



PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM DALAM PENYELESAIAN PERKARA PERDATA DI INDONESIA

DISERTASI

**Untuk memenuhi sebagian persyaratan memperoleh gelar
Doktor Ilmu Hukum**



Oleh :

**YAKUP GINTING
NIM. 0630104033**

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
HUKUM PERDATA**

**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS BRAWIJAYA
MALANG
2011**



Persetujuan Ujian Terbuka

**PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM DALAM PENYELESAIAN PERKARA PERDATA DI
INDONESIA**

Oleh :
YAKUP GINTING
NIM. 0630104033

Menyetujui :

Promotor,

Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H.

Ko-Promotor 1,

Ko-Promotor 2,

Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H., M.H.

Dr. Suhariningsih, S.H.S.U.

Mengetahui:

Ketua
Program Doktor Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Brawijaya

Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H., M.H.

**JUDUL DISERTASI**

PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM DALAM PENYELESAIAN PERKARA PERDATA DI
INDONESIA

Nama mahasiswa : Yakup Ginting

NIM : 0630104033

Program Studi : Ilmu Hukum

Minat : Hukum Perdata

KOMISI PROMOTOR

Promotor : Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H.

Ko-Promotor : Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H., M.H.

Ko-Promotor : Dr. Suhariningsih, S.H., S.U.

DOSEN PENGUJI

Dosen Penguji 1 : Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H.

Dosen Penguji 2 : Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H., M.H.

Dosen Penguji 3 : Dr. Suhariningsih, S.H., S.U.,

Dosen Penguji 4 : Prof. Dr. Isrok, S.H., M.S.,

Dosen Penguji 5 : Dr. A. Rachmad Budiono, S.H., M.H.,

Dosen Penguji 6 : Dr. Jazim Hamidi, S.H., M.H.,

Dosen Penguji 7 : Prof. Dr. Y. Sogar Simamora, S.H., M.Hum

Tanggal Ujian : 15 Desember 2011

SK penguji :



PERNYATAAN ORISINALITAS DISERTASI

Dengan ini saya menyatakan:

1. Disertasi ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik (Sarjana, Magister, dan/atau Doktor), baik di Universitas Brawijaya maupun di perguruan tinggi lain.
2. Disertasi ini adalah murni gagasan, rumusan dan penelitian saya sendiri tanpa bantuan pihak lain, kecuali arahan tim promotor.
3. Dalam Disertasi ini tidak terdapat karya pendapat yang telah ditulis atau telah dipublikasikan orang lain, kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan disebutkan nama pengarang dan dicantumkan sebagai catatan serta dalam daftar pustaka.
4. Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila dikemudian hari terdapat ketidak benaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi akademik berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh karena karya tulis ini serta sanksi lainnya yang sesuai dengan norma yang berlaku di perguruan tinggi.

Malang, 15 Desember 2011

Yang membuat pernyataan

Nama : Yakup Ginting

NIM : 0630104033



MOTO DAN PERSEMBAHAN

*Sarungkanlah Pisau Kepastian itu,.....
Rubahlah menjadi cangkul.....
Untuk menggali air segar di sawah kita....*

Karya Ilmiah ini kupersembahkan kepada
Almarhum Bapak dan Ibu Saya terkasih
Bapak Mertua A.Pinem dan Ibu Mertua S.Sembiring tercinta
Istriku tersayang Sabarina Pinem
Ketiga Anak-Anakku,
Fitria Handayani Ginting,SH.,M.Kn./Kalpin Tarigan,ST.,
Maria Krista ulina Ginting,SH.,M.Kn. /Handi Kacaribu,S.H., M.H. dan
Kris Semionta Ginting,
serta Cucu Kami, Karen Theodolita Tarigan.

**DAFTAR RIWAYAT HIDUP**

Nama : YAKUP GINTING.SH.,CN.,M.Kn.
 Tempat, Tanggal Lahir : Regaji 05 Juni 1954
 Agama : Keristen Protestan
 Pekerjaan : Hakim Tinggi/Hakim Tinggi Tipikor
 Alamat rumah dan kantor : Komplek Darma No.20 JL. Achmad Yani Banjarmasin
 : Jl.MT.Haryono No.46 Banjarmasin
 Nama Istri : Sabarina Pinem
 Nama Anak : 1. Fitria Handayani Ginting.SH.,M.Kn.
 2. Maria Krista ulina Ginting.SH.,M.Kn.
 3. Kris Semionta Ginting.
 Riwayat Pendidikan : - SDN Suka Kabupaten Karo
 - SMP R.K. Xaverius Kabanjahe
 - SMA Masehi Kabanjahe
 - SPPH Bandung
 - S1 Universita Pasundan Bandung
 - Spesialis Kenotariatan UNPAD, Bandung
 - S2.PPS.Universitas Sumatera Utara Medan
 - S3.PPS.Universita Brawijaya Malang
 Riwayat Pekerjaan : - PNS.Depkes RI.Diperbantukan di Kotamadya DT II Bandung
 - Calon Hakim PN.KLS I. A. Bandung
 - Hakim PN.Simalungun
 - Hakim PN.Gunung Sitoli
 - Hakim PN.Lubuk Pakam
 - WKPN KLS I.B. Atambua
 - KPN KLS I.B. Atambua
 - Hakim/Niaga PN/Niaga Surabaya
 - Hakim Tinggi/Hakim Tinggi Tipikor PT.Kalimantan selatan di Banjarmasin
 Pengabdian : - Dosen Luar Biasa USI Pematang Siantar Sumut tahun 1990 s/d 1996
 - Dosen Luar Biasa Universitas PGRI Kupang/Atambua tahun 2002 s/d 2005
 - Dosen Luar Biasa STISIP Fajar Timur Kupang Atambua Tahun 2003 s/d 2005
 - Tim Perunding Pemerintah RI –Timor Leste
 - Tim Perumus Perma no 1 Tahun 2002
 - Trainer Kode Etik PPH Hakim Wil PT.Kalsel.



RINGKASAN

Pembangunan hukum sebagai salah satu bidang dalam pembangunan nasional, bertujuan membentuk tata hukum dalam suatu sistem dari berbagai sistem yang telah ada, termasuk peraturan perundang-undangan, maupun kelembagaan, sumber daya manusianya yang menjadi pelaku kehidupan hukum dan yang memperoleh manfaat dari hukum itu. Undang-undang sulit untuk sempurna, karena begitu pembuat undang-undang merumuskan dengan kalimat kalimat atau kata-kata dalam pasal-pasal undang-undang dengan mendasarkan perilaku kehidupan masyarakat pada waktu itu dan dengan membayangkan perilaku masyarakat pada waktu mendatang, sejak saat itu undang-undang tersebut diam dengan segala keabstrakannya (*statis*), sedangkan di lain pihak masyarakat ternyata terus menerus berubah perilaku kehidupannya (*dinamis*). Perkembangan masyarakat melalui kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi yang semakin pesat telah menimbulkan pergeseran nilai-nilai hukum dalam masyarakat yang berpengaruh pada kehidupan hukum di Indonesia, akan tetapi dalam masyarakat tertentu masih ada nilai-nilai hukum yang tetap hidup lestari. Hakim sering menjumpai peristiwa hukum perdata yang hukumnya tidak sempurna, ketidak sempurnaan hukum tersebut harus diatasi oleh hakim dengan jalan menemukan hukumnya, agar dapat diterapkan terhadap peristiwanya, sehingga dapat dihasilkan putusan yang ideal. Maka hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, tidak hanya sebagai terompet undang-undang, tapi juga terompet keadilan karena hakim membentuk hukum (*judge made the law*) melalui penemuan hukum (*rechtsvinding*), sehingga fungsinya di samping sebagai penegak hukum dan keadilan juga sekaligus berfungsi sebagai pembaharu hukum.

Kewajiban hakim menerobos hukum misalnya tentang keabsahan perkawinan Adat Karo, perkawinan Adat Cina, Keabsahan Akta Notaril dan lainnya masih dilematis, kerena terdapat pro dan kontra, berkaitan dengan sistem hukum *civil law* yang dianut di Indonesia, dianggap undang-undang itu sempurna, hakim hanya menerapkan undang-undang, maka hakim dianggap telah menyerobot kekuasaan pembuat undang-undang, sedang pihak lain menyatakan hakim itu bukanlah membuat hukum dari tidak ada menjadi ada, sebab hukumnya itu sendiri sudah ada di dalam perilaku kehidupan masyarakat, bagaikan seseorang menimba air dari sumur kemudian menyajikan, demikian juga hakim hanya mengangkat ke permukaan, menggali dan menjelaskannya kemudian dijadikan alasan dan dasar hukum pertimbangan putusannya. Keberatan lain dikatakan hakim telah melanggar asas ultra petita, karena mengabulkan lebih dari apa yang dituntut, sementara pihak yang menyetujui menyatakan terobosan itu masih dalam rangka fungsi hakim memberikan keadilan dan keseimbangan dalam masyarakat. Perakteknya hakim merasa ragu dan jarang melakukan penemuan hukum. Isu hukum tersebut dianggap menarik diteliti, dianalisa bertujuan untuk memahami bagaimana pola pikir hakim berkaitan dengan: Dasar, tahapan dan pola pertimbangan hukum putusan hakim dalam hal melakukan penemuan hukum. Penelitian ini bersifat penelitian hukum normatif mengkaji mengenai bahan hukum yaitu 1).Primer, 2).Sekunder, 3).Tersier. Pendekatan yang digunakan yaitu: Pendekatan kasus, UU dan konsep. Dengan pisau analisa teori negara hukum dan perlindungan hukum, teori



penegakan dan berlakunya hukum serta teori, sumber hukum dan metode penemuan hukum. Hasil penelitian menunjukkan bahwa:

1. Dasar hukum penemuan hukum oleh hakim sudah diatur dalam hukum positif Indonesia, (UU.Kekuasaan Kehakiman, UU.Peradilan Umum, UU. Mahkamah Agung) hakim merdeka, mandiri membuat pertimbangan hukum, menerapkan makna mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang, sehingga dihasilkan putusan yang sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hal ini dapat dipahami bahwa hakim memutuskan dengan hukum yang berlaku atau hukum yang hidup dalam masyarakat. Hakim yang baik dalam membuat putusan dapat dikaji dari beberapa perspektif, yaitu: perspektif intelektual, etik, penguasaan hukum, kesadaran beragama dan teknis peradilan.
2. Terdapat tahap-tahap penemuan hukum yang dianggap tepat untuk dilaksanakan oleh hakim melalui tahapan, yaitu: mengkonstatasi, mengkualifikasi, mengkonstitusi dengan memperhatikan pola penemuan hukum dan tahap menerapkan aturan hukum pada peristiwa kongkret serta merumuskan aturan hukum dalam format putusan (hakim bersifat otonom) Dan tahapan penerapan hukum atau menerapkan hukum apa adanya, yaitu tetap juga dilakuan dengan tahap mengkonstatasi, mengkualifikasi dan mengkonstitusi dan langsung menerapkan hukum tertulis pada peristiwa hukumnya tanpa melakukan penemuan hukum (hakim bersifat heteronom)
3. Terdapat 4 (empat) pola penemuan hukum, yaitu (1) apabila peristiwa kongkret telah diatur dalam undang-undang tetapi tidak jelas, maka hakim dapat melakukan interpretasi (*gramatikal, sistematis, teleologis sosiologis, autentik/resmi*); (2) apabila peristiwa kongkret telah diatur dalam undang-undang tetapi ternyata ketentuan-ketentuan tersebut sudah usang, maka hakim akan melakukan interpretasi (*ekstentif, restriktif, dan futuristik*); (3) apabila terdapat kekosongan hukum atau tidak diatur dalam undang-undang, maka hakim akan melakukan penemuan dengan menggunakan *metode analogi dan argumentus a contrario* atau dengan menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat; (4) apabila peristiwa kongkret telah diatur, tapi bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat, maka hakim akan melakukan interpretasi atau menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat ataupun dengan asas hukum.

Memahami hasil penelitian dalam disertasi ini, direkomendasikan sebagai berikut:

1. Kemandirian dan kebebasan hakim yang telah diatur dalam undang-undang, sekaligus melalui kekayaan intelektual dan kematangan jiwa dan etika, tetap disempurnakan karena melalui kemandirian dan kebebasan hakim dapat menemukan hukum yang sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat yang merupakan salah satu tuntutan reformasi. Dasar putusan hakim yang utama adalah hukum tertulis, kecuali undang-undang tidak sempurna maka hakim wajib melakukan penemuan hukum dan penerapannya harus diperlakukan sama kepada setiap orang dalam arti tidak membeda-bedakan orang (*equality before the law*). Mengingat saat ini sudah tidak pada tempatnya apabila hakim yang hanya menjadi corong undang-undang tetapi haruslah menjadi corong keadilan.



2. Perlu dipertegas dan disosialisasikan melalui Surat Edaran Mahkamah Agung agar setiap pertimbangan hukum putusan hakim harus melalui tahap mengkonstatasi, mengkualifikasi, mengkonstitusi dan menerapkan aturan hukum itu pada peristiwa kongkret serta merumuskannya dalam format putusan. Tahapan ini haruslah dibuat secara benar dan tepat baik urutannya maupun isinya, untuk memenuhi transparansi publik dan akuntabilitas putusan hakim khususnya pada para pihak dan akademisi dapat memberikan masukan.
3. Agar Mahkamah Agung mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung tentang pedoman penemuan hukum bagi hakim di Indonesia, dengan masukan hasil penelitian ini, dan juga mempertegas kedudukan yurisprudensi tetap sebagai sumber hukum bagi hakim. Serta bagi akademisi kiranya dapat dilakukan penelitian lanjutan terkait untuk penyempurnaan penelitian hukum ini.



SUMMARY

Law development is a specific field in the national development which is aimed at establishing law order into a system among various existing systems. These systems may be statutes, law bodies or its resources with its distinctive legal life behavior and its exertion to take benefit from the law. It is difficult to find perfect laws because the sentences or words in the article of statutes are formulated by emphasizing on the life behavior of the community at the time when the law is formulated and recognizing their future behavior. Therefore, statutes always remain silent with their abstract (static) but community continually changes for their life behavior (dynamic). The community development through the advance of knowledge and technology may shift the law values, thus influencing the law well being of Indonesia. However, some law values have been retained by some communities. The judge can see a case when the civil law is not perfectly in effect. Law imperfection must be acknowledged by the judge in finding the path of law, to be applied in the appropriate event such that the ideally final decision can be given. Judge as the enforcing officer for the law and justice may not only stand as the law trumpet, but also trumpet of justice because judge can make the law through law invention (*rechtsvinding*). Therefore, in addition to act as the law and justice enforcing officers, judge also functions as the law inventor.

The suspicion against the judge for infiltration of law in deciding on the case of Karo custom marriage, Chinese custom marriage, Notary Validation, and others, becomes a problematic. There are pro and contra standings. In respect to civil law of Indonesia, the law is considered as perfect. Judge only complies with law but bypass the law maker. In other hand, judge is not the maker of law or brings nothing into a thing because the law itself has been developed in the community behavior. It seems emerged as if someone takes water from well. Judge brings the water into a surface and explains the reason and base of law behind the decision. Other skepticism insists on regarding the judge as infiltrating the *ultra petita* principle because judge may give more than has been required. Other opinion agrees that the infiltration is still in the functional sphere of judge to keep the balance of the community. However, judge is usually in doubt and rare to invent the law. Such law issues must be dealt further to understand the frame of thought of the law in relative with base, stage and pattern of law consideration of the judge during the invention of law. The type of this research is normative study to explore the law materials such as (1) primary, (2) secondary, and (3) tertiary. The approach is conducted in term of case, statute, and concept. The analysis devices include the theory of law state and law protection; the theory of law enforcement and validation, and the theory of law source as well as the law invention method. Result of research indicates that:

1. Law invention base used by the judge should be explained in the positive law realm of Indonesia. Judge must be independent in considering the law or in applying the significance of law without discrimination such that the decision which is appropriate to the law values and sense of justice is possibility to make. Judge can decide with the prevailed law or with law used in the community. The good judge will produce a judgment which is possible to be



reviewed in some perspectives, such intellectual, ethic, law empowerment, religious awareness, and judicial technique.

