perkara yang tertentu. Namun harus diingat bahwa hakim tidak berwenang untuk menyatakan bahwa aturan yang bersangkutan tidak lagi berlaku secara umum, karena itu wewenang pembuat undang-undang (bukan wewenang hakim).

Paul Scholten menyatakan bahwa konstruksi tidak boleh diadakan secara sewenang-wenang, dan ditegaskan bahwa konstruksi itu harus meliputi bahan-bahan yang positif (*constructie moet de positieve stof dekken*), yang dimaksud bahan-bahan positif itu ialah sistem material undang-undang yang sedang berlaku. Konstruksi itu harus didasarkan atas pengertian-pengertian hukum yang memang ada di dalam peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Konstruksi itu tidak boleh didasarkan atas anasir-anasir (elemen-elemen) yang di luar sistem material positif. Apabila hakim memenuhi ruang kosong dalam sistem hukum maka tambahannya itu harus berdasarkan suatu konstruksi yang logis, dan tidak boleh bertentangan dengan pokok sistem yang bersangkutan.¹⁵⁴

Metode argumentasi hukum bertujuan agar putusan hakim dalam peristiwa konkret yang ditanganinya dapat memenuhi rasa keadilan serta memberikan kemanfaatan bagi pencari keadilan. Meskipun nilai dari rasa keadilan dan kemanfaatan itu ukurannya sangat relatif. Nilai adil itu menghendaki terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang sama juga harus diperlakukan sama, sedangkan nilai kemanfaatan itu ukurannya terletak pada kegunaan hukum, baik bagi diri si pencari keadilan, para penegak hukum, pembuat peraturan perundang-undangan, penyelenggara pemerintahan dan masyarakat luas.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Ibid.* hlm. 222.

¹⁵⁵ Jazim Hamidi, 2005, *Hermeneutika Hukum*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 59.

Ada 4 (empat) metode argumentasi hukum yang dapat digunakan oleh hakim dalam melakukan argumentasi hukum; analogi (*argumentum per analogiam*), *argumentum a contrario*, penyempitan/pengkonkretan atau penghalusan hukum (*rechtsverfijning*) dan fiksi hukum.¹⁵⁶

5.2.1. Argumentum Per Analogiam (Analogi)

Analogi dilakukan oleh hakim dalam hal wajib menjalankan peraturan perundang-undangan, antara lain secara analogi yaitu penerapan peraturan perundang-undangan secara analogi (*analogische wetstoepassing*)

Ada kalanya peraturan perundang-undangan terlalu sempit ruang lingkungannya, sehingga untuk dapat menerapkan undang-undang pada peristiwanya hakim akan memperluasnya dengan metode *argumentum per analogiam* atau analogi. Dengan analogi peristiwa yang serupa, sejenis atau mirip dengan yang diatur dalam undang-undang diperlakukan sama. Pada analogi, suatu peraturan khusus dalam undang-undang dijadikan umum yang tidak tertulis dalam undang-undang, kemudian digali asas yang terdapat di dalamnya dan disimpulkan dari ketentuan yang umum itu peristiwa yang khusus. Peraturan umum yang tidak tertulis dalam undang-undang itu diterapkan terhadap peristiwa tertentu yang tidak diatur dalam undang-undang tersebut, tetapi mirip atau serupa dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang.

Kapankah digunakan analogi? Analogi digunakan apabila menghadapi peristiwa-peristiwa yang analoog atau mirip. Tidak hanya sekedar mirip, juga apabila kepentingan masyarakat hukum menuntut penilaian yang sama. Oleh hakim penalaran analogi digunakan apabila hakim harus menjatuhkan putusan

¹⁵⁶ Sudikno Mertokusumo 2, *Op. cit.* hlm. 21.

dalam suatu konflik yang tidak tersedia peraturan-peraturannya.

Dalam hal ini hakim bersikap seperti pembentuk undang-undang yang mengetahui adanya kekosongan hukum, akan melengkapinya dengan peraturan-peraturan yang serupa seperti yang dibuatnya untuk peristiwa-peristiwa yang telah ada peraturannya. Maka hakim akan mencari pemecahan untuk peristiwa yang tidak diatur, dengan penerapan peraturan untuk peristiwa-peristiwa yang telah diatur yang sesuai secara analog.

Contoh, KUHPerduta Pasal 1756 mengatur tentang mata uang (*geldspecie*). Apakah uang kertas termasuk di dalamnya? Dengan jalan analogi maka mata uang menurut KUHPerduta Pasal 1756 ayat (2) ditafsirkan termasuk uang kertas. Contoh lain, jual beli tidak memutuskan hubungan sewa menyewa, demikian bunyi KUHPerduta Pasal 1576. Dalam hal hibah, tukar menukar dan sebagainya tidak ada aturan khusus yang mengaturnya. Dengan jalan analogi, yaitu dengan memperluas pengertian jual beli dalam KUHPerduta Pasal 1576 menjadi "setiap peralihan hak milik" maka hibah dan juga tukar menukar, pewarisan dan sebagainya tercakup oleh pengertian peralihan hak milik, sehingga KUHPerduta Pasal 1576 dapat diterapkan terhadap peristiwa hibah. Sehingga hibah tidak memutuskan hubungan sewa menyewa. Sesungguhnya bukannya jual belinya yang tidak memutuskan hubungan sewa menyewa, namun peralihan hak miliknya yang tidak memutuskan hubungan sewa menyewa, sebab perjanjian jual belinya saja belum mengalihkan hak milik, karena jual beli bersifat konsensual.

Apakah ada hak retensi pada *zaakwaarnemer*? Dalam undang-undang

tidak ada pengaturannya. Tetapi dalam hal pemberian kuasa ditentukan dalam *Burgerlijk Wetboek Nederland* Pasal 1849 (KUHPerdara Pasal 1812), bahwa kepada penerima kuasa diberikan hak retensi. Dalam putusannya 10 Desember 1948 (*Nederlandse Jurisprudentie* 1949, 122) *Hoge Raad* berpendapat bahwa dalam hal ini penerima kuasa dan *zaakwaarnemer* dapat disamakan dan dengan demikian juga pada *zaakwaarnemer* diberi hak retensi.

Analogi kecuali merupakan metode penemuan hukum (argumentasi hukum) juga merupakan penciptaan hukum baru, karena memperluas pengertian. Analogi ini dapat disebut juga penafsiran ekstensif. Hakim pidana dilarang dengan menggunakan analogi memasukkan peristiwa-peristiwa ke dalam lingkup undang-undang pidana, tetapi tidak dilarang menggunakan interpretasi ekstensif, walaupun pada hakekatnya analogi itu bersifat memperluas juga seperti interpretasi ekstensif. Mengapa? Telah dikemukakan bahwa analogi digunakan apabila terdapat kekosongan dalam undang-undang. Jadi analogi berarti mengisi kekosongan atau ketidaklengkapan undang-undang dengan sesuatu yang tidak ada dalam undang-undang, sedangkan KUHPidana Pasal 1 ayat (1) berbunyi: Tiada suatu tindakan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum tindakan dilakukan. Dengan demikian analogi bertentangan dengan KUHPidana Pasal 1 ayat (1). Dalam hal interpretasi ekstensif tidak ada kekosongan dalam undang-undang, undang-undangnya lengkap, hanya saja tidak jelas, sehingga perlu dijelaskan atau ditafsirkan. Hakim dalam hal ini tidak melengkapi undang-undang dengan sesuatu yang baru, hakim tidak menerapkan sesuatu di luar

undang-undang yang telah ada, tetapi hakim tetap berpegangan pada undang-undang yang ada dan tidak menciptakan peraturan baru.

5.2.2. *Argumentum a Contrario (a contrario)*

Suatu argumentasi yang juga bermaksud memenuhi ruang kosong dalam sistem perundang-undangan ialah tindakan yang disebut *argumentum a contrario*. Paul Scholten mengatakan bahwa pada hakekatnya tiada perbedaan antara menjalankan undang-undang secara analogi dan menerapkan undang-undang secara *argumentum a contrario*. Hanya hasil dari kedua cara menjalankan undang-undang itu yang berbeda. Analogi menghasilkan hal-hal yang positif, sedangkan tindakan menjalankan undang-undang secara *argumentum a contrario* menghasilkan hal-hal yang negatif. Kedua cara menjalankan undang-undang itu berdasarkan argumentasi.¹⁵⁷

Ada kalanya suatu peristiwa tidak secara khusus diatur oleh undang-undang, namun kebalikan dari peristiwa tersebut diatur oleh undang-undang. Bagaimanakah menemukan hukumnya? Cara menemukan hukumnya ialah dengan pertimbangan bahwa apabila undang-undang menetapkan hal-hal tertentu untuk peristiwa tertentu, maka peraturan itu terbatas pada peristiwa tertentu itu dan untuk peristiwa diluarnya berlaku kebalikannya. Ini merupakan metode *a contrario*. Ini merupakan cara penafsiran atau penjelasan undang-undang yang didasarkan pada pengertian sebaliknya dari peristiwa konkrit yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang. Apabila suatu peristiwa tertentu diatur, tetapi peristiwa lainnya yang mirip tidak diatur, maka untuk yang terakhir ini berlaku hal yang sebaliknya. Contoh, dilarang berjualan

¹⁵⁷ Utrecht, *Op. cit.*, hlm. 224.

disini, jadi parkir kendaraan diperbolehkan, pemulung dilarang masuk daerah ini, jadi pengemis boleh masuk, dilarang merokok, kalau begitu meludah diperbolehkan. Pcrsoalannya ialah apakah berdasarkan adanya unsur-unsur yang sama pada dua peristiwa, ketentuan undang-undang yang berlaku bagi salah satu dari peristiwa tersebut harus diterapkan pada peristiwa yang lainnya yang tidak diatur oleh ketentuan undang-undang tersebut atau haruslah karena ketidaksamaan peristiwa itu, ketentuan undang-undang tersebut tidak diperlakukan atau diperlakukan namun secara kebalikannya. Di sini dalam hal ketidaksamaan aila unsui kemiripan. Ini dijawab oleh metode *argumentum a contrario*. Di sinipun hakim menemukan peraturan untuk peristiwa yang mirip. Di sini hakim mengatakan bahwa peraturan ini saya terapkan pada peristiwa yang tidak diatur ini, tetapi secara kebalikannya. Pada *a contrario* titik beratnya diletakkan pada ketidaksamaan peristiwanya. Di sini peraturan yang disediakan untuk peristiwa yang hendak dicarikan hukumnya tidak ada, yang ada adalah peraturan yang khusus disediakan untuk peristiwa lain yang tidak sama, namun ada unsur kemiripannya dengan peristiwa yang hendak dicarikan hukumnya. Pada *a contrario* peraturan yang disediakan untuk peristiwa yang mirip dengan peristiwa yang hendak dicarikan hukumnya, diberlakukan (bukannya tidak diperlakukan) hanya saja secara *a contrario*, secara kebalikannya.

Bagi seorang duda yang hendak kawin lagi tidak tersedia peraturan yang khusus. Peraturan yang tersedia bagi peristiwa yang tidak sama tetapi mirip, ialah bagi janda yaitu Peraturan Pemerintah No. 9 tahun 1975 Pasal 39, bagi janda yang hendak kawin lagi harus menunggu masa idah. Maka pasal tersebut

diberlakukan bagi duda secara *a contrario*, sehingga duda kalau hendak kawin lagi tidak perlu menunggu (tanpa idah) .

Apakah yang dimaksud dengan "sebab yang halal" di dalam KUHPcrdata Pasal 1320? Tidak ada pasal yang menjelaskan apa yang disebut dengan sebab yang halal. Akan tetapi Pasal 1337 mengatur tentang "sebab yang terlarang", yaitu sebab yang bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum. Dengan menafsirkan KUHPcrdata Pasal 1337 secara *a contraiio* maka dapat diketahui bahwa sebab yang halal adalah sebab yang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.

Seringkali analogi dan *a contrario* dikategorikan dalam metode interpretasi. Analogi dan *a contrario* merupakan bentuk penalaran (*reasoning, redenering, argumentasi*). Analogi dan *a contrario* bukan merupakan argumentasi untuk membenarkan rumusan peraturan tertentu, namun untuk mengisi kekosongan atau ketidaklengkapan undang-undang. Baik *argumentum per analogiam* maupun *argumentum a contrario* berakar pada asas keadilan. Peristiwa yang sama diperlakukan sama (*analoog*), peristiwa yang tidak sama diperlakukan tidak sama.¹⁵⁸

5.2.3. Penghalusan/Penyempitan Hukum (*Rechtsverfijning*)

Penghalusan (penyempitan) hukum adalah suatu perbuatan yang berkebalikan dengan analogi.

Penyempitan hukum adalah terjemahan dari kata dalam bahasa Belanda *rechtsverfijning*. *Fijn* berarti halus. Oleh karena itu ada yang menerjemahkannya dengan penghalusan hukum. Dalam tulisan ini digunakan terjemahan

¹⁵⁸ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit*, hlm. 71

penyempitan hukum dengan alasan seperti berikut; penyempitan hukum bukan merupakan argumentasi untuk membenarkan rumusan peraturan perundang-undangan. Rumusan ini terdiri dari rumusan pengecualian terhadap peraturan perundang-undangan karena kalau tidak maka dirumuskan terlalu luas. Kadang kala peraturan perundang-undangan itu ruang lingkungannya terlalu umum atau luas, maka perlu dipersempit untuk dapat diterapkan terhadap peristiwa konkret tertentu. Dalam penyempitan hukum dibentuklah pengecualian-pengecualian atau penyimpangan penyimpangan baru dari peraturan-peraturan yang bersifat umum. Peraturan yang bersifat umum diterapkan terhadap peristiwa atau hubungan hukum yang khusus dengan penjelasan atau konstruksi dengan memberi ciri-ciri.¹⁵⁹

Menurut tujuan hukum, maka hukum tidak boleh menyelesaikan suatu perkara secara tidak adil dan tidak sesuai dengan realitas sosial, itulah suatu konstruksi yang logis. Kadang kala hakim tidak dapat menerapkan suatu ketentuan tertentu, meskipun ketentuan itu menyebut secara jelas perkara yang harus diselesaikan oleh hakim. Apabila ketentuan tersebut diterapkan oleh hakim maka perkara itu tidak akan diselesaikan secara adil atau sesuai dengan realitas sosial, dalam hal ini positivitas dengan realitas sosial sangat berbeda. Dalam hal demikian maka hakim terpaksa mengeluarkan perkara yang bersangkutan dari lingkungan ketentuan itu, selanjutnya menyelesaikan menurut suatu norma yang dibuatnya sendiri. Tindakan mengeluarkan perkara itu disebut menghaluskan hukum. Dengan demikian hakim menyempurnakan sistem hukum yang bersangkutan. Tindakan menghaluskan hukum pun bermaksud memenuhi suatu

¹⁵⁹ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.*, hlm.71.

ruang kosong dalam sistem perundang-undangan. Apabila sistem perundang-undangan –yaitu sistem formal hukum- tidak dapat menyelesaikan perkara secara adil atau sesuai dengan realitas sosial semua perkara yang bersangkutan, maka hal itu berarti bahwa dalam sistem perundang-undangan tersebut terdapat ruang kosong.¹⁶⁰

Sebagai contoh, tentang rumusan "perbuatan melanggar hukum atau *onrechtmatige daad* " dalam KUHPerdara Pasal 1365 itu luas dan umum ruang lingkungannya, merupakan norma kabur, sehingga untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkretnya harus terlebih dahulu dipersempit (penyempitan hukum) ruang lingkungannya, harus dikonkretisasi dan dihubungkan dengan peristiwa konkret yang bersangkutan, Agar "perbuatan melanggar hukum" (ex *Burgerlijk Wetboek Nederland* Pasal 1401) dapat diterapkan pada peristiwa konkret Cohen melawan Lindebaum, *Hoge Raad* dalam yurisprudensinya tanggal 31 Januari 1919 (*Weekblad van het Recht* 10365) perbuatan melanggar hukum ditafsirkan sempil menjad berbuat atau tidak berbuat yang melanggar hak seseorang atau bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku atau bertentangan dengan kesusilaan atau sikap berhati-hati yang seyogianya di dalam masyarakat terhadap seseorang atau benda seseorang. Yurisprudensi *Hoge Raad* tersebut merupakan yurisprudensi tetap dan sejak itu sampai sekarang diikuti oleh pengadilan di Indonesia. Rumusan perbuatan melanggar hukum dalam yurisprudensi *Hoge Raad* tanggal 31 Januari 1919 tersebut kemudian dituangkan dalam *Burgerlijk Wetboek Nederland* Baru Pasal 162 (6.3.1.1.), 2. Undang-undang tidak menjelaskan apakah kerugian harus diganti juga oleh yang

¹⁶⁰ Utrecht, *Op.cit.*, hlm. 224.

dirugikan yang ikut bersalah menyebabkan kerugian, namun yurisprudensi menetapkan bahwa kalau ada kesalahan pada yang dirugikan, ini hanya dapat menuntut sebagian dari kerugian yang diakibatkan olehnya (*Hoge Raad* 4 Februari 1916 *Nederlandse Jurisprudentie* 1916, 450).

Asas iktikat baik (*bona fides, goede trouw*) yang dikenal juga dengan iktikat baik objektif atau normatif, sebagaimana tercantum dalam KUHPerdara Pasal 1338 ayat (3) merupakan norma kabur yang luas dan umum sifatnya, "perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikat baik". Oleh karena luas dan umum sifatnya maka agar dapat diterapkan pada peristiwa konkret maka harus dipersempit dengan disesuaikan dengan peristiwa konkret yang bersangkutan. *Hoge Raad* dalam putusannya tanggal 9 Februari 1923 (*Nederlandse Jurisprudentie* 1923, 676) mempersempit "iktikat baik" dari KUHPerdara Pasal 1338 ayat (3) tersebut dengan rumusan "menurut syarat-syarat kelayakan dan kepatutan" (*naar redelijkheid en billijkheid*). Jadi pelaksanaan perjanjian harus diuji dengan norma objektif yang tidak tertulis.

Seperti diketahui maka iktikat baik ada dua macam, yaitu iktikat baik dalam KUHPerdara Pasal 1338 ayat (3) yang objektif/normatif dan iktikat baik seperti yang tercantum dalam KUHPerdara Pasal 830 yang sifatnya subjektif/kualitatif. Iktikat baik subjektif/kualitatif ini dipersempit menjadi "tanpa mengetahui adanya cacat". Jadi ada iktikal baik yang dipersempit menjadi menurut kelayakan dan kepatutan KUH Perdata Pasal 1338 (3) yang bersifat normatif atau objektif dan iktikal baik dalam arti tanpa mengetahui adanya cacat seperti yang tercantum dalam KUHPerdara Pasal 830 yang bersifat kualitatif atau

subjektif.

Dua pengertian iktikal baik itu sering dicampuraduk. Untuk mencegah pencampuradukan kedua pengertian itu maka di Nederland *goede trouw* (iktikal baik) dalam arti *naar redelijkheid en billijkheid* (menurut kelayakan dan kepatutan) *Burgerlijk Wetboek Nederland* ex Pasal 1374 atau Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdata dimuat dalam *Burgerlijk Wetboek Nederland* Baru Pasal 248 (6.5.3.1) 1, sedangkan *goede trouw* dalam arti "tanpa mengetahui adanya cacat" dipertahankan dalam *Burgerlijk Wetboek Nederland* Baru Pasal 118 (3.5.12).

Pada hakekatnya analogi, penyempitan hukum dan *a contrario* masih berakar kuat pada faktor heteronom dari undang-undang, berakar pada postulat¹⁶¹ keadilan bahwa peristiwa yang sama harus diperlakukan secara sama, termasuk cara berfikir dengan memperbandingkan. Interpretasi dan analogi tidak dapat dipisahkan secara prinsipil.

5.2.4. Fiksi Hukum

Fiksi hukum adalah sesuatu yang khayal atau rekaan (adalah bahwa yang ada dianggap tidak ada, yang tidak ada dianggap ada) yang digunakan di dalam ilmu hukum dalam bentuk kata-kata, istilah-istilah yang berdiri sendiri atau dalam bentuk kalimat yang bermaksud untuk memberikan suatu pengertian hukum.

Menurut Paton sebagaimana dikutip oleh Achmad Ali, argumentasi hukum melalui fiksi hukum ini, bersumber pada fase perkembangan hukum dalam periode menengah, yaitu setelah berakhirnya periode hukum primitif. Metode

¹⁶¹ Ronny Hanintjo Soemitro, 1982, *Metodologi Penelitian Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 9. Postulat adalah pernyataan yang kebenarannya tidak perlu dibuktikan lagi tetapi sudah jelas dengan sendirinya bagi semua orang, sedangkan proposisi adalah pernyataan yang masih harus dibuktikan kebenarannya.

fiksi sebagai menemukan hukum ini sebenarnya berlandaskan pada asas bahwa setiap orang dianggap mengetahui undang-undang. Namun kenyataannya tidaklah mungkin setiap orang mengetahui semua ketentuan hukum yang berlaku di negaranya masing-masing, bahkan seorang yurispun hanya mengetahui ketentuan hukum yang berkaitan dengan bidangnya. Hakim membutuhkan metode fiksi hukum dalam praktek peradilan, karena orang yang didakwa pelaku kejahatan tidak dapat berdalih untuk dibebaskan dengan alasan tidak mengetahui hukumnya, bahwa tindakannya dapat dipidana.

Esensi dari fiksi hukum merupakan metode argumentasi hukum yang mengemukakan fakta-fakta baru, sehingga tampil suatu personifikasi baru dihadapan kita. Fungsi dari fiksi hukum, di samping untuk memenuhi hasrat menciptakan stabilitas hukum, juga utamanya untuk mengisi kekosongan undang-undang. Dengan perkataan lain, fiksi hukum itu bermaksud untuk mengatasi konflik antara tuntutan-tuntutan baru dengan sistem hukum yang ada.¹⁶²

Contoh, anak yang berada dalam kandungan seorang wanita dianggap telah dilahirkan, apabila kepentingan anak menghendaknya, apabila bapak si anak meninggal maka anak tersebut tidak akan kehilangan hak kewargaannya, jadi anak itu mempunyai hak atas warisan dari bapaknya.

Paul Scholten dan Satjipto Rahardjo berbeda pendapat mengenai fiksi hukum, Paul Scholten menyatakan bahwa konstruksi hukum berbeda dengan fiksi hukum, sedangkan Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa fiksi hukum

¹⁶² Achmad Ali, 2002, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Toko Gunung Agung Tbk., Jakarta, hlm. 188.

merupakan bagian dari konstruksi hukum. Perbedaannya terletak pada penyederhanaan yang dilakukan demi kepentingan konstruksi, maka sebagian fakta-faktanya dihilangkan, dan sebaliknya pada fiksi, fakta-fakta yang oleh peristiwanya tidak dikemukakan dapat saja ditambahkan.

Dengan demikian setiap konstruksi boleh mengandung unsur fiksi, akan tetapi konstruksi tidak pernah boleh menjadi fiksi, dan konstruksi itu menjadi fiksi sesegera konstruksi menganggap benar adanya fakta-fakta itu. Ahmad Ali menyatakan perlunya membedakan antara fiksi yang belum tertuang dalam putusan hakim dengan fiksi yang sudah tertuang dalam putusan hakim. Fiksi yang sudah tertuang dalam putusan hakim bukan lagi fiksi, namun telah menjadi *judge made law*, telah menjadi kenyataan dan telah menjadi hukum.¹⁶³

Ahmad Rifai berpendapat bahwa segala peristiwa yang diketemukan dalam persidangan merupakan fakta-fakta hukum yang sudah seharusnya tidak dapat ditambahkan atau dihilangkan begitu saja oleh hakim dalam menjatuhkan suatu putusan untuk kepentingan konstruksi menjadi suatu fiksi. Dan oleh karena itu tepatlah Satjipto Rahardjo yang menyatakan bahwa fiksi hukum merupakan bagian dari konstruksi hukum.

Fiksi hukum dapat dijelaskan lebih lanjut dengan teori kebijaksanaan, di mana fiksi hukum berangkat dari pemahaman bahwa setiap orang dianggap mengetahui akan hukumnya. Hakim harus bijaksana dalam menjatuhkan putusan kepada pelaku tindak pidana, sebab ada kalanya pelaku memang sejatinya tidak mengetahui akan adanya ketentuan hukum tertentu yang telah diberlakukan oleh negara, sehingga kebijaksanaan hakim merupakan faktor

¹⁶³ Ahma Ali, *Op.,cit.* hlm. 200.

penting yang sangat mempengaruhi dirinya dalam menjatuhkan putusan. Apakah putusan itu bermanfaat bagi keadilan secara keseluruhan bagi pelaku dan keluarganya, atau bagi korbannya ataupun bagi para pihak yang berperkara maupun masyarakat pada umumnya.¹⁶⁴

Perlu diingat bahwa selain keadilan dan kemanfaatan tersebut, perlu diperhatikan kepastian hukum dari ketentuan hukum. Apabila hakim membebaskan pelaku dari kesalahannya dengan dalih pelaku belum mengetahui akan hukumnya, maka hal tersebut akan menimbulkan masalah dalam perlindungan hukum bagi masyarakat. Untuk itulah dalam putusan hakim harus benar-benar mempertimbangkan aspek-aspek keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum yang berguna bagi kepentingan masyarakat banyak.

Tujuan metode fiksi hukum adalah untuk menghemat kata-kata yang digunakan dalam merumuskan kaidah hukum, sehingga dari suatu pengertian akan mengandung pengertian yang lebih luas. Hendaknya para yuris menjauhkan diri dari pembentukan hukum yang khayal, dan berusaha menyingkirkan istilah-istilah atau kalimat-kalimat hukum yang sulit dipahami masyarakat pada umumnya.¹⁶⁵

5.3. Metode Hermeneutika Hukum

Hans-Georg Gadamer memberi pengertian tentang hermeneutika hukum adalah: *Legal hermeneutics is, then, in reality no special case but is, on the contrary, fitted to restore the full scope of the hermeneutical problem and so to retrieve the former unity of hermeneutics, in which jurist and theologian meet*

¹⁶⁴ Ahmad Rifai, *Op., cit.* hlm. 86.

¹⁶⁵ Bambang Sutiyoso, 2006, *Metode Penemuan Hukum*, UII Press, Yogyakarta, hlm.112.

the student of humanities. (Hermeneutika hukum dalam kenyataannya bukanlah merupakan suatu kasus yang khusus/baru, tetapi sebaliknya, ia hanya merekonstruksikan kembali dari seluruh problem hermeneutika dan kemudian membentuk kembali kesatuan hermeneutika secara utuh, di mana ahli hukum dan teologi bertemu dengan para ahli humaniora).¹⁶⁶

Metode hermeneutika hukum sebagai alternatif metode penemuan hukum baru oleh hakim yang didasarkan pada interpretasi hukum dan konstruksi hukum. Esensi pengertian hermeneutika adalah ilmu atau *the art of interpretation* (seni menginterpretasikan) teks, sedangkan dalam perspektif yang lebih filosofis, hermeneutika merupakan aliran filsafat yang mempelajari hakikat hal mengenai atau memahami sesuatu. Kata-kata “teks atau sesuatu” dalam hal ini mengarah pada teks hukum atau peraturan perundang-undangan, peristiwa hukum, fakta hukum, dokumen resmi negara, naskah-naskah kuno, atau ayat-ayat hukum dalam kitab suci ataupun berupa pendapat dari hasil ijtihad para ahli hukum (doktrin) yang menjadi obyek untuk ditafsirkan.¹⁶⁷

Fungsi dan tujuan hermeneutika hukum menurut James Robinson adalah untuk *bringing the unclear into clarity* (memperjelas sesuatu yang tidak jelas supaya lebih jelas). Adapun menurut Gregory Leyh, tujuan hermeneutika hukum untuk menempatkan perdebatan kontemporer tentang interpretasi hukum di dalam kerangka hermeneutika pada umumnya. Upaya mengkontekstualisasikan teori hukum dengan cara ini mengasumsikan bahwa hermeneutika memiliki

¹⁶⁶ Hans-Georg Gadamer, 1975, *Truth and Method*, The Seabury Press, New York, hlm. viii, dalam Gregory Leyh, 1992, *Legal Hermeneutics: History, Theory, and Practice*, University of California Press, Berkeley Los Angeles Oxford, hlm. xi.