2. Law invention stages are estimated such as constatiryng, qualifying, constituting, and considering the law invention pattern and law application in the concrete event (judge is autonomous). The law application stages also involve constatiryng, qualifying, constituting, and applying the written law onto the law event without law invention (judge is heterogeneous).
3. Four patterns of law invention are found. (1) If the concrete event is not clearly defined in the statute, judge can do interpretation (grammatical, systematic, sociology-teleology, authentic/official); (2) If the concrete even in the statute has obsolete provisions, judge can do interpretation (extensive, restrictive, and futuristic); (3) if law vacuum or without-presence is apparent in the statute, judge invent the law by using analogy method and *argumentus a contrario* or by exploring law values and sense of justice in the community; and (4) if the concrete event is already explained, but in contrast to sense of justice in the community, judge do interpretation or exploring the law values and sense of justice in the community.

Based on the result of research, it is recommended that:

1. the autonomy and independence of the judge must be improved because these characteristics allow the judge to invent the law which corresponds with the law awareness of the community as one of their demand of reformation. Main base of law of the judge is written law except for the case of the imperfect statute. In the imperfect case, judge begins to invent law and the application supposes to be equal for any people (equality before the law). Recent days, it is not usual to see judge as the loudspeaker of law, but as the loudspeaker of justice.
2. It is needed to determine and to socialize the law decision of the judge through four stages such as constatiryng, qualifying, constituting, and applying the law onto concrete event in the decision format. These stages must be passed appropriately and precisely in term of order and content to meet the public transparency.
3. Supreme Court should release the written rule about the manual of law invention for the judge of Indonesia. It is useful to strengthen the input of research for the fixed jurisdiction as the law source of the judge. The academicians can use this legal research as the touchstone of further research.



UCAPAN TERIMA KASIH

Puji syukur kuhaturkan, kepada Tuhan Yang Maha Esa, hanya karena Rahmat dan Hidayahnya akhirnya penulis dapat menyelesaikan penelitian disertasi ini yang berjudul "Penemuan Hukum oleh Hakim dalam menyelesaikan Perkara Perdata di Indonesia", sebagai tugas akhir dan syarat yang harus dipenuhi guna menyelesaikan studi program Doktor Ilmu Hukum Program Pasca Sarjana Universitas Brawijaya Malang.

Penelitian ini memfokuskan bagaimana upaya-upaya yang dilakukan oleh Hakim dalam menjalankan tugasnya untuk memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya dalam hal hukumnya tidak jelas, tidak mengatur atau sudah usang ataupun terjadi pertentangan antara undang undang dengan nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, dengan cara melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Penelitian dalam bentuk disertasi ini dapat penulis selesaikan, maka secara jujur harus saya akui banyak dukungan dari para Guru Besar, Dosen-Dosen, Instansi terkait, Sahabat-sahabat dan siapapun yang secara tulus ikhlas mendorong, memberi semangat, untuk itu penulis mengucapkan syukur kepada Tuhan Yang Maha Esa dan menyampaikan rasa terima kasih, dan penghargaan setinggi-tingginya kepada yang terhormat:

1. Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H. sebagai Promotor yang ditengah kesibukannya sebagai Wakil Ketua dan Hakim Mahkamah Konstitusi, yang sangat sibuk dalam tugas mengawal konstitusi maupun dinas diluar kantor tapi masih dapat dengan penuh perhatian memberi semangat, bimbingan dan saran yang sangat mendasar sehingga sangat berharga dalam menyelesaikan disertasi ini;
2. Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H., M.H., selaku Ko-Promotor I dan sekaligus selaku Ketua Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Brawijaya, yang telah banyak memberikan kata-kata petuah, dorongan semangat dan pendalaman materi serta metode penulisan disertasi ini, serta memfasilitasi dalam kelancaran studi hingga disertasi ini selesai;



3. Dr. Suhariningsih, S.H., S.U., selaku Ko-Promotor II, dengan keramahannya, kesabaran sebagai seorang ibu yang baik dan ketelitiannya dalam memberikan koreksi serta masukkan berharga demi selesainya disertasi ini;
4. Prof. Dr. Isrok, S.H., M.S., dalam kapasitasnya sebagai tim penguji dan juga sebagai tim penguji proposal disertasi ini, serta sebagai pembina mata kuliah penunjang yang memberikan bimbingan, dorongan karena setiap bertemu menanyakan kapan selesai dan masukan penyelesaian disertasi ini;
5. Dr. A. Rachmad Budiono, S.H., M.H., dalam kapasitasnya sebagai tim penguji dan juga sebagai tim penguji proposal disertasi ini, serta sebagai pembina mata kuliah penunjang yang telah memberikan bimbingan dan masukan yang filosofati untuk penyelesaian disertasi ini;
6. Dr. Jazim Hamidi, S.H., M.H., dalam kapasitasnya sebagai tim penguji disertasi, sebagai pembina mata kuliah penunjang yang telah memberikan bimbingan cara menuliskan perpaduan antara: peraturan, aturan, doktrin serta pengalaman hakim untuk penyelesaian disertasi ini.
7. Prof.Dr.Yohanis Sogar Simamora, S.H.,M.Hum. dalam kapasitasnya sebagai penguji eksternal, ditengah kesibukannya sebagai Guru Besar di Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya, yang masih meluangkan waktu untuk memberikan masukan untuk kesempurnaan disertasi ini;
8. Dr. Muhammad Alim, S.H., M.Hum., dalam kapasitasnya sebagai penguji eksternal, (tertutup) di tengah-tengah kesibukannya sebagai hakim Mahkamah konstitusi yang masih meluangkan waktu untuk memberikan masukan dan koreksi mendasar untuk perbaikan disertasi ini;
9. Rektor Universitas Brawijaya, yang telah memberi kesempatan kepada saya untuk mengikuti pendidikan Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya;
10. Direktur Pascasarjana Universitas Brawijaya,yang telah memberi kesempatan kepada penulis untuk menjadi mahasiswa Program Doktor dan akhirnya dapat menyelesaikan studi Program Doktor Ilmu Hukum;
11. Dekan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Bapak Dr. Sihabudin.SH.M.H. beserta staf, yang telah memberi kesempatan kepada penulis dalam menyelesaikan studi Program Doktor Ilmu Hukum;



12. Para Guru Besar dan Dosen Pascasarjana Universitas Brawijaya bidang Ilmu Hukum yang telah menyebarkan keilmuannya termasuk kepada penulis;

13. Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia melalui, Ketua Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin, Ketua Pengadilan Tinggi Surabaya, Ketua Pengadilan Negeri Malang dan Ketua Pengadilan Negeri Kabanjahe di Kabupaten Karo yang telah memberikan data berupa salinan putusan terkait dengan penelitian ini;

14. Teman-teman sejawat, seangkatan yang secara langsung atau tidak langsung turut memotivasi dan mendorong saya untuk segera atau secepatnya menyelesaikan studi Program Doktor Ilmu Hukum;

15. Semua orang tuaku, keluargaku, saudaraku, yang telah merestui untuk studiku dan mendorong untuk segera menyelesaikan studi Program Doktor Ilmu Hukum;

16. Istriku tercinta dan tersayang Sabarina Pinem, Anak-anakku Fitria Handayani Ginting.SH.,M.Kn./Kalpin Tarigan ST, Maria Krista ulina Ginting.SH.,M.Kn./Handi Karo-Karo.SH.,MH. dan Kris Semionta Ginting. serta Cucu kami Karen Theodolita Tarigan.

17. Semua kerabat, sahabat, handai taulan yang tidak dapat saya sebut satu persatu, telah memberikan dorongan semangat dan pergumulan doa restu.

Penulis menyadari apa yang disajikan dalam hasil penelitian ini sangat jauh dari sempurna oleh karena itu keritik dan saran sangat diharapkan untuk kesempurnaan disertasi ini.

Akhirnya, penulis berharap semoga disertasi ini dapat bermanfaat bagi Bapak dan Ibu Hakim yang menangani perkara perdata khususnya di lingkungan peradilan umum, masyarakat atau pihak-pihak yang mempunyai ketertarikan dengan penelitian ini serta dapat bermanfaat dalam pengembangan ilmu hukum khususnya hukum perdata dan hukum acara perdata;

Malang, 15 Desember 2011

Penulis,

Yakup Ginting



KATA PENGANTAR

Puji syukur saya panjatkan kehadirat Tuhan Yang Maha Esa, hanya karena Rahmat dan HidayahNya akhirnya penulis dapat menyelesaikan penelitian disertasi yang berjudul "Penemuan Hukum oleh Hakim dalam menyelesaikan Perkara Perdata di Indonesia", sebagai tugas akhir dan syarat yang harus dipenuhi guna menyelesaikan studi program Doktor Ilmu Hukum Program Pasca Sarjana Universitas Brawijaya Malang.

Penelitian hukum ini dilakukan dengan latar belakang, pengalaman dari pekerjaan sehari-hari dari peneliti sebagai Hakim/Hakim Niaga di Pengadilan Negeri/Niaga dan sebagai Ketua Pengadilan Negeri serta sebagai Hakim Tinggi /Hakim Tinggi Tipikor (perkara tindak pidana korupsi) pada Pengadilan Tinggi, dirasakan masih banyak permasalahan dalam memeriksa, dan mengadili serta menyelesaikan perkara-perkara perdata, berkaitan dengan penerapan hukum terhadap peristiwa kongkret yang menjadi titik sengketa dari para pihak, masalah itu muncul oleh karena relevansi antara undang-undang yang bersifat (*statis*) dengan perkembangan masyarakat yang terus bergerak dan berubah (*dinamis*), sehingga undang-undang tidak jelas, sudah usang, tidak mengatur dan adanya pertentangan antara undang-undang dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hakim wajib mengadili dengan menyebutkan pasal-pasal dari undang-undang atau hukum tidak tertulis mana yang dijadikan sebagai alasan dan dasar hukum putusan untuk menyelesaikan perkara perdata tersebut, sehingga mendorong Hakim untuk melakukan penemuan hukum dengan metode yang dapat dipertanggung jawabkan untuk mencapai putusan yang berkeadilan, berkepastian hukum dan bermanfaat, sehingga akan mendapat dukungan tentang kewenangan hakim melakukan penemuan hukum. Penelitian ini memfokuskan bagaimana upaya-upaya yang dilakukan oleh Hakim dalam menjalankan tugasnya untuk menyelesaikan perkara dalam hal hukumnya tidak sempurna dengan cara melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).



Penulis menyadari apa yang disajikan dalam hasil penelitian ini sangat jauh dari sempurna oleh karena itu kritik dan saran sangat diharapkan untuk kesempurnaan disertasi ini.

Akhirnya, penulis berharap semoga disertasi ini dapat bermanfaat bagi Bapak dan Ibu Hakim yang menangani perkara perdata di lingkungan peradilan umum, masyarakat atau pihak-pihak yang mempunyai ketertarikan dengan penelitian ini serta dapat bermanfaat dalam pengembangan ilmu hukum khususnya hukum perdata dan hukum acara perdata;

Malang, 15 Desember 2011

Penulis,

Yakup Ginting



DAFTAR ISI

	Halaman
LEMBAR JUDUL	i
HALAMAN PENGESAHAN	ii
DAFTAR TIM PENGUJI	iii
PERNYATAAN ORISINALITAS DISERTAS	iv
HALAMAN MOTTO DAN PERSEMBAHAN	v
DAFTAR RIWAYAT HIDUP	vi
RINGKASAN	vii
SUMMARY	x
UCAPAN TERIMA KASIH	xii
KATA PENGANTAR	xv
DAFTAR ISI	xvii
DAFTAR BAGAN	xxi
DAFTAR SINGKATAN	xxii
BAB I PENDAHULUAN	1
1.1. Latar Belakang	1
1.2. Rumusan Masalah	35
1.3. Tujuan Penelitian	36
1.4. Manfaat Penelitian	36
1.5. Orisinalitas Penelitian	37
1.6. Kajian Pustaka	40
1.6.1. Tugas Pokok Hakim dalam Penemuan Hukum	40
1.6.2. Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perkara Perdata	47
1.6.3. Penemuan Hukum dengan Cara Menggali Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan Yang Hidup Dalam Mayarakat	56
1.7. Desain Penelitian	61
1.8. Metode Penelitian	66
1. Jenis Penelitian	66
2. Metode Pendekatan	67
3. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum	68
4. Metode Penyajian Bahan Hukum dan Analisis	70
1.9. Sistematika Penulisan	71



BAB II KERANGKA TEORITIK	74
2.1. Teori Negara Hukum dan Perlindungan Hukum	74
2.2. Teori Penegakan Hukum dan Berlakunya Hukum	84
2.3. Teori-Teori Tentang Sumber Hukum	94
2.4. Teori atau Metode Penemuan Hukum	112
BAB III HASIL DAN ANALISIS	124
3.1. Dasar Pertimbangan Hukum oleh Hakim Untuk Melakukan Penemuan Hukum dalam Penyelesaian Perkara Perdata	124
3.1.1. Kekuasaan Kehakiman yang Merdeka dan Mandiri.....	143
3.1.2. Hakim Mengadili Menurut Hukum dengan Tidak Membeda-bedakan orang	167
3.1.2.1. Makna Hakim Mengadili Menurut Hukum	198
3.1.2.2. Makna Hakim Mengadili dengan Tidak Membeda-bedakan Orang	211
3.1.3. Putusan Hakim Sebagai Penemuan Hukum dalam Penyelesaian Perkara Perdata ditinjau dari Beberapa Perspektif (Sudut Pandang)	233
3.1.3.1. Putusan Hakim dalam Perspektif (Sudut Pandang) Intelektual	244
3.1.3.2. Putusan Hakim dalam Perspektif (Sudut Pandang) Etik	256
3.1.3.3. Putusan Hakim dalam Perspektif (Sudut Pandang) Hukum	268
3.1.3.4. Putusan Hakim dalam Perspektif (Sudut Pandang) Kesadaran Beragama	276
3.1.3.5. Putusan Hakim dalam Perspektif (Sudut Pandang) Teknis Peradilan	285
3.2. Tahap-Tahap Penemuan Hukum yang Dapat Dilakukan Oleh Hakim dalam Penyelesaian Perkara Perdata Di Indonesia	297
3.2.1. Putusan Hakim sebagai Sarana Rekayasa Hukum	306



3.2.2. Hakim Mengkonstatasi, Mengkualifikasi, Mengkonstitusi, Menerapkan Aturan Hukum dalam format putusan dan Menerapkan Hukum Apa Adanya	315
3.2.2.1. Hakim Mengkonstatasi pada Peristiwa Hukum	327
3.2.2.2. Hakim Mengkualifikasi Peristiwa Kongkret	347
3.2.2.3. Hakim Mengkonstitusi Aturan Hukum pada Peristiwa Kongkret	353
3.2.2.4. Hakim Menerapkan Aturan Hukum dalam Format Putusan	387
3.2.2.5. Hakim Menerapkan Aturan Hukum Apa Adanya	393
3.2.3. Kewajiban Hakim Untuk Menggali, Mengikuti dan Memahami Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan yang Hidup dalam Masyarakat	400
3.2.3.1. Kewajiban Hakim Untuk Menggali, Mengikuti dan Memahami Nilai-Nilai Hukum	403
3.2.3.2. Kewajiban Hakim Untuk Menggali, Mengikuti dan Memahami Rasa Keadilan yang Hidup dalam Masyarakat	414
3.2.3.3. Putusan Hakim yang Mencerminkan Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan yang Hidup dalam Masyarakat	423
3.3. Pola Penemuan Hukum Oleh Hakim yang Tepat untuk Digunakan dalam Penyelesaian Perkara Perdata Agar Sesuai Dengan Rasa Keadilan Masyarakat	432
3.3.1. Pola Penemuan Hukum Akibat Peraturan Perundang-undangan Tidak Jelas	444
3.3.2. Pola Penemuan Hukum Akibat Peraturan Perundang-undangan Sudah Usang	451
3.3.3. Pola Penemuan Hukum Akibat adanya Kekosongan Undang-undang	458



3.3.4. Pola Penemuan Hukum Akibat Peraturan Perundang-undangan yang ada bertentangan dengan Rasa Keadilan Masyarakat 468

BAB IV KESIMPULAN DAN REKOMENDASI 482

4.1. Kesimpulan 482

4.2. Rekomendasi 485

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN-LAMPIRAN

1. Salinan Putusan Mahkamah Agung R.I. No. 1776 K/Pdt/2007 tanggal 28 Juli 2008.
2. Salinan Putusan Pengadilan Negeri Kabanjahe No. 2/Pdt.G/1999/PN.Kbj. Tanggal 2 Maret 1999.
3. Salinan Putusan Pengadilan Tinggi Banjarmasin No. 46/PDT/2010/PT.BJM. Tanggal 31 Agustus 1010.



DAFTAR BAGAN

Halaman

Bagan 1. Desain Penelitian tentang Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Menyelesaikan Perkara Perdata di Indonesia 63

Bagan 2. I. Prosedur dan Waktu Penerimaan Perkara Perdata 299

Bagan 3. II. Sidang Dilanjut Karena Mediasi Gagal 300

Bagan 4. III. Pemberkasan Perkara Banding 300

Bagan 5. IV. Pemberkasan Perkara Kasasi 301

Bagan 6. V. Penerimaan Pemberkasan Perkara Peninjauan Kembali 301

Bagan 7. Prosedur Perkara Perdata Di Pengadilan Tinggi 302

Bagan 8. Pola Penemuan dan Penerapan Hukum oleh Hakim 440

Bagan 9. Penerapan Hukum Oleh Hakim Pada Perkara Perdata yang Telah Diatur dan Jelas dalam Perundang-Undangan 442

Bagan 10. Pola Penemuan Hukum Oleh Hakim Pada Perkara Perdata yang Diatur dalam Perundang-Undangan Tetapi Tidak Jelas 450

Bagan 11. Pola Penemuan Hukum Oleh Hakim Pada Perkara Perdata yang Diatur dalam Perundang-Undangan Tetapi Sudah Usang 457

Bagan 12. Pola Penemuan Hukum Oleh Hakim Pada Perkara Perdata yang Tidak Diatur dalam Perundang-Undangan atau Terdapat Kekosongan Undang-Undang 466

Bagan 13. Pola Penemuan Hukum Oleh Hakim Pada Perkara Perdata yang Diatur dalam Perundang-Undangan Tapi Bertentangan dengan Rasa Keadilan Masyarakat 475



DAFTAR SINGKATAN

AB : *Algemene Bepalingen Van Wetgeving*

BRv : *Reglement op de Burgerlijk Rechtsvoordering*

G : Gugatan

HIR : *Herziene Inlandsch Reglement*

IS : *Indonesisch Staatsreling*

Jo : Junto

K : Kasasi

KPN : Ketua Pengadilan Negeri

KPT : Ketua Pengadilan Tinggi

MA RI : Mahkamah Agung Republik Indonesia

Pdt : Perdata

PERMA : Peraturan Mahkamah Agung

PK : Peninjauan Kembali

PN : Pengadilan Negeri

PT : Pengadilan Tinggi

RBg : *Het Reglement voor de Buitengewesten*

Reg : Register

SEMA : Surat Edaran Mahkamah Agung

Stbl : *Staatblad*

UU : Undang-Undang

UUD : Undang-Undang Dasar



BAB I

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Dalam kerangka pembangunan nasional, pembangunan hukum merupakan bidang kehidupan masyarakat yang harus dibangun, sehingga dapat menunjang pembangunan nasional pada umumnya, maka suatu keharusan dalam memantapkan suatu landasan yang memungkinkan pembangunan hukum tumbuh dan berkembang atas kekuatan hukum sendiri sebagai suatu sistem hukum nasional yang bersumber dari jiwa bangsa sendiri dan mengabdikan pada kepentingan nasional. Ide kerangka landasan pembangunan hukum di Indonesia ini ditampilkan di dalam era pembangunan dimana sebenarnya telah terselenggara adanya pembangunan hukum pada masyarakat kita yang telah ada hukumnya.

Pada dasarnya pembangunan hukum tersebut merupakan upaya membentuk tata hukum sebagai suatu sistem atau membentuk suatu sistem dari pelbagai sistem yang telah ada, berarti termasuk penerapan dan ketegasannya. Hal tersebut baik yang termasuk perangkat lunak seperti peraturan perundang-undangan dan pranata-pranata lainnya, maupun mengenai perangkat keras atau perangkat nyata, seperti kelembagaan dan sumber daya manusianya (*brainware*), baik yang menjadi pelaku kehidupan hukum, maupun yang memperoleh manfaat dari hukum tersebut.¹

¹ Padmo Wahyono., Dkk, *Kerangka Landasan Pembangunan Hukum*, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1989), hlm. 11-12.



Pelaksanaan pembangunan hukum dalam kebijakan pembangunan nasional telah lama dicanangkan dan secara limitatif telah dituangkan dalam Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat RI No. II/MPR/1983 tentang Garis-Garis besar Haluan Negara sub bidang hukum, telah menetapkan, bahwa salah satu prinsip pokok jalannya penyelenggaraan Pembangunan Nasional adalah asas hukum yang menyatakan setiap warga negara dan penyelenggara negara harus taat kepada hukum, dan negara diwajibkan untuk menegakkan hukum serta menjamin kepastian hukum.

Selain itu telah ditetapkan pula bahwa pembangunan hukum telah menjadi satu bidang yang berdiri sendiri.²

Berkaitan dengan pembangunan materi hukum di satu sisi dipahami hanya sebagai hukum tertulis yakni berupa peraturan perundang-undangan, hukum dipahami sebagai suatu perangkat aturan yang dibuat oleh negara dan mengikat warga negaranya dengan mekanisme keberadaan sanksi sebagai pemaksa untuk penegakan peraturan.³

² Sejak dituangkan dalam TAP MPR No II/1983, maka kedudukan pembangunan hukum Indonesia telah sejajar dengan posisi pembangunan lainnya, yang sebelumnya hanyalah salah satu sektor dalam bidang pembangunan politik. Hal ini memberikan arah pembangunan yang lebih jelas mengingat negara Indonesia adalah Negara Hukum yang bertujuan untuk mewujudkan tata kehidupan bangsa yang sejahtera, aman, tentram, dan tertib. Di mana sasaran pembangunan hukum nasional dimaksud, telah ditetapkan sebagai berikut:

1. Pembangunan materi hukum dalam rangka pembentukan satu sistim hukum nasional
2. Peningkatan penegakan hukum dan pembinaan aparaturnya penegak hukum, serta
3. Peningkatan sarana dan prasarana hukum, dan juga
4. Pembinaan kesadaran hukum masyarakat

³ Dijelaskan bahwa pembentukan undang-undang merupakan proses pembuatan peraturan perundang-undangan yang mencakup menuangkan materi muatan yang akan diatur dalam perundang-undangan di dalam suatu peraturan perundang-undangan dengan suatu bahasa yang baik, singkat tapi jelas, mudah dipahami, dan disusun secara sistematis tanpa meninggalkan tata cara yang sesuai dengan kaidah bahasa Indonesia dalam penyusunan kalimat-kalimatnya. Dalam Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu PerUndang-Undangan*, (Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 1998), hlm. 134.



Rumusan pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (yang telah diganti dengan UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan) menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan "Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan" pada dasarnya dimulai dari perencanaan, persiapan teknik penyusunan, perumusan, pembahasan pengesahan pengundangan dan penyebarluasan. Berdasarkan batasan ini berarti proses pembentukan undang-undang tidak hanya berhenti sampai pada proses pengesahan suatu undang-undang oleh DPR, melainkan terus berlanjut hingga mencakup proses penyebarluasan atau sosialisasi peraturan perundang-undangan tersebut kepada masyarakat luas yang menjadi *addrest* peraturan perundang-undangan terkait.⁴

Rumusan ini dianggap lebih tepat digunakan, karena pembentukan suatu undang-undang haruslah tuntas dan tidak seharusnya hanya berhenti setelah disahkan atau diundangkannya suatu peraturan perundang-undangan, karena bukan tidak mungkin dalam proses penyebarluasan atau sosialisasi bisa terjadi resistensi atau penolakan dari sebagian masyarakat, karena masyarakat menganggap tidak sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat itu, sehingga masih terbuka kemungkinan bagi dilakukannya perbaikan terhadap peraturan perundang-undangan yang baru terbentuk, sehingga dalam hal ini peran umpan balik dari masyarakat memiliki arti yang sangat penting bagi proses pembentukan undang-undang yang utuh dalam rangka pembangunan

⁴ M. Arsyad Sanusi, *Konvergensi Hukum & Teknologi Informasi, (Sebuah Torehan Empiris Yuridis)*, (Jakarta: The Indonesian Research, 2007), hlm. 81.



hukum nasional Republik Indonesia sebagaimana yang dicita-citakan oleh para pendiri atau pejuang kemerdekaan Indonesia melalui Undang-Undang Dasar tahun 1945 sebagai hukum dasar yang tertulis.

Suatu undang-undang sulit untuk sempurna yaitu tidak jelas atau karena tidak lengkap, tidak mengatur, usang atau ada pertentangan. Hal itu disebabkan begitu pembuat undang-undang merumuskan dengan kalimat-kalimat atau kata-kata dalam pasal-pasal undang-undang dengan mempedomani perilaku kehidupan masyarakat pada waktu itu dan dengan membayangkan perilaku masyarakat pada waktu mendatang, maka sejak saat itu undang-undang tersebut diam dengan keabstrakannya (*statis*), sedangkan di lain pihak masyarakat yang dibayangkan si pembuat undang-undang itu ternyata terus berubah pola perilakunya (*dinamis*).⁵

Meskipun pembangunan hukum telah dilaksanakan dan telah banyak memperoleh kemajuan tapi masih saja terus ada tantangan yang dihadapi, diantaranya masih ada lebih kurang 400 buah perangkat hukum kolonial dan sejumlah hukum nasional perlu terus disempurnakan.⁶ Hal ini

⁵ Bandingkan Pendapat Lintong O. Siahaan yang menyatakan "Indonesia karena alasan sejarah sebagai negara hukum menganut sistem hukum *'civil law'* (Eropa Kontinental), yang diwarisi dari pemerintah kolonial Belanda semenjak ratusan tahun yang lalu. Dalam sistem hukum *civil law*, hukum tertulis adalah merupakan primadona sebagai sumber hukum. Hal itu ditandai oleh munculnya suatu gerakan kodifikasi, oleh aliran legisme, yaitu aliran dalam ilmu hukum dan peradilan yang tidak mengakui hukum di luar undang-undang, sedangkan kebiasaan dan ilmu pengetahuan hukum, diakui sebagai hukum apabila undang-undang menunjuknya. Dalam Lintong O. Siahaan, "Peran Hakim Agung dalam Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) dan Penciptaan Hukum (*Rechtsschepping*) pada Era Reformasi dan Transformasi", Artikel dalam *Varia Peradilan*, No. 252 November 2006. Jakarta, 2006, Hlm. 57. Demikian juga pendapat .A. Pontier menyatakan, bahwa undang-undang (kodifikasi) sebagai sarana untuk membatasi hakim, yang karena kebebasannya telah menjurus kearah kesewenang-wenangan atau tirani. J.A Pontier, terj. B.Arief Sidharta, *Penemuan Hukum (Rechtsvinding)*, (Bandung: Unika Parahiyangan, 2000), hlm. 54.

⁶ Mahkamah Agung RI, *Rencana Kerja Bidang Hukum*, (Jakarta: Puslitbang, 1995), hlm. 22.



dapat dimaklumi agar hukum yang berlaku tetap mengikuti dan sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Perkembangan masyarakat melalui kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi yang terus saja semakin pesat telah menimbulkan pergeseran nilai-nilai hukum dalam masyarakat yang berpengaruh pada kehidupan hukum di Indonesia, akan tetapi dalam masyarakat tertentu ada nilai-nilai hukum yang tetap hidup lestari dalam masyarakat itu. Nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dan diakui keberadaannya oleh masyarakat tertentu, itu disebut dengan istilah adat dan kebiasaan.⁷ Apabila kaidah-kaidah itu mempunyai sanksi maka dinamakan hukum adat.⁸

Maknanya hakim menerapkan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai alasan dan dasar hukum putusannya. Dengan demikian, nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat dapat menjadi hukum melalui putusan hakim kemudian menjadi yurisprudensi apabila putusan tersebut telah berkekuatan hukum tetap dan sudah berulang-ulang diikuti oleh hakim yang lain dalam perkara yang sama, dan juga nilai-nilai hukum dan rasa keadilan itu dapat membentuk hukum atau hukum tertulis kalau diangkat oleh pembuat undang-undang ke dalam suatu peraturan perundang-undangan. Sehubungan dengan pembuatan undang-undang, pembuat undang-undang harus dapat

⁷ Di Indonesia pengakuan dan penghormatan terhadap keberadaan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup tersebut, dituangkan dalam ketentuan Pasal 18.B ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945, yang menyatakan "Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang".

⁸ Hukum adat ialah hukum yang hidup dan diakui keberadaannya dalam masyarakat sebagian besar terdiri dari hukum kebiasaan. Di samping itu juga meliputi hukum yang lahir dari keputusan-keputusan hakim yang berisi asas-asas hukum di mana suatu perkara terjadi dan diputuskan. R. Soepomo, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1998), hlm. 11.



membayangkan seluas-luasnya kegiatan kehidupan masyarakat dalam masa yang akan datang. Semakin cepat perubahan pola hidup dalam masyarakat maka semakin cepat pula suatu Undang Undang menjadi usang Hukum tertulis di Indonesia selain peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh lembaga pembuat undang undang juga hukum yang dibuat oleh Pengadilan dalam bentuk yurisprudensi, bukan hanya undang undang setelah melewati kurun waktu tertentu dapat menjadi tidak sempurna lagi, demikian juga yurisprudensi tetap dalam kurun waktu tertentu bisa saja menjadi tidak tetap lagi karena sudah tidak sesuai dengan perkembangan jaman dalam arti sudah tidak sesuai lagi dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian apabila hakim mengambil suatu yurisprudensi sebagai alasan dan dasar hukum putusannya haruslah lebih dahulu menilai keberadaan yurisprudensi tersebut apakah memang masih relevan untuk digunakan sebagai alasan dan dasar hukum putusannya untuk menyelesaikan persoalan hukum yang sedang ditanganinya dengan menghubungkannya terhadap nilai nilai dan rasa keadilan yang sedang hidup dalam masyarakat. Suatu yurisprudensi tetap bisa berlangsung eksis selama berpuluh puluh tahun kemudian setelah itu berubah karena diganti oleh yurisprudensi lain yang baru dalam mengatur masalah yang sama. Maka suatu yurisprudensi yang tetap tidaklah selamanya sebagai yurisprudensi tetap karena harus selalu disesuaikan dengan perkembangan jaman.

Undang undang sebagai hukum tertulis adalah baik tapi kelemahannya untuk membentuk suatu undang-undang memerlukan proses dan waktu yang lama, apabila terjadi benturan kepentingan dalam



masyarakat sehingga terjadi perkara diajukan kepada hakim, sehubungan dengan perkara yang diajukan kepada hakim, hakim terikat dengan norma-norma tertulis dalam rangka hakim menjalankan fungsinya sebagai penegak hukum dan keadilan, dapat diuraikan bahwa hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak jelas atau tidak lengkap ataupun tidak ada hukumnya, melainkan harus memeriksa dan memutus perkara itu. Di samping kewajiban hakim tersebut di atas, diwajibkan pula dalam setiap putusan hakim harus menyebutkan alasan dan dasar putusannya dengan menyebutkan pasal-pasal undang-undang atau hukum tidak tertulis mana sebagai alasan dan dasar hukum putusannya tersebut, kedua kewajiban hakim tersebut harus ditaatinya dalam memeriksa dan mengadili perkara yang dimajukan kepadanya. Karena hakim sebagai penegak hukum dan keadilan harus menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya. Di samping itu berupaya juga untuk menyelesaikan segala persoalan dibalik perkara itu yang mungkin timbul persoalan baru setelah selesai perkara yang sedang ditangani tersebut, untuk menghindari timbulnya persoalan baru tersebut, maka hakim yang baru bertugas disuatu daerah harus segera menerjunkan pola pikirnya ketengah tengah perasaan keadilan masyarakat setempat tersebut, kewajiban hakim untuk menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat diupayakan dengan berbagai cara diantaranya dengan berusaha mendatangkan saksi-saksi ahli di depan persidangan bila perlu dengan bantuan penterjemah yang kemudian keterangan saksi ahli tersebut dapat diambil sebagai alasan dan dasar hukum putusan dari perkara yang sedang dimajukan kepadanya.



Sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menegaskan: Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Konsekuensi dari ketentuan tersebut, hakim harus memahami bahwa dalam masyarakat yang masih mengenal hukum tidak tertulis serta berada dalam masa pergolakan dan peralihan, hakim merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di kalangan rakyat. Untuk itu ia harus terjun ke tengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian hakim dapat memberi keputusan yang sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Dalam rangka pembaharuan hukum, hakim tidak hanya merupakan terompet undang-undang, tapi hakim harus membentuk hukum (*judge made law*) melalui penemuan hukum (*rechtsvinding*), sekalipun dibatasi oleh metode yang dapat dipertanggung jawabkan secara teori hukum sehingga hakim di samping fungsinya sebagai penegak hukum dan keadilan sekaligus juga berfungsi sebagai pembaharu hukum.⁹

Kondisi tersebut membawa konsekuensi, apabila hukum tertulis tidak sempurna dalam arti tidak lengkap, tidak jelas, sudah usang atau belum mengaturnya (*wetvacuum*), ataupun terjadi pertentangan dalam arti ada pilihan bagi hakim, sehingga belum dapat menjawab secara langsung permasalahan yang ada untuk menyelesaikan sengketa yang dihadapi, maka harus dicari kesempurnaannya dari sumber hukum yang lain-lainnya.

⁹ Sunaryati Hartono, *Peranan Pengadilan Dalam Rangka Pembinaan dan Pembaharuan Hukum Nasional*, (Jakarta: Penerbit Bina Cipta, 1975), hlm. 9.



Hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara, menghadapi suatu kenyataan, bahwa hukum tertulis tersebut ternyata tidak selalu dapat menyelesaikan masalah yang dihadapi, mengingat kodifikasi undang-undang meskipun tampak lengkap tetapi tidak pernah sempurna, sebab ribuan permasalahan yang tidak terduga akan diajukan kepada hakim.¹⁰ Maka seringkali hakim harus menemukan sendiri hukum itu (*Rechtsvinding*), untuk melengkapi hukum yang sudah ada, atau mengisi kekosongan hukum untuk memutus suatu perkara. Hakim atas inisiatif sendiri harus menggali dan menemukan hukum dalam masyarakat.¹¹

Oleh karena hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukum tidak ada, tidak lengkap, atau hukum samar-samar,¹² dan pada saat menjatuhkan putusan seorang hakim harus dapat memberikan solusi pada suatu konflik sosial yang terkandung dibalik suatu perkara yang diadili.¹³

Dengan adanya pemahaman terhadap kodifikasi dalam arti peraturan perundang-undangan, mengingat sifatnya yang kaku (*rigid*) dan cenderung kurang dinamis dalam mengikuti atau menyesuaikan dengan perkembangan masyarakat, atau dapat dikatakan bahwa peraturan perundang-undangan tidaklah sempurna, undang-undang tidaklah mungkin dapat mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada

¹⁰ Sudikno Mertokusumo dan A.Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 1993), hlm. 10

¹¹ Lihat Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menyatakan: 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. Bandingkan juga dengan ketentuan Pasal 22 A.B (*Algemene Bepalingen van Wetgeving*) yang berbunyi: "Seorang Hakim yang menolak memutuskan perkara, berdalih bahwa undang-undang tidak terang atau kurang lengkap, dan lain-lain, dapat dituntut karena mengingkari hukum. Dalam Soedjoro Dirjosisworo. *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Rajawali, 1983), hlm. 14.

¹² Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 7.

¹³ Setiawan, "Hakim di Tengah Konflik Sosial", *Majalah Forum Keadilan*, No. 19 Tahun VI, tanggal 19-11-1997.



kalanya undang-undang itu tidak lengkap atau ada kalanya undang-undang tersebut tidak jelas, tidak lengkap, sudah usang atau ada pertentangan sehingga mewajibkan kepada hakim untuk menggali dan menemukan hukumnya dengan jalan melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Dijelaskan oleh Bagir Manan, bahwa kewajiban menemukan hukum didorong oleh beberapa faktor: Pertama karena hampir semua peristiwa hukum kongkret tidak sepenuhnya terlukis secara tepat dalam suatu undang-undang atau peraturan perundang-undangan, Kedua karena ketentuan undang-undang atau peraturan perundang-undangan tidak jelas atau bertentangan dengan ketentuan lain, yang memerlukan "pilihan" agar dapat diterapkan secara tepat, benar, dan adil, Ketiga akibat dinamika masyarakat, terjadi berbagai peristiwa hukum baru yang tidak terlukis dalam undang-undang atau peraturan perundang-undangan, Keempat kewajiban menemukan hukum juga timbul karena ketentuan atau asas hukum yang melarang hakim menolak memutus suatu perkara atau permohonan atas alasan ketentuan tidak jelas atau undang-undang kurang mengatur.¹⁴

Untuk melakukan penemuan hukum oleh hakim, maka pertama-tama hakim melihat kepada undang-undang yang tersedia yang mengatur tentang perkara yang ditanganinya apabila undang-undang tidak jelas, maka hakim melakukan penafsiran otentik atau sistematis, historis ataupun sosiologis. Sedangkan apabila undang-undang tidak mengaturnya, maka hakim melakukan penemuan hukum dengan cara penalaran argumentum acontrariis, argumentum per analogiam, ataupun dengan penyempitan

¹⁴ Bagir Manan, *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*, (Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia, 2009), hlm. 169.



hukum. Sedangkan apabila undang-undang yang mengatur tentang permasalahan perkara tersebut tidak dapat menyelesaikan persoalan, ataupun ada pertentangan norma maka hakim dengan cara menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.¹⁵

Dalam melaksanakan pembaharuan hukum, maka hakim harus dapat membuat putusan yang baik agar dapat menjadi referensi terhadap pembaharuan hukum saat ini, sehingga hakim senantiasa harus melengkapi diri dengan ilmu hukum, teori hukum dan filsafat hukum. Hakim tidak hanya membaca hukum itu hanya secara normatif (*dogmatik hukum*) saja. Dia dituntut untuk dapat melihat hukum itu secara lebih dalam, lebih luas, dan lebih jauh ke depan. Dia harus mampu melihat hal-hal yang melatarbelakangi suatu ketentuan-ketentuan tertulis, pemikiran-pemikiran apa yang ada di sana, dan bagaimana rasa keadilan dan kebenaran masyarakat akan hal itu (*teori hukum*). Jika hal tersebut tidak dilakukan oleh hakim dapat mengakibatkan kecenderungan disintegrasi dalam pemahaman hukum baik secara ontologi, epistemology maupun *axiology*.¹⁶

Jadi pertama-tama hakim harus menggunakan hukum tertulis terlebih dahulu, akan tetapi apabila hukum tertulis tersebut ternyata tidak cukup atau tidak pas, maka barulah hakim mencari dan menemukan sendiri

¹⁵ Bandingkan dengan pendapat HR. Purwoto S. Gandasubrata menyatakan, dalam kasus di mana hukum atau undang-undang tidak jelas maka hakim akan menafsirkan hukum atau undang-undang itu melalui cara atau metode penafsiran yang lazim berlaku dalam ilmu hukum tapi dalam kasus yang undang-undang tidak mengaturnya. Maka hakim harus menemukan hukum dengan menggali, mengikuti dan memahami masyarakat. Hakim menentukan hukum dan keadilan, maka dapat saja terjadi pada suatu ketika, hakim harus berani memutus yang kurang sesuai dengan nilai-nilai hukum dan peranan keadilan dalam masyarakat karena bukan masyarakat yang menjadi hakim (*Volkstribunal*) atau peradilan bukan peradilan oleh orang awam (*Trial by Laymen*). Berkaitang dengan undang-undang dengan kebiasaan hukum kebiasaan pada umumnya melengkapi undang-undang akan tetapi dalam keadaan tertentu hukum kebiasaan mengalahkan undang-undang yang bersifat pelengkap. Dalam HR. Purwoto Ganda subrata, *Renungan Hukum*, (Jakarta: Mahkamah Agung RI, 1998), hlm. 77.

¹⁶ Sugijanto Darmaji, *Kedudukan Hukum dalam Ilmu dan Filsafat*, (Jakarta: Mandar Maju, 1998), hlm. 22-23.



hukum itu dari sumber-sumber hukum lainnya, baik dari yurisprudensi, doktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis.

Putusan hakim yang memenuhi rasa keadilan masyarakat akan mendapat legitimasi secara formal akan menjadi norma hukum yang harus dipatuhi di dalam pergaulan masyarakat. Norma yang sudah menjadi hukum, dijamin kepastian hukumnya, melalui suatu sanksi atas pelanggaran. Segala informasi tentang hukum, akan menjadi pengetahuan hukum seorang hakim informasi hukum yang sudah disusun menurut sistematika dan metode-metode ilmu pengetahuan (ilmiah), akan menjadi ilmu hukum, yang harus diketahui oleh seorang hakim secara mendalam.¹⁷

Penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim dalam memeriksa dan memutus perkara, merupakan penemuan hukum yang mempunyai wibawa. Ilmuwan hukumpun melakukan penemuan hukum, hanya kalau hasil penemuan hukum oleh hakim adalah hukum, sedangkan penemuan hukum oleh ilmuwan hukum bukanlah hukum, melainkan ilmu atau doktrin, dan doktrin ini kalau diikuti dan diambil alih oleh hakim dalam putusannya barulah menjadi hukum, karena doktrin merupakan salah satu sumber hukum.¹⁸ Adanya perbedaan aliran positifisme dengan mazhab sejarah tentang hukum ternyata berpengaruh kepada hakim. Dalam Penemuan Hukum, dikenal adanya aliran progresif dan aliran konservatif.¹⁹ Memahami

¹⁷ Sugijanto Darmaji, *Op.cit.*, hlm.14.

¹⁸ Sudikno Mertokusumo dan A.Pitlo, *Op.cit.*, hlm. 5.

¹⁹ Aliran progresif berpendapat bahwa hukum dan peradilan merupakan alat untuk perubahan-perubahan sosial, sedangkan aliran konservatif berpendapat bahwa hukum dan peradilan itu hanyalah untuk mencegah kemerosotan moral dan nilai-nilai lain. Sejak sekitar tahun 1800 hingga sekarang, tanpa disadari, terdapat kelompok-kelompok hakim, yang lebih mengutamakan hukum tertulis sebagai sumber utama untuk memutus perkara. Kelompok-kelompok hakim yang berpikir secara demikian digolongkan kepada suatu aliran konservatif.



adanya aliran tersebut, dalam praktek putusan seorang hakim, dapat diketahui apakah dia termasuk kelompok aliran konservatif atau aliran progresif. Mereka sendiri tidak menyebutkan bahwa mereka adalah penganut dari salah satu aliran tersebut. bahkan, seringkali seorang hakim dalam setiap kasus (secara kasuistis) berubah-ubah pendiriannya.

Hakim dalam sistem penegakan hukum mempunyai tugas pokok yaitu memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya. Oleh karena itu seorang Hakim mempunyai peran yang sangat penting dalam menegakkan hukum dan keadilan melalui putusan-putusannya. Sehingga para pencari keadilan selalu berharap, perkara yang diajukannya dapat diputus oleh Hakim yang profesional dan memiliki integritas moral yang tinggi sehingga putusannya nanti tidak hanya bersifat *legal justice* (keadilan menurut hukum) tetapi juga mengandung nilai *moral justice* (keadilan moral) dan *social justice* (keadilan masyarakat). Hal ini bermakna terkait dengan adanya asas putusan hakim dianggap benar (*res judicate proveretate accipitur*).²⁰ Begitu pentingnya peran Hakim dalam penegakan hukum, sehingga dalam Hukum acara perdata, hakim dianggap mengetahui semua hukum (*ius curia novit*) yang akan menentukan hitam putihnya hukum melalui putusannya. Mengenai Mengadili menurut hukum dalam praktek penegakan hukum sering dijumpai permasalahan ada peristiwa hukum kongkret yang belum diatur dalam perundang-undangan.²¹

Artinya hakim dalam memeriksa dan memutus suatu perkara berusaha mempertahankan nilai-nilai yang ada di dalam masyarakat. Sudikno Mertokusumo dan A.Pitlo, *Loc.cit.* hlm. 5.

²⁰ Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum*, (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2011), hlm.55.

²¹ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 1998), hlm. 33.



Oleh karena itu, kekurangan atau ketidaklengkapan aturan hukum atau Undang-undang harus dilengkapi dengan jalan menemukan hukum agar aturan hukumnya dapat diterapkan terhadap peristiwanya. Pada hakekatnya semua perkara yang harus diselesaikan oleh Hakim di Pengadilan membutuhkan pemikiran kearah metode penemuan hukum agar aturan hukumnya dapat diterapkan secara tepat terhadap peristiwanya sehingga dapat dihasilkan putusan yang ideal, yang mengandung aspek keadilan (*filosofis*), kepastian (*juridis*), dan kemanfaatan (*sosiologis*).²²

Sehingga penegakan hukum oleh Hakim melalui penemuan hukum itu termasuk obyek pokok dari telaah teori hukum dan filsafat hukum.²³

Unsur yang menonjol dalam telaah filsafat hukum antara lain tentang arti hukum kaitannya dengan hukum alam serta prinsip etika, kaitan hukum dengan pribadi manusia dan masyarakat, pembentukan hukum (termasuk penemuan hukum), serta perkembangan rasa keadilan dalam Hak Asasi manusia.²⁴ Juga terkait dengan tujuan hukum itu sendiri.

Dengan demikian dalam menjalankan tugasnya memeriksa dan memutus perkara terutama dalam menemukan hukum dan nilai-nilai keadilan, seorang Hakim dituntut selain menguasai ilmu hukumnya juga menguasai teori hukum, dan filsafat hukum. Namun tidak mudah bagi

²² Soeyono Koesoemo Sisworo, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum* (Semarang, Penerbit Universitas Diponegoro, 1998), hlm. 57.

²³ Sebagaimana telah dipahami bahwa obyek pembahasan filsafat hukum masa kini memang tidak terbatas pada masalah tujuan hukum melainkan juga setiap masalah mendasar yang muncul dalam masyarakat dan memerlukan pemecahan. Masalah itu antara lain: (1) hubungan hukum dengan kekuasaan; (2) hubungan hukum dengan nilai-nilai sosial budaya; (3) apa sebabnya negara berhak menghukum seseorang; (4) apa sebab orang menaati hukum; (5) masalah pertanggungjawaban; (6) masalah hak milik; (7) masalah kontrak; (8) dan masalah peranan hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat (*social engineering*), dalam Lily Rasyidi, *Dasar-Dasar Filsafat Hukum*, (Bandung, Penerbit Alumni, 1982), hlm.10. dan bandingkan dengan Theo Huijbers OSC, " *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, (Yogyakarta: Yayasan Kanisius, 1982), hlm. 273.

²⁴ Theo Huijbers OSC, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, (Yogyakarta: Yayasan Kanisius, 1982), hlm. 273.



seorang Hakim untuk membuat putusan yang idealnya yang harus memenuhi unsur filsafat seperti Keadilan (*filosofis*), kepastian hukum (*juridis*) dan kemanfaatan (*sosiologis*) sekaligus. Oleh karena itulah diperlukan keberanian Hakim melalui diskresi/kewenangan yang dimilikinya untuk dapat menemukan hukumnya (*rechtsvinding*) berdasarkan pendekatan yang lebih komprehensif dan integral melalui analisis teori hukum dan filsafat hukum. Sebagai praktisi yang menekuni dunia hukum, seorang Hakim dapat memberikan konsepsi dan sumbangannya melalui putusannya dengan tetap berpegang teguh pada prinsip-prinsip yang terkandung dalam teori hukum dan filsafat hukum yang bercorak tidak semata-mata *logis-rasional-intelektual* secara normatif (*dogmatik hukum*) tetapi sekaligus *ethis, intuitif* dan bahkan *divinatoris*.²⁵

Hakim dalam memutus perkara, secara kasuistik, selalu dihadapkan kepada tiga azas, yaitu: Azas Keadilan, Azas Kepastian hukum dan Azas Kemanfaatan. Ketiga azas tersebut harus dilaksanakan secara kompromi, yaitu dengan cara menerapkan ketiga-tiganya secara berimbang atau proposional.²⁶ Menurut Doktrin, hal itu tidak mungkin dilakukan seorang hakim dalam diktum putusan. Hakim harus memilih salah satu dari azas tersebut, untuk memutus perkara, dan tidak mungkin mencakupnya sekaligus dalam satu putusan (harmonisasi). Ibarat dalam sebuah garis, hakim dalam memeriksa dan memutus perkara berada (bergerak) diantara 2 (dua) titik pembatas dalam garis tersebut, yaitu titik keadilan dan titik kepastian hukum. Azas kemanfaatan berada diantaranya.