¹⁶⁷ Jazim Hamidi, *Op., cit*, hlm. 45.

korelasi pemikiran dengan ilmu hukum atau yurisprudensi.

Hermeneutika hukum mempunyai relevansi dengan teori penemuan hukum, yang ditampilkan dalam kerangka pemahaman proses timbal balik antar norma-norma dan fakta-fakta. Dalil hermeneutika menjelaskan bahwa orang harus mengkualifikasi fakta-fakta dalam cahaya norma-norma dan menginterpretasi norma-norma dalam cahaya fakta-fakta, termasuk paradigma dari teori penemuan hukum modern saat ini. Jadi hermeneutika dapat dipahami sebagai metode interpretasi teks hukum atau metode memahami terhadap suatu naskah normatif.

Hans-Georg Gadamer berpendapat bahwa metode hermeneutika hukum pada hakikatnya sangat berguna, tatkala seorang hakim menganggap dirinya berhak untuk menambah makna orisinal dari teks hukum. Penemuan hukum oleh hakim tidak semata-mata hanya penerapan peraturan-peraturan hukum konkret, namun sekali gus penciptaan hukum dan pembentukan hukum. Bahkan menurut Charter, pengalaman hakim pada saat menemukan hukum dalam praktek di pengadilan memberikan dukungan bagi konsepsi pragmatis dan interpretasinya. Dengan perkataan lain penggunaan dan penerapan hermeneutika hukum sebagai teori dan metode penemuan hukum baru akan sangat membantu hakim dalam memeriksa serta memutus perkara.

Pertimbangan hakim dalam upaya menemukan hukum, menerapkan hukum, menciptakan hukum dan dalam pembentukannya akan lebih lengkap apabila menggunakan metode hermeneutika hukum. Kelebihan metode hermeneutika hukum terletak pada cara dan lingkup interpretasinya yang tajam,

mendalam, dan holistik dalam bingkai kesatuan antara teks, konteks, dan kontekstualisasinya.

Peristiwa hukum maupun peraturan perundang-undangan tidak semata-mata dilihat/ditafsirkan dari aspek legalitas formal berdasarkan bunyi teksnya semata, namun juga harus dilihat faktor-faktor yang meltarbelakangi peristiwa/sengketa itu muncul, apakah akar masalahnya, adakah intervensi politik atau intervensi lainnya yang membidani dikeluarkannya suatu putusan, serta sudahkan dampak dari putusan itu dipikirkan bagi proses penegakan hukum dan keadilan di kemudian hari.¹⁶⁸

Dalam praktek peradilan, tampaknya metode hermeneutika hukum tidak banyak atau jarang digunakan sebagai metode penemuan hukum, hal ini karena dominannya metode interpretasi dan metode argumentasi/konstruksi yang sangat legalistis formal sebagai metode yang telah mengakar cukup lama dalam sistem peradilan, atau dapat juga sebagian besar hakim belum menjiwai dengan metode ini, sehingga jarang atau tidak menggunakannya dalam praktek peradilan. Padahal esensi hermeneutika hukum terletak pada pertimbangan *triangle* hukumnya, yaitu suatu metode menginterpretasikan teks hukum yang tidak semata-mata melihat teksnya saja, namun juga konteks hukum itu dilahirkan, serta bagaimanakah kontekstualisasi atau penerapan hukumnya pada masa kini dan waktu mendatang.¹⁶⁹

Di samping metode-metode penemuan hukum tersebut di atas -yaitu metode interpretasi dan metode argumentasi- masih dikenal metode penemuan

¹⁶⁸ Jazim Hamidi, *Op., cit.* hlm. 71.

¹⁶⁹ Ahmad Rifai, *Op., cit.* hlm. 89.

hukum lain, yaitu metode eksposisi, metode sinonimasi dan metode-metode yang lain.¹⁷⁰

5.4. Metode Eksposisi

Metode eksposisi tidak lain adalah metode konstruksi hukum, yaitu metode untuk menjelaskan kata-kata atau membentuk pengertian, bukan untuk menjelaskan barang. Bos, menjelaskan secara mendalam dalam disertasinya *Over methode van begripsvorming in net recht* menguraikan tentang metode eksposisi ini. Metode eksposisi dibagi 2 (dua) bagian yaitu; metode eksposisi verbal dan metode eksposisi tidak verbal, kemudian metode eksposisi verbal lebih lanjut dibagi lagi menjadi 2 (dua) yaitu; metode verbal prinsipal dan metode verbal melengkap. Metode verbal prinsipal masih dibedakan lagi menjadi 2 (dua), yang pertama menjadi metode verbal prinsipal untuk diterapkan pada kata-kata individual, yang disebut metode individualisasi, sedangkan yang ke 2 (dua) menjadi metode verbal prinsipal untuk diterapkan pada kata-kata yang lain.

Metode individualisasi adalah penjelasan nama-nama kesatuan-kesatuan individual. Suatu nama dijelaskan dengan individualisasi, apabila diberi suatu indikasi dengan membedakan nama yang bersangkutan dari nama lain yang mungkin mengacaukan. Pada metode individualisasi sering digunakan tempat atau waktu. Metode verbal prinsipal yang untuk diterapkan pada kata-kata lain adalah metode parafrase dan metode definisi.

Metode Parafrase

Metode parafrase ialah metode yang menjelaskan suatu kata dalam suatu kalimat dan kemudian kalimat itu diganti dengan kalimat lain. Sebagai contoh

¹⁷⁰ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.* hlm. 73

apabila hendak menjelaskan kata "kepentingan" maka dibuatlah kalimat yang menggunakan kata "kepentingan" sebagai berikut: Orang mempunyai kepentingan dalam perbuatan atau kejadian. Kemudian dibentuklah kalimat lain yang tidak mengandung kata "kepentingan" namun maknanya sama. Perbuatan atau kejadian itu menimbulkan untung rugi. Kemudian kalimat tersebut diganti menjadi kalimat berikut: Orang mempunyai kepentingan dalam suatu perbuatan atau kejadian, kalau perbuatan atau kejadian itu mengakibatkan untung atau rugi.

Metode Definisi

Agar arti istilah yang digunakan itu jelas, maka perlu ditetapkan definisi yang benar. Sekali ditetapkan definisi tentang suatu istilah, untuk seterusnya istilah itu digunakan dalam arti yang sama. Selama sebuah istilah belum jelas arti dan definisinya, maka kemungkinan besar akan menggunakannya dalam berbagai arti dan dengan demikian akan dapat ditarik kesimpulan yang salah. Namun sebelum menetapkan definisi suatu istilah, baiklah diketahui terlebih dulu apakah sebetulnya definisi itu.

Definisi merupakan suatu pernyataan tentang arti suatu lambang. Kata-kata merupakan salah satu jenis lambang. Kata atau kata-kata yang akan diberi definisi/didefinisikan disebut *definiendum*, sedangkan kata atau kata-kata yang digunakan untuk memberi definisi disebut *definiens*.¹⁷¹

Definisi adalah suatu pernyataan yang eksplisit tentang arti suatu istilah. Arti –seperti telah diketahui- terdiri atas lambang-lambang pokok dari istilah itu, dan definisi adalah pernyataan secara eksplisit tentang lambang-lambang itu,

¹⁷¹ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.*, hlm. 74.

tidak kurang dan tidak lebih.

Tujuan definisi adalah; menjelaskan kata, mengurangi keaburan arti kata, menghindari kata-kata yang berwayuh arti atau *ambiguitas*, dan untuk menambah kosa kata.

Ada 5 (lima) tipe definisi:

1. Definisi yang memberi arti kepada kata-kata baru atau membari arti baru kepada kata-kata lama atau definisi *stipulatif*.
2. Definisi yang menetapkan arti kata menurut bahasa sehari-hari atau definisi *leksikal*.
3. Definisi yang merinci arti kata.
4. Definisi yang teoritikal.
5. Definisi untuk menambah kosa kata.

Ada 2 (dua) cara dalam membuat definisi.

1. *Denotative definition*, yaitu yang berkaitan dengan hubungan semantik antara suatu bahasa dengan benda yang diterapi/dikenai oleh suatu bahasa itu, yang bersifat menentukan atau memberi ciri-ciri. *Denotative definition* ada 3 (tiga) macam, yaitu dengan memberikan contoh-contoh, dengan menyebutkan *sub-class* (kelas-kelas yang lebih rendah) misalnya orang ttua adalah ayah dan ibu, dan dengan menunjuk pada suatu benda.
2. *Connotative definition*, yaitu yang memiliki makna tautan. *Connotative definition* ada 3 (tiga) macam:
 - a. *Synonymous definition* yaitu dengan menunjuk kata lain yang mempunyai arti sama.

- b. *Operational definition* yaitu dengan menetapkan arti kata dengan menjelaskan apabila dilakukan dengan tindakan tertentu akan membuahkan suatu hasil. Contohnya, benda disebut rapuh apabila benda itu hancur atau pecah hanya karena disentuh secara ringan.
- c. *Definitie per genus et differentiam*, yaitu bahwa dalam membuat definisi disebutkan kelas yang tertinggi atau *genus* terlebih dahulu, baru kemudian kelas yang lebih rendah atau *species*, dengan ciri-ciri yang esensial. Dalam hal membuat *definitie per genus et differentiam* ini tidak boleh terlalu luas atau terlalu sempit, dan tidak boleh berpengertian negatif, dalam arti harus menetapkan secara positif *definiendum* dan tidak boleh *ambiguitas* arti serta harus menyebutkan atribut esensial dari *species*.¹⁷²

Cara yang terbaik untuk menyatakan lambang-lambang pokok secara eksplisit ialah dengan menetapkan definisi mengenai istilah *per genus et differentia*, yaitu dengan menyatakan arti *proximate genus* dan *differentia* istilah itu. Dengan menyatakan arti *genus* berarti menunjukkan kelasnya karena telah menyatakan semua lambang umum yang terdapat pada berbagai *species* dalam *genus* yang sama dan dengan menyatakan *differentia* dapatlah menyatakan lambang-lambang khusus yang membedakan *species* itu.

Jadi dengan menetapkan definisi *per genus et differentia*, maka dapat menetapkan kelas dengan lambang atau lambang-lambang yang membedakan anggota kelas itu.

Aturan Definisi.

¹⁷² Sudikno Mertokusumo 1, *Ibid.* hlm. 75.

1. Suatu definisi tidak boleh lebih atau kurang daripada arti istilah.

Arti terdiri atas lambang-lambang pokok dan umum, lambang-lambang yang tidak pokok tidaklah merupakan arti. Jika peraturan –demikian- ini tidak diikuti, mungkin definisi akan lebih luas atau lebih sempit daripada arti istilah dan kedua hal ini merupakan kesalahan. Jika definisi menyatakan lebih banyak daripada arti, lambang-lambang yang dikemukakan mungkin berupa *property* (sifat), *accident* (kebetulan) tak terpisahkan atau *accident* terpisahkan. Jika definisi itu menyebutkan *property*, maka menyatakan sesuatu yang berlebihan dan terjadilah kesalahan yang disebut *redundant definition* atau definisi yang berlebihan. Jika kelebihan itu mengenai *accident* tak terpisahkan, kesalahan itu disebut *accidental definition* atau definisi kebetulan dan jika mengenai *accident* terpisahkan disebut definisi yang terlalu sempit, sebab *property* hanya terdapat pada beberapa anggota kelas saja, sehingga definisi itu hanya berlaku bagi kelas itu saja. Jika definisi tidak meliputi semua arti istilah terjadilah kesalahan dan definisi ini disebut definisi yang terlalu luas, sebab definisi meliputi benda-benda yang lebih banyak jumlahnya daripada benda-benda yang sebenarnya ditunjukkan oleh istilah itu.

Apabila memberi definisi tentang “manusia” bahwa manusia adalah hewan, maka istilah hewan tidak hanya berlaku bagi manusia tetapi juga segala jenis hewan, dengan demikian istilah-istilah manusia akan meliputi semua hewan yang sebenarnya tidak termasuk ke dalam kelas manusia. Jadi istilah itu meliputi juga benda-benda yang sebenarnya tidak termasuk ke dalam denotasinya (tandanya) dan definisi itu menjadi terlalu luas.

2. Definisi tidak boleh dinyatakan ke dalam bahasa yang samar-samar (kabur), haruslah lebih jelas daripada istilah yang didefinisikan.

Pelanggaran terhadap aturan ini mengakibatkan kesalahan yang disebut *figurative definition* (definisi secara klas) atau *absure definition* (definisi yang samar-samar).

Contoh: Kebutuhan adalah pokok penemuan. Burung adalah yang pandai terbang. Kuda adalah yang berkaki empat, dan lain sebagainya.

3. Definisi tidak boleh diberi istilah yang didefinisikan atau sinonimnya.

Pelanggaran terhadap aturan ini mengakibatkan kesalahan yang disebut *circular definition* atau definisi yang berbelit-belit. Misalnya binatang adalah hewan, dan lain sebagainya.

4. Definisi tidak boleh dinyatakan dalam bentuk negatif apabila masih mungkin dinyatakan dalam bentuk positif.

Definisi harus menyatakan apa artinya dan tidak boleh menyatakan apa yang bukan artinya. Proposisi (dalil) negatif tidak menyatakan artinya, melainkan selalu menyatakan apa yang bukan artinya. Akan tetapi ada kalanya tidak mungkin dapat memberikan definisi dalam bentuk positif dan dalam hal semacam ini peraturan itu tidak berlaku *valid* atau sah. Pelanggaran terhadap peraturan ini menimbulkan kesalahan yang disebut definisi negatif. Contoh. Benar adalah tidak salah. Kebenaran adalah bukan kebohongan. Bangun adalah bukan tidur.

Jadi definisi harus mencukupi, tepat, jelas, tidak boleh bersifat ulangan yang tidak berguna dan negatif. Akan tetapi karena memberikan definisi *per*

genus et differentia, akan didapati kemudian bahwa beberapa istilah tidak dapat didefinisikan sama sekali. Misalnya istilah-istilah yang merupakan *summum genus*, nama-nama benda abstrak tunggal, nama diri. *Summum genus* tidak dapat didefinisikan karena tidak dapat ditempatkan di bawah suatu *genus* sebab ia merupakan *genus* yang tertinggi. Kata benda abstrak tunggal tidak dapat didefinisikan karena merupakan lambang-lambang elementer atau sederhana dari padanya. Nama diri atau individu tidak dapat didefinisikan karena ia tidak mempunyai arti.¹⁷³

Seperti halnya pengetahuan-pengetahuan ataupun ilmu-ilmu yang lain, maka sudah sewajarnya apabila seseorang yang ingin mendapat pandangan yang jelas tentang sesuatu yang hendak dipelajari, dalam dirinya timbul berbagai pertanyaan, di antaranya ialah pertanyaan tentang apa yang dipelajari itu. Sehingga dalam kajian ilmu hukum, pertanyaannya adalah apakah ilmu hukum itu. Jawaban dari pertanyaan tersebut adalah berupa definisi atau pengertian.¹⁷⁴

Meskipun disadari bahwa definisi tidak akan pernah dapat menampilkan dengan sempurna tentang pengertian sesuatu yang dikandungnya, di samping setiap orang selalu berbeda gaya dalam mendefinisi suatu pengertian atau masalah, pada setiap penyelidikan permulaan suatu ilmu ataupun pengetahuan, sudah lazim dibuka dengan membicarakan definisi. Tindakan ini ditempuh mengingat dalam keanekaragaman itu terdapat persamaan-persamaan prinsip yang dapat mengantarkan pada garis besar masalah, medan gerak dan batas dari pengetahuan ataupun ilmu yang hendak diselidiki. Sudah barang tentu

¹⁷³ Partap Sing Mehra, 1986, *Pengantar Logika Tradisional*, Binacipta, Bandung, hlm. 29.

¹⁷⁴ Soenarko, 1975, *Filsafat Logika I*, Fakultas Hukum, Universitas Negeri Jember, hlm. 9

pengetahuan yang diantar oleh sebuah definisi tidak sejelas yang didapat bila dibanding dengan setelah akhir penyelidikan. Karena itu, definisi yang bertugas sebagai pembuka pintu, tidak mengandung bahaya selama dipandang sebagai tempat pengenalan sementara yang dapat digeser ke arah kesempurnaan yang lebih lanjut.¹⁷⁵

5.5. Metode Sinonimasi

Suatu kata "X" dijelaskan dengan sinonimasi apabila suatu kata "Y" disebutkan sebagai kata yang mempunyai arti sama. Metode parafrase menuju kepada sinonimasi kalimat-kalimat penuh. Contoh; wajah berarti (adalah, sama dengan) rupa, marah berarti (adalah, sama dengan) murka, cemas berarti (adalah, sama dengan) khawatir.

5.5.1. Terjemahan

Terjemahan merupakan bentuk khusus sinonimasi kata "X" dan "Y" yang berasal dari dua bahasa. Contoh; hukum materil - *substantive law*, penyalahgunaan keadaan - *undue influence*, kata sepakat - *meeting of the minds*.

5.5.2. Antitesis

Kata "X" dijelaskan dengan antitesis apabila disebutkan bahwa kata "Y" yang artinya *contradictoir* dengan "X" tersebut. Metode parafrase menuju kepada antitesis kalimat-kalimat penuh.

5.5.3. Restriksi

Kata "X" dijelaskan dengan restriksi apabila kepada kata "X" tersebut diberi arti yang lebih sempit daripada kepada kata "Y".

¹⁷⁵ Mundiri, 1994, *Logika*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 1.

5.5.4. Ampliasi

Kata "X" dijelaskan dengan ampliasi apabila kepada kata "X" tersebut diberi arti yang lebih luas daripada kepada kata "Y". Restriksi dan ampliasi banyak digunakan baik dalam ilmu hukum maupun dalam praktek hukum. Suatu "barang" itu disebut "benda" apabila mempunyai nilai bagi manusia dan oleh hukum dianggap sebagai satu kesatuan. Hal demikian merupakan restriksi. Sebaliknya terjadi ampliasi apabila yang termasuk "benda" adalah "hak".

5.5.5. Paraleli

Kata "X" dijelaskan dengan paraleli apabila dibandingkan dengan kata "Y" dan ditunjukkan perbedaan dan persamaannya. Paraleli banyak digunakan untuk menjelaskan kata-kata dengan arti immaterial.¹⁷⁶

5.6. Metode Deskripsi

Suatu kata dijelaskan dengan deskripsi apabila genus yang tertinggi dan terdekat disebutkan dan suatu rangkaian sifat-sifat yang membedakan dari kelas yang sama. Bedanya dengan definisi bahwa dalam definisi hanya disebut satu sifat, sedangkan dalam deskripsi lebih banyak lagi. Definisi adalah deskripsi singkat, sedangkan deskripsi adalah definisi yang diperluas. Deskripsi digunakan juga sebagai metode tambahan pada individualisasi.

Enumerasi

Suatu kata dijelaskan dengan enumerasi apabila kelas atau individu disebutkan semua yang termasuk di dalamnya.

¹⁷⁶ *Ibid*, hlm. 76.

Archetipasi

Suatu kata dengan arti immaterial dijelaskan dengan archetipasi apabila ditambahkan gambaran tertentu tentang dunia benda.

Ilustrasi

Ilustrasi adalah setiap metode verbal untuk menjelaskan arti kata.

Eksemplifikasi

Metode verbal ini menjelaskan dengan memberikan contoh-contoh.

5.7. Metode Representasiasi

Metode eksposisi yang tidak verbal ialah metode representasi. Seseorang menjelaskan suatu kata kepada orang lain dengan representasi, apabila ia menyebutkan kata sedang yang lain memperoleh suatu gambaran (melalui pancainderanya). Nama suatu barang dijelaskan dengan representasi apabila namanya disebutkan dan barangnya diperlihatkan. Metode representasi hanya dapat diterapkan pada kata-kata yang indikatif untuk sesuatu yang dapat diamati dengan pancaindera. Sesuatu yang dapat dilakukan dengan representasi ialah, nama-nama barang (kursi, meja, kucing), nama-nama sifat yang empiris (merah, kasar, panas), penyebutan yang egosentris (aku, kamu, ini, sekarang), nama kejadian (gempa bumi, banjir, longsor). Metode representasi tidak menentukan eksistensi sebuah kata. Oleh karena itu metode ini dapat digunakan di antara orang-orang yang tidak mempunyai satu bahasa (misalnya anak dengan orang tua). Sekalipun lemah namun metode representasi merupakan metode yang paling banyak digunakan untuk menjelaskan nama dan barang.¹⁷⁷

¹⁷⁷ *Ibid.* hlm. 77.

BAB VI

ALIRAN-ALIRAN PENEMUAN HUKUM

Dikenalnya hukum itu sejak manusia menyadari bahwa kepentingan-kepentingannya selalu terancam atau terganggu oleh bahaya atau serangan, baik dari alam maupun oleh sesamanya dan memerlukan perlindungan terhadap kepentingan-kepentingannya. Sebelum dikenal hukum tertulis, maka satu-satunya sumber hukum adalah hukum kebiasaan. Oleh karena hukum kebiasaan itu sifatnya tidak tertulis, maka dapat dibayangkan bahwa tidak ada kepastian atau keseragaman hukum. Kemudian dikenal hukum tertulis. Undang-undang pertama dalam sejarah adalah Undang-Undang Hamurabi pada 1950 SM.

Sebelum abad XIX sebagian besar hukum adalah hukum kebiasaan. Sebagai reaksi terhadap ketidakpastian dan ketidakseragaman hukum, maka timbulah usaha untuk penyeragaman hukum dengan jalan kodifikasi, yaitu menuangkan hukum dalam kitab undang-undang (*codex*). Lambat laun timbulah masalah tentang apa yang merupakan -satu-satunya- sumber hukum, maka lahirlah aliran-aliran penemuan hukum, yang pada dasarnya bertitik tolak pada pandangan mengenai apa yang merupakan -satu-satunya- sumber hukum. Jadi aliran-aliran itu merupakan aliran-aliran tentang ajaran sumber hukum.¹⁷⁸

6.1. Legisme

Sebagai reaksi terhadap ketidakpastian dan ketidakseragaman hukum kebiasaan timbulah pada abad XIX di Eropa usaha untuk penyeragaman hukum dengan jalan kodifikasi dengan menuangkan hukum secara lengkap dan sistematis dalam kitab undang-undang. Hukum kebiasaan sebagai sumber hukum mulai ditinggalkan. Di Perancis pada akhir abad XVIII diadakan kodifikasi yang dicontoh oleh seluruh Eropa. Di Nederland kodifikasi diadakan pada tahun 1838. Timbulnya gerakan kodifikasi ini disertai dengan lahirnya aliran Legisme. Sebagai penganut aliran ini antara lain: Montesquieu, Rousseau, Robbespierre, Fennet. Rudolf van Jhering, G. Jellineck, Care de Malberg, H. Nawiatski dan Hans Kelsen. Pandangan dalam abad XIX ini ialah bahwa satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang, sebab undang-undang yang dianggap cukup

¹⁷⁸ Sudikni Mertokusumo 1, *Op.cit.* hlm. 94.

jelas dan lengkap, yang berisi semua jawaban terhadap semua persoalan hukum, sehingga hakim hanyalah sebagai *subsumtie automaat* yaitu kedudukan hakim ada di bawah undang-undang atau hanya sebagai pelaksana undang-undang. Hakim hanya berwenang menerapkan peraturan hukum pada peristiwa konkritnya dengan bantuan metode penafsiran terutama penafsiran gramatikal. Pemecahannya dengan sendirinya akan ditemukan melalui *subsumptie*. Untuk melaksanakan *subsumptie* ini persyaratannya, yaitu:

1. Undang-undang harus bersifat umum (berlaku bagi setiap orang)
2. Ketentuan-ketentuan yang ada di dalamnya harus dirumuskan secara abstrak (berlaku umum)
3. Sistem peraturannya harus lengkap, sehingga tidak ada kekosongan-kekosongan hukum.

Aliran ini berpendapat bahwa semua hukum itu berasal dari kehendak penguasa tertinggi, dalam hal ini kehendak pembentuk undang-undang. Jadi semua hukum terdapat dalam undang-undang. Berdasarkan pandangan ini, maka hanya undang-undanglah yang dapat menjadi sumber hukum, karena pengakuan kebiasaan sebagai sumber hukum berarti mengakui kekuasaan tertinggi lain di samping kekuasaan negara tertinggi (pembentuk undang-undang). Pembentuk undang-undang pada waktu itu ingin mencegah ketidakpastian dan ketidakseragaman hukum dengan mengabaikan hukum kebiasaan dan yurisprudensi. Hukum dan undang-undang itu jumbuh atau identik. Usaha kearah kodifikasi ini hanya dapat dipahami melalui ajaran tentang pembagian kekuasaan yang mendapat pengaruh dari Montesquieu dan harus dilihat dengan latar belakang pandangan negara liberal. Dalam ajaran trias politica tidak ada tempat untuk hukum kebiasaan sebagai sumber hukum yang berdiri sendiri. Penciptaan atau pembentukan hukum adalah monopoli pembentuk undang-undang. Pandangan Montesquieu bahwa hakim dalam pemisahan kekuasaan yang ketat hanyalah sebagai "*bouche de la loi*" mempunyai pengaruh besar pada awal abad XIX. Pandangan ini disebut legisme. Demikian pula dalam ajaran kedaulatan rakyat dari Rousseau tidak ada tempat untuk hukum kebiasaan sebagai sumber hukum.

Di Eropa legisme berkuasa dalam abad XIX (1830-1880). Perlu diketahui bahwa Inggris dan Amerika tidak pernah beralih ke kodifikasi. Di sini *judge-made-law* dan hukum kebiasaan mempunyai peranan yang lebih penting daripada di Eropa.

Tidak dapat disangkal bahwa ada hukum kebiasaan di samping undang-undang itu merupakan suatu kenyataan. Berhubung dengan itu untuk mempertahankan teori bahwa undang-undang adalah satu-satunya sumber hukum, dicari jalan keluar bahwa berlakunya hukum kebiasaan itu karena ditunjuk oleh undang-undang. Apabila tidak ada penegasan mengenai penunjukan seperti misalnya bunyi Pasal 15 *Algemene Bepalingen van Wetgeving*, maka hukum kebiasaan dianggap berlaku secara diam-diam dan diciptakanlah fiksi bahwa hukum kebiasaan mempunyai kekuatan mengikat bukan karena kebiasaan, yaitu bahwa perilaku yang diulang mempunyai kekuatan mengikat, tetapi karena kehendak pembentuk undang-undang, baik yang tegas maupun secara diam-diam.¹⁷⁹

6.2. Mazab Historis

Permulaan abad XX disadari bahwa undang-undang tidaklah lengkap. Nilai-nilai yang dituangkan dalam undang-undang tidak lagi sesuai dengan perkembangan kehidupan bersama. Ternyata terdapat kekosongan-kekosongan dan ketidakjelasan dalam undang-undang. Perkembangan ini di Nederland dimulai pada akhir abad XIX. *Judge-made-law* dan hukum kebiasaan dapat melengkapi undang-undang. Sejak itu pula hukum kebiasaan dan yurisprudensi dianggap sebagai unsur-unsur dalam sistem hukum.

Mazab Historis berlawanan dengan Mazab Legisme, karena Madzab Historis yang dipelopori oleh von Savigny (1779 – 1861) berpandangan bahwa hukum itu ditentukan secara historis. Hukum tumbuh dari kesadaran hukum bangsa di suatu tempat dan pada suatu waktu tertentu (*Das Recht Wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke*). Kesadaran hukum (*volksgeist*), yang paling murni terdapat dalam kebiasaan. Peraturan hukum -terutama- merupakan pencerminan keyakinan hukum dan praktek-praktek yang terdapat di dalam

¹⁷⁹ *Ibid.* hlm. 96.

kehidupan bersama dan tidak ditetapkan dari atas. Para yuris harus mengembangkan dan mensistematisasi keyakinan dan praktek-praktek hukum ini. von Savigny berpendapat bahwa hukum adalah hukum kebiasaan yang tidak cocok untuk kehidupan modern. Sebelum mengkodifikasikan hukum harus mengadakan penelitian yang mendalam terlebih dahulu. Setelah itu barulah dapat mengadakan kodifikasi. Jasa von Savigny ialah memberi tempat yang mandiri pada hukum kebiasaan sebagai sumber hukum.

6.3. *Begriffsjurisprudenz*

Ketidakmampuan pembentuk undang-undang meremajakan undang-undang pada waktu yang tepat merupakan alasan untuk memberikan peran aktif kepada hakim. Dari hakim diharapkan seberapa mungkin dapat menyesuaikan undang-undang pada keadaan baru. Yurisprudensi mulai memperoleh peranan sebagai sumber hukum. Demikian pula hukum kebiasaan memperoleh kembali peranannya sebagai sumber hukum. Sebaliknya para yuris mulai bersikap kritis terhadap undang-undang.

Dalam pertengahan abad XIX lahir aliran yang dipelopori oleh Rudolf von Jhering (1818-1890) yang menekankan pada sistematik hukum. Setiap putusan baru dari hakim harus sesuai dengan sistem hukum. Berdasarkan kesatuan yang dibentuk oleh sistem hukum, maka setiap ketentuan undang-undang harus dijelaskan dalam hubungannya dengan ketentuan undang-undang yang lain, sehingga ketentuan-ketentuan undang-undang itu merupakan satu kesatuan yang utuh. Menurut aliran ini idealnya ialah apabila sistem yang ada itu berbentuk suatu piramida yang pada puncaknya suatu asas utama. Dari situ dapat dibuat pengertian-pengertian baru (*Begriff*).

Dikembangkanlah sistem asas-asas dan pengertian-pengertian umum yang digunakan untuk mengkaji undang-undang. Oleh karena itu teori ini disebut *Begriffsjurisprudenz*, suatu nama yang diberikan oleh Rudolf von Jhering pada aliran ini. Kekhasan bagi aliran *Begriffsjurisprudenz* ialah bahwa hukum dilihat sebagai satu sistem tertutup yang mencakup segala-galanya yang mengatur semua perbuatan sosial. Pendekatan hukum secara ilmiah dengan sarana pengertian-pengertian yang diperhalus ini merupakan dorongan timbulnya

positivisme hukum, namun juga memberi argumentasi-argumentasi yang berasal dari ilmu hukum, dan dengan demikian obyektif, sebagai dasar putusan-putusan hukum. Pasal-pasal yang tidak sesuai dengan sistem hukum dikembangkan secara ilmiah dan diterapkan interpretasi restriktif.

Begriffsjurisprudenz lebih memberikan kebebasan hakim daripada legisme. Hakim tidak perlu terikat pada bunyi undang-undang, tetapi dapat mengambil argumentasinya dari peraturan-peraturan hukum yang tersirat dalam undang-undang. Dengan demikian peradilan lebih bersandar pada ilmu hukum. Maka kegiatan hakim terdiri dari sistematisasi, penghalusan hukum dan pengolahan hukum dalam sistem itu melalui penjabaran logis peraturan undang-undang menjadi berbagai asas hukum. Para hakim makin berkiblat pada ilmu dogmatik. Kalau undang-undang ternyata tidak memberi jawaban, maka hakim mencari obyektivitas yang disyaratkan oleh ilmu hukum? Dorongan terhadap penghormatan ilmu hukum sebagai sarana untuk menemukan hukum ini berasal dari Mazab Historis.

Sebaliknya ilmu hukum mengolah putusan-putusan pengadilan dan berusaha untuk menempatkannya pada sistem tertentu. Akan tetapi sikap ilmiah ini sering mengarah pada *Begriffsjurisprudenz* murni, yaitu menjauhkan ilmu hukum secara definitif dari kenyataan sosial, politik, dan moral dari hukum. Dalam hal ini analisis, konstruksi logis dan sistematisasi dianggap sebagai tujuan dan tidak lagi seperti sekarang sebagai sarana guna menyediakan bahan argumentasi untuk hakim dalam putusannya.

Putusan *Hoge Raad* 17 Desember 1909 merupakan contoh *Begriffsjurisprudenz* bahwa perkumpulan untuk memperluas pengumpulan benda seni dan benda kuno pada museum di Haarlem, yang pada 18 Juni 1904 diangkat berdasar *testament* sebagai ahli waris dari tuan Druyvestijn ditolak haknya atas warisan berdasarkan pertimbangan bahwa perkumpulan tersebut pada saat meninggalnya pewaris (2 April 1905) tidaklah merupakan badan hukum. Perkumpulan tersebut diakui dengan *Koning Besluit* 31 Mei 1875 untuk 29 tahun, yang terakhir pada 31 Mei 1904. Perkumpulan itu tetap ada, tetapi tidak meminta pembaharuan pengakuan. Pada waktu warisan terbuka

ketentuannya diganti, sehingga masa berlaku perkumpulan ditentukan 29 tahun 11 bulan. Setelah disetujui dengan *Koning Besluit* perkumpulan itu menerima warisan. *Hoge Raad* menolaknya dengan pertimbangan bahwa KUHPerdara Pasal 899 (Pasal 946 *Burgerlijk Wetboek Nederland*) tidak hanya berlaku bagi orang, tetapi juga bagi badan hukum. Untuk dapat mewaris perkumpulan itu pada 2 April 1905 harus berbentuk badan hukum. Badan hukum hanyalah merupakan konstruksi yuridis, suatu pengertian. Dari pengertian ini hakim menarik kesimpulan dengan menggunakan pertimbangan logis (apa yang berlaku bagi orang harus berlaku juga bagi badan hukum), suatu kesimpulan yang tidak memuaskan rasa hukum.

Dengan demikian *Begriffsjurisprudenz* ini tidak melihat kenyataan masyarakat, karena dari sarana pengertian hukum sampai pada konstruksi-konstruksi menyimpang dari kenyataan, kecuali itu masyarakat ditundukkan pada sistem hukum.¹⁸⁰

6.4. *Interessenjurisprudenz* atau *Freirechtsschule*

Interessenjurisprudenz lahir di Jerman pada abad XIX sebagai reaksi terhadap *Begriffjurisprudenz*, *Interessenjurisprudenz* suatu aliran yang menitikberatkan pada kepentingan-kepentingan (*Interessen*) yang difiksikan. Oleh karena itu aliran ini disebut *Interessenjurisprudenz*. *Interessenjurisprudenz* ini mengalami masa jayanya sebagai aliran ilmu hukum pada dasa warsa pertama abad XX di Jerman. Hukum merupakan *resultant* pertentangan-pertentangan kepentingan yang berlawanan dan berbenturan satu sama lain. Pandangan ini diberi dasar ilmiah dalam buku *der Zweck in Recht* (1877). Aliran ini berpendapat bahwa peraturan hukum tidak boleh dilihat oleh hakim sebagai formal logis belaka, tetapi harus dinilai menurut tujuannya. Menyadari bahwa sistematisasi hukum tidak boleh dibesar-besarkan, maka Rudolf von Jhering mengarah kepada tujuan yang terdapat di belakang sistem dan merealisasi ide keadilan dan kesusilaan yang tidak mengenal waktu. Aliran ini berpendapat bahwa tujuan hukum pada dasarnya adalah untuk melindungi, memuaskan atau memenuhi kepentingan atau kebutuhan hidup yang nyata. Dalam putusannya

¹⁸⁰ *Ibid.* hlm. 99.

hakim harus bertanya kepentingan manakah yang diatur atau dimaksudkan oleh pembentuk undang-undang.

Philip Heck, yang termasuk salah seorang penganut aliran ini, berpendapat bahwa tanpa pengetahuan tentang kepentingan sosial, moral, ekonomi kultural dan kepentingan lainnya, dalam peristiwa tertentu yang berhubungan dengan peraturan tertentu, adalah pelaksanaan atau penerapan hukum, tidak mungkin dapat tepat dan berarti. Pembentuk undang-undang pada waktu merumuskan peraturan telah mempertimbangkan pelbagai kepentingan dan akhirnya mengambil pilihan. Dalam ketentuan undang-undang telah ditetapkan kepentingan-kepentingan mana yang menurut pandangan pembentuk undang-undang itu mempunyai nilai-nilai yang hidup di tengah masyarakat. Apabila kemudian diminta putusan dari hakim (dalam konflik kepentingan), maka hakim harus menyesuaikan dengan ukuran nilai yang dimuat dalam undang-undang. Hakim tidak boleh atas kemauannya sendiri menilai kepentingan konkrit pihak-pihak yang bersangkutan, akan tetapi mengeluarkan unsur-unsur itu yang telah dinilai oleh pembentuk undang-undang dan berkaitan dengan itu mengambil putusan, karena nilai-nilai yang dimaksud oleh pembentuk undang-undang adalah faktor penentu utama. Hakim dalam putusannya harus bertanya kepentingan manakah yang diatur atau dimaksudkan oleh pembentuk undang-undang.

Contoh pengaruh pendekatan hukum dalam *Interessenjurisprudenz* adalah teori legitimasi dari Paul Scholten, yang berkaitan dengan KUHPerdara Pasal 1977 (*bezit geldt als volkomen titel*). Menurut teori ini penguasaan (*bezit*) itu mengesahkan (melegitimasi) hak milik. Fungsi prosesualnya ialah, bahwa siapa yang dalam proses tentang hak milik benda tidak atas nama, dapat menunjukkan penguasaannya (*bezit*) atas benda tersebut, dibebaskan dari pembuktian. Hal ini menyangkut perlindungan kepentingan orang yang menguasai barang.

Pengaruh *Interessenjurisprudenz* dapat ditemukan juga dalam putusan *Hoge Raad* 24 Januari 1930 (*Nederlandse Jurisprudentie* 1930, 299), yang untuk pertama kali mengetengahkan ajaran *Schutznorm* atau teori relativitas dalam

hubungannya dengan perbuatan melanggar hukum. Menurut teori ini maka untuk berhasilnya gugatan melanggar hukum, di samping 4 (empat) syarat yang tercantum dalam KUHPerdara Pasal 1365 masih diperlukan syarat yang ke 5, yaitu bahwa kaedah (*norm*) yang dilanggar harus bertujuan melindungi kepentingan yang diserang. Inilah yang disebut syarat relativitas.¹⁸¹

6.5. *Soziologische Rechtsschule*

Aliran ini berpandangan bahwa untuk menemukan hukumnya, hakim harus mencarinya pada kebiasaan-kebiasaan dalam masyarakat. Aliran ini dipelopori oleh Hamaker dan Hymans. Hamaker berpendapat bahwa hakim seyogyanya mendasarkan putusannya sesuai dengan kesadaran hukum dan perasaan hukum yang hidup dalam masyarakat ketika putusan tersebut dijatuhkan. Sedangkan Hymans mengemukakan bahwa hanya putusan hakim yang sesuai dengan kesadaran hukum dan kebutuhan hukum warga masyarakat yang merupakan hukum dalam makna yang sebenarnya.

Pokok pikiran dalam aliran inilah yang terutama hendak menahan dan menolak kemungkinan sewenang-wenang dari hakim, berhubung dengan adanya *freies Ermessen* menurut aliran *Freirechtsschule* tadi. Mereka pada dasarnya tidak setuju adanya kebebasan bagi para pemangku hukum untuk menyampingkan undang-undang sesuai dengan perasaannya, undang-undang tetap harus dihormati. Sebaliknya memang benar hakim mempunyai kebebasan dalam menyatakan hukum, akan tetapi kebebasan tersebut terbatas dalam rangka undang-undang. Menurut mereka, hakim hendaknya mendasarkan putusan-putusannya pada peraturan undang-undang, tetapi tidak kurang pentingnya, supaya putusan-putusan tersebut dapat dipertanggungjawabkan terhadap asas-asas keadilan, kesadaran dan perasaan hukum yang sedang hidup dalam masyarakat. Hanya yang demikian itulah dapat disebutkan sebagai hukum yang sebenarnya atau *het recht der werkelijkheid*.¹⁸²

Maka aliran ini menyerukan supaya pengetahuan kemasyarakatan - ekonomi, sosiologi dan sebagainya- bagi para pemangku hukum dipertinggi agar

¹⁸¹ *Ibid.* hlm. 101.

¹⁸² Achmad Sanusi, 1984, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Tarsito, Bandung, hlm. 95.

kebebasan hakim ditetapkan batas-batasnya (misalnya tentang hukuman maksimal minimal, keadaan belum dewasa, jangka kedalu warsa dan sebagainya) dan supaya keputusan-keputusan hakim dapat diuji oleh *public opinion* (pemeriksaan putusan terbuka, tingkatan *appel/kasasi* dan sebagainya). Sebagai pengikut aliran ini antara lain; A. Auburtin, G. Gurvitch dan J. Valkhof. Penganut aliran ini menekankan agar para hakim memiliki wawasan yang luas, bukan sekedar ilmu hukum dogmatik, namun juga ilmu hukum yang lain. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa akhirnya yang primer bagi hukum itu ialah penyesuaiannya dengan kesadaran kemasyarakatan, dalam hal ini menghadapi pendemokrasian atau penyosialisasian dari hukum.

6.6. *Freirechtbewegung*

Reaksi yang tajam terhadap aliran legisme baru muncul sekitar 1900 di Jerman. Reaksi itu dimulai oleh Kantorowicz (1877-1940) yang dengan nama samaran Gnaeus Flavius dalam tahun 1906 menulis *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Aliran baru ini disebutnya *freirechtlich* atau bebas, dan dari situlah timbul istilah *Freirechtbewegung*. Mengapa di Jerman timbul reaksi-reaksi yang tajam, tidak lain disebabkan karena di sana sekitar 1900 diadakan kodifikasi.

Pengikut-pengikut aliran ini menentang pendapat bahwa kodifikasi itu lengkap, karena tidak seluruh hukum terdapat dalam undang-undang. Juga memandang bahwa hakim itu mempunyai sumbangan kreatif dalam penemuan hukum, sebab samping undang-undang masih terdapat sumber-sumber hukum lain yang dapat digunakan oleh hakim untuk menemukan hukumnya. Mereka menganggap titik tolak Montesquieu bahwa hakim tidak lebih dari corong undang-undang secara tegas merupakan fiksi. Tiap pemikiran yang melihat hakim sebagai *subsumptie automaat* dianggap sebagai sesuatu yang tidak nyata (fiksi). Menurut aliran ini hakim tidak hanya mengabdikan pada fungsi kepastian hukum, tetapi mempunyai tugas sendiri dalam merealisasi keadilan. Pengertian-pengertian yang umum, luas dan oleh karena itu kabur atau samar-samar seperti misalnya pengertian “iktikad baik”, “ketertiban umum”, “kepentingan umum”, yang digunakan oleh pembentuk undang-undang, dalam peristiwa konkrit sering kali

masih harus diisi atau dilengkapi. Putusan hakim tidak selalu berasal dari penjabaran undang-undang, karena setiap peristiwa itu sifatnya khusus dan tidak benar kalau hakim selalu dapat menerapkan peraturan undang-undang yang bersifat umum terhadap situasi konkrit. Hakim dalam putusannya tidak hanya wajib menerapkan atau melaksanakan undang-undang, namun juga menghubungkan semua sifat-sifat yang khusus dari permasalahan yang disengketakan, yang diajukan kepadanya.

Freirechtbewegung mencoba mengarahkan perhatiannya kepada sifat-sifat yang khusus pada peristiwa konkrit dan kepentingan yang berkaitan. Rasa hukum hakim harus dipusatkan pada hal-hal ini dan juga pada tujuan yang tersirat dalam peraturan. Kalau penyelesaian berdasarkan rasa hukum itu tidak sesuai dengan penyelesaian menurut undang-undang, maka hakim berwenang dan wajib untuk menyimpang dari penyelesaian menurut undang-undang. Tidak mengakui undang-undang sebagai satu-satunya sumber hukum mengarah pada subyektivasi putusan hakim. Dengan demikian disadari bahwa putusan hakim mengandung karya yang bersifat menciptakan. Pelaksanaan hukum bergeser ke arah penemuan hukum atau pembentukan hukum.

Hendaknya disadari bahwa *Freirechtbewegung* ini tidak hendak memberi fungsi yang bersifat menciptakan hukum yang otonom kepada hakim, tetapi menyadarkan hakim kepada kenyataan bahwa ia dalam aktivitasnya tidak dapat menghindari dan mengikutsertakan unsur penilaian subyektif. Pendapat subyektif hakim ini tidaklah seindividualistis seperti yang digambarkan oleh lawan *Freirechtbewegung*, hakim dibesarkan dalam suasana sistem hukum yang diterapkannya, kecuali itu hakim mengenal peraturan hukumnya. Oleh karena itu putusannya sebagian besar ditetapkan oleh peraturan hukum tertulis yang berlaku dan asas-asas hukum yang berlaku umum. *Freirechtbewegung* berpendapat bahwa hakim terikat pada batas-batas yang dapat dijabarkan dari sistem, dalam hal ini menuju pada pemecahan masalah yang mendasarkan pada sistem (*gesystematiseerd probleemdenken* atau berpikir *problem oriented*). Timbul keberatan terhadap penemuan hukum bebas ini. Keberatan yang terpenting ialah tidak adanya pendekatan yang metodis. Kritik terhadap

Freirechtbewegung dapat difahami karena kurangnya perhatian pada metode yang harus digunakan dalam merealisasi pendiriannya.¹⁸³

8.7. Aliran Hukum Kritis

Sesuai dengan namanya, maka aliran ini mengkritik secara konseptual teori hukum tradisional yang berlaku pada waktu ini. Aliran hukum kritis lahir di Amerika Serikat, yang menjadi obyek kritiknya adalah hukum di Amerika Serikat tersebut. Gerakan aliran hukum ini sebagai akibat dari perkembangan dan ketidakpuasan terhadap teori dan praktek hukum dalam bidang-bidang, misalnya; a. pendidikan hukum; b. pengaruh politik yang sangat kuat terhadap dunia hukum; c. kegagalan peran hukum dalam menjawab permasalahan yang ada.

Beberapa karakteristik umum aliran hukum kritis:

1. Berkomitmen besar terhadap kebebasan individual dengan batas-batas tertentu, karakter demikian ini amat berkaitan dengan emansipasi kemanusiaan.
2. Kurang mempercayai bentuk-bentuk kebenaran yang abstrak, menghendaki pengetahuan yang benar-benar obyektif.
3. Menolak perbedaan antara teori dan praktek, dan menolak perbedaan antara fakta dan nilai, yang merupakan karakteristik dari paham liberal.

Pada prinsipnya aliran ini menolak anggapan ahli hukum tradisional yang mengatakan bahwa hukum itu obyektif (kenyataan adalah tempat berpijaknya hukum), hukum itu sudah tertentu (hukum menyediakan jawaban yang pasti dan dapat dimengerti), hukum itu netral (tidak memihak pada pihak tertentu).

Di samping menolak ketiga anggapan tersebut di atas, penganut aliran hukum kritis ini berpandangan sebagai berikut:

1. Hukum mencari legitimasi yang salah.

Hukum mencari legitimasi dengan jalan mistifikasi, dengan menggunakan prosedur hukum yang berbelit dan bahasa yang susah dimengerti, sehingga pihak yang ditekan oleh orang berkuasamenjadi cepat percaya bahwa hukum itu netral.

¹⁸³ Sudikno Mertokusumo1, *Op.cit.*, hlm. 104.

2. Tidak ada prinsip-prinsip dasar dalam hukum.

Menurut aliran hukum kritis, pemikiran rasional itu merupakan ciptaan masyarakat juga, yang merupakan pengakuan terhadap kekuasaan.

3. Hukum tidak netral.

Aliran hukum kritis berpendapat hukum tidak netral dan hakim hanya berpura-pura atau percaya secara naif bahwa dia mengambil putusan secara netral dan tidak memihak dengan mendasari putusannya pada undang-undang, yurisprudensi, atau prinsip keadilan. Padahal mereka selalu dapat dipengaruhi oleh ideologi yang dianutnya untuk memperkuat kelas yang dominan.¹⁸⁴

¹⁸⁴ [http://dingklikelas.blokspot.com/2014/03/penemuan-hukum.html](http://dingklikkelas.blokspot.com/2014/03/penemuan-hukum.html), diakses 20 Pebruari 2015.

BAB VII

PROSEDUR PENEMUAN HUKUM

Pada umumnya hukum acara -Hukum Acara Perdata maupun Hukum Acara Pidana- dalam garis besarnya dapat dibagi menjadi 3 (tiga) tahap, yaitu tahap pendahuluan atau permulaan, tahap penentuan dan tahap pelaksanaan. Tahap permulaan adalah tahap waktu sebelum acara pemeriksaan di persidangan. Dalam acara perdata pada tahap permulaan ini tidak seberapa banyak kegiatan dilakukan, misalnya memasukkan gugatan, mengajukan permohonan penyitaan jaminan dan pencabutan gugatan. Lain halnya dalam acara pidana, pada tahap ini lebih banyak kegiatan yang dilakukan, yaitu; pemeriksaan pendahuluan yang dilakukan oleh kepolisian dan kejaksaan. Tahap penentuan adalah tahap pemeriksaan di persidangan, dimulai dari tanya jawab (pemeriksaan terdakwa), pembuktian peristiwa sampai pada putusan. Tahap pelaksanaan meliputi pelaksanaan putusan sampai selesai. Tahap pelaksanaan tidak dibahas dalam prosedur penemuan hukum. Kegiatan hakim yang utama dan yang paling banyak adalah pada tahap penentuan, yaitu pemeriksaan di persidangan.¹⁸⁵

Pada dasarnya apa yang dilakukan oleh hakim di persidangan adalah mengkonstatasi (menentukan gejala dari suatu peristiwa atau menetapkan apa gejalanya) peristiwa konkrit, yang sekaligus berarti merumuskan peristiwa konkrit, mengkualifikasi peristiwa konkrit, yang berarti menetapkan peristiwa hukumnya dari peristiwa konkrit dan mengkonstitusi atau memberi hukum atau hukumannya, yang pada dasarnya semua itu tidak ubahnya dengan kegiatan seorang yuris yang dihadapkan pada suatu konflik atau kasus dan harus memecahkannya, yaitu *legal problem identification*, *legal problem solving* dan *decision making*. Setiap yuris yang bekerja di bidang hukum, terutama hakim, selalu dihadapkan pada peristiwa konkrit, suatu kasus atau konflik, yang harus dicarikan hukumnya dan dipecahkan atau diselesaikan.

¹⁸⁵ Sudikno Mertokusumo1, *Op. cit.* hlm. 79.

Bagaimanakah prosedur penemuan hukum itu? Bagaimanakah tepatnya langkah-langkah operasional yang dilakukan oleh hakim dalam penemuan hukum?

Penemuan hukum adalah konkretisasi, kristalisasi atau individualisasi peraturan hukum atau *das Sollen*, yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret atau *das Sein*. Peristiwa konkret perlu dicarikan hukumnya yang bersifat umum dan abstrak. Peristiwa konkret harus dipertemukan dengan peraturan hukum. Peristiwa konkret itu harus dihubungkan dengan peraturan hukumnya agar dapat tercakup oleh peraturan hukum itu. Sebaliknya peraturan hukumnya harus disesuaikan dengan peristiwa konkritnya agar dapat diterapkan.

Penemuan hukum merupakan proses atau rangkaian kegiatan yang bersifat kompleks yang pada dasarnya dimulai sejak tanya jawab sampai dijatuhkannya putusan. Kegiatan-kegiatan atau langkah-langkah itu pada umumnya tidaklah terpisahkan satu sama lain, terjalin satu sama lain, bahkan sering tidak berurutan. Akan tetapi momentum dimulainya penemuan hukum ialah setelah peristiwa konkritnya dibuktikan atau dikonstatasi, karena pada saat itulah peristiwa konkret yang telah dikonstatasi itu harus dicarikan atau ditemukan hukumnya. Untuk mengetahui prosedur penemuan hukum, sebagai contohnya dapat diikuti tahap-tahap dalam pemeriksaan perkara perdata.¹⁸⁶

7.1. Permulaan

Penggugat mengajukan gugatan yang berisi peristiwa konkret yang dijawab oleh tergugat dalam jawabannya yang berisi peristiwa konkret pula. Sering terjadi bahwa peristiwa konkret yang diajukan oleh tergugat dalam jawabannya ada yang sama atau ada yang tidak sama dengan peristiwa konkret yang diajukan oleh penggugat dalam gugatannya, maka hakim perlu mengetahui apa yang sekiranya menjadi sengketa bagi kedua belah pihak. Untuk itu maka diadakan prosedur tanya jawab antara kedua belah pihak. Dari tanya jawab itu akhirnya akan diketahui oleh hakim peristiwa manakah yang sekiranya menjadi

¹⁸⁶ *Ibid.* hlm. 80.

sengketa. Dikatakan “sekiranya” karena peristiwa konkrit itu masih harus dibuktikan kebenarannya.¹⁸⁷

7.2. Penentuan

Hakim harus memperoleh kepastian tentang sengketa atau peristiwa konkrit yang telah terjadi. Peristiwa konkrit atau kasus yang diketemukan dari tanya jawab itu merupakan kompleks peristiwa atau kejadian-kejadian yang harus diuraikan dan harus diseleksi. Peristiwa yang pokok dan yang relevan bagi hukum dipisahkan dari yang tidak relevan, untuk kemudian disusun secara sistematis dan kronologis teratur agar hakim dapat memperoleh ikhtisar yang jelas tentang peristiwa konkritnya, tentang duduk perkaranya dan akhirnya dibuktikan serta dikonstatasi atau dinyatakan benar-benar telah terjadi. Membuktikan berarti memberi kepastian kepada hakim akan kebenaran peristiwa konkrit yang disengketakan.