²⁵ Soeyono Koesoemo Sisworo, *Op.cit.*, hlm. 49.

²⁶ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Op.cit.*, hlm. 1-4.



Manakala hakim memutuskan lebih dekat ke arah titik kepastian hukum maka secara otomatis dia akan jauh dari titik keadilan. Sebaliknya kalau dia memutuskan dekat dengan titik keadilan, secara otomatis dia juga akan jauh dari titik kepastian hukum. Di sini letak batas-batas kebebasan hakim. Dia hanya bisa bergerak diantara 2 (dua) titik pembatas tersebut. Dengan suatu pertimbangan yang bernalar, seorang hakim akan menentukan kapan dia berada dekat dengan titik kepastian hukum, dan kapan dia harus berada dekat dengan titik keadilan. Jadi tidak benar bahwa hakim dalam memutuskan perkara bebas dan tanpa batas. Azas kemanfaatan bergerak diantara 2 (dua) titik tersebut, yang lebih melihat kepada tujuan atau kegunaan dari hukum itu kepada masyarakat.²⁷

Mengutamakan azas kepastian hukum oleh seorang hakim, lebih cenderung bertujuan untuk mempertahankan satu norma hukum tertulis dari hukum positif yang ada untuk semua masyarakat. Peraturan undang-undang harus ditegakkan demi kepastian hukum. Dalam peraktek hukum cara berpikir yang normatif (*normatif thinking*) tersebut, akan mengalami kebuntuan manakala ketentuan-ketentuan tertulis tidak dapat menjawab persoalan-persoalan yang ada. Dalam situasi yang demikian, hakim harus menemukan hukum untuk mengisi ketidakkengkapan hukum itu.

Penekanan azas keadilan, berarti harus mempertimbangkan nilai hukum yang hidup di masyarakat, yang terdiri dari kebiasaan-kebiasaan dan ketentuan-ketentuan hukum yang tidak tertulis. Rasa keadilan dari suatu masyarakat tertentu, yang belum tentu sama dengan rasa keadilan dari masyarakat yang lain. Hakim dalam pertimbangan-pertimbangannya

²⁷ Sugijanto Darmaji, *Op.cit.*, hlm. 58.



harus mampu menggambarkan hal itu semua, manakala ia memilih azas keadilan sebagai dasar untuk memutus perkara yang dihadapinya.

Penekanan azas kemanfaatan lebih bernuansa ekonomi. Dasar pemikirannya adalah bahwa hukum adalah untuk manusia atau orang banyak, oleh karena itu tujuan hukum harus berguna untuk manusia atau orang banyak tersebut. Dari mulai legislasi dan regulasi sudah ada penekanan-penekanan akan azas kemanfaatan tersebut, yaitu "*cost and benefit*".²⁸

Beberapa penekanan atas azas-azas hukum tersebut, mengisyaratkan bagi hakim yang baik agar dapat melaksanakan tugas dan pertanggungjawabnya dalam memutus perkara agar sesuai dengan nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Dalam penelitian yang dilakukan dalam rangka penemuan hukum oleh hakim, pembahasan tentang tiga lapisan ilmu hukum tentang dogmatik hukum, teori hukum, filsafat hukum pada akhirnya harus diarahkan kepada praktek hukum, praktek hukum menyangkut dua aspek : pembentukan hukum dan penerapan hukum. Permasalahan dari aspek penerapan hukum antara lain meliputi interpretasi hukum (menafsirkan makna hukum positif yang tidak jelas), dan kekosongan undang-undang (*leemten in het recht*) atau sering juga disebut *rechtsvacuum*, kekosongan undang-undang (*wet vacuum*), *antinomy* (konflik norma hukum) dan norma yang kabur (*vage normen*).

Meskipun dikatakan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang nyaris tidak memberikan peluang diskresi bagi hakim (*optimam esse legem*.

²⁸ *Ibid.*, hlm. 66.



quae minimum relinquit arbitrio iudicis; id quod certitudo ejus praestat),

namun dalam prakteknya, banyak ditemukan bahwa undang-undang ternyata tidak lengkap atau tidak jelas meskipun dalam penjelasan undang-undang sudah disebutkan cukup jelas. Oleh karena itu hakim harus mencari dan menemukan hukumnya (*rechtsvinding*), karena setiap aturan hukum perlu dijelaskan dan memerlukan penafsiran sebelum dapat diterapkan pada peristiwa hukum tertentu.²⁹

Jika dikaitkan dengan adagium *optimam esse legem, quae minimum relinquit arbitrio iudicis; id quod certitudo ejus praestat*, adagium hukum

interpretation cessat in claris (*interpretation stops when a text is clear*)

merupakan bentuk yang paling ideal terhadap suatu produk perundang-undangan. Namun dalam praktek hukum ternyata adagium tersebut perlu diuji karena para pengemban hukum banyak mengalami kesulitan dalam menafsirkan suatu aturan hukum. Seharusnya ada logika yuridis yang dibangun berdasarkan keahlian berkeilmuan hukum (*ars*) guna menafsirkan suatu teks perundang-undangan. Hampir sama dengan itu, ada juga azas hukum "*sens clair*" yang menggariskan bahwa jika isi suatu perjanjian sudah jelas, maka perjanjian tersebut tidak lagi memerlukan penafsiran lain. Azas ini sudah diserap dalam pasal 1342 BW yang menegaskan bahwa

"Apabila kata-kata dalam perjanjian itu jelas, tidaklah diperkenankan untuk menyimpang dengan jalan penafsiran". Sebaliknya, pasal 1343 BW

menegaskan bahwa "Jika kata-kata suatu perjanjian dapat diberikan berbagai macam penafsiran, sebaiknya diteliti apa kira-kira maksud dari kedua belah pihak yang membuat perjanjian itu, daripada memegang teguh

²⁹ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang: Bayu Media Publishing, 2005), hlm. 215.



arti kata-kata menurut huruf". Paparan tersebut menegaskan bahwa tidak mudah menafsirkan suatu teks perundang-undangan dalam praktek hukum yang mengikat beberapa pihak, jika muncul permasalahan untuk mengimplementasikan teks tersebut dalam kasus yang nyata.

Kekeliruan materijil (*Material error*) tersebut dapat diindikasikan jika dalam penerapan teks tersebut tidak sesuai logika hukum terhadap suatu kasus yang muncul dan membutuhkan pemecahannya dalam suatu keputusan hukum. Teks hukum atau teks perundang-undangan dibuat oleh manusia (*ratio scripta*) pasti tidak luput dari kekeliruan. Untuk mencegah kekeliruan dalam menegakkan keadilan, baik dalam penyusunan maupun dalam penerapannya merupakan wilayah penjelajahan ilmu hukum.

Dikatakan bahwa penegakan dan pelaksanaan hukum biasanya merupakan penemuan hukum, bukan sekedar penerapan hukumnya saja. Aliran-aliran (*mazhab*) yang mempengaruhi pemikiran tentang penemuan hukum, antara lain adalah *Mazhab Legisme* yang tidak mengakui adanya hukum di luar undang-undang. Sedangkan *Mazhab Begriffsjurisprudenz* yang memiliki banyak persamaan dengan *Mazhab Historis* berpendapat bahwa undang-undang yang ada belum lengkap, masih ada sumber hukum lain yaitu kebiasaan. Friedrich Karl Von Savigny misalnya mengatakan bahwa hukum disusun berdasarkan sistem azas-azas hukum dan pengertian dasar dimana setiap peristiwa dapat diterapkan kaidah yang cocok dan hukum itu tidak dibuat, tetapi tumbuh dan berkembang bersama bangsa itu. *Mazhab Interssenjurisprudenz* yang muncul kemudian sebagai reaksi terhadap pemikiran *mazhab Begiffjurisprudenz* berpendapat bahwa hakim harus bertitik tolak dari kepentingan yang dilindungi dalam undang-undang.



Sementara mazhab *Freierechtsschule* berpendapat bahwa selain undang-undang ada unsur penilaian (*freierechtswegung*) yang ikut memegang peranan.³⁰

Dalam perkembangan praktek hukum di Indonesia, sistem peradilan swapraja yang sempat berjalan tidak dapat dipertahankan lagi karena sesuai dengan keputusan politik yaitu semangat persatuan dan kesatuan di seluruh wilayah negara Kesatuan Republik Indonesia termasuk dibidang hukum sehingga dianut sistem hukum civil law yang mengutamakan undang-undang sebagai sumber hukum, akibat keputusan politik tersebut maka seluruh pengadilan adat dan pengadilan swapraja dihapuskan oleh pemerintah sebagaimana termuat dalam Pasal 39 Undang-Undang Nomor 14 tahun 1970 tentang Kekuasaan Kehakiman. Dengan demikian maka undang-undang sebagai sumber hukum yang primadona sebagai salah satu ciri dalam sistem hukum civil law dengan kodifikasi dan unifikasi hukum hal ini berarti memberlakukan satu hukum yang sama untuk seluruh rakyat Indonesia dengan tidak lagi mengutamakan atau memperhatikan latar belakang dan kenyataan terhadap adanya kearifan hukum lokal.

Bagaimana hukum yang hidup ditengah-tengah masyarakat akan menjadi bagian dalam pertimbangan hukum putusan hakim yang sampai saat ini masih belum cukup diperhatikan atau masih belum ditemukan adanya derap langkah yang sama bagi para praktisi hukum maupun doktrin sehingga apa yang dilakukan oleh para hakim pada umumnya masih dalam tahap artifisial.

³⁰ *Ibid*, hlm. 218.



Upaya-upaya yang dilakukan oleh hakim untuk menangkap nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat di antaranya dengan mendatangkan saksi ahli di persidangan masih menemui kendala-kendala yaitu selain sulitnya mendatangkan orang yang benar-benar ahli dibidangnya juga masalah waktu yang terlalu singkat bagi para pihak untuk mendengarkannya, upaya lain seperti program hakim masuk desa dalam prakteknya hanya berupa perkunjungan bukan penelitian empiris, upaya lebih efisien dengan memahami hasil penelitian hukum adat ternyata masih terbatas bahan sekunder untuk kasus tertentu karena bervariasi dan tingkat kesulitan serta jumlah perkara terus menerus bertambah setiap tahun.

Terobosan hukum yang dilakukan oleh hakim (*rechtsvinding*) untuk menyelesaikan peristiwa konkret yang menjadi titik sengketa dari perkara yang ditanganinya dalam rangka mendapatkan putusan yang sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat hingga kini masih menemui hambatan karena adanya pro dan kontra diantaranya berkaitan dengan sistem hukum *civil law* yang dianut di Indonesia yang menganggap hukum itu sempurna, tugas hakim hanya menerapkan undang-undang pada peristiwa konkret (*silogisme*) karena itu dianggap hakim telah menyerobot kewenangan pembuat undang-undang, sementara di pihak lain menyatakan hakim itu bukanlah membuat hukum dari tidak ada menjadi ada, sebab hukum itu sendiri sudah ada dalam perilaku kehidupan masyarakat. Hakim hanya mengangkat kepermukaan bagikan seorang menimba air dari sumur kemudian menyajikannya demikian juga hakim hanya menggali, merumuskan dan menjelaskannya kemudian menjadikannya sebagai dasar dan alasan putusannya, keberatan



lain dianggap hakim telah melanggar asas ultra petita karena mengabulkan lebih dari yang dituntut, sementara pihak yang lain menyatakan hal itu hanya dalam rangka menjalankan tugas dan fungsi hakim untuk memberikan keseimbangan dan keadilan dalam masyarakat.

Dalam rangka penemuan hukum (*rechtsvinding*) yang harus dilakukan oleh seorang hakim dalam menerima memeriksa dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya, banyak putusan perkara perdata yang dianggap masih dilematis dapat diketengahkan untuk dijadikan dasar pada penelitian ini antara lain:

Adanya Putusan *Hoge Raad* tanggal 31 Januari 1919, sebagai pijakan awal dalam penyelesaian perkara perdata hakim dalam menafsirkan undang-undang tidak lagi bersifat sempit tetapi telah diperluas dan menegaskan adanya keharusan bagi hakim untuk melakukan Penemuan hukum, yaitu dalam penyelesaian kasus Lindebaum yang menggugat ganti rugi terhadap Cohen, yang telah mendapat rahasia percetakan milik Penggugat dengan cara membujuk pegawai Penggugat, sehingga telah menimbulkan kerugian kepada Penggugat. Pengadilan tingkat Pertama (*Rechts bank*) mengabulkan gugatan, tetapi di tingkat Banding oleh Pengadilan Tinggi (*Gerechthof*) gugatan ditolak. Kemudian di tingkat Kasasi (*Hoge Raad*) memutuskan dengan Amar: Mengabulkan gugatan Penggugat, dan menghukum Cohen untuk membayar ganti rugi kepada Penggugat (Lindenbaum), dengan didasarkan alasan bahwa Pengadilan Tinggi (*Gerechts hof*) telah menafsirkan arti perbuatan melawan hukum dalam arti sempit yakni hanya melawan undang-undang, seharusnya diartikan memperkosa hak orang lain dan bertentangan dengan kewajiban



hukum si pembuat atau kesesuaian atau kepatutan dalam masyarakat baik terhadap diri atau benda orang lain setelah putusan itu diikuti unsur-unsur

Pasal 1365 KUHPerdara yang diperluas menjadi: a). bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku; b). melanggar hak subyektif orang lain; c). melanggar kaidah kesesuaian, dan d). Bertentangan dengan asas kepatutan, ketelitian serta kehati-hatian.³¹ Terhadap putusan ini, perlu dicermati adanya pola pikir hakim di tingkat kasasi (*Hoge Raad*) yang sudah berubah dan adanya penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim tersebut. Membawa kesadaran diluar undang undang masih ada hukum.

Di Indonesia, juga terdapat beberapa perkara yang menunjukkan adanya perubahan pola pikir hakim yang mengharuskan melakukan penemuan hukum yang dapat diketengahkan dalam penelitian ini, antara lain:

Putusan yang mengabulkan permohonan seorang pria bernama Iwan Rubianto Iskandar untuk mengubah statusnya menjadi wanita dengan memperoleh identitas baru sebagai Vivian Rubyanti Iskandar. Peristiwa itu adalah peristiwa pertama yang terjadi di Indonesia, serta belum ada aturan hukum positif maupun yurisprudensi yang menjadi dasar acuan sebagai pegangan hakim. Untuk mengisi kekosongan undang-undang, setelah mempelajari pokok perkara tersebut hakim memanggil saksi ahli dari pihak kedokteran dan saksi ahli dari Agama Kristen Protestan sesuai agama yang dipeluk pemohon untuk didengar keterangannya, setelah mempertimbangkan surat-surat bukti identitas diri dan saksi ahli yang diajukan oleh Pemohon, hakim mengabulkan permohonan yang diajukan

³¹ R. M Suryodiningrat, *Perikatan-Perikatan Bersumber Undang-Undang*, (Bandung: Tarsito, 1980), hlm. 29-32.



melalui Penetapan Pengadilan Jakarta Barat dan selatan No. 546/73.P Tanggal 14 Noprember 1973.³² Dalam kasus ini hakim telah melakukan penemuan hukum dan hakim telah menggunakan metode konstruksi hukum dalam memutus perkara ini, sebagai konsekuensi telah berubahnya pola pikir hakim dalam menyelesaikan perkara yang tidak hanya berdasar undang-undang belaka tetapi hakim juga dapat melakukan penafsiran hukum secara luas serta dapat melakukan konstruksi hukum.