7.2.1. Peristiwa Konkrit

Walaupun peristiwa konkritlah yang harus dikonstatasi atau dirumuskan, namun karena hanya peristiwa konkrit yang relevan sajalah yang harus dibuktikan, maka di sini hakim sudah mulai menyentuh atau berhubungan dengan peraturan hukumnya. Kapankah suatu peristiwa konkrit itu relevan? Apakah dasar untuk menetapkan dan apakah suatu peristiwa konkrit itu relevan bagi hukum atau tidak relevan bagi hukum? Peristiwa yang relevan adalah peristiwa yang penting bagi hukum, yang berarti bahwa peristiwa itu dapat dicakup oleh hukum, dapat ditundukkan pada hukum. Peristiwa yang relevan berarti bahwa peristiwa itu dapat mempengaruhi penyelesaian perkara. Untuk mengetahui perkara itu relevan ataukah tidak relevan, maka terlebih dahulu harus diketahui aturan hukumnya. Sebaliknya untuk mengetahui aturan hukumnya, harus diketahui peristiwa konkritnya dan ditetapkan pula relevansinya. Di sini nampak bahwa langkah operasionalnya tidak selalu sistematis berurutan. Apakah dasar untuk menetapkan suatu peristiwa konkrit itu relevan bagi hukum ataukah tidak relevan, tak lain adalah pengetahuan atau penguasaan tentang aturan hukumnya. Dengan berpikir secara formal logislah

¹⁸⁷ *Ibid.*

maka masalahnya dapat dipecahkan. Tanpa wawasan, intuisi dan penilaian hakim, maka lingkaran proses dalam mencari hukum dan peristiwa yang relevan tidak dapat dimulai. Jadi dengan pengetahuan dan penguasaan tentang hukum maka konstataasi peristiwa konkritnya dapat dimungkinkan. Oleh karena itu hakim harus menguasai aturan hukum, bahkan hakim dianggap mengetahui hukumnya atau *ius curia novit*.

Peristiwa konkrit yang telah dibuktikan itu dikonstatasi oleh hakim sebagai peristiwa konkrit yang benar-benar telah terjadi. Tanpa pembuktian peristiwa konkrit yang diperkirakan menjadi sengketa kedua belah pihak, maka hakim tidak boleh mengkonstatasinya sebagai telah benar-benar terjadi. Konstataasi peristiwa konkrit berarti uraian tentang duduk perkaranya. Di sini dapat diperoleh suatu iktisar yang sistematis dan jelas kronologisnya, jadi suatu gambaran menyeluruh tentang duduk perkaranya.

7.2.2. Peristiwa Hukum

Setelah peristiwa konkritnya dikonstatasi atau dinyatakan terbukti, maka peristiwa konkrit itu harus dicarikan aturan hukumnya. Peristiwa konkrit yang telah terbukti itu harus diterjemahkan ke dalam bahasa hukum, yaitu dicari kualifikasinya, dicari peristiwa hukumnya, dengan mencari kemudian menemukan aturan hukumnya. Setelah aturan hukumnya ditemukan maka akan diketahui peristiwa hukumnya dari peristiwa konkrit yang bersangkutan. Peristiwa hukumnya harus ditemukan agar aturan hukumnya dapat diterapkan. Jadi peristiwa konkrit itu harus dijadikan peristiwa hukum terlebih dahulu sebelum aturan hukumnya dapat diterapkan, karena aturan hukum hanya dapat diterapkan pada peristiwa hukum, bukan pada peristiwa konkrit.

Contoh, apabila A menerima sepeda dari B, dan B yang berkewajiban menyerahkan uang Rp. 2 juta kepada A adalah peristiwa konkrit. Maka kualifikasinya adalah berjual beli (sebagai peristiwa hukum). Contoh yang lain misalnya, apabila A menggantol atau menyadap aliran listrik milik B secara melanggar hukum, maka peristiwa konkrit itu harus diterjemahkan ke dalam bahasa hukum, harus diberi kualifikasi, sehingga menjadi peristiwa hukum dengan mencari aturan hukumnya.

7.2.3. Peraturan Hukum

Peristiwa konkritnya adalah A menyalahgunakan aliran listrik milik B, dan sebagainya dan diterjemahkan ke dalam bahasa hukum, menjadi peristiwa hukum tentang pencurian. Peristiwa pencurian, aturan hukumnya dimuat pada KUHPidana Pasal 362.

Di sini mulai dicari kaitannya antara *das Sein* dengan *das Sollen*, antara peristiwa konkrit dengan aturan hukumnya, sehingga ditetapkan hubungan antara peristiwa konkrit dengan aturan hukumnya. Aturan hukumnya dikonkritisasi dengan menghubungkannya dengan peristiwa konkrit. Untuk dapat menetapkan hubungan antara peristiwa konkrit dengan aturan hukumnya maka peristiwa konkrit itu harus dikualifikasi atau diterjemahkan ke dalam bahasa hukum.

Di sinipun seperti halnya pada konstataasi peristiwa konkrit maka kualifikasi peristiwa konkrit menjadi peristiwa hukum, hanya dimungkinkan dengan pengetahuan dan penguasaan aturan-aturan hukum. Tanpa pengetahuan dan penguasaan aturan-aturan hukum, tidak mungkin mengadakan kualifikasi. Tidak mustahil bahwa dalam hal ini dimungkinkan terjadinya pelbagai kualifikasi. Tidak jarang terjadi bahwa peristiwa yang sama dapat diterjemahkan secara yuridis atau dikualifikasi dalam pelbagai cara.

7.2.4. Kualifikasi Hukum

Pengetahuan tentang aturan-aturan hukum, mutlak diperlukan. Hanya dengan pengetahuan tentang aturan-aturan hukum, dimungkinkan untuk melakukan seleksi peristiwa-peristiwa yang yuridis relevan dan kualifikasi.

Hubungan antara *das Sein* dengan *das Sollen* itu amat erat, dan saling membutuhkan. Agar *das Sein* mempunyai akibat hukum, maka memerlukan *das Sollen*. Agar *das Sollen* itu aktif, hidup dan dapat dilaksanakan maka membutuhkan terjadinya peristiwa konkrit (*das Sein*). *Das Sein* merupakan aktivator *das Sollen*. Ada saling hubungan antara peristiwa konkrit (*das Sein*) dan peraturan hukumnya (*das Sollen*). Peristiwanya yang konkrit menentukan aturan hukumnya yang relevan. Sebaliknya aturan hukumnya menentukan sekaligus peristiwa mana yang relevan.

Tahap kualifikasi ini berakhir dengan ditemukan atau dirumuskan masalah hukumnya (*legal problem*). Kemudian harus dicari aturan hukumnya yang dapat diterapkan terhadap peristiwa hukum yang telah diketemukan. Untuk itu harus diseleksi peraturan-peraturan hukum yang relevan bagi peristiwa hukum yang bersangkutan. Bagaimanakah menemukan aturan hukumnya, dimana dapat diketemukan aturan hukumnya dan bagaimana cara menerapkannya?

7.2.5. Penemuan Hukum

Telah dikemukakan sebelumnya, bahwa sumber penemuan hukum atau tempat menemukan hukumnya adalah peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, putusan hakim dan doktrin. Sumber penemuan hukum itu merupakan *hierarchi*. Apabila kita hendak mencari atau menemukan hukumnya, maka dicarilah lebih dulu dalam peraturan perundang-undangan. Apabila peraturan perundang-undangan tidak memberikan jawaban maka barulah dicari dalam hukum kebiasaan. Kalau hukum kebiasaan tidak pula ada ketentuannya maka dicarilah dalam putusan pengadilan dan begitulah seterusnya.

Apabila peraturan hukumnya telah diketemukan, maka harus dibahas, ditafsirkan atau dijelaskan isinya kalau sekiranya tidak jelas maka diinterpretasi, atau dilengkapi kalau sekiranya terdapat kekosongan atau ketidaklengkapan hukum maka melakukan argumentasi atau diadakan konstruksi hukum, bilamana diperlukan maka melakukan pembentukan pengertian hukum. Oleh karena peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi sebagai sumber penemuan hukum itu bersifat kompleks maka harus dianalisis.

Hukumnya, terutama yang tercantum dalam peraturan perundang-undangan tidak selalu dirumuskan dengan jelas dan pada umumnya tidak lengkap. Telah berulang kali dikemukakan bahwa tidak ada peraturan perundang-undangan yang selalu jelas sejelas-jelasnya dan lengkap selengkap-lengkapannya. Tidak mudah membaca undang-undang, karena kecuali undang-undang itu sifatnya kompleks, tidak selalu mudah memahami maksud pembentuk undang-undang, sekalipun dalam penjelasannya dinyatakan cukup jelas. Oleh karena itu peraturan perundang-undangan itu harus dibaca dengan saksama dan cermat. Harus dapat ditangkap apa yang tersirat dalam peraturan

perundang-undangan. Untuk itu harus dikuasai pula pengetahuan tentang pengertian, asas dan sistem hukum. Untuk memperoleh pengertian suatu istilah hukum kadangkala perlu dicari dalam peraturan perundang-undangan yang lain. Untuk memperoleh pengertian suatu istilah hukum perlu mengadakan penjelasan atau penafsiran atau dengan menggunakan metode penemuan hukum lainnya.

Seperti yang telah disampaikan di muka maka menafsirkan bukan merupakan kegiatan yang rasional logis. Hakim harus mengambil pilihan dari peibagai metode penafsiran yang hasilnya dapat berbeda. Hakim mempunyai kebebasan menafsirkan, yang tidak boleh tidak harus dilakukan karena hakim tidak boleh menolak untuk mengadili dan menolah memutuskan perkara. Dalam hal ini tidak ada sistem yang logis tertutup. Apabila hakim harus mengambil pilihan dari pelbagai kemungkinan, yang ditentukan oleh penilaiannya, maka hakim melengkapi atau mengisi peraturan-peraturan hukumnya dalam hubungannya satu sama lain; setiap penafsiran, demikian pula setiap putusan menambahkan sesuatu, berisi unsur penciptaan. Akhirnya hakim hanya akan menjatuhkan pilihannya berdasarkan pertimbangan metode manakah yang paling meyakinkannya dan yang hasilnya paling memuaskan. Peradilan dalam hal ini menjadi penciptaan hukum dan penemuan hukum.

Jadi di satu pihak ditetapkan arti peraturan hukum yang relevan, di pihak lain dilakukan subsumpsi peristiwa konkrit. Hakim tidak sepenuhnya terikat sumber-sumber hukum formal. Hakim sering tidak dapat menggali semua alasan dalam sumber-sumber itu dan kadangkala secara keseluruhan tidak terdapat alasan yang dapat diambil untuk mendukung putusannya.

Untuk lebih jelasnya diberikan contoh sebagai berikut; A penyewa sebuah rumah, diusir oleh B yang mendapat hibah rumah tersebut dari C, yang sebelum menghibahkan rumah tersebut kepada B, menyewakan rumahnya kepada A. Bagaimanakah kedudukan hukum A sebagai penyewa? Apakah hukumnya bagi A? Peristiwa hukum (hibah benda yang sedang disewakan) tersebut dalam hal ini belum ada peraturan hukumnya, maka haruslah dicari peraturan hukumnya. Peraturan hukum yang tersedia ialah untuk peristiwa hukum abstrak tertentu lain (bukan hibah), yang tercantum dalam KUHPerdara Pasal 1576, yaitu dalam

peristiwa hukum jual beli, sementara barang yang diperjualbelikan masih sedang (dalam keadaan) disewakan, maka jual-beli itu tidak memutuskan hubungan sewa menyewa yang ada (*Koop breekt geen huur*). Peristiwa hukum (hibah) dihubungkan dengan KUHPerdota Pasal 1576, yang mengatur peristiwa hukum abstrak tertentu (jual-beli), sebaliknya KUHPerdota Pasal 1576 disesuaikan dengan peristiwa hukum (hibah) dengan memperluas pengertian “jual-beli” menjadi “setiap peralihan hak milik” agar peristiwa hukum “hibah” dapat dicakup oleh KUHPerdota Pasal 1576 setelah diperluas pengertiannya menjadi “setiap peralihan hak milik”. Dengan jalan analogi maka isi KUHPerdota Pasal 1576 diperluas pengertiannya, sehingga peristiwa hukumnya (hibah) tercakup oleh KUHPerdota Pasal 1576 dan dengan demikian peraturan hukumnya ditemukan dan dapat diterapkan, yang berarti bahwa hibah tidak memutuskan sewa menyewa.

Contoh lain misalnya dalam bidang perkawinan. Apakah (aturan) hukumnya bagi seorang duda yang hendak kawin lagi? Untuk peristiwa hukum “duda yang hendak kawin lagi” tidak ada -aturan- hukumnya, maka harus dicarilah aturan hukumnya. Dalam mencari peraturan hukumnya ditemukan pada Peraturan Pemerintah No. 9 tahun 19975 Pasal 39 yang disediakan untuk peristiwa hukum abstrak tertentu lain, ialah “janda yang hendak kawin harus menunggu masa idah terlebih dahulu”. Peraturan hukum untuk peristiwa hukum yang tidak sama (janda hendak kawin lagi) diperlakukan secara kebalikannya (*a contrario*) pada peristiwa hukum (duda hendak kawin lagi), yang dicarilah hukumnya, yang berarti bahwa duda yang hendak kawin lagi tidak perlu melewati masa tunggu (idah).

7.2.6. Pelaksanaan Peraturan Hukum

Apabila aturan hukumnya sudah ditemukan, maka peraturan hukum itu kemudian diterapkan pada peristiwa hukumnya. Kalau ada pelbagai kemungkinan kualifikasi atau terjemahan yuridis dari peristiwa konkritnya maka pada penerapan peraturan hukumnya terdapat pula pelbagai kemungkinan konstruksi yang harus dipertimbangkan mana yang akan dipilih. Kalau tidak sampai pada mengambil pilihan maka prosedurnya harus diulang kembali pada

tahap kualifikasi peristiwa konkritnya. Tampaklah di sini bahwa dalam prosedur penemuan hukum langkah awal sampai langkah akhir tidak selalu berurutan.

Untuk melaksanakan -aturan- hukum, maka disusunlah silogisme, misalnya: Barang siapa mencuri dihukum, A mencuri maka A harus dihukum. Di sini ditentukan akibat yuridis dari peraturan hukum yang diterapkan.

7.2.7. Penafsiran Hukum

Hakim harus menafsirkan undang-undangnya lebih dulu, harus menetapkan maknanya lebih dulu berhubung dengan peristiwa konkrit, barulah hakim dapat menyusun silogismenya. Akan tetapi penemuan hukum itu lebih daripada sekedar merumuskan silogisme, kesulitannya terletak dalam hal menetapkan arti peraturan hukum dan peristiwa konkrit dalam hubungannya satu sama lain. Setelah peraturan hukumnya diterapkan pada peristiwa hukumnya, maka harus diambil putusan.

Mengambil atau menjatuhkan putusan bukanlah sekedar menerapkan peraturan. Haruslah direnungkan, dipertimbangkan dan kemudian dievaluasi secara cermat kemungkinan atau alternatif putusan mana yang akan diambil atau dijatuhkan.¹⁸⁸

¹⁸⁸ *Ibid.* hlm. 90.

BAB VIII

PENEMUAN HUKUM BEBAS

Hakim memang harus menghormati undang-undang. Namun hakim tidak hanya sekedar tunduk dan mengikuti undang-undang, melainkan menggunakan undang-undang sebagai sarana untuk menemukan pemecahan peristiwa konkrit yang dapat diterima. Karena pemecahan yang diketemukan dapat menjadi pedoman bagi peristiwa konkrit serupa lainnya. Di sini hakim tidak berperan sebagai penafsir undang-undang, tetapi sebagai pencipta hukum.

Penemuan hukum semacam itu yang tidak secara ketat terikat pada undang-undang disebut penemuan hukum bebas.

Bahwa hakim harus diberi kebebasan memang disepakati secara umum, namun tidak dapat diterima apabila hakim diberi kebebasan sedemikian rupa, sehingga hakim dapat mengesampingkan undang-undang dengan mendasarkan pendirian semata-mata pada iktikad baik, kepatutan atau hanya karena undang-undangnya sudah usang. Jadi yang dimaksud dengan penemuan hukum bebas bukannya peradilan di luar undang-undang. Dalam penemuan hukum bebas peran undang-undang adalah *subordinated*. Undang-undang bukanlah merupakan tujuan bagi hakim, tetapi suatu sarana. Hakim yang melaksanakan penemuan hukum bebas tugas utamanya bukanlah menerapkan undang-undang, melainkan menciptakan pemecahan melalui atau dengan bantuan undang-undang untuk peristiwa konkrit sedemikian rupa, sehingga peristiwa-peristiwa serupa kemudian diselesaikan dengan memuaskan. Maka penemuan hukum bebas berarti penemuan hukum menurut kepatutan.

Penggunaan metode penemuan hukum bebas kebanyakan dapat menuju kepada akibat-akibat yang sama seperti dengan metode-metode penemuan hukum yang lain. Hakim yang melakukan penemuan hukum bebas tidak akan mengatakan: Saya harus memutuskan demikian, sebab bunyi undang-undangnya adalah demikian. Hakim akan mendasari putusannya dengan pelbagai alasan -antara lain yang terpenting adalah undang-undang- karena diakuinya bahwa pilihan argumentasi dan penafsirannya menjadi tanggung jawabnya yang tidak dapat diserahkan kepada pembentuk undang-undang.

Ciri khas dalam penemuan hukum bebas ialah bahwa hakim yang melakukan penemuan hukum itu selalu mengikuti perkembangan jaman dan mengganti peraturan hukum yang lama (usang) dengan peraturan yang baru. Akan tetapi perlu dipertanyakan kapankah suatu peraturan itu sudah usang dan peraturan manakah yang harus menggantikannya. Pada dasarnya selama belum ada aturan yang baru, hakim tetap akan berpedoman pada undang-undang yang lama.

Dalam hal ini ada pengecualiannya, yaitu pembentuk undang-undang sudah membentuk undang-undang, tetapi belum mempunyai kekuatan hukum, karena masih dalam pembicaraan di lembaga legislatif, hakim dapat berpedoman pada undang-undang baru yang belum mempunyai kekuatan berlaku itu. Hal ini merupakan bentuk terpenting dalam penemuan hukum bebas, yang disebut metode penemuan hukum antisipatif atau futuristis. Dengan metode ini hakim setidaknya mempunyai pegangan pada pendirian pemerintah, sehingga memperoleh petunjuk bagaimana pandangan pembentuk undang-undang dan bagaimana hukumnya yang akan datang. Dengan demikian hakim memungkinkan terjadinya peralihan yang fleksibel dari hukum yang lama ke hukum yang baru (dengan anggapan bahwa rancangan undang-undang itu kemudian menjadi undang-undang)

8.1. Penemuan Hukum Modern (Beraliran *Problem Oriented*)

Sesudah Perang Dunia II, di bawah pengaruh pandangan existensialisme, timbul kritik terhadap pandangan bahwa hakim sebagai *subsumptie automaat* (hakim berada di bawah undang-undang). Kritik mendasar terhadap positivisme undang-undang atau legisme terletak pada pandangan bahwa model *subsumptie* itu tidak dapat dipertahankan. Sebagai penemu hukum tidak dapat menetapkan secara obyektif apa peristiwanya, apa peraturannya dan kemudian menghubungkannya secara logis. Sejak menentukan peristiwa yang relevan, memilih peraturan yang relevan dan menghubungkannya satu sama lain, momentum penilaian selalu berperan. Selanjutnya ada unsur penilaian dalam memilih peraturan, menetapkan peristiwa, yang tergantung satu sama lain, peristiwanya diseleksi dengan diarahkan pada peraturan yang akan diterapkan.

Dalam menyeleksi, memilih dan menilai itu selalu berkaitan dengan pertanyaan; apakah yang ingin dicapai, bagaimanakah cara mengambil penyelesaiannya.

Dasar pemikiran atau pandangan ajaran ini diantaranya:

1. Titik tolaknya bukan pada sistem perundang-undangan, namun masalah kemasyarakatan konkrit yang harus dipecahkan. Undang-undang bukanlah penuh dengan kebenaran dan jawaban, yang paling tidak membutuhkan beberapa interpretasi untuk dapat dilaksanakan dalam situasi konkrit, namun lebih merupakan usulan untuk penyelesaian, suatu pedoman dalam penemuan hukum. Undang-undang bukan satu-satunya sumber hukum, namun masih banyak faktor penting lainnya yang dapat digunakan untuk penyelesaian masalah hukum. Pandangan penemuan hukum modern ini dapat digolongkan ke dalam pandangan *gesystematiseerd probleem denken* atau pandangan yang *problem oriented* dari *Freirechtbewegung*.
2. Metode interpretasi undang-undang yang digunakan di sini terutama adalah teleologis. Menurut jalan pikiran ini maka diakui bahwa dalam penemuan hukum unsur setralnya adalah “penilaian masalah kemasyarakatan yang konkrit” yang ingin mencapai suatu penyelesaian yang sesuai dengan sistem hukum yang berlaku. Hasilnya tidak dijabarkan secara logis dari peraturan umum yang abstrak, namun sekaligus selalu merupakan *resultante* pertimbangan semua kepentingan dan nilai dalam persidangan. Pada prinsipnya yang menonjol adalah masalah kemasyarakatan. Penganut aliran ini (*problem oriented*) pada umumnya menekankan bahwa masalah yuridis selalu berhubungan dengan masalah kemasyarakatan dan dari sinilah harus dicari penyelesaian yang paling dapat diterima dalam praktek. Titik tolak ini - terutama- berarti harus selalu sadar akan kenyataan bahwa penyelesaian hukum merupakan salah satu cara untuk mengatur masalah kemasyarakatan.
3. Setiap orang sebelum mulai dengan penemuan hukum harus bertanya apakah suatu penyelesaian hukum dapat menuju kepada hasil akhir yang diharapkan. Untuk dapat memutuskan hal ini seorang yuris harus sekurang-kurangnya mengetahui kemungkinan-kemungkinan yang diberikan oleh

model-model atau cara-cara lain untuk penyelesaian konflik. Selanjutnya harus dipertanyakan apakah metode yang harus digunakan. Titik tolak dalam memilih metode ialah bahwa sistem itu merupakan pedoman dalam menemukan penyelesaian yang ditanyakan ialah apakah yang dimaksudkan oleh pembentuk-undang-undang dalam konteks kemasyarakatan yang mana.

4. Tujuan pembentuk undang-undang dapat digeser, dikoreksi, namun tidak boleh diabaikan. Pemecahan masalah dengan mendasarkan pada sistem (*gesystematiseerd probleem denken* atau berpikir *problem oriented*) ini terjadi melalui beberapa tahap. Pertama-tama hakim meneliti masalah yang diajukan kepadanya untuk diterjemahkan secara yuridis, apakah hukum dapat membantu memperoleh pemecahan yang diharapkan? Apabila ya, maka ditetapkanlah peristiwa mana yang dianggapnya relevan dengan peraturan yang mana. Telah diketengahkan di depan bahwa saling ada hubungan antara peristiwa dan peraturan. Peristiwa menentukan peraturan yang relevan, namun peraturannya menentukan sekaligus peristiwa mana yang penting. Sudah diawali sejak seleksi dan analisis peristiwa dan peraturan penyelesaian akhir yang ada di dalam pikiran hakim sebagai pemegang peranan. Apabila bagian pertama penelitian ke arah penyelesaian hukum telah dilakukan maka selanjutnya semua nilai dan kepentingan yang berkaitan dengan pemegang peranan dalam masalah ditimbang-timbang dan harus menjatuhkan pilihannya. Sesudah ini selesai semua, barulah dapat dilihat keseluruhan konteks masalah dan sampai pada putusan, di mana kita dapat menyesuaikan maksud pembentuk undang-undang dengan situasi konkrit, dilihat dari keadaan kemasyarakatan yang aktual. Penemuan hukum modern ini berpendirian bahwa atas satu pertanyaan hukum dapat dipertahankan pelbagai jawaban dalam sistem yang sama. Contoh, seorang pria dan seorang wanita mengaku telah hidup bersama dengan segala suka dan dukanya tanpa menikah selama bertahun-tahun. Mereka telah bersumpah setia, apapun yang terjadi, serta akan saling memberi bantuan sampai kematian memisahkan mereka. Pertanyaannya, apakah si wanita mempunyai hak atas pensiun? Bagi yang berfikir menurut sistem semata-

mata (*system oriented, systeem denken*) jawabannya mudah. Undang-undang hanya mengatur pensiun janda, yaitu kepada janda yang ditinggal mati suaminya. Di sini formalitas perkawinan adalah esensial. Dalam hal ini wanita yang tidak ada ikatan perkawinan dengan seorang pria tidak berhak atas pensiun duda. Bagi yang berpikiran *problem oriented*, kalau ia hendak mempertimbangkan untuk memberi pembayaran kepada wanita, maka ia harus meneliti lebih dulu apakah hubungan antara para pihak itu menunjukkan kesamaan atau kesesuaian dengan pandangan tentang hubungan perkawinan. Ia harus menilai keadaan kehidupan nyata para pihak dengan peraturan-peraturan yang memberi ciri-ciri perkawinan. Apabila penemu hukum berpendapat bahwa hubungan kedua belah pihak dapat disamakan dengan perkawinan, harus dipertanyakan apakah ketentuan pensiun itu dapat diterapkan pada hubungan mereka seakan-akan merupakan perkawinan? Sebelum hal ini diputus ia harus menimbang semua nilai dan kepentingan yang berkaitan dengan pertanyaan hukum ini. Kepentingannya jelas, ada tidaknya uang, pada waktu meninggalkan salah satu pihak. Nilainya lebih problematis apakah kepentingan kehidupan bersama kalau orang itu kawin, dan sampai seberapajauhkah kebebasan individu itu untuk tidak memperhatikan pelaksanaan perkawinan sebagai perbuatan formal? Apakah selanjutnya tidak juga tepat kalau seseorang yang ikut serta menabung untuk pembayaran tertentu memperoleh hak, apakah asas solidaritas dalam kehidupan bersama kita sedemikian jelas, sehingga dapat ditetapkan bahwa dalam keadaan tertentu harus dianggap menabung untuk orang lain? Dapat dikatakan bahwa wanita itu telah ikut menabung. Penemu hukum harus menimbang-menimbang semua faktor yang mempengaruhi putusan-putusan akhinya. Ia harus sadar bahwa putusan dalam arti positif dapat merupakan preseden untuk banyak hubungan-hubungan diwaktu mendatang.

5. Fungsi hukum adalah melindungi kepentingan manusia. Dalam penemuan hukum yang *problem oriented* kepentingan *justiciabele* (pencari keadilan) lebih diutamakan. Demikian pula putusan Mahkamah Agung tanggal 20

Januari 1989 No. 1400 K/Pdt/1986 (MA, 1991: 392) dalam interpretasi Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, berkaitan dengan perkawinan beda agama.