Pada perkara lain, yaitu dalam Kasus Pembebasan Tanah untuk dijadikan waduk di Kedung Ombo (Kasus Kedung Ombo), dalam proses peradilan di tingkat kasasi terdapat penemuan hukum yang didasarkan pada rasa keadilan masyarakat. Di mana pada tahun 1985 pemerintah merencanakan membangun waduk baru di [Jawa Tengah](#) untuk pembangkit tenaga listrik berkekuatan 22,5 megawatt dan dapat menampung air untuk kebutuhan 70 hektar sawah disekitarnya. Waduk ini dinamakan Waduk Kedung Ombo. Pembangunan Waduk Kedung Ombo ini dibiayai USD 156 juta dari [Bank Dunia](#), USD 25,2 juta dari Bank Exim Jepang, dan [APBN](#), dimulai tahun 1985 sampai dengan tahun 1989. Waduk mulai diairi pada [14 Januari 1989](#). Menenggelamkan 37 desa, 7 kecamatan di 3 kabupaten, yaitu [Sragen](#), [Boyolali](#), [Grobogan](#). Sebanyak 5268 keluarga kehilangan tanahnya akibat pembangunan waduk ini. Ketika sebagian besar warga sudah meninggalkan desanya, masih tersisa 600 keluarga yang masih bertahan karena ganti rugi yang mereka terima sangat kecil. Warga yang bertahan juga mengalami teror, intimidasi dan kekerasan fisik akibat

³² Yudha Bhakti Ardhiwisastro, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, (Bandung: Alumni, 2000), hlm. 16-17.



perlawanan mereka terhadap proyek tersebut. Pemerintah memaksa warga pindah dengan tetap mengairi lokasi tersebut, akibatnya warga yang bertahan kemudian terpaksa tinggal di tengah-tengah genangan air. Atas dasar kondisi tersebut, warga mengajukan gugatan untuk menuntut ganti rugi tanah secara layak.³³

Selanjutnya pada putusan kasus perceraian yang terjadi pada masyarakat Indonesia, dalam hal ini putusan perceraian di masyarakat adat Karo,³⁴ yang membutuhkan perhatian dan penanganan khusus oleh hakim dalam menyelesaikan dan memutus perkara perceraian dimaksud hingga terkadang membutuhkan kemampuan hakim untuk melakukan penemuan hukum, karena mempunyai keunikan dalam adat perkawinan sebagai awal sebelum terjadinya perceraian itu sendiri. Di mana perkawinan yang dilangsungkan secara Adat Karo, tidak dilakukan secara agama juga tidak dicatatkan di Kantor Kependudukan dan Catatan Sipil. Perkawinan tersebut telah berlangsung beberapa tahun dan telah lahir anak-anak dalam perkawinan itu, telah memiliki rumah, usaha tetap serta memiliki harta milik lainnya, bahkan telah bergaul dengan masyarakat setempat dipandang dan diperlakukan sebagai salah satu keluarga yang utuh.

³³ Setelah melalui persidangan pada tingkat kasasi majelis hakim agung kasasi yang terdiri dari Prof Asikin Kusumah Atmadja, RL Tobing, dan HAM Manrapi telah mengabulkan lebih daripada yang diminta yaitu memutuskan ganti rugi tanah sebesar Rp 50.000 permeter persegi. Padahal menurut Ketua MA, penduduk minta Rp 10.000. Para hakim agung itu juga memberi ganti rugi immaterial Rp 2 milyar. Padahal warga tidak menuntuhnya. Menurut Ketua MA Purwoto menilai putusan MA dalam kasus Kedungombo bertentangan dengan undang-undang, dan kemudian atas putusan Kasasi tersebut telah diajukan Peninjauan Kembali (PK).

³⁴ Suku Karo sebagaimana halnya dengan suku lain mempunyai tata cara perkawinan yang khas. Namun, pada prinsipnya adalah sama saja yaitu diawali dengan perkenalan, pacaran, pertunangan, meminang, pengesahan (perkawinan), dan upacara pensakralan Darwan Prinst, *Batak Karo*, (Medan: Bina Media Printist, 2004), hlm. 71.



Perkawinan dalam masyarakat Karo adalah perkawinan adat dengan kawin jujur.³⁵ Manakala di kemudian hari terjadi ketidakcocokan diantara suami-istri tersebut, lalu salah satu pihak menganggap telah terjadi atau telah terpenuhi syarat-syarat perceraian dari perkawinan itu, harta dan kedudukan anak-anak mereka dipersoalkan.

Selanjutnya persoalan keluarga tersebut menjadi perkara di Pengadilan Negeri yang menuntut agar hakim menyatakan sah perkawinan tersebut, sedangkan pihak lain menuntut agar perkawinan tersebut dinyatakan tidak sah dan anak-anak tidak mempunyai hubungan hukum dengan ayahnya atau pihak laki-laki, karena tidak dilakukan perkawinan berdasarkan hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya. Di samping itu juga di terdapat gugatan janda terhadap keluarga dekat almarhum suaminya, yang menggugat agar perkawinan dengan almarhum suaminya dinyatakan putus dengan perceraian karena kematian. Hal ini perlu dikaji terkait pola pikir hakim sehingga mengabulkan gugatan, mengingat menurut pasal 38 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyebutkan bahwa dengan kematian suami atau istri, maka sejak kematian itu perkawinan sudah dengan sendirinya putus.

Demikian juga pada Putusan kasus keabsahan perkawinan yang didasarkan hukum adat cina yang dilakukan di Kota Malang, di mana perkawinan antara Tjia Mie Joeng alias Mimi dengan Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen dilangsungkan secara adat cina pada tanggal 26 Nopember

³⁵ Dalam setiap perkawinan Adat Karo, mulai dari proses awal yakni peminangan sampai acara penutup, perkawinan dilakukan menurut Adat Karo dan dihadiri oleh Sangkep Sitelu dari pihak perempuan dan dari pihak laki-laki. Rehngena Purba, *Runggu dan Peranannya dalam Masyarakat Karo*, (Medan: Penerbit Intan Dirja Lela, 1996), hlm. 63.



1996, yang kemudian dilanjutkan dengan upacara seremonial bertempat di Restoran New Hongkong Malang serta dihadiri baik oleh keluarga kedua belah pihak maupun rekan undangan dari kedua mempelai. Pada perkembangan berikutnya, dalam rumah tangga kedua suami ini telah hidup rukun dan dapat memiliki harta benda sebagai kekayaan keluarga, sampai pada hari jum'at, 31 Desember 2004 Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen wafat. Dengan wafatnya Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen, maka saudara-saudara dari Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen menguasai harta kekayaan dalam perkawinan karena menganggap perkawinan tersebut tidak sah karena dilakukan secara adat dan tidak dicatatkan (vide Pasal 2 ayat 2 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan), sehingga Tjia Mie Joeng alias Mimi menggugat atas penguasaan harta kekayaan yang ada dengan menganggap bahwa perkawinan tidak sah.³⁶ Berdasarkan gugatan tersebut, majelis hakim Pengadilan Negeri Malang menyatakan, apabila yang menjadi pegangan Tergugat adalah Pasal 2 ayat 2 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, maka hakim juga mempunyai kewenangan untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan hukum tertulis yang telah ada untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat (*contra legem*), hal ini didasarkan kewenangan yang diberikan oleh pasal 22 A.B. Majelis hakim dapat menerima kebenaran adanya perkawinan Penggugat dengan Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen dan Penggugat adalah janda dari Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen.³⁷ Pertimbangan hukum yang melakukan penemuan hukum tersebut, majelis hakim Pengadilan Negeri Malang dalam amar putusannya mengabulkan gugatan penggugat (Tjia Mie Joeng alias Mimi).

³⁶ Putusan Pengadilan Negeri Malang No. 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, hlm. 2-5.

³⁷ *Ibid.*, hlm. 30-31.



Atas putusan Pengadilan Negeri Malang No. 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, tersebut para Tergugat mengajukan upaya hukum banding ke Pengadilan Tinggi Surabaya, dan pada amar putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Surabaya menyatakan, bahwa pencatatan perkawinan menurut Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan adalah bersifat imperative/keharusan dengan akibat apabila ada suatu perkawinan tidak dicatatkan, maka perkawinan tersebut tidak sah, oleh karena perkawinan antara penggugat dengan Liong Tjoeng Tjen hanyalah dilakukan secara adat Cina dan tidak didaftarkan pada kantor Catatan Sipil setempat, maka perkawinan yang demikian adalah tidak sah menurut hukum. Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas, maka putusan Pengadilan Negeri Malang tanggal 08 Agustus 2006 No. 24/pdt.G/PN.Mlg sudah tidak dapat dipertahankan lagi dan harus dibatalkan.³⁸

Selanjutnya dalam tingkat kasasi Nomor 1776 K/Pdt/2007 tanggal 28 Juli 2008, Majelis Hakim Agung mempertimbangkan dan menyatakan bahwa, oleh karena *judex facti* Pengadilan Tinggi telah salah menerapkan hukum, karena tidak didasari adanya fakta hukum, bahwa telah terjadi perkawinan antara Tjia Mie Joeng alias Mimi dengan Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen dilangsungkan secara adat cina pada tanggal 26 Nopember 1996, bertempat di Restoran New Hongkong Malang. Mahkamah Agung dalam pertimbangan hukumnya pada dasarnya menyempurnakan pertimbangan hukum majelis hakim Pengadilan Negeri Malang, selanjutnya dalam amar putusannya, membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Surabaya No.546/Pdt/2006/PT.Sby, kemudian Mahkamah Agung mengadili sendiri

³⁸ Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya No. 546/PDT/2006/PT.Sby, hlm. 6-7.



perkara ini dengan menyempurnakan pertimbangan hukum putusan Pengadilan Negeri Malang No. 24/Pdt/2006/PN.Mlg.³⁹

Disamping itu, juga dikaji perkara atas putusan-putusan lain yang memiliki relevansi dengan pokok masalah, antara lain:

- Putusan Perkara No. Reg. 5096.K/PDT/1998, tentang perkara Hutang Piutang di mana dalam pertimbangan hukum disebutkan bahwa Keberatan Kasasi dapat dibenarkan sebab *Judex Factie* salah menerapkan hukum, bahwa pembayaran/pemberian dengan Bilyet Giro adalah sama dengan Pengakuan Hutang, karena Tergugat telah memberi Bilyet Giro kepada Penggugat maka dengan demikian Tergugat mempunyai hutang kepada Penggugat karenanya gugatan Penggugat dapat dikabulkan;⁴⁰

- Putusan Perkara No.Reg. 3641.K/PDT/2001, tentang perkara Perjanjian Akibat Penyalahgunaan Keadaan. Duduk perkara ini terjadi pada waktu Penggugat berada di Rutan Polda Metro Jaya, Tergugat IV (Notaris) menyodorkan akta No. 41 dan 42 untuk ditandatangani, yang isinya Penggugat mempunyai hutang kepada Tergugat I sebesar Rp. 215.837.852.000,- dan menandatangani permohonan membuka rekening pada Tergugat I Giro Bilyet senilai Rp. 20.000.000.000,- dan Rp. 15.000.000.000,-. Akta-akta tersebut merugikan Penggugat karena diandatangani secara terpaksa dan terlaksana di sel tahanan Polda Metro Jaya.⁴¹

- Putusan Perkara No.Reg. 3909.K/PDT/1994, tentang perkara Perjanjian Kredit (Sahnya Perjanjian). Adapun duduk perkaranya disebutkan bahwa

³⁹ Putusan Mahkamah Agung No. 1776K/Pdt/2007, Tanggal Putusan 28 Juli 2008.

⁴⁰ Putusan Mahkamah Agung No.Reg. 5096.K/PDT/1998, Tanggal Putusan 28 April 2000.

⁴¹ Amar Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg. 3641.K/PDT/2001, Tanggal Putusan: 11 September 2002.



Tergugat telah mengajukan surat Permohonan Kredit kepada Penggugat, sesuai surat permohonan Consumer Loan untuk diberi fasilitas dari Bank, dan sebagai tindak lanjut maka ditandatangani perjanjian Kredit No. 538/BDMLG/IV/1991 tanggal 11 April 1991. Tergugat mengaku telah berhutang kepada Penggugat sebesar Rp. 72.450.000,- (Tujuh puluh dua juta empat ratus lima puluh ribu rupiah). Berdasarkan surat aksep tanggal 11 April 1991 yang ditandatangani Tergugat dengan diketahui PT. Varia Abadi sebagai Avalist, Tergugat menyatakan sanggup membayar di kantor Penggugat sejumlah uang sebesar Rp. 72.450.000,- (Tujuh puluh dua juta empat ratus lima puluh ribu rupiah) ditambah bunga pada tanggal 11 April 1994, ternyata blanko yang diberikan kepada Tergugat adalah blanko kosong yang kemudian ditandatangani oleh Tergugat tanpa kehadiran Penggugat, dan ternyata pula tidak ada bukti bahwa PT. Varia Abadi sebagai avalist.⁴²

- Putusan Perkara No.Reg.3704 K/Pdt/1991, 1996 tentang perkara Hibah Wasiat, dengan duduk perkara pada tanggal 14 Oktober 1980 Penggugat Asli telah memberi hibah kepada Munorah alias Rumi sebidang tanah tegalan, dengan ketentuan penerima hibah harus merawat Penggugat Asli kalau sakit dan penerima hibah boleh menggarap tanah tersebut bila penggugat asli telah meninggal dunia. Tetapi Tergugat Asli pada waktu Penggugat Asli sakit tidak merawat Penggugat, disamping itu tanah dimaksud sejak tahun 1980 digarap secara paksa dan tidak mau membayar pajak tiap tahunnya padahal menghasilkan ± Rp. 400.000,- tiap tahun (digarap tahun 1980 sampai tahun 1988 atau 8 tahun x Rp.

⁴² Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 3909. K/PDT/1994, Tanggal Putusan: 7 Mei 1997.



400.000,- atau Penggugat rugi sebanyak Rp. 3.200.000,-), terpaksa pajak dibayar oleh Penggugat dan selanjutnya Penggugat mencabut hibah wasiat tersebut secara sah mengetahui Desa dan Tergugat harus membayar kerugian Penggugat tersebut.⁴³

- Putusan Perkara No.Reg. 569. K/Sip/1983, tentang perkara Perjanjian Gadai Rumah, dengan duduk perkara penggugat Asal pada tanggal 25 Oktober 1976 telah menggadaikan rumahnya di Pejompongan Rt.001/06 Kelurahan Bendungan Hilir Jakarta Pusat, seharga Rp. 300.000,- kepada tergugat Asal I dengan catatan apabila selama 6 bula penggugat Asal tidak dapat mengembalikan uang tersebut kepada tergugat Asal I, penggugat Asal menyerahkan rumah tersebut dengan permufakatan dan perhitungan, oleh karena penggugat Asal belum dapat mengembalikan uang gadai tersebut tergugat Asal I mendapat keuntungan dari pungutan Asal 33 1/3%; Dalam pelaksanaannya penggugat Asal belum dapat mengembalikan uang tersebut selama 6 bulan, seharusnya diadakan perhitungan, tetapi oleh tergugat Asal I pada tanggal 25 April 1977 dibuat surat pemindahan hak bangunan/rumah penggugat Asal, surat tersebut dikerjakan dan dibantu oleh tergugat Asal II yang waktu itu menjabat Rt. 001, perbuatan mana sangat merugikan penggugat Asal karena semestinya rumah tersebut akan di jual dan hasil penjualannya akan dibayarkan kepada tergugat Asal I, rumah tersebut ditaksir berharga Rp.1.600.000,- ; Selanjutnya pada tanggal 5 Mei 1978 rumah penggugat Asal yang di gadaikan tersebut agar segera dikosongkan, penggugat Asal disuruh membuat pernyataan pengosongan rumah dengan dibarengi

⁴³ Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 3704 K/Pdt/1991, Tanggal Putusan: 25 Juni 1996.



pemindahan hak penggugat Asal dengan tukar tambah kepada Suwardjak, perbuatan mana sangat merugikan penggugat Asal baik moral maupun material. Untuk itu, agar dapat menjamin kalau tergugat Asal tidak membayar kerugian kepada penggugat Asal maka mohon conservatoir beslag atau setidaknya revindicatoir beslag terhadap terhadap rumah yang terletak di Rt . 001/06 Kelurahan Bendungan Hilir Pejompongan Jakarta Pusat dan bilamana tidak mentaati, mematuhi putusan pengadilan Negeri maka tergugat Asal 1 harus membayar uang paksa (dwangsom) terhitung sejak tanggal putusan tersebut setiap harinya sebesar Rp. 25.000,- kepada penggugat Asal.⁴⁴

- Putusan Perkara No. Reg. 494. K/Pdt/1995, tentang perkara Wanprestasi terhadap Akta Perdamaian, dengan duduk perkara di mana Penggugat yang hendak melaksanakan eksekusi terhadap Putusan Mahkamah Agung RI No.3599 K/Pdt/1989 tanggal 27 Februari 1992 atas perselisihan/sengketa mengenai Persil Tanahseluas 7.700 M2 dan telah dibuatkan Akta Perdamaian melalui akta nomor 31 tanggal 4 Februari 1989 (Akta Notaris Ny. Yetty Taher, SH), tetapi Tergugat ingkarjanji (wanprestasi) dengan tidak dilunasinya sisa hutang Penggugat asal pada tanggal 28 April 1989 sebagaimana diperjanjikan dalam Akta Perdamaian, dengan besar denda keterlambatan membayar 10% setiap bulan dari sisa hutang pokok sebesar Rp. 280.000.000,- (dua ratus delapan puluh juta rupiah) sejak 28 April 1989 sampai dengan tanggal 8 Oktober 1991 dan

⁴⁴ Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 569. K/Sip/1983, Tanggal Putusan: 13 Juni 1983.



Rp. 180.000.000,- (seratus delapan puluh juta rupiah) sejak 8 Oktober 1991 sampai dengan sisa hutang pokok dibayar lunas.⁴⁵

Putusan Pengadilan Negeri Martapura Nomor 11/Pdt.G/2009/Pn.Mtp tanggal putus 14 April 2010 yo Putusan Pengadilan Tinggi Banjarmasin

Nomor 46/Pdt/2010/PT.BJM. tanggal 31 Agustus 2010. Tentang uang panjar/uang muka hangus apabila tidak dilunasi atau tidak dilanjutkan

Akta Notaril tentang Pengikatan jual beli tanah ketahap Jual beli tanah melalui Pejabat Pembuat Akta Tanah dalam waktu yang ditentukan dalam

Akta Notaril tentang Pengikatan Jual beli tanah tersebut.

Putusan-putusan ini, dianggap polemik, maka perlu ditelusuri bagaimana pola pikir hakim, dasar hukum putusan, operasional prosedurnya, dan bentuk penemuan hukumnya.

Atas dasar hal tersebut di atas, penulis tertarik untuk melakukan kajian secara ilmiah tentang 'Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Penyelesaian Perkara Perdata di Indonesia', yang dipersempit hanya hakim pada lingkungan peradilan umum sebagai penegak hukum dan keadilan, dalam kerangka penegakan hukum, khususnya hukum perdata, seiring dengan relevansi hukum dengan perkembangan masyarakat yang semakin kompleks, dapat dipastikan bahwa hukum tertulis atau peraturan perundang-undangan akan selalu dirasa tidak sempurna untuk menyelesaikan perkara-perkara perdata yang diajukan kepadanya, sehingga hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

⁴⁵ Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 494. K/Pdt/1995, Tanggal Putusan: 21 Desember 1995.



1.2. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, maka permasalahan dalam penelitian ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

1. Apakah yang dijadikan dasar pertimbangan hukum oleh hakim dalam melakukan penemuan hukum dalam penyelesaian perkara perdata?
2. Bagaimanakah tahap-tahap penemuan hukum yang disyaratkan harus dipenuhi oleh hakim dalam penyelesaian perkara perdata di Indonesia?
3. Bagaimanakah pola penemuan hukum oleh hakim yang tepat untuk digunakan dalam penyelesaian perkara perdata agar sesuai dengan rasa keadilan masyarakat?

1.3. Tujuan Penelitian

Agar penelitian ini memiliki arah yang jelas dan dapat memecahkan permasalahan yang telah dirumuskan, maka perlu kiranya ditetapkan beberapa tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini. Adapun tujuan dari penelitian disertasi ini adalah:

1. Untuk menemukan dan menganalisis dasar pertimbangan hukum oleh hakim dalam melakukan penemuan hukum pada penyelesaian perkara perdata yang diajukan kepadanya;
2. Untuk mengidentifikasi dan menjelaskan serta menganalisis tahap-tahap penemuan hukum yang disyaratkan harus dipenuhi oleh hakim dalam penyelesaian perkara perdata di Indonesia;



3. Untuk mendapatkan rumusan pola penemuan hukum oleh hakim yang tepat guna penyelesaian perkara perdata agar sesuai dengan rasa keadilan masyarakat, sehingga dapat mengisi kekosongan undang-undang sebagai akibat ketiadaan aturan hukum.

1.4. Manfaat Penelitian

Setelah penelitian disertasi ini selesai dan disusun dalam bentuk laporan penelitian, maka sesuai dengan tujuan penelitian ini diharapkan hasil penelitian ini dapat memiliki manfaat tertentu baik secara teoritis maupun secara praktis, sebagai berikut:

1. Secara teoritis, dapat memberikan manfaat bagi pemahaman dan pengembangan ilmu pengetahuan hukum, khususnya hukum perdata maupun hukum acara perdata, karena penemuan hukum itu adalah proses yang sistematis, dimulai dari prosedur yang ketat hingga ditemukan substansi hukumnya, oleh karena itu pembahasan hukum perdata di sini tidak dapat dipisahkan atau dilepaskan dari hukum acara perdata.

2. Secara Praktis, dapat bermanfaat untuk memberikan kontribusi pemikiran bagi penegak hukum, khususnya bagi hakim dalam penemuan hukum atas perkara perdata yang diajukan kepadanya yang tidak diatur di dalam peraturan perundang-undangan yang ada, serta bermanfaat sebagai bentuk upaya dalam pemenuhan rasa keadilan bagi masyarakat pencari keadilan dengan mengangkat nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat itu sendiri.



1.5. Orisinalitas Penelitian

Dalam melakukan penelitian ini, sebelumnya telah dilakukan penelusuran oleh penulis terhadap keberagaman hasil-hasil penelitian, guna mengetahui tingkat orisinalitas dari penelitian ini. Untuk itu dipandang perlu adanya paparan orisinalitas penelitian untuk menunjukkan tingkat keorisinalan atau keaslian penelitian yang akan dilakukan dan sekaligus menunjukkan perbedaan-perbedaan yang tegas dari penelitian terdahulu yang memiliki obyek kajian sejenis, sama atau agak sama, sehingga menunjukkan tingkat urgensi dan kelayakan dari penelitian ini.

Penelitian mengenai penemuan hukum oleh hakim dalam penyelesaian perkara perdata di Indonesia ini menitikberatkan pada eksistensi tugas pokok dari hakim sebagai penegak hukum dan keadilan dalam menyelesaikan perkara khususnya perkara perdata yang hukumnya tidak jelas, tidak lengkap, sudah usang dan tidak ada aturan hukum tertulis atau tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan ataupun adanya pertentangan hukum guna mengisi ketidaksempurnaan undang-undang dan memenuhi rasa keadilan masyarakat.

Di mana berdasarkan hasil penelusuran penulis terhadap beberapa penelitian yang telah ada nampaknya penelitian mengenai penemuan hukum oleh hakim dalam penyelesaian perkara yang secara khusus mengkaji penyelesaian perkara perdata belum pernah dilakukan di Indonesia. Beberapa penelitian yang ada dan memiliki obyek kajian seputar penemuan hukum memang telah banyak dilakukan namun dengan titik berat pada kajian obyek-obyek tertentu atau terhadap perkara-perkara tertentu selain perkara perdata.



Seperti hasil penelitian dari Liza Erwina, dengan judul 'Penemuan Hukum oleh Hakim (*Rechtvinding*)', dalam penelitian ini menitikberatkan pada keharusan melakukan penemuan hukum bagi hakim (umum) apabila menangani perkara atau kasus yang diajukan kepadanya namun tidak ada aturan hukum tertulisnya. Jadi penelitian ini fokusnya pada kebijakan untuk melakukan penemuan hukum sebagai upaya pembentukan hukum terhadap masalah hukum pada umumnya tanpa dibatasi jenis perkara atau kasusnya.

Penelitian yang dilakukan oleh Al Fitri, dengan judul 'Metode Penemuan Hukum (Bayani, Ta'lili dan Istislahi)', merupakan penelitian dengan obyek kajian mengenai penemuan hukum dengan perspektif hukum syariah Islam dalam konteks bayani, ta'lili dan istislahi. Jadi sangat berbeda dengan penelitian yang dilakukan penulis, mengingat Al Fitri menggunakan perspektif hukum syariah Islam, sementara penelitian ini dengan mengacu pada perspektif hukum nasional.

Penelitian oleh Ahmad Zaenal Fanani, dengan judul 'Hermeneutika Hukum Sebagai Metode Penemuan Hukum: Telaah Filsafat Hukum', Penelitian ini memang mengkaji penemuan hukum, namun fokus kajiannya hanya menitikberatkan penggunaan metode Hermeneutika sebagai salah satu teknik dalam melakukan penemuan hukum, jadi semacam uji verifikasi terhadap eksistensi Hermeneutika untuk diterapkan dalam penemuan hukum, di samping itu dalam telaah pembahasannya dengan orientasi pada kajian filsafat hukum.

Penelitian yang menitikberatkan dan fokus pada 'penemuan hukum; juga dilakukan oleh Muhamad Aidyan, dengan judul 'Analisis Terhadap Teknik/Metode Penemuan Hukum oleh Hakim di Kota Manado dalam Proses



Pengambilan Keputusan. Dalam penelitian ini secara khusus hanya mengkaji dan menganalisis teknik/metode penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim di Manado guna penyelesaian atau pengambilan keputusan atas perkara-perkara atau masalah-masalah hukum yang terjadi di Wilayah hukum Pengadilan Negeri Manado yang tidak ada aturan tertulisnya sehingga hanya diperuntukkan dan mengakomodasikan rasa keadilan bagi masyarakat Manado saja.

Mencermati beberapa penelitian seputar penemuan hukum tersebut, nampaknya penelitian dengan fokus kajian yang menitikberatkan pada penemuan hukum oleh hakim dalam penyelesaian perkara perdata belum pernah dibahas atau dilakukan penelitian, lebih-lebih saat ini dengan adanya pembaharuan kebijakan perundang-undangan tentang kekuasaan kehakiman sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (LNRI Tahun 2009 Nomor 157, TLNRI Nomor 5076) keharusan melakukan penemuan hukum oleh hakim semakin intensif dan komprehensif, karena tidak lagi hanya mengetengahkan sekedar mengenai nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat tetapi juga menitikberatkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, sehingga cukup penting untuk segera dilakukan kajian atau penelitian.

Dengan demikian, mengingat belum pernah ada penelitian dengan fokus kajian pada penemuan hukum oleh hakim dan penyelesaian perkara perdata, maka dapat dikatakan bahwa penelitian ini telah memiliki orisinalitas dan atau merupakan penelitian yang masih asli yang belum pernah dilakukan.



1.6. Kajian Pustaka

1.6.1. Tugas Pokok Hakim dalam Penemuan Hukum

Secara normatif, pengertian dan batasan tentang hakim dapat dilihat secara otentik yaitu di dalam Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (LNRI Tahun 1981 Nomor 76, TLNRI Nomor 32096) atau yang lebih dikenal dengan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana atau KUHP, pada Pasal 1 angka 8 menyatakan, "Hakim adalah pejabat peradilan negara yang diberi wewenang oleh Undang-Undang untuk mengadili". Kemudian juga diatur dalam Pasal 1 huruf 1, 2, dan 3 Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum, menyatakan: 1. Pengadilan adalah pengadilan negeri dan pengadilan tinggi di lingkungan peradilan umum; 2. Hakim adalah hakim pada pengadilan negeri dan hakim pada pengadilan tinggi; 3. Mahkamah Agung adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Berdasarkan pengertian hakim yang telah dikemukakan dalam peraturan perundang-undangan tersebut di atas, terdapat kesamaan uraian mengenai pengertian hakim, pada intinya pengertian hakim, adalah pejabat kekuasaan kehakiman yang memeriksa dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya. Fungsi kekuasaan kehakiman diatur dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan, "Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna



menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia”.

Dalam Disertasi ini yang dimaksud dengan hakim adalah hakim pada lingkungan peradilan umum yang meliputi hakim pada pengadilan negeri, hakim pada pengadilan tinggi, dan hakim agung di Mahkamah Agung yang berfungsi sebagai penegak hukum dan sebagai pengabdian hukum.

Dalam praktek yang dimaksud sebagai pengabdian hukum adalah:

Pengabdian hukum di bidang preventif ialah mereka yang bekerja di bidang legislatif yang bertugas untuk merancang suatu Rancangan Undang-Undang yang juga sering disebut dengan istilah *Legal Drafter*. Pengabdian hukum di bidang eksekutif yaitu pelaksana dari hukum seperti Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah serta pengabdian hukum di bidang pemberi jasa atau pelayanan hukum seperti Notaris dan Advokat/pengacara. Di samping itu, pengabdian hukum di bidang represif dan karena itu juga dinamakan penegak hukum adalah yang bertugas di bidang kepolisian, kejaksaan, dan pengadilan.

Mengenai Tugas Pokok Hakim akan diuraikan dalam Pasal 19 Undang-Undang No. 8 Tahun 2004 tentang Peradilan Umum (sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 49 Tahun 2009) menegaskan bahwa hakim pengadilan adalah pejabat yang melaksanakan tugas kekuasaan kehakiman. Selanjutnya dalam Pasal 50 Undang-Undang No. 8 Tahun 2004 tersebut telah mengatur pula Pengadilan Negeri bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara pidana dan perkara perdata di tingkat pertama.



Tugas pengadilan memang identik dengan tugas hakim sehingga sering menimbulkan anggapan bahwa pengadilan itu adalah hakim, padahal dalam melaksanakan tugas pokok yaitu menerima, memeriksa dan mengadili perkara yang dimajukan kepadanya, hakim harus dibantu oleh aparatur pengadilan atau staf seperti yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Hakim sebagai aparatur hukum mempunyai fungsi ganda yaitu di satu pihak sebagai Aparatur Negara, Abdi Negara dan Abdi Masyarakat yang penuh kesetiaan kepada Pancasila dan UUD 1945, di lain pihak sebagai aparatur hukum sebagai abdi hukum yang harus menegakkan hukum dan keadilan dalam masyarakat, yaitu melalui perkara-perkara yang diajukan kepadanya. Sebagai abdi negara, hakim harus mengutamakan kepentingan negara di atas kepentingan pribadi dan sebagai Abdi Masyarakat memberikan pelayanan kepada masyarakat, sedangkan sebagai abdi hukum (pengemban tugas) dituntut untuk menegakkan hukum, memberi pengayoman kepada masyarakat pencari keadilan.⁴⁶

Dalam hubungan tugas hakim dan perundang-undangan terdapat beberapa⁴⁷ aliran yaitu:

- (a). Aliran *Begriffsjurisprudenz*, mengajarkan bahwa sekalipun benar undang-undang itu tidak lengkap, namun undang-undang masih dapat menutupi kekurangan-kekurangannya sendiri, karena undang-undang memiliki daya meluas, dan hukum sebagai sistem tertutup. Kekurangan undang-undang menurut aliran ini hendaknya diisi oleh

⁴⁶ Yakup Ginting, *Penerapan Nilai-Nilai Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Oleh Hakim Dalam Perkara Perceraian Dari Perkawinan Yang Tidak Dicatatkan Di Kantor Catatan Sipil (Studi Kasus di Pengadilan Negeri Kabanjaje)*, Thesis pada Program Pasca Sarjana Universitas Sumatra Utara, Medan 2002, hlm. 20.

⁴⁷ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 42-46.



hakim dengan penggunaan hukum-hukum logika (silogisme) sebagai dasar utamanya dan memperluas undang-undang berdasarkan rasio sesuai dengan perkembangan teori hukum berupa sistem pengertian-pengertian hukum (konsep-konsep yuridik) sebagai tujuan – bukan sebagai sarana, sehingga hakim dapat mewujudkan kepastian hukum.

- (b). Aliran *Interessenjurisprudenz* (*Freirechtsschule*), menyatakan hakim dan pejabat lainnya mempunyai kebebasan yang seluas-luasnya untuk melakukan penemuan hukum, tidak sekedar menerapkan undang-undang, tetapi juga mencakupi memperluas, mempersempit dan membentuk peraturan dalam putusan hakim dari tiap-tiap perkara kongkret yang dihadapkan padanya, agar tercapai keadilan yang setinggi-tingginya, dan dalam keadaan tertentu hakim bahkan boleh menyimpang dari undang-undang, demi kemanfaatan masyarakat. Jadi yang diutamakan bukanlah kepastian hukum, karena peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional dan doktrin hanyalah sebagai “pengantar” atau “Pembuka jalan”, “Pedoman” dan “bahan inspirasi” atau sarana bagi hakim untuk membentuk dan menemukan sendiri hukumnya yang dinyatakan dalm putusannya atau suatu perkara yang diadilinya dan dihadapkan padanya itu. Tokoh-tokoh airan ini antara lain O. Bulow, E. Stamped an E. Fughs.