Dengan mempertimbangkan bahwa:

1. Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan tidak memuat suatu ketentuan apapun yang menyebabkan bahwa perbedaan agama antara calon suami dan isteri merupakan larangan, yang sejalan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 Pasal 27 ayat (1) yang menentukan bahwa segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya, berarti mempunyai kesederajatan hak asasinya untuk kawin dengan sesama warga negara sekalipun berlainan agama; dan selama oleh undang-undang tidak ditentukan bahwa perbedaan agama merupakan larangan untuk perkawinan, maka asas itu adalah sejalan dengan jiwa Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 Pasal 29 ayat (2) yang menentukan bahwa negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu;
2. Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan tidak mengatur mengenai perkawinan calon suami isteri yang berlainan agama;
3. Sekalipun menurut kata-kata yang terdapat dalam Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 66 yaitusejauh telah diatur dalam undang-undang ini, dinyatakan tidak berlaku, namun *Regeling op de gemeng de Huwelijken S 1898 nomor 158*) ataupun Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen (*Huwelijk Ordonantie Christen Indonesia S 1933 nomor 74*) tidak mungkin dapat dipakai karena terdapat perbedaan prinsip maupun falsafah yang amat lebar antara Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dengan kedua ordonansi tersebut;
4. Dengan demikian terdapat kekosongan hukum;

Mahkamah Agung berpendapat: Bahwa tidaklah dapat dibenarkan kalau karena kekosongan hukum maka kenyataan dan kebutuhan sosial seperti tersebut di

atas dibiarkan tidak terpecahkan secara hukum, karena membiarkan masalah tersebut berlarut-larut pasti akan menimbulkan dampak-dampak negatif di segi kehidupan bermasyarakat maupun beragama yang berupa penyelundupan-penyelundupan nilai-nilai sosial maupun agama dan atau hukum positif, maka Mahkamah Agung berpendapat haruslah dapat ditemukan dan ditentukan hukumnya;

Mengadili sendiri:

1. Membatalkan surat penolakan Pegawai Luar Biasa Pencatat Sipil Propinsi DKI Jakarta nomor 655/1.755.4/CS/1986 tanggal 5 Maret 1986;
2. Memerintahkan Pegawai Pencatat pada Kantor Catatan Sipil Propinsi DKI Jakarta agar supaya melangsungkan perkawinan antara Andi Vony Gani P (Islam) dengan Adrianus Petrus Hendrik Nelwan (Kristen) setelah dipenuhi syarat-syarat menurut undang-undang;

Hukum (undang-undang) selalu ketinggalan dari peristiwanya (*het recht hinkt achter de feiten aan*). Itu memang sifat hukum. Lebih-lebih dengan berkembang pesatnya teknologi dewasa ini, maka hukum (undang-undang) akan jauh ketinggalan. Tidak tergambar semula bahwa fotokopi, kaset dan tilpun dapat merupakan alat bukti. Fotokopi semula tidak merupakan alat bukti, tetapi kemudian dengan putusan Mahkamah Agung tanggal 14 April 1976 nomor 701 K/Sip/ 1974 (Y.I. 1976, 549) fotokopi merupakan alat bukti, asal disertai keterangan atau dengan jalan apapun secara sah yang menyatakan bahwa fotokopi itu sesuai dengan aslinya. Dengan Penetapan pengadilan Agama Jakarta Selatan nomor 1751/P/1989 tanggal 20 April 1990 (Varia Peradilan Tahun VI nomor 62 November 1990) maka kaset merupakan alat bukti.

Dalam perkembangan teknologi dewasa ini dituntut sikap arif, kreatif dan inovatif dari hakim. Menurut kebiasaan pernikahan dihadiri secara fisik oleh calon mempelai pria dan calon mempelai putri di satu tempat. Akan tetapi menurut Penetapan Pengadilan Agama Jakarta Selatan tanggal 20 April 1990 tersebut di atas, pernikahan melalui tilpun antara calon suami dan calon isteri

yang berjauhan tempat tinggalnya (Indonesia-Amerika) itu sah. Mengingat bahwa hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia, maka dalam menemukan hukum harus diperhatikan pula perkembangan masyarakat dan perkembangan teknologi.

8.2. Penemuan Hukum Progresif

8.2.1. Latar Belakang Hukum Progresif

Teori hukum mengajarkan bahwa hukum merupakan seperangkat aturan dan prinsip-prinsip yang memungkinkan masyarakat mempertahankan ketertiban dan kebebasannya. Hukum haruslah netral dan dapat diterapkan kepada siapa saja secara adil, tanpa memandang kekuasaan, pangkat, ras, gender dan hartanya. Hukum harus dipisahkan dari politik, penerapan hukum di pengadilan pun harus dilakukan secara adil. Akan tetapi sebenarnya hal tersebut tidaklah dapat dilaksanakan secara konsekuen dalam penerapannya, karena menurut para teoritis *post modern* hukum tidak mempunyai dasar obyektif dan tidak ada kebenaran sebagai tempat berpijak hukum, yang ada hanyalah kekuasaan semata yang menjadi alat kekuasaan bagi penguasa.

Ukuran bagi hukum bukanlah benar dan/atau salah, bermoral atau tidak bermoral melainkan hukum merupakan apa saja yang diputuskan dan dijalankan oleh kelompok yang paling berkuasa. Hukum harus ditafsirkan yang nyata akan ditafsirkan menurut keinginan yang menafsirkan, dan penafsir akan menafsirkan sesuai dengan perasaan dan kepentingannya sendiri, sehingga yang namanya keadilan hanya merupakan semboyan retorika yang digunakan oleh kelompok mayoritas untuk menjelaskan apa yang mereka inginkan, dan keinginan pihak minoritas tidak pernah menjadi hasil penafsiran hukum dan akan selalu menjadi bulan-bulanan hukum.¹⁸⁹

Fakta di depan mata, penegakan hukum di Indonesia masih karut marut, dan hal ini sudah diketahui dan diakui bukan saja oleh orang-orang yang sehari-harinya berkecimpung di bidang hukum, namun juga oleh sebagian besar masyarakat Indonesia dan juga komunitas masyarakat internasional. Bahkan

¹⁸⁹ Munir Fuady, 2003, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 2.

banyak pendapat yang menyatakan bahwa *law enforcement* di Indonesia sudah sampai pada titik nadir. Proses penegakan hukum acap kali dipandang bersifat diskriminasi, inkonsisten, dan hanya mengedepankan kepentingan kelompok tertentu, padahal seharusnya penegakan hukum merupakan ujung tombak terciptanya tatanan hukum yang baik dalam masyarakat.

Salah satu penyebab mengapa Indonesia sulit keluar dari krisis ekonomi sejak 1998, dibaningkan dengan negara lainnya yang terkena imbas krisis tersebut, karena penegakan hukum di Indonesia sangat buruk. Bangsa Indonesia belum berhasil mengangkat hukum sampai pada taraf mendekati ideal, namun malah semakin menimbulkan kekecewaan yang mendalam, khususnya yang berkaitan dengan pemberantasan korupsi yang semakin merajalela.¹⁹⁰

Indonesia dapat dikatakan sebagai negara yang paling aneh di dunia karena sebagai salah satu negara yang paling korup di dunia, justru paling sedikit koruptor yang dijebloskan ke dalam penjara. Salah satu faktor penyebab sulitnya memberantas koruptor karena tidak konsistennya *law enforcement* yang dilaksanakan oleh penegak hukum yang masih menganut paradigma legalistik, formalistik dan prosedural belaka dalam melaksanakan hukum, dan dalam pandangan kaum legalistik normatif, seseorang barulah dianggap bersalah apabila sudah ada putusan hakim yang *inkracht* yang menyatakan seseorang itu telah terbukti melakukan tindak pidana.¹⁹¹

Untuk itu seharusnya sektor hukum lebih diberdayakan agar pembangunan masyarakat dan bangsa dapat dilaksanakan atau bahkan dapat dipercepat sebagaimana pendapat Roscoe Pond bahwa hukum dapat berfungsi sebagai *tool of social engineering* (hukum sebagai sarana rekayasa sosial) atau *law as tool of development* (hukum sebagai sarana pembangunan) sebagaimana dikemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja.¹⁹²

¹⁹⁰ Satjipto Rahardjo, 2004, *Hukum Progresif (Penjelajahan suatu Gagasan)*, Newsletter No. 59 bulan Desember 2004, Yayasan Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, hlm. 1.

¹⁹¹ Achmad Ali, 2005, *Keterpurukan Hukum di Indonesia, Penyebab dan Solusinya*, Ghalia, Bogor, hlm. 3.

¹⁹² Mochta Kusumaatmadja, 2002, *Konspe-konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, hlm. 88.

Untuk menjamin tercapainya fungsi hukum sebagai sarana rekayasa masyarakat ke arah kehidupan yang lebih baik, maka bukan hanya diperlukan hukum dalam arti kaedah atau peraturan melainkan juga ada jaminan atas perwujudan dari kaedah hukum dalam praktek hukum, yaitu adanya jaminan penegakan hukum yang baik.¹⁹³

Sudah sering terdengar paradok-paradok yang ditujukan kepada aparat penegak hukum terutama hakim sebagai pemutus perkara, mengenai putusan pembebasan para koruptor penjarah uang rakyat yang berjumlah sangat banyak, yang dibebaskan oleh hakim, atau walaupun dihukum, maka hukumannya hanya sebanding dengan hukuman pencuri ternak. Tidak jarang pula tuduhan yang menyudutkan aparat penegak hukum, yang dianggap mempersulit orang kebanyakan untuk mendapatkan keadilan di ruang persidangan, sekalipun bukti-bukti yang cukup kuat telah dimiliki olehnya. Masih banyak lagi persoalan yang menyebabkan makin terpuruknya hukum saat ini.¹⁹⁴

Inti dari keterpurukan maupun kemunduran hukum itu adalah bahwa kejujuran, empati dan dedikasi dalam menjalankan hukum menjadi sesuatu yang makin langka dan mahal. Hampir di mana-mana dapat dijumpai kerendahan budi makin merajalela, yang semakin menyengsarakan masyarakat banyak.¹⁹⁵

Secara universal, jika ingin keluar dari situasi keterpurukan hukum, maka harus membebaskan diri dari belenggu formalisme-positivisme, karena jika mengandalkan pada teori dan pemahaman hukum secara legalistis-positivistis yang hanya berbasis pada peraturan tertulis belaka, maka tidak pernah akan mampu untuk menangkap hakikat akan kebenaran, keadilan dan kemanusiaan.¹⁹⁶ Usaha pembebasan dan pencerahan tersebut dapat dilakukan dengan mengubah cara kerja yang konvensional yang selama ini diwariskan oleh madzab hukum positif dengan segala doktrin dan prosedurnya yang serba formal-prosedural tersebut, dan untuk melakukan pembebasan dan pencerahan

¹⁹³ Munir Fuady, *Op. cit.* hlm. 40.

¹⁹⁴ A.M. Mujahidin, 2007, *Hukum Progresif: Jalan Keluar dari Keterpurukan Hukum di Indonesia*, Majalah Hukum *Varia Peradilan* Edisi No. 257, Bulan April 2007, hlm. 51.

¹⁹⁵ Satjipto Rahardjo, *Op. cit.* hlm. 4.

¹⁹⁶ Achmad Ali, *Op. cit.* hlm. 5.

itulah dibutuhkan kerja keras untuk keluar dari kondisi hukum yang serba formal-prosedural itu.

Pada situasi yang serba *extra ordinary*, di mana bangsa dan negara ini masih sulit keluar dari tekanan krisis di segala bidang kehidupan, yang mana tidak menutup kemungkinan bangsa ini akan terperosok ke jurang nestapa yang semakin dalam dan menyeramkan, maka situasi yang mencekam seperti ini, tidak mustahil, hukum menjadi institusi yang banyak menuai kritik karena dianggap tidak dapat untuk memberikan jawaban yang prospektif. Padahal sejak awal reformasi hampir setiap saat diterbitkan peraturan perundang-undangan yang mengatur dan menjawab problema kehidupan negeri ini, sehingga keberadaan bangsa dalam kondisi yang *hiperregulated society*. Akan tetapi dengan banyaknya peraturan perundang-undangan itu, baik yang menyangkut bidang kelembagaan maupun sisi kehidupan manusia, *order* (keteraturan) tidak cepat terwujud. Bahkan sekarang nampak kewalahan menghadapi segala permasalahan hukum sehingga berakibat pula munculnya persoalan-persoalan baru daripada menuntaskannya. Hal inilah yang membuat anggapan bahwa komunitas hukum dianggap sebagai komunitas yang amat lamban dan paling lambat menangkap momentum pada perbaikan citra penegakan hukum pada umumnya dan lebih khusus lagi membawa pencitraan sistem hukum di Indonesia menjadi sistem hukum yang terburuk di dunia.¹⁹⁷

Terhadap hal di atas sungguh pantaslah bagi kita untuk melakukan refleksi akan keadaan bangsa, sehingga akan muncul pertanyaan. Apa yang terjadi dengan hukum sekarang? Atau bagaimana cara mengatasinya? Berbagai usaha telah dilakukan dalam mengatasi keterpurukan hukum, namun kadang kala apa yang diharapkan tidak sesuai dengan hasilnya, sehingga keterpurukan hukum semakin memburuk.

8.2.2. Asumsi Dasar Hukum Progresif

Asumsi dasar yang disampaikan adalah pandangan tentang hubungan antara hukum dan manusi. Berprinsip bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Oleh karena itulah apabila setiap ada masalah di dalam dan

¹⁹⁷ A.M. Mujahidin, *Op. cit.*

dengan hukum, hukumlah yang harus ditinjau kemudian diperbaiki, bukan manusianya yang dipaksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum.¹⁹⁸

Dari hal di atas timbul suatu gagasan untuk memilih cara yang lebih progresif, yang bertujuan untuk mencari cara mengatasi keterpurukan hukum di Indonesia secara lebih *significant* dengan mengadakan perubahan secara lebih cepat, melakukan pembalikan yang mendasar, melakukan pembebasan, terobosan dan lainnya. Hukum itu bukan merupakan suatu institusi yang absolut dan final melainkan sangat bergantung pada bagaimana manusia memandang dan menggunakannya. Manusia lah yang merupakan penentu dan bukan hukum. Menghadapkan manusia kepada hukum mendorong pada kita melakukan pilihan yang rumit, namun pada hakekatnya teori-teori hukum yang ada berakar pada kedua faktor tersebut. Semakin suatu teori bergeser ke faktor hukum, semakin menganggap hukum sebagai sesuatu yang mutlak, otonom dan final. Semakin bergeser ke manusia, semakin teori itu ingin memberikan ruang kepada faktor manusia.

Hukum yang progresif tidak menerima hukum sebagai institusi yang mutlak dan final, melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran itulah, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan ini dapat diverifikasi ke dalam faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain sebagainya. Inilah hakekat hukum yang selalu dalam proses menjadi atau *law as a proces, law in the making*.¹⁹⁹

Hukum yang progresif mengajarkan bahwa hukum bukanlah raja, namun alat untuk menjabarkan dasar kemanusiaan yang berfungsi memberikan rahmat kepada dunia dan manusia. Hukum yang progresif tidak ingin menjadikan

¹⁹⁸ Satjipto Rahardjo, *Op. cit.* hlm. 2.

¹⁹⁹ *Ibid.*, hlm. 1.

hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral kemanusiaan.²⁰⁰

Hal-hal di atas dapatlah ditarik suatu asumsi bahwa yang mendasari hukum yang progresif itu adalah sebagai berikut:

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

8.2.3. Sejarah Timbulnya Hukum Progresif.

Konsep hukum yang progresif lahir dan berkembang tidak lepas dari adanya rasa ketidakpuasan dari kalangan yuris terhadap teori dan praktek hukum tradisional yang berkembang dan mengkritisi adanya kesenjangan yang besar antara *law in a books* dengan *law in action*, serta adanya kegagalan dari hukum dalam memberikan respon terhadap masalah-masalah yang terjadi dalam masyarakat.

Kedekatan hukum yang progresif kepada teori-teori hukum alam terletak pada kepeduliannya terhadap hal-hal yang oleh Hans Kelsen disebut sebagai *meta-yuridical*. Teori hukum alam mengutamakan *the search for justice* daripada lainnya, seperti yang dilakukan oleh aliran *analytical jurisprudence*. Hukum yang progresif jika ditinjau menurut pemikiran hukum alam ini, lebih mendahulukan kepentingan manusia yang lebih besar daripada menafsirkan hukum dari sudut logika dan peraturan.²⁰¹

Hukum progresif dapat dilacak keberadaannya pada ajaran *analytical jurisprudence* yang dikembangkan oleh John Austin, dan di Amerika Serikat dikembangkan juga oleh John Chipman Gray. John Austin sangat menitikberatkan pada undang-undang sebagai hukum (yang dibuat oleh penguasa), sedangkan John Chipman Gray lebih menitikberatkan hukum pada keputusan pengadilan. Menurut paham *analytical jurisprudence*, hukum bukan merupakan hal-hal yang ideal, melainkan hukum merupakan aspek empiris,

²⁰⁰ Satjipto, *Op. cit.* hlm. 228.

²⁰¹ *Ibid*

yakni yang benar-benar eksis dan tidak terlalu terpaut dengan faktor alam, moralitas dan agama. Hukum bukan apa yang seharusnya atau *das Sollen*, melainkan hukum adalah apa adanya atau *das Sein*. Hakim bukan sekedar menerapkan hukum, melainkan hakim termasuk juga membuat hukum, yaitu membuat hukum *ex post facto*. Dalam suatu proses hukum dan *legal reasoning*, hakim tidak menggunakan metode silogisme, namun lebih menggunakan prasangka dan personalitas dari hakim tersebut.²⁰²

Adapun jika kehadiran hukum dikaitkan pada tujuan sosialnya, maka hukum yang progresif ini juga dekat dengan *sociological jurisprudence* yang dikembangkan oleh Eugen Ehrlich dan Roscoe Pound. Menurut Eugen Ehrlich hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat atau *living law*. Adapun Roscoe Pound mengemukakan konsep hukum sebagai *law as a tool of social engineering*, memberikan dasar bagi kemungkinan digunakan hukum secara sadar untuk mengadakan perubahan pada suatu masyarakat (rekayasa sosial). Dengan konsep hukum adalah yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat dan hukum sebagai alat rekayasa sosial diharapkan dapat terjadinya perubahan-perubahan yang mengarah pada kebaikan bagi masyarakat luas, seperti adanya persamaan hak, terciptanya kesejahteraan masyarakat, perlindungan terhadap lingkungan dan alam sekitarnya, dan lain sebagainya.²⁰³

Teori Eugen Ehrlich dan Roscoe Pound mengenai kepentingan-kepentingan sosial merupakan suatu usaha yang lebih eksplisit untuk mengembangkan suatu model hukum yang progresif. Dalam perspektif ini hukum yang baik seharusnya memberikan sesuatu yang lebih daripada sekedar prosedur hukum. Hukum tersebut harus berkompeten dan juga adil, yang seharusnya mampu mengenali keinginan publik (masyarakat) dan berkomitmen terhadap tercapainya keadilan substantif.²⁰⁴

²⁰² Munir Fuady, 2005, *Filsafat dan Teori Hukum Postmodern*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 68.

²⁰³ Achmad Ali, *Op.cit.* hlm. 100 - 105

²⁰⁴ Phillippe Nonet & Philip Selznick, 1978, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper Torch Book, New York, Rafael Edy Bosco (penerjemah), 2003, *Hukum Responsif, Pilihan di*

Hukum yang progresif juga berbagi paham dengan *legal realism* (realisme hukum) di mana menurut madzab ini, pemegang kekuasaan negara bukan satu-satunya sumber hukum, namun para pelaksana hukum, terutama hakim. Kekuasaan membuat hukum bukan lagi mutlak di tangan pemegang politik, namun juga di tangan pelaksana hukum. Juga dinyatakan bahwa bentuk hukum bukan lagi sebatas undang-undang, namun juga meliputi putusan hakim dan tindakan-tindakan yang dilakukan dan diputuskan oleh pelaksana hukum.²⁰⁵

Jerome Frank dan Oliver Wendell Holmes menyatakan bahwa tujuan utama *legal realism* adalah untuk membuat hukum menjadi lebih mendengar akan kebutuhan sosial dengan mendorong pada perluasan bidang-bidang yang berkaitan dengan hukum agar pola pikir hukum dapat mencakup pengetahuan dalam konteks sosial dan berpengaruh terhadap tindakan resmi oleh aparat hukum.²⁰⁶

Perkembangan hukum progresif tidak lepas dari tatanan hukum sebagaimana yang disampaikan oleh Phillip Nonet dan Philip Selznick, yakni:

1. Tatanan hukum represif, di mana hukum disubordinasikan di bawah tatanan politik dan tatanan ekonomi.
2. Tatanan hukum otonom/mandiri, di mana hukum berkedudukan setara (koordinatif) dengan tatanan politik, ekonomi, sosial dan budaya.
3. Tatanan hukum responsif, di mana hukum berusaha untuk mendekatkan dirinya pada kebutuhan sosial dari suatu masyarakat.

Hukum yang progresif ingin menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat, sehingga dapat dikatakan bahwa hukum progresif ini memiliki tipe hukum responsif yang akan selalu dikaitkan dengan tujuan-tujuan di luar narasi tekstual hukum itu sendiri. Hukum yang progresif akan memberikan respon terhadap perkembangan dan kebutuhan manusia seperti kebutuhan akan kebenaran, keadilan, kesejahteraan, dan kepedulian terhadap manusia pada umumnya.

Masa Transisi, Perkumpulan untuk Pembaruan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis, HuMa, Jakarta, hlm. 60.

²⁰⁵ Satjipto Rahardjo, *Op. cit.* hlm. 168.

²⁰⁶ Phillipe Nonet & Philip Selznick, *Ibid.* hlm. 59.

Kemunculan hukum yang progresif tidak dapat dilepaskan dari kemunculan aliran *Critical Legal Studies (CLS)* tahun 1977 di Amerika Serikat, di mana jika diteliti, keduanya mengandung substansi kritis atas kemapanan akan aliran hukum liberal yang prosedural formalistis, serta rasa ketidakpuasan terhadap penyelenggaraan hukum yang berlaku di Amerika Serikat. *Critical Legal Studies* langsung menusuk jantung pikiran hukum Amerika Serikat yang dominan, yaitu suatu sistem hukum liberal yang didasarkan pada pikiran politik liberal. *Critical Legal Studies* lahir dari suatu bentuk pembangkangan terhadap realitas sosial tentang ketidakadilan yang merisaukan para yuris saat ini. Hukum positif telah memperlihatkan dirinya tidak berdaya dan telah digunakan sekedar sebagai alat pemindas dan pemanis belaka. Oleh karena itu para penganut *Critical Legal Studies* berusaha untuk segera keluar dari doktrin-doktrin yang sudah usang untuk segera masuk ke dalam suatu tatanan hukum yang lebih baik sesuai dengan perkembangan masyarakat yang damai, tidak rasialis, tidak genderis dan tidak korup.²⁰⁷

Pemikiran *Critical Legal Studies* tersebut setidaknya telah mengilhami beberapa yuris Indonesia, sehingga sedikit banyak pemikirannya dipengaruhi oleh gerakan ini. Misalnya Satjipto Rahardjo yang menggagas bentuk pemikiran yang dinamakan hukum yang progresif dengan dilatarbelakangi oleh keprihatinan akan lemahnya *law enforcement* di Indonesia dewasa ini, yang selanjutnya pemikiran tersebut berkembang dan mengilhami banyak kalangan yuris lainnya di Indonesia.

8.2.4. Konsep dan Karakteristik Hukum Progresif

Sebagaimana dijelaskan, bahwa hukum progresif muncul yang didasari keprihatinan terhadap kondisi hukum di Indonesia, yang menurut pengamat hukum baik di dalam maupun dari luar negeri sebagai salah satu sistem hukum yang terburuk di dunia, sehingga hukum di Indonesia memberi kontribusi yang rendah dalam turut mencerahkan bangsa untuk keluar dari keterpurukan.

²⁰⁷ Munir Fuady, *Op. cit.* hlm. 9.

Padahal hukum itu suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia ke kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia itu hidup bahagia.²⁰⁸

Kata progresif berasal dari kata *progres* yang berarti kemajuan, di sini diharapkan hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan jaman, mampu menjawab perubahan jaman dengan segala dasar di dalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri. Selain itu konsep hukum progresif tidak lepas dari konsep progresivisme yang bertitik tolak dari pandangan kemanusiaan bahwa manusia itu pada dasarnya adalah baik, memiliki kasih sayang serta kepedulian terhadap sesama, sebagai modal penting bagi membangun kehidupan ber hukum dalam masyarakat. Berpikir progresivisme berarti harus berani keluar dari *mainstream* pemikiran absolutisme hukum, kemudian menempatkan hukum dalam keseluruhan persoalan kemanusiaan. Bekerja berdasarkan pola pikir yang determinan hukum memang perlu, namun hal itu bukanlah suatu yang mutlak harus dilakukan manakala berhadapan dengan suatu masalah yang menggunakan logika hukum modern, yang akan mencederai posisi kemanusiaan dan kebenaran. Bekerja berdasarkan pola pikir atau paradigma hukum yang progresif akan melihat faktor utama dalam hukum itu adalah manusia, sedangkan dalam paradigma hukum yang positivistic meyakini kebenaran hukum atas manusia, manusia boleh dimarjinalkan asal hukum tetap tegak. Sebaliknya paradigma hukum progresif berpikir bahwa justru hukumlah yang boleh dimarjinalkan untuk mendukung proses eksistensialitas kemanusiaan, kebenaran dan keadilan.²⁰⁹

Agenda utama hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dalam perbincangan tentang hukum. Bagi hukum progresif, hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya, hukum untuk sesuatu yang

²⁰⁸ Satjipto Rahardjo, 2006, *Hukum Progresif sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia*, terdapat dalam *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 2.

²⁰⁹ *Ibid*, hlm. 5.

lebih luas, untuk harga diri manusia, kebahagiaan manusia, kesejahteraan dan kemuliaan manusia.²¹⁰

Penerimaan faktor manusia, akan membawa hukum progresif pada kepedulian faktor perilaku atau *behavior, experience* manusia, menempatkan hukum untuk manusia. Apabila faktor kemanusiaan yang di dalamnya termasuk kebenaran dan keadilan telah menjadi titik sentral pembahasan hukum, maka faktor etika dan moralitas dengan sendirinya akan ikut terbawa masuk ke dalamnya.²¹¹ Faktor etika dan moral sangat perlu dalam membangun konsep hukum progresif, oleh karena etika dan moral akan berbicara benar dan salah atau baik dan buruk yang melekat langsung pada diri manusia. Apabila seseorang tidak memiliki etika dan moral, maka ia akansama dengan makhluk lainnya seperti binatang. Di dalam hukum progresif terkandung moralitas kemanusiaan yang sangat kuat. Apabila etika atau moral kemanusiaan telah luntur, maka penegakan hukum tidak akan tercapai, sehingga membangun manusia untuk sejahtera dan kebahagiaan manusia tidak akan terwujud. Pembangunan pondasi dari kesadaran mental ini adalah dengan perbaikan akhlak, pembinaan moral atau pembinaan karakter diri masyarakat supaya sejahtera menuju masyarakat yang adil dan makmur.

Dengan demikian, karakteristik hukum progresif adalah sebagai berikut:

1. Hukum adalah untuk mengabdikan kepada manusia.
2. Hukum progresif akan tetap hidup karena hukum akan selalu berada pada statusnya sebagai *law in the making* dan tidak pernah bersifat final, maka hukum selalu menata kehidupan masyarakat.
3. Dalam hukum progresif, selalu melekat etika dan moralitas kemanusiaan yang merespon kebutuhan dan perkembangan manusia, serta mengabdikan pada kepedulian, keadilan, kesejahteraan, kemakmuran manusia pada umumnya.²¹²

8.3. Metode Penemuan Hukum Islam

Sebagai bahan bandingan dengan metode penemuan-penemuan hukum sebelumnya, maka secara ringkas metode penemuan hukum Islam perlu

²¹⁰ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.* hlm. 188

²¹¹ A.M. Mujahidin, *Op. cit.* hlm. 14.

²¹² Satjipto Rahardjo, *Op., cit.* hlm. 233.

disampaikan di sini. Sebelum membahas penemuan hukum Islam, terlebih dulu dikemukakan mengenai sumber-sumber hukum Islam yang erat kaitannya dengan penemuan hukum Islam.

8.3.1. Sumber Hukum Islam.

Hukum Islam atau juga disebut Fiqih Islam merupakan hukum yang mendasarkan pada ketentuan-ketentuan yang sudah diturunkan oleh Allah SWT kepada Nabi dan Rasulnya Muhammad SAW yang diperuntukkan bagi umat manusia sampai akhir jaman. Menurut Al Jurjani dalam kitabnya *At Ta'riifaat*, pengertian fiqih hanya menyangkut hukum syarak yang berhubungan dengan perbuatan manusia yang diperoleh dari dalil-dalilnya yang terperinci. Fiqih adalah ilmu yang diperoleh dengan menggunakan pikiran dan ijtihad. Fiqih Islam ini hanya merupakan bagian dari Syariah Islamiah, karena menurut Muhammad Ali At-Tahanawi dalam kitabnya *Kisyaaaf Istilaahaat al Funuun* pengertian syariah mencakup seluruh ajaran Islam, baik meliputi aspek kaidah, ibadah, akhlak dan muamalat (kemasyarakatan), syariah disebut juga *syara'*, *millah* dan *diin*.²¹³

Adapun tentang sumber hukum Islam, dapat diperoleh dari sebuah hadist yang berasal dari Mu'adz bin Jabal, diriwayatkan ketika Nabi Muhammad SAW akan mengutusnyanya ke Yaman, beliau bertanya: Apa yang akan kau lakukan jika kepadamu diajukan suatu perkara untuk diputusi? Mu'adz menjawab: Saya akan memutus atas dasar ketentuan dalam kitab Allah (Al Qur'an). Nabi bertanya lagi: Jika dalam kitab Allah tidak kau jumpai ketentuannya bagaimana? Mu'adz menjawab: Dengan sunnah Rasulullah. Nabi bertanya lagi: Jika dalam sunnah Rasulullahpun tidak kau jumpai ketentuannya bagaimana? Mu'adz menjawab: Saya akan berijtihad menggunakan pikiranku dan tidak akan saya biarkan perkara itu tanpa putusan apapun. Mu'adz mengatakan: Beliau (Nabi) kemudian menepuk dadaku dan mengatakan: Alhamdulillah, segala puji bagi Allah yang telah memberikan taufik-Nya kepada utusan Rasulullah dengan hal yang melegakan hati Rasulullah.²¹⁴

²¹³ Ahmad Azyar Basyir, 2000, *Asas-asas Hukum Muamalat (Hukum Perdaata Islam)*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 1.

²¹⁴ Hadist Riwayat Al Baihaqi, sebagaimana dikutip oleh Ahmad Asyar Basyir, *Ibid.* hlm.2.

Dari Hadist di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa sumber hukum Islam yang utama adalah Al Qur'an dan Sunnah Rasul. Hal-hal yang tidak terdapat ketentuannya dalam Al Qur'an dan Sunnah Rasul dapat diperoleh ketentuannya dengan menggunakan pikiran (*ra'yu*). Bekerjanya pikiran untuk memperoleh ketentuan-ketentuan hukum itu disebut *ijtihad*. Pada dasarnya menggunakan pikiran untuk memperoleh ketentuan hukum hal-hal yang tidak diatur dalam Al Qur'an dan Sunnah Rasul itu dibenarkan. Sering disebutkan bahwa *ijtihad* atau *ra'yu* merupakan sumber hukum Islam yang ke 3 (tiga). Jadi selain Al Qur'an dan Sunnah Rasul dapat digolongkan sumber hukum Islam yang ke 3 (tiga), yaitu *ijtihad*.

Menurut Khozin Siraj, sumber hukum Islam dapat dibedakan menjadi 2 (dua) macam; yaitu sumber hukum *Ashliyyah* dan sumber hukum *Tabaiyyah*. Sumber hukum *Ashliyyah* adalah sumber hukum yang penggunaannya tidak bergantung pada sumber hukum yang lain, yang terdiri dari Al Qur'an dan Al Hadist saja. Sedangkan sumber hukum *Tabaiyyah* adalah sumber hukum yang penggunaannya bergantung pada sumber hukum utama yaitu Al Qur'an dan Al Hadist, antara lain meliputi *ijma' qiyas, istishlah* atau *Al Masholih Al Mursalah, ihtisan, ihtishab* dan *al 'urfu*.

Adapun madzab-madzab yang paling berpengaruh dalam hukum Islam adalah madzab *ahli sunnah wal jamaah* atau yang dikenal dengan madzab yang 4 (empat), yaitu madzab Hanafi, madzab Maliki, madzab Syafii dan madzab Hambali. Di kalangan umat Islam Indonesia sendiri madzab yang banyak dikembangkan secara signifikan terutama adalah madzab Syafii.²¹⁵

8.3.2. Metode-metode dalam Penemuan Hukum Islam.

Pada hakekatnya secara garis besar ada 2 (dua) metode penemuan hukum Islam yang paling umum digunakan dalam mengkaji dan membahas hukum Islam, yaitu metode *istimbath* dan metode *ijtihad*. Secara ringkas kedua metode tersebut diuraikan di bawah ini:

²¹⁵ Khozin Siraj, 1984, *Hukum Islam, Sejarah Perkembangannya, Aliran-alirannya, Sumber-sumbernya*, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, hlm. 74.

1. Metode *Istimbath*

Metode *Istimbath* adalah cara-cara menetapkan (mengeluarkan) hukum Islam dari dalil *nash* (teks) baik dari ayat-ayat Al Qur'an maupun dari *as-Sunnah* yang *lafadh* (perkataannya) sudah jelas/pasti (*qoth'i*). Jalan *istimbath* ini memberikan kaidah-kaidah yang bertalian dengan pengeluaran hukum dari dalil. Sebagai contoh, ketentuan Al Qur'an mengenai larangan kawin antara wanita muslimah dengan pria non muslim, para ulama tidak berbeda pendapat dengan masalah ini. Karena isinya sudah jelas dan tidak dapat ditafsirkan lagi. QS. Al Baqarah ayat (221) menyebutkan sebagai berikut:

Dan janganlah kamu menikahkan orang-orang musrik dengan wanita-wanita yang mukmin sebelum mereka beriman. Sesungguhnya budak yang beriman lebih baik daripada orang musrik, walaupun dia menarik hatimu.

2. Metode *Ijtihad*

Metode *Ijtihad* adalah cara menggali hukum Islam dari *nash* (teks) baik dari ayat-ayat Al Qur'an maupun dari *as-Sunnah* yang memerlukan perenungan mendalam mengingat *lafadh* (perkataannya) bersifat *dzonni* (belum pasti). Karena sifatnya belum pasti, sangat mungkin terjadi pemahaman yang berbeda di antara para ulama. Termasuk dalam metode *ijtihad* adalah sumber-sumber hukum *tabaiyyah*, yang antara lain meliputi *ijma' qiyas*, *istishlah* atau *Al Masholih Al Mursalah*, *ihtisan*, *ihtishab* dan *al 'urfu*. Sebagai contoh, mengenai ketentuan seorang pria muslim boleh kawin dengan wanita *ahlul kitab*. Dalam QS. Al Maidah ayat (5) menyatakan sebagai berikut:

Dan diharamkan mengawini wanita-wanita yang menjaga kehormatan di antara wanita-wanita yang beriman dan wanita-wanita yang menjaga kehormatan di antara orang-orang yang diberi kitab suci sebelum kamu.

Yang menjadi pertanyaan adalah siapakah yang dimaksud *ahlul kitab*? *Ahlul kitab* di sini oleh para ulama ditafsirkan orang-orang Yahudi dan Nasoro, yaitu sama-sama agama samawi yang diturunkan dari wahyu Allah SWT. Yang kemudian dipersoalkan juga apakah mereka sekarang ini masih murni mengikuti ajaran tauhid atau sudah meninggalkannya, sehingga dapat atau tidak dapat

dikategorikan sebagai *ahlul kitab*, dalam hal ini para ulama masih berbeda pendapat.²¹⁶

Selanjutnya tentang metode-metode *ijtihad* yang meliputi *ijma' qiyas*, *istishlah* atau *Al Masholih Al Mursalah*, *ihtisan*, *ihtishab* dan *al 'urfu* akan diuraikan di bawah ini:²¹⁷

1. *Ijma'*

Ijma' adalah kesepakatan para *Mujtahid* dari umat Muhammad setelah beliau wafat tentang hukum *syarak*. Jadi *ijma'* merupakan kesepakatan bulat pendapat dalam *ijtihad* yang dilakukan secara kolektif oleh para ulama *Mujtahid*.

2. *Qiyas*

Qiyas adalah memperbandingkan hal yang tidak ada *nash*-nya dengan yang sudah ada *nash*-nya dalam hukum *syara'* yang bersifat pasti, untuk mencari persamaan alasan hukum. Apabila ada sesuatu kejadian yang belum ada ketentuan hukumnya secara khusus, kemudian dibandingkan dengan kejadian lain yang serupa akan tetapi ketentuan hukumnya telah ada. Akhirnya ditetapkanlah suatu hukum yang telah di-*nash*-kan terhadap kejadian lain yang di dalamnya terdapat alasan hukum yang serupa. Dengan perkataan lain, *qiyas* adalah menyamakan hal yang hukumnya tidak terdapat ketentuannya dalam Al Qur'an dan Sunnah Rasul dengan hal yang hukumnya terdapat ketentuannya dalam Al Qur'an dan Sunnah Rasul karena adanya persamaan *'illat* hukum atau hal yang melatarbelakangi adanya ketentuan hukum. Misalnya Q.S. Al Maidah ayat (90) melarang minum *khamar*, minuman keras yang dibuat dari anggur. Hal yang melatarbelakangi larangan tersebut atau *'illat* hukumnya adalah karena minuman itu memabukkan. Maka segala minuman yang memabukkan yang dibuat bukan dari anggur dapat di-*qiyas*-kan hukumnya dengan *khamar*, misalnya tuak, yang dibuat dari nira dan sebagainya. Bila berjual beli *khamar* hukumnya haram, hukum berjual beli tuak hukumnya juga haram atas dasar *qiyas*.

²¹⁶ Yusuf al-Qardlawi, 1987, *Ijtihad dalam Syariat Islam*, Bulan Bintang, Jakarta.

²¹⁷ Ahmad Azyar Basyir, *Op.cit.* hlm. 4, dan Khozin Siraj, *Op. cit.* hlm. 74.

3. *Istishlah*

Istishlah atau *Al Masholih Al Mursalah* adalah pertimbangan kepentingan masyarakat. Menentukan hukum atas dasar *Istishlah* tertuju kepada hal-hal yang tidak diatur ketentuannya dalam Al Qur'an dan Sunnah Rasul. Misalnya menetapkan kewajiban membayar pajak perdagangan yang sama sekali tidak disinggung dalam Al Qur'an dan Sunnah Rasul dapat dibiarkan atas pertimbangan kepentingan masyarakat dalam rangka pemerataan pendapatan dalam pengelolaan negara, atau untuk menambah pendapatan negara yang diperlukan untuk kepentingan masyarakat.

4. *Ihtisan*

Ihtisan adalah mengambil ketetapan yang dipandang lebih baik sesuai dengan tujuan hukum Islam, dengan jalan meninggalkan dalil khusus untuk mengamalkan dalil umum. Misalnya Islam mengajarkan agar hak milik perorangan dijamin dan hanya dibenarkan untuk dilepaskan dengan jalan sukarela pemiliknya. Akan tetapi jika kepentingan umum mendesak, dimungkinkan penguasa mencabut hak milik perorangan dengan paksa, meskipun seharusnya dengan memberikan ganti rugi kecuali jika untuk itu memang tidak dimungkinkan. Misalnya mencabut hak milik tanah perorangan untuk pelebaran jalan dan pembuatan waduk air guna mengairi tanah-tanah tandus dalam rangka penyuburan dan peningkatan produksi pangan.

5. *Ihtishab*

Ihtishab adalah melangsungkan berlakunya hukum yang telah ada karena belum adanya ketentuan lain yang membatalkannya. Misalnya dalam perjanjian utang piutang yang telah terjadi, tiba-tiba pihak berhutang mengatakan telah membayar kembali hutangnya, padahal tanpa saksi atau alat bukti lainnya. Dalam hal seperti ini, atas dasar *ihthishab* ditetapkan bahwa pihak berhutang masih belum membayar kembali hutangnya bila pihak berhutang menyangkal pernyataan pihak berhutang tersebut.

6. *Al 'urfu*

Al 'urfu adalah sesuatu yang dikenal oleh orang banyak dan dikerjakan, baik berupa perkataan, perbuatan maupun keengganan. Sementara ulama ada yang

menyamakan dengan adat kebiasaan, karena ia merupakan sesuatu hal yang biasa dikerjakan atau diucapkan oleh mereka. Dengan demikian hal-hal yang tidak bertentangan dengan ketentuan *syara'* dapat dikokohkan tetap berlaku bagi masyarakat yang mempunyai adat istiadat tersebut. Maka bagi umat Islam, hukum adat setempat masih dapat dipandang berlaku, selagi tidak bertentangan dengan ketentuan *nash* Al Qur'an dan Sunnah Rasul. Misalnya berjual beli buah-buahan dengan cara borongan dengan ketentuan pemborong memanen sendiri yang merupakan adat kebiasaan dalam *muamalat*. Hal seperti ini dapat dibenarkan karena memang telah menjadi adat kebiasaan yang diterima masyarakat, dan pihak-pihak bersangkutan tidak ada yang merasa dirugikan serta tidak bertentangan dengan ketentuan *nash* Al Qur'an dan Sunnah Rasul.

8.3.3. Metode *Ijtihad* Responsif

Dalam konteks metode *ijtihad* Amir Mu'allim menawarkan suatu metode *ijtihad* alternatif yang disebut metode *ijtihad* responsif. Metode ini dapat dijabarkan dalam alur sebagai berikut.²¹⁸

1. Mengidentifikasi dan memahami problem kontemporer yang perlu solusi dari aspek hukum Islam. Langkah ini perlu dilakukan untuk mengetahui secara persis segala sesuatu berkaitan dengan problem kontemporer yang perlu dicarikan solusi.
2. Mencari dan memahami teks yang berkaitan dengan problem yang dihadapi. Pemahaman secara mendalam terhadap makna teks yang dijadikan dalil dalam suatu realitas sosial merupakan suatu langkah awal yang harus dilakukan dalam mendialogkan pesan teks dengan realitas sosial. Pemahaman terhadap makna teks ini dapat ditempuh dengan mengetahui arti dari kandungan *nash*, mengetahui *asbabun nuzul*-nya, menggali penafsiran ulama terhadap *nash* dan menyimpulkannya.
3. Membaca filosofi teks untuk menemukan substansi pesan teks. Dalam kaitan ini penting untuk memahami kondisi aktual masyarakat Arab pra Islam dan masa Nabi dalam rangka menafsirkan pernyataan-pernyataan legal dalam sosio-ekonomik Al Qur'an. Pendekatan historis ini adalah sebagai salah satu cara yang

²¹⁸ Bambang Sutiyoso, *Op. cit.*, hlm. 162.

dapat diterima dan berlaku adil kepada tuntutan intelektual ataupun integritas moral.

4. Melihat *maqasid syari'ah*. Kajian utama dalam teori *maqasid syari'ah* adalah mengenai tujuan hukum Islam yang diwujudkan dalam bentuk kemaslahatan umat manusia baik di dunia maupun di akherat. Salah satu persyaratan penting *mujtahid* dalam melakukan *ijtihad*-nya adalah keharusan mengetahui tujuan ditetapkannya hukum dalam Islam.

5. Memahami realitas sosial termasuk sejarah sosial dan pendapat ulama/pakar. Dalam melaksanakan *ijtihad* faktor-faktor yang harus diperhatikan adalah perubahan sosial, budaya, kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi dan lebih dari itu harus sesuai dengan tuntutan jaman. Jadi dalam *ijtihad* dibutuhkan analisis yang cermat terhadap masalah yang dikaji. Analisis tidak hanya terbatas pada dalil-dalil dan argumentasi melainkan juga harus melihat relevansinya dengan masa sekarang.

6. Meresponsifkan substansi pesan teks, pemahaman *maqasid syari'ah*, pendapat ulama/pakar, realitas sosial dan problem kontemporer yang perlu dicarikan solusinya. Setelah substansi pesan teks dipahami, *maqasid syari'ah* telah dimengerti, pendapat ulama/pakar telah dicari, realita sosial telah dielaborasi, dan problem kontemporer yang perlu dicarikan solusinya telah teridentifikasi, maka selanjutnya dilakukan penalaran responsif terhadap aspek-aspek tersebut untuk menemukan beberapa alternatif solusi terhadap problem kontemporer yang dikaji.

7. Menemukan dan menetapkan solusi yang dianggap benar sebagai jawaban terhadap problem kontemporer yang dihadapi masyarakat. Solusi yang telah didapatkan selanjutnya ditetapkan sebagai jawaban terhadap problema kontemporer yang dihadapi.

Contoh penerapan metode *ijtihad* responsif adalah penetapan hukuman yang tepat bagi para koruptor. Sebagian besar masyarakat menilai bahwa hukuman terhadap koruptor di Indonesia, terlalu ringan dan tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat. Akibatnya masyarakat tidak puas dan koruptor-koruptor bukannya berkurang namun justru bertambah banyak. Oleh karena itu perlu

dilakukan *ijtihad* responsif untuk menetapkan hukuman yang setimpal untuk para koruptor agar hukuman itu dapat berfungsi sebagaimana mestinya.

Substansi korupsi merupakan suatu tindakan pengkhianatan terhadap amanah, karena pada intinya ia mengandung 2 (dua) unsur utama yaitu penyalahgunaan kekuasaan yang melampaui batas kewajaran hukum dan pengutamakan kepentingan pribadi di atas kepentingan publik oleh aparatur negara. Dengan demikian korupsi ini merupakan perbuatan memperkaya diri sendiri secara zalim yang bertentangan dengan prinsip Islam.

Dengan demikian dari perspektif realitas, secara sosial dan juga pendapat pakar, korupsi membahayakan keberlangsungan kehidupan manusia dari berbagai aspek, baik dari aspek birokrasi, ekonomi, politik, sosial masyarakat, individu, generasi muda dan bahkan standar moral masyarakat.

Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan yang telah dikemukakan dalam *ijtihad* responsif mengenai hukuman koruptor, dapatlah disimpulkan bahwa hukuman yang layak diterima oleh mereka adalah hukuman mati atau disalip bagi koruptor kelas kakap, dipotong tangan dan kakinya secara bersilang bagi koruptor kelas menengah, dan dipenjara (diasingkan) seumur hidup bagi koruptor kelas bawah.²¹⁹

²¹⁹ Bambang Sutiyoso, *Op.cit.*, hlm. 164.

BAB IX MENYATAKAN HUKUMNYA

9. 1. Teori Penjatuhan Putusan Hakim

Memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara adalah pekerjaan yang harus mempertimbangkan banyak hal, memerlukan kecermatan, pengalaman dan kemampuan penguasaan hukum. Dalam era keterbukaan, dunia peradilan dituntut keterbukaannya sehingga keputusan hakim tidak lagi semata-mata hanya menjadi bahan perbincangan secara hukum dan ilmu hukum atau menjadi bahan kajian ilmu hukum saja, namun akan lebih jauh menjadi konsumsi publik untuk dibicarakan dan diperdebatkan, terlebih apabila ada keputusan hakim yang dirasa kurang memuaskan masyarakat. Bahkan tidak hanya komentar namun disertai demonstrasi yang mengerahkan massa dan anarkhis.²²⁰

Menurut Gerhard Robbers, secara kontekstual ada 3 (tiga) esensi yang terkandung dalam kebebasan hakim untuk melaksanakan kekuasaan kehakiman, yakni:

1. Hakim hanya tunduk pada hukum dan keadilan;
2. Tidak seorang pun termasuk pemerintah dapat mempengaruhi atau mengarahkan putusan yang akan dijatuhkan oleh hakim; dan
3. Tidak boleh ada konsekuensi terhadap pribadi hakim dalam menjalankan tugas yudisialnya.²²¹

Kebebasan hakim merupakan mahkota bagi hakim dan harus dikawal dan dihormati. Menurut Mackenzie ada beberapa teori atau pendekatan yang dapat digunakan oleh hakim dalam mempertimbangkan memutus perkara.²²²

1. Teori Keseimbangan.

Keseimbangan di sini adalah keseimbangan antara syarat-syarat yang ditentukan oleh undang-undang dan kepentingan pihak-pihak yang tersangkut atau yang berkaitan dengan perkara, antara lain; keseimbangan kepentingan

²²⁰ Bagir Manan, 2006, *Hakim dan Pemidanaan*, Majalah *Varia Peradilan*, Edisi No. 249 Agustus 2006, Jakarta, hlm. 5.

²²¹ Gerhard Robbers, 2003, *An Intruduction to German Law*, 3th Edition, 2003, hlm. 27, dalam *Ibid*, hlm. 6.

²²² Bagir Manan, *Ibid*, hlm. 12.

pihak penggugat dan kepentingan pihak tergugat, kepentingan korban, kepentingan masyarakat, dan kepentingan terdakwa. Dalam praktek peradilan pidana, kepentingan korban belum mendapat perhatian yang cukup, kecuali - antara lain- dalam perkara korupsi, perlindungan konsumen, perkara lingkungan hidup. Salah satu kesulitan yang dihadapi dalam memberikan pertimbangan pada kepentingan korban adalah tidak adanya ketentuan atau tidak cukup diatur mengenai perlindungan terhadap korban. Salah satu sebab tidak ada tempat bagi kepentingan korban karena perkara pidana semata-mata dianggap sebagai perkara antara negara melawan pelaku, dan korban bukan merupakan bagian dari proses, apalagi sebagai pihak dalam perkara pidana. Kalaupun ada upaya perlindungan korban, hal itu adalah inisiatif sendiri dan bukan merupakan bagian dari proses perkara. Dalam praktek ada 2 (dua) cara untuk melindungi kepentingan korban:

1. Melakukan gugatan keperdataan atas dasar *onrechtmatigedaad* atau perbuatan melanggar hukum;
2. Melakukan perdamaian dengan pelaku atau semata-mata karena uluran tangan pelaku.

Keseimbangan antara kepentingan masyarakat dengan kepentingan terdakwa dalam praktek umumnya dirumuskan dalam pertimbangannya. Pertimbangan mengenai kepentingan masyarakat dirumuskan dalam hal-hal yang memberatkan, dan kepentingan terdakwa dirumuskan dalam hal-hal yang meringankan.²²³

2. Teori Pendekatan Seni dan Intuisi.

Kewenangan diskresi hakim dalam penjatuhan putusan. Hakim akan menyesuaikan dengan keadaan dan hukuman yang wajar bagi pihak-pihak yang berperkara baik penggugat, tergugat dalam perkara perdata dan terdakwa maupun penuntut umum dalam perkara pidana. Pendekatan seni digunakan oleh hakim dalam penjatuhan suatu putusan, lebih ditentukan oleh intuisi atau *instinct* daripada pengetahuan hakim. Dalam praktek peradilan kadangkala teori ini digunakan mempertimbangkan perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa atau

²²³ Ahmad Rifai, *Op. cit.* hlm. 106.

digunakan mempertimbangkan menjatuhkan putusan perdata. Di samping dengan minimal 2 (dua) alat bukti harus ditambah keyakinan hakim. Akan tetapi keyakinan hakim adakalanya bersifat subyektif yang didasarkan pada keadaan jasmani dan rohani yang menempatkan *instinct* menjadi sesuatu yang tidak benar. Oleh karena itu hakim harus berhati-hatidalam mmenggunakan teori ini yang hanya mengandalkan pada seni dan *instinct* semata dari hakim sendiri.

3. Teori pendekatan Keilmuan.

Titik tolak teori pendekatan ilmu adalah pemikiran bahwa proses penjatuhan pidana harus dilakukan secara sistematis dan penuh kehati-hatian, khususnya dalam kaitannya dengan putusan-putusan terdahulu dalam rangka menjamin konsistensi dari putusan hakim. Pendekatan keilmuan merupakan peringatan bahwa dalam memutus suatu perkara, hakim tidak boleh semata-mata berdasarkan *instinct* namun harus dilengkapi dengan ilmu hukum dan wawasan keilmuan hakim dalam menghadapi perkara yang diputuskan. Kemandirian hakim dalam menguasai berbagai teori sangat menentukan putusan yang akan dijatuhkan. Sehingga putusannya dapat dipertanggungjawabkan dari segi teori yang berkaitan dengan perkara yang diperiksa, diadili dan diputuskan. Dalam praktek di persidangan hakim sering minta keterangan dari ahli untuk menjelaskan esensi dari sengketa yang diajukan kepadanya, misalnya dalam tindak pidana malpraktek yang dilakukan oleh tenaga medis, maka ahli hukum kedokteran diundang di persidangan untuk didengarkan keterangannya. Dalam perkara sengketa kepemilikan atas suatu saham atau surat berharga pada bursa saham, yang masuk ranah hukum perdata atau penggelapan dana, *insider trading* yang masuk ranah hukum pidana maka ahli hukum pasar modal diundang di persidangan untuk didengarkan keterangannya. Dari keterangan ahli-ahli di bidangnya itulah hakim dapat menentukan putusan yang seharusnya, sehingga putusan tersebut sesuai dengan rasa keadilan yang diharapkan oleh para pihak di persidangan atau masyarakat pada umumnya.

4. Teori Pendekatan Pengalaman.

Pengalaman hakim dapat membantunya dalam menangani perkara dan memutuskannya sehingga dapat mengetahui bagaimana dampak dari putusannya di bidang hukum pidana berkaitan dengan pelaku, korban maupun masyarakat, dan di bidang hukum perdata berkaitan dengan pihak-pihak yang berperkara maupun masyarakat. Semakin berpengalaman, maka semakin berhati-hati dalam mempertimbangkan suatu perkara. Namun pengalaman bukan satu-satunya ukuran dalam kehati-hatian atau kebijaksanaan hakim, karena pengaruh moral dan etika serta profesionalisme merupakan unsur penting dalam memutus perkara yang akan memenuhi rasa keadilan bagi semua pihak dan masyarakat umum.

5. Teori *Ratio Decidendi*

Teori ini didasarkan pada pokok perkara yang disengketakan, *ratio decidendi* artinya inti dari suatu perkara, *materials facts* atau faktor sejati yakni bagian yang dapat dianggap mempunyai sifat menentukan dan mengikat pihak yang bersengketa.²²⁴

Ratio decidendi adalah ketentuan hukum atau proposisi yang diciptakan oleh pengadilan atau dipandang sebagai ketentuan yang harus diperlakukan terhadap perkara yang dihadapi, dan inilah yang disebut sebagai hukum yang diciptakan oleh pengadilan dalam arti yang sebenarnya.²²⁵

Teori ini didasarkan pada landasan filsafat yang mendasar, berkaitan dengan pertimbangan segala aspek pokok, misalnya aspek *education*, aspek *humanity*, aspek *law encercement* aspek kemanfaatan dan aspek kepastian hukum. Mencari peraturan perundang-undangan sebagai dasar hukumnya dalam penjatuhan putusan sebagaimana dalam amar putusan serta harus dikemukakan motivasi yang jelas dari pertimbangan hakim untuk menegakkan hukum dan keadilan bagi pihak-pihak yang berperkara. Berlandaskan filsafat karena filsafat berkaitan dengan hati nurani hakim dan rasa keadilan substansial.

²²⁴ Kusumadi Pudjosewojo, 1961, *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, Penerbitan Univeritas Gajah Mada, Jogjakarta, hlm. 31.

²²⁵ Satjipto Rahardjo, *Op. cit.*, hlm. 98.

Masyarakat pada umumnya kurang menaruh perhatian pada bagian yang berupa pertimbangan hukum, termasuk pertimbangan hal-hal yang memberatkan dan meringankan hukuman yang melandasi pemikiran hakim, sehingga hakim sampai pada putusannya. Persepsi demikian karena masyarakat mempunyai pemikiran sendiri dengan alasan bahwa amar putusan merupakan hasil akhir dari perenungan atau pertimbangan hakim. Oleh karena itu apabila putusan diibatkannya sebagai mahkota hakim, maka amar putusan kiranya dianggap sebagai mahkota dari putusan itu sendiri, karena pada bagian inilah ditentukan pelaksanaan dari putusan hakim tersebut. Bagian pertimbangan sebenarnya tidak kalah pentingnya dibandingkan dengan bagian amar putusan dan justru bagian pertimbangan itulah yang menjadi roh seluruh materi isi putusan, bahkan putusan yang tidak memuat pertimbangan yang cukup (*onvoeldoende gemoottiveerd*) dapat menjadi alasan untuk diajukan suatu upaya hukum, baik itu banding maupun kasasi, yang dapat menimbulkan potensi bahwa putusan tersebut akan dapat dibatalkan oleh pengadilan yang lebih tinggi.²²⁶

Putusan hakim di samping yang sifatnya *ratio decidendi*, ada yang sifatnya *obiter dictum*, artinya pertimbangan-pertimbangan hakim mengenai peristiwa konkret yang tidak relevan atau tidak mengikat yang sifatnya sepintas lalu, sebab tidak secara langsung mengenai pokok perkara yang diajukan.

6. Teori Kebijakan.

Teori ini diperkenalkan oleh Made Sadhi Astuti, di mana sebenarnya teori ini berkenaan dengan putusan hakim dalam perkara di pengadilan anak. Teori ini menekankan rasa cinta kepada tanah air, dan bangsa Indonesia serta kekeluargaan yang harus ditanam, dipupuk dan dibina. Orang tua, keluarga, masyarakat, bangsa dan negara, bertanggung jawab untuk membimbing, mendidik, membina dan melindungi anak agar kelak menjadi manusia yang berguna bagi keluarga, masyarakat, bangsa dan negaranya.

²²⁶ Edy Wibowo, 2007, *Mengapa Putusan Pemidanaan Hakim Cenderung lebih Ringan daripada Tuntutan*, Majalah Hukum Varia Peradilan, Edisi No. 257, April 2007, Ikahi, Jakarta, hlm. 38.

Teori kebijaksanaan mempunyai beberapa tujuan, yakni;

1. Perlindungan terhadap masyarakat dari kejahatan;
2. Perlindungan terhadap anak yang telah melakukan tindak pidana;
3. Memupuk solidaritas antar keluarga dengan masyarakat, dalam rangka mendidik, membina, dan memelihara anak pelaku tindak pidana;
4. Pencegahan tindak pidana baik secara khusus maupun secara umum.²²⁷

Teori kebijaksanaan dapat juga diterapkan pada perkara pidana pada umumnya bahkan dalam perkara perdata pun, karena kebijaksanaan merupakan modal lain yang harus dimiliki oleh setiap hakim dalam menjatuhkan putusan agar dapat memenuhi dimensi keadilan formal maupun keadilan substansial. Kebijaksanaan merupakan gabungan beberapa hal yang harus dimiliki hakim, misalnya wawasan ilmu pengetahuan dan pengalaman yang luas, *instinct* yang tajam dan peka, serta etika dan moral yang terpuji, dan terjaga dari pengaruh-pengaruh buruk dalam kehidupannya.²²⁸

9.2. Pertimbangan-pertimbangan Putusan Hakim

Putusan hakim harus mempertimbangkan segala aspek yang bersifat yuridis, filosofis dan sosiologis, sehingga keadilan yang ingin dicapai diwujudkan dan dipertanggungjawabkan dalam putusan hakim adalah keadilan yang berorientasi pada *legal justice* atau keadilan hukum *moral justice* atau keadilan moral dan *social justice* atau keadilan masyarakat.²²⁹ Aspek yuridis merupakan aspek yang pertama dan utama dengan berpedoman pada undang-undang yang berlaku. Hakim sebagai aplikator undang-undang, harus mencari undang-undang yang berkaitan dengan perkara yang sedang dihadapi. Hakim harus menilai apakah undang-undang tersebut adil, ada kemanfaatnya dan

²²⁷ Made Sadhi Astuti, 1997, *Pemidanaan terhadap Anak sebagai Pelaku Tindak Pidana*, IKIP Malang, Malang, hlm. 87.

²²⁸ Ahmad Rifai, *Op., cit.* hlm. 113.

²²⁹ Mahkamah Agung, 2006, *Pedoman Perilaku Hakim (Code of Conduct), Kode Etik Hakim*, Makalah dalam Pusklat Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta, hlm. 2.

memberikan kepastian hukum dalam usaha mencapai keadilan. Aspek filosofis merupakan aspek yang berintikan pada kebenaran dan keadilan, sedangkan aspek sosiologis mempertimbangkan tata nilai budaya yang hidup dalam masyarakat. Aspek filosofis dan sosiologis penerapannya memerlukan pengalaman yang cukup luas serta kebijaksanaan yang mampu mengikuti nilai-nilai dalam masyarakat yang terabaikan yang penerapannya cukup sulit sebab tidak mengikuti asas legalitas dan tidak terikat pada sistem. Pencantuman ketiga unsur tersebut agar putusannya adil dan diterima oleh masyarakat.

Legal justice adalah keadilan berdasarkan hukum dan peraturan perundang-undangan, dalam arti hakim hanya memutuskan perkara berdasar hukum positif dan peraturan perundang-undangan. Keadilan demikian menganut aliran *legalistis positivisme*. Dalam menegakkan keadilan ini hakim atau pengadilan hanya sebagai pelaksana undang-undang, hakim tidak perlu mencari sumber-sumber hukum di luar hukum tertulis dan hakim hanya menerapkan undang-undang dalam perkara-perkara konkret rasional belaka. *Legal justice* hanya didapat dari undang-undang, justru pada suatu kondisi tertentu akan menimbulkan ketidakadilan bagi masyarakat, sebab hukum tertulis yang dibuat mempunyai daya laku tertentu dan menjadi usang, sebab saat undang-undang dibuat unsur keadilannya membela masyarakat, namun setelah diundangkan, seiring dengan perubahan nilai-nilai keadilan yang ada di dalam masyarakat unsur keadilannya menjadi hilang.

Moral justice dan *social justice* diterapkan hakim dengan berpandangan bahwa hakim harus menggali nilai-nilai hukum yang ada di dalam masyarakat.

Sejatinya pelaksanaan tugas dan wewenang hakim dalam kerangka menegakkan kebenaran dan berkeadilan dengan berpegang pada hukum, undang-undang, dan nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dalam diri hakim diemban amanat agar peraturan perundang-undangan diterapkan secara benar dan adil, dan apabila penerapan peraturan perundang-undangan akan menimbulkan ketidakadilan, maka hakim wajib berpihak pada *moral justice* (moral keadilan) dan mengesampingkan hukum atau peraturan perundang-undangan (*legal justice*). Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) yang tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari *social justice* (nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat). Keadilan yang dimaksud di sini bukanlah keadilan prosedural namun keadilan substantif yang sesuai dengan nurani hakim.

Daniel S. Lev menggunakan istilah prosedural dan substantif, sedangkan Schuyt menggunakan istilah formal dan material, komponennya ialah berhubungan dengan gaya suatu sistem hukum, seperti *rule of law* atau *rechtsstaat*. Adapun komponen keadilan substantif (material) menyangkut apa yang dinamakan hak-hak sosial menandai penataan politik, ekonomi di dalam masyarakat. Konsepsi keadilan berakar dari kondisi masyarakat yang diinginkan, yang pada hakekatnya masih berupa gagasan-gagasan yang abstrak dan sulit dipahami. akan lebih mudah memahami adanya ketidakadilan di dalam masyarakat. Keadilan prosedural (formal) diartikan suatu keadilan yang

didapatkan dari putusan-putusan lembaga resmi yang dibentuk menurut undang-undang negara, termasuk putusan pengadilan.²³⁰

Selama ini banyak pihak yang menuntut hakim-hakim lebih berpihak kepada perwujudan keadilan substantif daripada keadilan prosedural semata. Namun tuntutan itu memang dapat diterima secara teoritis karena mengakibatkan problema yang rumit. Keadilan prosedural adalah keadilan yang mengacu pada bunyi undang-undang *an-sich*. Sepanjang bunyi undang-undang terwujud maka tercapailah keadilan secara formal. Apakah secara substansial keadilan itu benar-benar dirasakan adil secara moral dan kebajikan (*virtue*) bagi banyak pihak, para penegak keadilan prosedural tidak mampedulikan. Mereka tergolong kaum positivistis. Kaum positivistis berpandangan bahwa keputusan-keputusan hukum dapat dideduksikan secara logis dari peraturan-peraturan yang sudah ada tanpa perlu terlebih dulu menunjuk kepada tujuan-tujuan sosial, kebajikan serta moralitas. Betapapun tidak adil dan terbatasnya bunyi undang-undang yang ada, hukum adalah perintah undang-undang, dan dari situ keastian hukum dapat ditegakkan. Pandangan ini ditentang oleh kalangan yang berpandangan bahwa prinsip kebajikan dan moralitas pasti harus dipertimbangkan pula dalam mengukur validitas hukum. Penganut hukum moralitas berprinsip bahwa hukum itu harus mencerminkan moralitas. Hukum yang meninggalkan bahkan bertentangan dengan moralitas boleh tidak ditaati berdasarkan suatu hak moral (*moral right*). Indonesia penganut *civil law system* yang mendasarkan bangunan sistem hukumnya pada undang-undang, maka

²³⁰ Mulyana W. Kusumah, 1981, *Hukum, Keadilan dan Hak Asasi Manusia, Suatu Pemahaman Kritis*, Alumni, Bandung, hlm. 53.

hakim sebagai pelaksana undang-undang, bukan pembuat undang-undang (hukum) tidak sebagai mana penganut *common law system*. Namun hakim Indonesia dapat melakukan *rechtsvinding* melalui putusan-putusannya, walaupun demikian ada aturan yang harus ditaati, yakni hakim tidak boleh melanggar isi dan falsafah peraturan perundang-undangan yang ada.²³¹

9.3. Putusan Hakim

Menemukan hukum -baik secara interpretasi maupun argumentasi- dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah maupun secara yuridis, namun setelah hukum ditemukan maka hukum menuntut penerapan, dan penerapannya baru mungkin setelah penemuannya itu dinyatakan sebagai hukum oleh otoritas yang berwenang untuk itu -dalam hal ini adalah pengadilan- yang dilaksanakan oleh hakim. Bagi hakim tiada suatu skema logis yang dapat dijadikan sebagai pegangan untuk menyatakan apa itu hukum. *Curia novit ius* artinya pengadilan menemukan hukumnya. Hakim harus menimbang; apakah dengan menggunakan alat timbang dari Themis bahwa jika pihak yang kepentingannya ternyata lebih banyak yang harus dimenangkan, tentu saja tidak, karena hakim selain menimbang, hakim harus mengadili menyatakan apa itu yang adil, menyatakan apa itu hukumnya, sebelum dikenalnya dengan istilah *recht doende*. Menyatakan apa itu hukumnya adalah suatu pernyataan kehendak dari hakim itu sendiri, suatu pernyataan berdasarkan keyakinan yang timbul dari hati nurani hakim sendiri. Orang dapat berkata bahwa hakim itu telah bertindak secara irasional namun jika dihubungkan antara hakim dengan fungsinya sebagai orang

²³¹ Prija Djatmika, 2008, *Problem Menegakkan Keadilan Substantif*, Jawa Pos 10 Desember 2008, hlm. 4.

yang dipercaya oleh negara, maka harus diakui bahwa yang dinyatakan sebagai hukum itu, selain kekuasaan yang melekat pada fungsi hakim, juga harus dapat dipertanggungjawabkan secara logis, yang hanya dapat dicapai menggunakan pikiran, sebagai suatu yang rasional.

Apabila hakim bertindak tidak rasional, apakah hakim tidak bertindak secara *willekeurig* atau semena-mena. Memang dalam beberapa hal hakim dapat dikatakan bertindak semena-mena, misalnya dalam menentukan lamanya hukuman ataupun dalam menentukan besarnya kerugian *ex aequo et bono* (menurut keadilan) akan tetapi hakim senantiasa terikat ke dalam maupun terikat ke luar. Terikat ke dalam, artinya apakah yang dinyatakan sebagai hukum itu harus sesuai dengan sistem hukum yang berlaku, harus sesuai dengan falsafah hidup bangsa dan negara. Terikat ke luar, artinya apakah motivasinya itu benar-benar adalah *relevant-zekelijk* dengan peristiwa yang dihadapinya. Tuntutan terhadap hakim bahwa hakim harus mengajukan dasar-dasar dalam putusannya, tidak lain adalah agar hakim tidak menjadi pembuat klise. Hakim dipaksakan agar membuktikan bahwa putusannya sebagai hukum diterima secara umum, sebagai kristalisasi dari falsafah hidup bangsa dan negara. Hakim menyatakan apa hukumnya itu selain suatu pernyataan kehendak adalah juga suatu kegiatan intelektual dan intuitif. Kegiatan intelektual karena harus dapat dipertanggungjawabkan baik kepada masyarakat umum maupun pada diri sendiri. Sedangkan intuitif adalah menyentuh perasaan dari psikis/nurani manusia yang dapat membedakan baik dan buruk/jahat, baik yang dihayati oleh masyarakat maupun yang dialami dalam pribadinya sendiri. Keselarasan,

keserasian dan keseimbangan antar kehendak, akal dan rasa yang harus dijadikan pemandu dalam menyatakan apa itu hukumnya.²³²

Dalam memilih putusan mana yang akan dijatuhkan yang penting bukan sekedar dipenuhi tidaknya prosedur tertentu menurut undang-undang, tetapi yang penting ialah justru setelah putusan itu dijatuhkan, yaitu dapat tidaknya putusan yang akan dijatuhkan itu diterima, baik menurut persyaratan keadilan maupun persyaratan konsistensi sistem. Pilihan itu ditentukan oleh pandangan pribadi hakim tentang pertanyaan putusan mana yang paling dapat diterima terutama oleh para pihak yang bersangkutan dan masyarakat. Oleh karena itu sasaran pertama adalah para pihak yang bersengketa.

Tidak dapat dipungkiri bahwa latar belakang kehidupan hakim seperti pendidikan, agama dan juga lingkungannya akan mempengaruhi hakim dalam menjatuhkan putusannya, karena hakim adalah produk dari zamannya.²³³

Dalam perkara perdata pihak yang dikalahkan, pada umumnya menganggap putusannya tidak adil karena merasa dirugikan. Hal ini tidak mengherankan, karena pada umumnya manusia itu mencari benarnya sendiri. Apa yang adil bagi A belum tentu dirasakan adil bagi B. Bagi hakim pada umumnya tidak mungkin memuaskan kedua belah pihak sekaligus dengan memenuhi kepentingan baik penggugat maupun tergugat yang sering bukan sekedar berbeda, tetapi juga bertentangan. Di samping itu putusan harus dapat diterima oleh masyarakat. Hendaknya pengertian “dapat tidaknya diterima suatu putusan” itu jangan diartikan secara murni dan faktual. Hakim memang bukan *bouche de la loi*, tetapi tidak pula merupakan *bouche de la societe*.

Hakim harus mengadili menurut hukum. Oleh karena itu putusannya harus berdasarkan hukum, harus mengandung atau menjamin kepastian hukum, yang berarti bahwa ada jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak

²³² John Z. Loudoe, *Op., cit.* hlm. 173.

²³³ Sudikno Mertokusumo 1, *Op. cit.*, hlm. 91.

menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusannya dilaksanakan. Juga bahwa perkara yang serupa harus diputus serupa pula.

Di samping itu putusan hakim harus bermanfaat, baik bagi yang bersangkutan maupun bagi masyarakat. Masyarakat dalam hal ini berkepentingan, karena masyarakat menginginkan adanya keseimbangan tatanan dalam masyarakat. Dengan adanya sengketa keseimbangan tatanan di dalam masyarakat itu terganggu, dan keseimbangan yang terganggu itu harus dipulihkan kembali. Tidak kurang penting ialah, bahwa putusan harus adil, adil dirasakan oleh pihak yang bersangkutan. Kalaupun pihak lawan menilainya tidak adil, maka masyarakat harus dapat menerimanya sebagai adil. Keadilan adalah penilaian terhadap perbuatan atau perlakuan seseorang terhadap orang lain dan lazimnya hanya dilihat dari sudut orang yang terkena atau dikenai perlakuan itu. Berbicara tentang keadilan berarti juga berbicara tentang perlindungan kepentingan. Sekalipun yang mengajukan gugatan itu penggugat namun kepentingan tergugat tetap harus diperhatikan.

Ketiga unsur itu seberapa mungkin harus ada dalam putusan hakim secara proporsional, yaitu kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) dan keadilan (*Gerechtigkeit*). Itu adalah idealnya. Namun di dalam prakteknya jarang terdapat putusan yang mengandung tiga unsur itu secara proporsional. Apabila tidak dapat diusahakan kehadirannya secara proporsional maka paling tidak ketiga faktor itu seyogianya ada dalam putusan.

Tidak jarang terjadi kepastian hukum bertentangan dengan keadilan. Hukumnya demikian bunyinya, maka harus dijalankan (kepastian hukum), namun apabila dijalankan dalam keadaan tertentu akan dirasakan tidak adil, *lex dura sed tamen scripta* (hukum itu kejam, tetapi demikianlah bunyinya).

Apabila dalam pilihan putusan sampai terjadi konflik antara keadilan dan kepastian hukum serta kemanfaatan, maka keadilannyalah yang harus didahulukan. Tidak kurang pentingnya untuk diperhatikan ialah bahwa putusan itu bukan hanya sekedar harus selesai saja, tetapi harus pula tuntas. Tidak jarang ada putusan yang tidak dapat dijalankan, karena isi putusannya terlalu formalistis, secara yuridis formal tepat, namun tidak dapat dilaksanakan. Tidak

sedikit pula putusan yang sekalipun dapat dijalankan tetapi menimbulkan perkara baru.

Beberapa hal yang melemahkan atau menghapuskan keputusan-keputusan;

1. Keputusan-keputusan yang dibatalkan. Suatu keputusan tidak lagi mempunyai kekuatan mengikat, manakala sesudah keputusan itu dijatuhkan, diundangkan suatu peraturan yang bertentangan dengannya atau apabila ia digugurkan oleh keputusan yang lebih tinggi. Pengguguran terjadi apabila dalam suatu kasus lain, pengadilan yang lebih tinggi menentukan bahwa keputusan itu telah diputus secara salah dan oleh karena itu, tidak perlu diikuti.
2. Ketidaktahuan mengenai adanya peraturan. Suatu keputusan tidak mengikat, apabila ia dibuat karena ketidaktahuan mengenai suatu peraturan.
3. Ketiadaan konsistensi dengan keputusan pengadilan yang lebih tinggi. Suatu keputusan jelas menjadi batal, apabila ia mengabaikan keputusan dari pengadilan yang lebih tinggi dan inkonsisten dengan keputusan tersebut.
4. Ketiadaan konsistensi antara keputusan-keputusan yang setingkat. Suatu pengadilan tidak terikat pada keputusan-keputusan yang ia buat sebelumnya yang bertentangan satu sama lain. Apabila yang demikian itu terjadi, maka pengadilan bebas untuk mengikuti atas keputusan-keputusan yang terdahulu atau yang belakangan.
5. Keputusan-keputusan yang dibuat *sub silentio* atau yang tidak semestinya dipertahankan. Secara teknik, keputusan yang dibuat *sub silentio* adalah apabila suatu butir tertentu dalam hukum yang terlibat dalam pengambilan keputusan tidak dipertimbangkan oleh pengadilan atau tidak muncul dalam pikirannya. Pengadilan dapat memutuskan secara sadar untuk keuntungan salah satu pihak disebabkan oleh butir A, yang masuk dalam pertimbangannya dan dinyatakannya secara terang-terangan. Namun kemudian dapat ditunjukkan bahwa menurut logika, keputusan yang menguntungkan pihak tersebut di atas tidak akan diputuskan, kecuali pengadilan juga memutuskan atas dasar butir B untuk keuntungan pihak tersebut. Dalam keadaan-keadaan yang demikian itu, sekalipun butir B

menurut logikanya terlibat dan sekalipun kasus itu telah mengambil keputusan tertentu, namun keputusan itu tidak mempunyai otoritas atas butir B. Dalam keadaan yang demikian itu butir B berjalan *sub silentio*.

6. Keputusan yang keliru. Suatu keputusan dapat juga salah atas dasar bahwa ia dilandaskan pada asas-asas yang keliru atau bertentangan dengan asas-asas fundamental dari *common law*. Adalah logis dalam keadaan demikian itu, pengadilan bebas untuk menganggap keputusan itu sebagai tidak ada. Namun demikian, pertimbangan-pertimbangan praktis akan mengatakan bahwa kesempurnaan dalam menggunakan asas preseden hendaknya dikorbankan demi kepastian. Apabila keputusan -yang salah itu- telah diterima untuk waktu lama dan dianggap telah membentuk hukum, maka masyarakat pun akan bertindak sesuai dengan hukum itu. Dalam keadaan yang demikian itu tetap dipertahankan, sekalipun ia sebenarnya keliru, sesuai dengan *communis error facis jus*.²³⁴

Membaca dan menganalisis putusan pengadilan tidaklah selalu mudah karena bahasa atau konstruksi kalimatnya panjang-panjang dan berputar-putar, sehingga diperlukan kesabaran dan ketekunan serta ketelitian untuk membacanya. Pada hakekatnya, itu semua adalah demi kepastian hukum. Membaca putusan pengadilan tidak cukup hanya membaca *dictum* (amar putusan) saja, namun pertimbangan mengenai duduk perkaranya dan pertimbangan hukumnya tidak kurang pentingnya untuk dibaca, karena peristiwa konkrit merupakan dasar penemuan hukum yang harus diterjemahkan ke dalam bahasa hukum, kemudian dicari hukumnya dan akhirnya diputuskan. Bahkan membaca norma hukumnya saja yang telah diseleksi dan dimuat tersendiri dan diletakkan dalam suatu bingkai dalam buku-buku kumpulan yurisprudensi, tidaklah cukup. Kecuali itu, membaca putusan pengadilan tidak cukup hanya membaca putusan pengadilan dalam tingkat pertama saja, namun harus pula dilengkapi dengan membaca putusan pengadilan –kalau ada- dalam tingkat banding atau kasasi.

²³⁴ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.* hlm. 100.

Apakah yang harus diperhatikan dalam menganalisis putusan pengadilan, yakni siapakah para pihak yang berperkara dan apakah perannya masing-masing pihak tersebut (sebagai penggugat, tergugat, pemohon banding, terbanding dan sebagainya), peristiwa yang menjadi sengketa (untuk ini perlu dipelajari upaya-upaya hukum yang digunakan) kemudian penerapan hukumnya. Pada dasarnya yang dicari dalam membaca putusan pengadilan ialah norma hukum yang terdapat dalam putusan pengadilan itu.

Membaca putusan Mahkamah Agung pada umumnya sukar dan melelahkan apabila dibandingkan dengan membaca putusan-putusan Pengadilan Negeri, karena pertimbangan Mahkamah Agung lebih dipusatkan pada masalah-masalah interpretasi yang sangat rinci. Dari putusan pengadilan sebagai sumber penemuan hukum, hakim tidak dapat menemukan semua alasan atau argumen yang dicarinya, bahkan kadang-kadang tidak dapat menemukan sama sekali alasan-alasan yang dicarinya. Perlu diketahui bahwa putusan pengadilan itu tidak secara langsung dijabarkan dari peraturan-perturan yang bersangkutan. Putusan pengadilan itu dibentuk dari pelbagai penilaian dan sikap hakim. Pemecahannya -untuk sebagian- bergantung dari motif-motif etis, kesusilaan, religius, ekonomi, politik, dan sebagainya.²³⁵

9.4. Putusan Hakim sesuai Hukum Progresif

Tugas yudisial hakim adalah memeriksa, mengadili, kemudian menjatuhkan putusan atas suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, dan yang pertama-tama dijadikan pedoman hakim adalah peraturan perundang-undangan. Tugas yudisial tersebut, termasuk pula di dalamnya adalah tugas hakim dalam melakukan penemuan hukum melalui putusannya. Metode penemuan hukum yang umumnya digunakan oleh hakim, adalah metode interpretasi hukum dan metode argumentasi hukum, disamping itu juga ada metode hermeneutika hukum yang dianggap metode baru dalam teori penemuan hukum. Hakim dalam menghadapi perkara atau kasus yang masuk pada suatu peraturan perundang-undangan, dan peraturan perundang-undangan tersebut setelah dicermati ternyata tidak sejalan dengan nilai-nilai kebenaran, keadilan, moral

²³⁵ Sudiknoo Mertokusumo I, *Op.cit.* hlm. 55.

maupun etika maka hakim dapat mengesampingkan ketentuan dalam peraturan perundang-undangan tersebut dan menjatuhkan putusan yang sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Putusan tersebut sesuai dengan karakter hukum progresif yang bersifat visioner yang bersifat *rule breaking* atau terobosan, namun tetap berpedoman pada kebenaran dan keadilan serta memihak dan peka pada nasib dan keadaan bangsa dan negara, sehingga dapat membawa dan mewujudkan bangsa dan negara keluar dari keterpurukan dan ketidakstabilan sosial dan mewujudkan kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat.

Berdasarkan hal tersebut, putusan hakim yang sesuai dengan hukum progresif adalah:

1. Putusan hakim tidak semata-mata bersifat legalistik, yakni sekedar menjadi *la bouche de la loi* atau corong undang-undang meskipun memang seharusnya hakim selalu legalistik karena putusannya tetap berpedoman pada peraturan perundang-undangan yang berlaku;
2. Putusan hakim tidak hanya sekedar menjadi formalitas hukum atau sekedar menjaga ketertiban, namun putusan hakim harus berfungsi mendorong perbaikan dalam masyarakat dan membangun harmonisasi sosial dalam pergaulan;
3. Putusan hakim yang visioner yang mempunyai keberanian moral untuk melakukan *rule breaking*, di mana dalam hal suatu ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada bertentangan dengan kepentingan umum, kepatutan, kemanusiaan dan peradaban, yakni nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, maka hakim bebas dan berwenang melakukan tindakan *contra legem* yaitu mengambil putusan yang bertentangan dengan pasal-pasal dalam undang-undang yang bersangkutan, dengan tujuan untuk mencapai kebenaran dan keadilan;
4. Putusan hakim yang memihak dan peka pada nasib bangsa dan negara sehingga dapat membawa dan mewujudkan bangsa dan negara keluar dari keterpurukan dan ketidakstabilan sosial dan mewujudkan kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat.

Putusan hakim yang demikian diharapkan dapat mendorong pada perbaikan dalam masyarakat dan membangun harmonisasi sosial dalam pergaulan antar anggota masyarakat, serta dapat dipergunakan sebagai sumber penemuan hukum, perkembangan hukum dan juga dapat digunakan sebagai bahan kajian ilmu hukum.²³⁶

Sebelum mengucapkan/menjatuhkan putusannya hakim harus bertanya kepada dirinya sendiri, jujurkah saya dalam mengambil putusan ini, apakah sudah tepatkah putusan saya ini, akan menyelesaikankah atau menuntaskankah perkara yang saya putus ini, adilkah putusan saya ini, bermanfaatkah putusan saya ini? Akhirnya setelah dipertimbangkan secara cermat dan masak maka putusan dirumuskan dan diucapkan, yang tidak mungkin ditarik kembali atau diubah, sekalipun belum memperoleh kekuatan hukum tetap dan sekalipun tujuannya adalah untuk memperbaiki atau menyempurnakannya kecuali ditingkat peradilan yang lebih tinggi.²³⁷

²³⁶ Ahmad Rifai, *Op.cit.* hlm. 138.

²³⁷ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.*, hlm. 93

Kata Pengantar

Dewasa ini keberadaan hukum di dalam masyarakat sangat dirasakan urgensinya, sebab hukum tidak hanya berperan untuk keadilan, keteraturan, ketenteraman dan ketertiban, namun juga untuk memberikan perlindungan terhadap kepentingan manusia. Oleh karena itu hukum harus dilaksanakan untuk menjamin adanya kepastian hukum agar kepentingan manusia dapat terlindungi. Dalam pelaksanaannya hukum dapat berlangsung secara normal dan damai akan tetapi dapat juga terjadi pelanggaran-pelanggaran hukum dalam prakteknya, karena itu hukum yang telah dilanggar harus ditegakkan. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum, karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan menjadi lebih tertib.

Dalam praktek hukum terutama di persidangan tidak jarang dijumpai peristiwa hukum yang tidak atau belum diatur dalam peraturan perundang-undangan, atau meski diatur namun belum lengkap, belum jelas ataupun masih samar-samar/kabur, sehingga jaminan kepastian hukum masih diragukan keberadaannya. Memang tidak ada hukum atau peraturan perundang-undangan yang lengkap, jelas dan sempurna tanpa kekurangan. Hukum berfungsi untuk melindungi kepentingan-kepentingan manusia yang selalu terancam atau terganggu baik oleh alam maupun sesama manusia yang memerlukan perlindungan atas kepentingan-kepentingannya itu. Sedangkan kepentingan manusia tak terhitung jumlahnya dan selalu berkembang seiring perkembangan/kemajuan jaman. Sehingga hukum selalu ketinggalan oleh kemajuan dan teknologi. Oleh karena itulah peraturan perundang-undangan

yang belum sempurna harus disempurnakan dengan jalan melakukan penemuan hukum baik dengan jalan interpretasi maupun argumentasi.

Penemuan hukum memerlukan sarana yang disebut metode agar penemuan hukum tersebut dapat diterapkan secara tepat dan cepat dalam persidangan, sehingga putusan hakim dapat diwujudkan sesuai dengan apa yang diidamkan agar memenuhi aspek rasa keadilan, terjaminnya kepastian hukum dan kemanfaatan secara proporsional di dalam masyarakat.

Hukum yang selalu ketinggalan dengan peristiwa konkrit yang ada di dalam masyarakat, lebih-lebih dengan perkembangan pesat teknologi terutama di bidang komunikasi, transportasi dan informasi dewasa ini maka hukum akan semakin jauh ketinggalan. Untuk itu hakim sebagai penegak hukum dalam melakukan penemuan hukum, dituntut arif, kreatif dan inovatif, mengingat bahwa hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia, maka dalam menemukan hukum harus memperhatikan pula perkembangan masyarakat dan teknologi. Karena hakimlah tempat masyarakat untuk meminta keadilan terhadap hak mereka yang dilanggar. Hakim sebagai penegak hukum, putusannya akan terasa begitu dihargai dan mempunyai nilai kewibawaan, apabila putusan tersebut dapat merefleksikan rasa keadilan hukum masyarakat dan juga merupakan sarana bagi masyarakat pencari keadilan untuk mendapatkan kebenaran dan keadilan. Sebelum hakim memutus suatu perkara, hakim akan menanyakan kepada hati nuraninya sendiri, apakah putusan ini nantinya akan adil dan bermanfaat bagi manusia ataukah sebaliknya. Untuk itulah diharapkan seorang hakim berotak cerdas yang disertai hati yang bersih.

Buku penemuan hukum ini sangat penting untuk dibaca oleh kalangan mahasiswa terutama yang mempelajari ilmu hukum, advokat, polisi, jaksa dan hakim serta siapa saja yang berminat untuk mempelajari hukum dalam masyarakat.

Saya menyadari bahwa buku ini di sana sini masih perlu disempurnakan, oleh karena itu sumbangan pikiran yang positif dari berbagai pihak sangat saya harapkan, sehingga dapat dimanfaatkan bagi peminat kajian hukum dan dapat mengantarkan generasi muda Indonesia setingkat lebih maju.

Surabaya Juli 2015.

DAFTAR ISI

PENDAHULUAN	1
BAB. I. PEMAHAMAN INTERPRETASI HUKUM	3
1.1. Asal Mula Interpretasi Hukum	3
1.2. Hukum sebagai Sistem Terbuka	6
1.3. Pengembangan Hukum	10
1.4. Penemuan Hukum sebagai Salah Satu Kajian Hukum	12
1.5. Subyek Penemuan Hukum	18
1.6. Hakim Pembentuk Hukum diakui Ilmu Hukum	19
BAB. II SISTEM PENEMUAN HUKUM	28
2.1. Sistem Hukum	28
2.1.1. Ciri-ciri Sistem Hukum	34
2.1.2. Keluarga Hukum	38
2.2. Sistem Penemuan Hukum	43
BAB. III ALASAN, DASAR, DAN PERMINOLOGI PENEMUAN HUKUM	55
3.1. Alasan Penemuan Hukum	57
3.2. Dasar Hukum tentang Penemuan Hukum	59
3.3. Terminologi Penemuan Hukum	62
3.3.1. Pengertian Penemuan Hukum	65
3.4. Kegunaan Penemuan Hukum	72
BAB. IV. SUMBER PENEMUAN HUKUM	73
4.1. Peraturan Perundang-Undangan (Hukum Tertulis)	74
4.1.1. Kelebihan Peraturan Perundang-undangan	75
4.1.2. Perundang-undangan Diprioritaskan	76
4.2. Hukum Kebiasaan (Hukum tak Tertulis)	79
4.3. Yurisprudensi	82
4.4. Traktat atau <i>Treaty</i>	86
4.5. Doktrin	90
4.6. Putusan Desa	92
4.7. Perilaku Masyarakat	92
BAB. V METODE PENEMUAN HUKUM	96
5.1. Metode Interpretasi	96
5.1.1. Timbulnya Interpretasi Hukum	99
5.1.2. Bentuk Interpretasi Hukum	101
5.1.2.1. Interpretasi Harfiah	101
5.1.2.2. Interpretasi Fungsional	103
5.1.3. Beberapa Prinsip Interpretasi	106
5.1.4. Beberapa Metode Interpretasi	112
5.1.4.1. Interpretasi Gramatikal	112
5.1.4.2. Interpretasi Sistematis atau Logis	117
5.1.4.3. Interpretasi Historis	122
5.1.4.4. Interpretasi Sosiologis/Teleologis	126
5.1.4.5. Interpretasi Komparatif	130

5.1.4.6. Interpretasi Antisipatif/Futuristis	131
5.1.4.7. Interpretasi Epikeia	132
5.1.4.8. Interpretasi Restriktif dan Ekstensif	135
5.1.4.9. Interpretasi Interdisipliner	138
5.1.4.10. Interpretasi Multidisipliner	138
5.1.4.11. Interpretasi Otentik	139
5.2. Metode Argumentasi	142
5.2.1. <i>Argumentum per Analogiam</i>	149
5.2.2. <i>Argumentum a Contrario</i>	152
5.2.3. Penghalusan/Penyempitan Hukum	154
5.2.4. Fiksi Hukum	158
5.3. Metode Hermeneutika	162
5.4. Eksposisi	165
5.5. Sinonimasi	172
5.5.1. Terjemahan	172
5.5.2. Antitesis	172
5.5.3. Restriksi	172
5.5.4. Ampliasi	173
5.5.5. Paraleli	173
5.6. Deskripsi	173
5.7. Representasi	174
BAB. VI ALIRAN PENEMUAN HUKUM	178
6.1. Legisme	178
6.2. Mazab Historis	179
6.3. <i>Begriffsjurisprudenz</i>	180
6.4. <i>Interessenjurisprudenz</i>	183
6.5. <i>Freirechtbewegung</i>	185
6.6. Aliran Hukum Kritis	186
BAB. VII PROSEDUR PENEMUAN HUKUM	189
7.1. Permulaan	190
7.2. Penentuan	191
7.2.1. Peristiwa Konkrit	191
7.2.2. Peristiwa Hukum	192
7.2.3. Peraaturan Hukum	193
7.2.4. Kualifikasi Hukum	193
7.2.5. Penemuan Hukum	194
7.2.6. Pelaksanaan Peraturan Hukum	197
7.2.7. Penafsiran Hukum	197
BAB. VIII PENEMUAN HUKUM BEBAS	198
8.1. Penemuan Hukum Modern	199
8.2. Penemuan Hukum Progresif	205
8.2.1. Latar Belakang Hukum Progresif	205
8.2.2. Asumsi Dasar Hukum Progresif	209
8.2.3. Sejarah Timbulnya Hukum Progresif	210
8.2.4. Konsep dan Karakteristik Hukum Progresif	213
8.3. Metode Penemuan Hukum Islam	215

8.3.1. Sumber Hukum Islam	216
8.3.2. Metode-metode Penemuan Hukum Islam	217
8.3.3. Metode <i>Ijtihad</i> Responsif	221
BAB. IX MENYATAKAN HUKUMNYA	224
9.1. Teori Penjatuhan Putusan Hukum	224
9.2. Pertimbangan-pertimbangan Putusan Hakim	231
9.3. Putusan Hakim	234
9.4. Putusan Hakim sesuai Hukum Progresif	242
DAFTAR PUSTAKA	vi

PENEMUAN HUKUM

Prof. Dr. Drs. Abintoro Prakoso, S.H., M.S.



RIWAYAT HIDUP



Prof. Dr. Drs. Abintoro Prakoso, S.H., M.S. lahir di Banyuwangi 25 Juli 1949 meraih gelar Sarjana Muda di IKIP Negeri Surabaya (sekarang UNESA) Fakultas Keguruan Ilmu Sosial jurusan Civics Hukum tahun 1975, meraih gelar Sarjana Hukum di Universitas Jember Fakultas Hukum jurusan Hukum Pidana tahun 1977, meraih gelar Sarjana Pendidikan di IKIP Negeri Malang (sekarang UM)

Fakultas Keguruan Ilmu Sosial Jurusan Civics Hukum tahun 1977, meraih gelar Magister di Universitas Airlangga Surabaya Fakultas Pasca Sarjana Program Studi Ilmu Hukum tahun 1985, meraih gelar Doktor di Universitas Brawijaya Malang Fakultas Hukum Program Doktor tahun 2010. Sejak tahun 1971 hingga 1980 sebagai guru STM Negeri Banyuwangi, 1980 sebagai dosen tetap di Fakultas Hukum Universitas Jember sampai sekarang, juga mengajar pada Fakultas Hukum di beberapa Perguruan Tinggi. Sejak 1 Januari 2012 diangkat sebagai Guru Besar dalam bidang ilmu Hukum Pidana Anak di Universitas Jember. Piagam–piagam sebagai tanda kehormatan; Tahun 1997 mendapat piagam tanda kehormatan Satyalancana Karya Satya 20 tahun dari Presiden Republik Indonesia, tahun 2002 mendapat piagam tanda kehormatan Satyalancana Karya Satya 30 tahun dari Presiden Republik Indonesia.

Karya Tulis

1. Pembaruan Sistem Peradilan Pidana Anak
2. Kriminologi
3. Psikologi Hukum
4. Filsafat Logika
5. Hukum Perlindungan Anak

DAFTAR PUSTAKA

- Abbas Hamami, 1996, *Etika Keilmuan dalam Filsafat Ilmu*, Tim Dosen Filsafat Ilmu, Liberty, Yogyakarta.
- Abdulkadir Muhammad, 2001, *Etika Profesi Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Abintoro Prakoso, 1995, *Ilmu, Perkembangan dan Kedudukan, Telaah Filosofis*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 1996, *Filsafat Logika, I, II*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2007, *Filsafat Ilmu dan Etika Akademik*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2008, *Ilmu Hukum sebagai Ilmu yang Sui Generis*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2009, *Perkaitan Antara Filsafat Ilmu, Filsafat Hukum, Teori Hukum, Ilmu Hukum, Paradigma (Ilmu) Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2009, *Vage Normen, Sebagai Kajian Filsafat Hukum yang Belum Diterapkan*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2010, *Filsafat Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2011, *Filsafat Etika dan Kejahatan di Bidang Profesi*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2013, *Filsafat Ilmu*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2013, *Pembaruan Sistem Peradilan Pidana Anak*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2013, *Kriminologi*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2014, *Psikologi Hukum*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2014, *Etika Profesi Hukum*, LaksBang, Yogyakarta.

- , 2014, *Filsafat Logika dan Argumentasi Hukum*, Laksbang, Yogyakarta.
- A.B. Syah, 1986, *Metodologi Ilmu Pengetahuan*, Obor, Jakarta.
- Adiwinata, 1977, *Istilah Hukum Latin Indonesia*, Intermedia, Jakarta.
- Achmad Sanusi, 1984, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Tarsito, Bandung.
- Afred North Whitehead, 1979, dalam *Falsafah Ilmu Pengetahuan*, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi, Proyek Normalisasi Kehidupan Kampus, Jakarta.
- Ahmad Ali, 2002, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Gunung Agung, Jakarta.
- , 2005, *Keterpurukan Hukum di Indonesia, (Penyebab dan Solusinya)*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Ahmad Azyar Basyir, 2000, *Asas-asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, UII Press, Yogyakarta.
- Ahmad Rifai, 2010, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Algra, N.E., 1975, *Rechtsaansvang*, Drukkerij Elinkwijk. Utrecht.
- Algra, N.E., dan H.C.J: G. Janssen, 1981, *Rechtsingang*, Wolters-Noordhoff, Groningen.
- Algra, N.E. dan Mr. K. van Duyvendijk, 1981, *Rechtsaansvang*, H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn.
- , 1983, *Mula Hukum*, diterjemahkan Simorangkir, Bina Cita, Bandung.
- Amir Syamsudin, 2008, *Penemuan Hukum Ataupun Perilaku Chaos?* Kompas, 4 Januari, 2008, Jakarta.
- Andi Zaenal Abidin, 1984, *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Alumni, Bandung.
- Antonius Sudirman, 2007, *Hati Hurani Hakim dan Putusannya*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Asis Safioedin, 1981, *Daftar kata Sederhana tentang Hukum*, Alumni, Bandung.

- Aulis Aarnio, 1983, *A Hermeneutik Approach in Legal Theory, Philosophical Perspective in Jurisprudence*, Helsinki,
- Bagir Manan, 1995, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, LPPM, UNISMA, Bandung.
- , 2006, *Hakim dan Pemidanaan*, *Majalah Varia Peradilan*, Edisi No. 249, Agustus 2006, Jakarta.
- Bambang Angkoso Wahyono, 2010, *Teknik Menemukan Hukum dalam Hukum Pidana*, Kadilmil I - 07, Balikpapan.
- Bambang Sutiyoso, 2012, *Metode Penemuan Hukum, Upaya Menemukan Hukum yang Pasti*, U.I.I. Press, Yogyakarta.
- Beerling, 1966, *Filsafat Dewasa Ini*, diterjemahkan oleh Hasan Amin, Balai Pustaka, Jakarta.
- , 1986, *Pengantar Filsafat Ilmu*, Tiara Wacana, Yogyakarta, 1986.
- Bellefroid, 1989, *Inleiding tot de Rechtswetenschap in Nederland*, N.V. Uitgeversmaatschappij, W.E.J. Tjeeng Willink, Zwolle.
- Bernard Arief Sidharta, 2000, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung.
- Betrand Russell, 1959, *the Problem of Phylosophy*, Oxford University Press, Toronto.
- Brian J.C. Smith dan Hogan, 1988, *Criminal Law*, Butterworth & Co Ltd., London.
- Bruggink J.J.H., 1987, *Op Zoek Naar het Recht (Rechtvinding in Rechtstheoretish Perspectief)*, Wolters Noordhoff Groningen, The Nederlands.
- , 1999, *Refleksi tentang Hukum*, terjemahan Bernard Arief Sidharta, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Bryan A. Garner, 1999, *Black's Law Dictionary*, Sevent Editions, West Publishing Co., St. Paul Min.
- Budi Susanto, 1992, *Nilai-nilai Etis dan Kekuasaan Utopis*, Kanisius, Yogyakarta.
- Burhanuddin Salam, 200, *Pengantar Filsafat*, Bumi Aksara Jakarta.

- Chalmers, A.F., 1983, *Apa itu yang Dinamakan Ilmu?* Hasta Mitra, Jakarta.
- Conny R. Semiawan, 1988, *Dimensi Kreatif dalam Filsafat Ilmu*, Remadja Karya, Bandung.
- C.A. van Peursen, 1986, *De Filosofie van De Wetenschappen*, Leiden, dalam Bernard Arief Sidharta.
- Deptrtemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1989, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta.
- Edy Wibowo, 2007, *Mengapa Putusan Pemidanaan Hakim Cenderung Lebih Ringan daripada Tuntutan*, *Majalah Varia Peradilan*, Edisi No. 257, April 2007, Ikahi, Jakarta.
- Gerhard Robbers, 2003, *an Intruduction to German Law, 3th, Edition*, *Majalah Varia Peradilan*, Jakarta.
- Gregory Leyh, 1992, *Legal Hermeneutics (History, Theory, and Practice)*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, Oxfort.
- Hans-Geor Gadame, 1975, *Truth and Method*, The Seabury Press, New York, diterjemahkan oleh Ahmad Sahidah, 2004, *Kebenaran dan Metode, Pengantar Filsafat Hermeneutika*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- Hans Kelsen, alih bahasa oleh Bernard Arief Sidharta, 2006, *Hukum dan Logika*, Alumni, Bandung.
- Jan Gijssels, Mark van Hoeke, diterjemahkan oleh Bernard Arief Sidharta, 2001, *Apakah Teori Hukum Itu?*
- Jazim Hamidi, 2005, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, U.I.I. Press, Yogyakarta.
- John Z. Loudoe, 1985, *Menemukan Hukum melalui Tafsir dan Fakta*, Bina Aksara, Jakarta.
- Johny Ibrahim, 2006, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayu Media Publishing, Malang.
- Karl R. Popper, 1961, *the Logic of Scientific Discovery*, Science Editions, Vittorio Klostermann, Frankfrut.

- Khozin Siraj, 1984, *Hukum Islam, Sejarah Perkembangan, Aliran-aliran, Sumber-sumbernya*, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta.
- Kusumadi Pudjosewoyo, 1961, *Pedoman Tata Hukum Indonesia*, Penerbit Universitas Gadjah Mada, Jogjakarta.
- Lie Oen Hoek, 1971, *Hakim dan Hukum tidak Tertulis*, dalam *Sinema Hukum di Indonesia in Memoriam Prof Djoko Soetono*, Eresco, Bandung.
- Made Sadhi Astuti, 1997, *Pemidanaan terhadap Anak sebagai Pelaku Tindak Pidana*, IKIP, Malang.
- Mahkamah Agung, 2006, *Pedoman Perilaku Hakim (Code of Conduct), Kode Etik Hakim*, Makalah dalam Pusdiklat Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta.
- Maria Farida Indrarti Soeprapto, 1998, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Kanisius, Yogyakarta.
- Maris, 1988, *Distantie en Betrokkenheid in de Rechtswetenschap*, terdapat dalam *Nederlandse Rechtswetenschap*, Kamstra, Kunneman, Zwolle, dalam Bernard Arief Sidharta.
- Meuwissen, 1979, *Vijf Stellingen over Rechtsfilosofie* dalam *Een Beeld van Recht*, Ars Aequi,
 -----, 2009, *van Apeldoorn's Inleiding* dalam Bernard Arief Sidharta (Penerjemah), *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Refika Aditama, Bandung.
- Mochtar Kusumaatmadja, 1996, *Pengantar Ilmu Hukum*, Unpublished Draft, Jakarta.
 -----, 2002, *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung.
- Mudjahidin, 2007, *Hukum Progresif: Jalan Keluar dari Keterprukan Hukum di Indonesia*, Majalah Hukum, *Varia Peradilan*, Jakarta.
- Muhammad Busyro Muqaddas, 1995, *Praktek Penemuan Hukum oleh Hakim Mengenai Sengketa Jual Beli dengan Hak membeli Kembali pada Pengadilan-Pengadilan Negeri di Daerah Istimewa Yogyakarta*,

- Tesis pada Fakultas Pasca Sarjana, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.
- Mulyana W. Kusumah, 1981, *Hukum, Keadilan dan Hak Asasi Manusia, Suatu Pemahaman Krisis*, Alumni, Bandung.
- Mundiri, 1994, *Logika*, Saja Grafindo Persada, Jakarta.
- Munir Fuady, 2003, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Muksin Asyrof, 2006, *Asas-asas Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum oleh Hakim dalam Proses Peradilan*, Majalah Hukum, Ikahi, Jakarta.
- Otje Salman, 1987, *Ikhtisar Filsafat Hukum*, Amrico, Bandung.
-, 1984, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Amrico, Bandung.
- Partap Sing Mehra, 1986, *Pengantar Logika Tradisional*, Bina Cipta, Bandung.
- Paul Scholten, 1980, *Rechtsbeginselen*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle.
- Paulus Effendie Lotulung, 1994, *Yurisprudensi dalam Perspektif Pengembangan Hukum Administrasi di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Guru Besar, Fakultas Hukum, Universitas Pakuan, Bogor.
- Philippe Nonet & Philip Selznick, 1978, *Law and Society in Transition, Toward Responsive Law*, Harper Torc Book, New York, Rafael Edy Bosco (penerjemah), 2003, *Hukum Reasponsif, Pilihan di Masa Transisi*, Perkumpulan untuk Pembaruan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis, HuMa, Jakarta.
- Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, 2005, *Argumentasi Hukum*, Gadjah Mada University Press, Jogjakarta.
- Pontang Moerad, 2005, *Pembentukan Hukum melalui Putusan Pengadilan dalam Perkara Pidana*, Alumni, Bandung.
- Prija Djatmika, 2008, *Problem Menegakkan Keadilan Substantif*, Jawa Pos, 10 Desember 2008, Surabaya.
- Ronny Hanintijo Soemitro, 1982, *Metodologi Penelitian Hukum*, Ghalia Indonesia Jakarta.
- Sajuti Thalib, 1982, *Recepto A Contrario (Hubungan Hukum Adat dengan Hukum Islam)*, Bina Aksara, Jakarta.

- Satjipto Rahardjo dan Ronny Hanintijo Soemitro, 1986, *Pengantar Ilmu Hukum, Buku Materi Pokok, Modul 1-5*, Universitas Terbuka, Karunika, Jakarta.
- Satjipto Rahardjo, 1986, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung.
- , 2006, *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- , 2007, *Tidak Hanya Memeriksa dan Mengadili*, Harian Kompas, Jum'at, 2 November 2007, hlm. 6, Jakarta.
- , 2007, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Kompas, Jakarta.
- Shidarta, 1999, *Dasar-dasar Filsafat: Pengantar Mempelajari Filsafat Hukum*, Penerbit Universitas Tarumanagara, Jakarta.
- , 2006, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Keindonesian*, Utomo, Bandung.
- , 2006, *Moralitas Profesi Huukum, Suatu Tawaran Kerangka Berpikir*, Refika Aditama, Bandungg.
- , 2010, *Posisi Penalaran Hukum Progresif dalam Konfigurasi Aliran-aliran Filsafat Hukum (Sebuah Diagnosis Awal)*, Program Magister Ilmu Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.
- Subekti dan Tjitrosudibio, 1971, *Kamus Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta.
- Sudikno Mertokusumo, 2006, *Penemuan Hukum (Sebuah Pengantar)* Liberty, Yogyakarta.
- , 1993, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- , 1999, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta.
- Sumaryono, 1995, *Etka Profesi Hukum, Norma-norma bagi Penegak Hukum*, Kanisius, Yogyakarta.
- Sunaryati Hartono, 1994, *Penelitian Hukum di Indonesia pada Akhir Abad XX*, Alumni. Bandung.
- Soenarko, 1975, *Filsafat Logika I*, Fakultas Hukum, Universitas Jember.

- Utrecht, 1983, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Ichtisar Baru, Jakarta.
- van Apeldoorn, 1954, *Inleiding tot de Studie van Het Nederlandsche Recht*, N.V. Uitgeversmaatschappij, W.E.J. Tjeeng Willink, Zwolle.
- van Bemmelen, 1984, *Hukum Pidana I*, Bina Cipta, Jakarta.
- van Eikema Hommes, disadur oleh Bernard Arief Sidharta, 2004, *Hubungan Aspek Hukum dan Aspek Kehidupan Lain*, Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung.
- van Vollenhoven, 1981, *Penemuan Hukum Adat*, Djambatan, Jakarta.
- Wiarda, G.J., 1980, *Drie Typen van Rechtsvinding*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle.
- Wim van Dooren, 1981, *Dialektik, Vragenderwijs*, Assen Amsterdam, dalam Bernard Arief Sidharta, 2000, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung.
- Wojowasito, 2001, *Kamus Umum Belanda-Indonesia*, Ichtisar Baru van Hoeve, Jakarta.
- Yudha Bhakti Ardhiwisastra, 2000, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Alumni, Bandung.
- Yusuf al-Qardlawi, 1987, *Ijtihad dalam Syariat Islam*, Bulan Bintang, Jakarta.