- (c) Aliran *Soziologische Rechtsschule*, mengajarkan bahwa hakim seyogyanya mendasarkan putusannya sesuai dan memperhatikan kesadaran hukum dan perasaan hukum serta kenyataan-kenyataan dalam masyarakat, yang sedang hidup di dalam masyarakat ketika



putusan itu dijatuhkan. Tokoh-tokoh aliran ini antara lain Arthur Honderson, J. Valkhor, A. Aurburtin dan G. Gurvitch.

(d) Ajaran Paul Scholten. Sistem hukum itu tidak statis melainkan terbuka, *open system van het recht* karena sistem hukum itu membutuhkan putusan-putusan (penetapan-penetapan) dari hakim atas dasar penilaian dan hasil dari penilaian itu menciptakan sesuatu yang baru dan senantiasa menambah luasnya sistem hukum tersebut.

Bagaimana dengan hakim Indonesia, apakah dia berhak untuk melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) dan penciptaan/pembentukan hukum (*rechts-schepping*), ataukah hakim Indonesia hanya sekedar corong dari undang-undang (*rechtstoepassing*), jawaban dari pertanyaan tersebut haruslah dicari dalam aturan perundang-undangan yang berkaitan dengan dunia peradilan atau yang mengatur kekuasaan kehakiman, yakni UUD Negara RI Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum dan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung.

Dalam kaitannya dengan tugas pokok bagi hakim untuk melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) tertuang dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Di Di dalamnya tersirat secara yuridis maupun filosofis, hakim mempunyai kewajiban atau hak untuk melakukan penemuan hukum dan menciptakan hukum, agar putusan yang diambilnya dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Ketentuan ini berlaku bagi semua hakim dalam



semua lingkungan peradilan dan dalam semua tingkatan, baik hakim tingkat pertama, tingkat banding maupun tingkat kasasi atau hakim agung.

Selanjutnya, dalam upaya menyelesaikan suatu perkara yang disodorkan kepadanya, maka menurut Sudikno ada tiga tahapan yang harus dilewati seorang hakim, yakni mengkonstatir fakta-fakta, mengkualifikasikan peristiwa dan mengkonstitusikan peristiwa hukum.⁴⁸

Dalam praktek, hakim menghadapi dua kendala, yakni seringkali kata atau kalimat undang-undang tidak jelas, atau undang-undang tidak lengkap dalam arti belum tegas-tegas mengatur suatu kasus kongkret yang diajukan kepada hakim. Padahal di sisi lain, hakim dilarang menolak mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan dalih hukum tidak ada atau kurang jelas, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 10 ayat

(1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Kendala yang dihadapi ini menurut Sudikno di atasi hakim dengan dua cara, jika peraturannya tidak jelas, hakim melakukan interpretasi/penafsiran terhadap bunyi undang-undang dengan berbagai metode interpretasi/penafsiran, seperti penafsiran otentik, sistematis, historis, sosiologis dan lain-lain. Jika peraturannya tidak lengkap, hakim akan melakukan penalaran (*reasoning*), juga dengan berbagai metode penalaran/argumentasi tertentu seperti *argumentum a contrario*,

⁴⁸ Mengkonstatir fakta-fakta adalah menilai benar tidaknya suatu peristiwa kongkret yang diajukan di persidangan, baik perkara pidana atau perdata, dan hal ini memerlukan pembuktian. Jadi yang harus dibuktikan adalah fakta atau peristiwa kongkret. Tahap mengkualifisir berarti mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa kongkret tersebut masuk dalam kelompok atau menggolongkan peristiwa kongkret tersebut masuk dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum apa dengan jalan menerapkan peraturannya sebagai suatu kegiatan yang bersifat logis. Di sini hakim bukan hanya menerapkan peraturan tetapi juga harus menciptakan hukumnya. Selanjutnya tahap akhir adalah mengkonstituir atau memberi konstitusinya, yakni hakim menentukan hukumnya, memberi keadilan, yakni menentukan hukum dari suatu hubungan hukum antara peristiwa hukum dengan subyek hukum (terdakwa, tergugat ataupun penggugat).



argumentum per analogiam (analogi) dan penghalus hukum (*rechtsverfining*).

Atas dasar tersebut, maka hakim juga berperan di samping menerapkan hukum juga menemukan dan menciptakan hukum. Pada waktu mengadili, hakim menentukan hukum *in concreto* terhadap suatu peristiwa tertentu. Dengan demikian putusan hakim adalah hukum atau dengan putusnya hakim membuat hukum (*judge made law*). Di samping lembaga legislatif sebagai pembentuk hukum yang objektif abstrak, maka hakim juga membentuk atau mencipta hukum, hanya saja hukum yang diciptakan hakim adalah hukum *in concreto*.⁴⁹

Secara tekstual, sebagaimana telah disebutkan, undang-undang memang menuntut hakim untuk menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, yang secara filosofis berarti menuntut hakim untuk melakukan penemuan hukum dan penciptaan hukum. Hanya saja apakah dengan dalih kebebasan hakim, atau dengan dalih hakim harus memutus atas dasar keyakinannya, lalu hakim boleh sekehendak hatinya melakukan penyimpangan terhadap undang-undang (*contra legem*) atau memberi interpretasi/penafsiran terhadap undang-undang? Jawabannya tentu saja tidak, karena hal itu akan menimbulkan kekacauan dan ketidakpastian hukum. Penemuan dan penciptaan hukum oleh hakim haruslah dilakukan atas prinsip-prinsip atau azas-azas tertentu, yang menjadi dasar sekaligus rambu-rambu bagi hakim dalam menerapkan kebebasannya dalam menemukan dan menciptakan hukum.

⁴⁹ Soedikno Mertokusumo, *Op,cit*, hlm. 80.



1.6.2. Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perkara Perdata

Hakim dalam menjalankan tugasnya harus bersikap adil objektif dan tidak memihak sesuai dengan ketentuan-ketentuan hukum acara perdata yang memberikan jaminan yang objektif dalam pemeriksaan dimuka persidangan. Hakim dalam memeriksa perkara-perkara perdata (gugatan) baik atas dasar terjadinya perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) atau atas dasar terjadinya cidra janji (wanprestasi) sesuai dengan tuntutan hak,⁵⁰ yang diajukan salah satu pihak (penggugat) terhadap pihak lain (tergugat), maka akan berhadapan dengan dua pihak yakni pihak penggugat dan pihak tergugat, baik yang bertindak sebagai kuasa atau dirinya sendiri. Selanjutnya hakim bertindak sebagai pihak ketiga yang netral dan secara objektif mengadili perkara tersebut sesuai dengan hukum dan keadilan dalam kasus perkara itu dan pada akhirnya memberikan kesimpulan hukum sebagai putusan yang mengikat para pihak.

Dalam hal hakim memeriksa dan mengadili perkara dan ternyata peristiwa-peristiwa hukum atau fakta-fakta hukum dalam perkara itu telah diatur secara jelas dalam suatu undang-undang, maka hakim tinggal menerapkan undang-undang itu kepada peristiwa kongkret tersebut dan menjatuhkan putusan sebagai kesimpulannya dan hakim tinggal mengadili menurut hukum atau sesuai bunyi undang-undangnya.

Adapun makna 'mengadili menurut hukum' sangat perlu untuk dipahami bahwa terdapat beberapa konsep yang mendasarinya,⁵¹ yaitu:

⁵⁰ Tuntutan hak harus mempunyai kepentingan hukum yang cukup, merupakan syarat utama untuk dapat diterimanya tuntutan hak itu oleh pengadilan guna diperiksa: *point d'interest*, *point d'action*. Dalam Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 40.

⁵¹ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 4-5



Pertama, pengertian hukum, dalam asas "memutus menurut hukum" diartikan sangat luas, yaitu hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Dalam suatu hubungan khusus tertentu, hukum diartikan lebih luas selain hukum tertulis dan tidak tertulis, termasuk juga hukum yang lahir dari suatu perjanjian (sebagai undang-undang bagi pihak-pihak) bahkan lebih luas lagi yaitu keharusan memperhatikan kepatutan (Pasal 1339 BW), kesesuaian dan ketertiban umum (Pasal 1337 BW).

Kedua, asas mengadili menurut hukum adalah perwujudan asas legalitas sebagai salah satu unsur pokok paham negara berdasarkan atas hukum.

Asas Legalitas mengandung makna, bahwa setiap putusan hakim atau keputusan penyelenggara negara di luar hakim atau penyelenggara pemerintahan harus didasarkan pada ketentuan hukum yang sudah ada sebelum putusan atau keputusan itu dilakukan. Pengertian hukum yang sudah ada meliputi hukum materil (substantif) maupun hukum formil (prosedural). Keharusan ada hukum sebagai dasar memutus dimaksudkan untuk mencegah hakim atau pejabat pemutus lainnya berlaku sewenang-wenang, yaitu memutus menurut kehendak sendiri yang pada gilirannya menimbulkan ketidakadilan dan ketidakpastian hukum.

Ketiga, asas mengadili menurut hukum juga perlu dikaitkan dengan paham kodifikasi. Pada puncak pengaruh kodifikasi, berkembang teori bahwa hukum hanyalah hukum tertulis, bahkan lebih sempit, hukum tidak lain dari undang-undang. Dari teori ini berkembanglah ungkapan "hakim adalah mulut atau corong undang-undang" (*spreekbuis van de wet, bouche de la loi*). Menurut ungkapan ini, hakim bukan saja dilarang menerapkan hukum di luar undang-undang, melainkan dilarang juga menafsirkan undang-



undang. Menurut paham ini, menafsirkan undang-undang adalah wewenang pembentuk undang-undang, bukan wewenang hakim.

Pandangan ini tidak sekedar teori, melainkan pernah masuk dalam sistem hukum positif. Dalam Pasal 15 AB (*Algemene Bepalingen van Wetgeving*)

ada potongan ketentuan yang berbunyi: "*geeft gewoonte geen recht, dan allen wanneer de wet daarop verwijst*" (ketentuan kebiasaan tidak

merupakan hukum, kecuali ditunjuk oleh undang-undang). Mengenai

larangan penafsiran hingga saat inipun, untuk sebagian paham ini masih

berlaku yaitu dalam hukum acara, masih cukup kuat pendapat pada

sebagian hakim, bahwa hukum acara harus diterapkan sebagaimana

adanya. Suatu cara pandang yang harus ditinjau kembali, karena tidak

sesuai dengan perkembangan pengertian hukum maupun praktek.

Keempat, asas mengadili menurut hukum dalam kaitan hukum sebagai

pengertian normatif dan pengertian sosiologis. Dari segi teori hukum atau

filosofat hukum, hukum sebagai pengertian normatif bersandar pada ajaran

positivisme seperti ajaran "*Reine Rechtslehre*" atau "*The pure theory of*

law" atau "teori hukum murni" dari Hans Kelsen. Pandangan sosiologis

tentang hukum didukung oleh aliran teori hukum (secara) sosiologis

(*sociological jurisprudence*) yang dipelopori oleh Eugen Ehrlich yang

memisahkan antara "*law in books*" dan "*law in action*", dan dipelopori oleh

Roscoe Pound yang memperkenalkan ungkapan "*law as a tool of social*

engineering" (Hukum sebagai sarana untuk merekayasa masyarakat).

Perubahan pola hidup masyarakat yang sangat cepat dapat

menimbulkan dilematis bagi pembuat undang yang secara sederhana dapat

diumpamakan "bagaikan arsitek yang gagal karena gambar bangunan yang



dibuatnya tidak dapat dikerjakan oleh tukang bangunan.” demikian juga suatu undang-undang yang baru dibuat tidak dapat dilaksanakan oleh penegak hukum karena tidak jelas, tidak lengkap atau terjadi pertentangan dengan norma hukum lainnya ataupun karena tidak didukung oleh sarana sehingga tidak dapat ditegakkan oleh penegak hukum khususnya hakim.

Dalam hal hakim memeriksa dan mengadili perkara, ternyata peristiwa-peristiwa hukum atau fakta-fakta hukum dalam perkara itu telah diatur dalam suatu undang-undang tetapi tidak jelas dan kurang lengkap atau bahkan tidak diatur dalam undang-undang, maka hakim wajib menggali berdasarkan hukum dan rasa keadilan masyarakat dengan melakukan penemuan hukum.

Beberapa pendapat tentang pengertian/definisi penemuan hukum dikemukakan sebagai berikut:

Utrecht, menyatakan, “Apabila terjadi suatu peraturan perundang-undangan belum jelas atau belum mengaturnya, Hakim harus bertindak berdasarkan inisiatifnya sendiri untuk menyelesaikan perkara tersebut”, dalam hal ini Hakim harus berperan untuk menentukan apa yang merupakan hukum sekalipun Peraturan Perundang-undangan tidak dapat membantunya.

Van Eekmen Homme, menyatakan, “Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim, atau oleh petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang kongkret”.



Ini merupakan proses kongkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa kongkret.⁵²

Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo menguraikan "Pembuat Undang-Undang membuat peraturan umum, sedangkan hakim hanya mengkonstatir bahwa undang-undang dapat diterapkan pada peristiwanya, kemudian hakim menerapkannya menurut bunyi undang-undang". Dengan demikian maka penemuan hukum tidak lain merupakan penerapan undang-undang yang terjadi secara logis dan terpaksa sebagai silogisme. Di sini hakim tidak menjalankan fungsi yang mandiri dalam penerapan undang-undang terhadap peristiwa hukum yang kongkret, hakim hanya corong undang-undang yang tidak dapat mengubah atau menambah undang-undang.⁵³

Tapi sebaliknya jika dalam hal hakim memeriksa dan mengadili perkara yang dimajukan kepadanya, setelah hakim menemukan fakta-fakta kongkret, ternyata undang-undang yang akan diterapkan kepada peristiwa kongkret itu belum mengaturnya atau undang-undang tidak sempurna, memang tidak mungkin undang-undang itu mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada kalanya undang-undang tidak lengkap, ada kalanya undang-undang tidak jelas.⁵⁴

Dengan demikian, penemuan hukum menurut Sudikno Mertokusumo, ada dua jenis yaitu:

- (1) Penemuan hukum heteronom adalah jika dalam penemuan hukum hakim sepenuhnya tunduk pada undang-undang, hakim hanya mengkonstatir bahwa undang-undang dapat diterapkan pada

⁵² Yuda Bhakti Adhiwisastra, *Op.cit.*, hlm. 21.

⁵³ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Op.cit.*, hlm. 6.

⁵⁴ *Ibid*, hlm. 3.



peristiwa kongkretnya, kemudian hakim menerapkannya menurut bunyi undang-undang tersebut.

- (2) Penemuan hukum otonom adalah jika hakim dalam menjatuhkan putusannya dibimbing oleh pandangan-pandangan, pemahaman, pengalaman dan pengamatan atau pikirannya tanpa terkait mutlak kepada ketentuan undang-undang.

Adapun Pitlo,⁵⁵ membedakan Penemuan Hukum dalam dua jenis, yaitu:

- (1) Penemuan Hukum Dalam Arti Sempit, penemuan yang semata-mata hanya kegiatan berpikir yang disyaratkan, karena tidak ada pegangan yang cukup dalam undang-undang.
- (2) Penemuan Hukum Dalam Arti Luas, selain kegiatan berpikir juga mencakup interpretasi.⁵⁶

Dalam hal hakim harus menemukan hukum, Purwoto Gandasubrata mengatakan bahwa apabila hukum atau undang-undangnya kurang jelas atau belum mengaturnya dan khususnya dalam hal berlakunya hukum adat atau hukum tidak tertulis, maka hakim perlu menggali nilai-nilai hukum dalam masyarakat, hakim harus menemukan hukum (*rechtsvinding*).⁵⁶

Dalam melakukan penemuan hukum hal utama yang tidak boleh dilanggar adalah asas-asas fundamental serta sistematika hukum yang ada. Umpamanya jika karena menemukan hukum, hakim sampai menemukan kaidah yang membenarkan orang yang berutang tidak membayar, dst.⁵⁷

⁵⁵ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo. *Loc.cit.*

⁵⁶ Purwoto Gandasubrata, *Op.cit.*, hlm. 81.

⁵⁷ Setiawan, "Artikel atau Menemukan Hukum", Majalah Forum Keadilan No. 18 Tahun IV tanggal 15 Desember 1997.



Tugas penting bagi hakim dalam penemuan hukum adalah menentukan peristiwa-peristiwa apa yang masih termasuk dalam pengertian-pengertian yang ditetapkan dalam undang-undang dan yang mana yang tidak. Juga disini jelas kejadian-kejadian yang secara tidak bermakna ganda termasuk dalam inti dari pengertian itu.⁵⁸

Hakim dalam memutus perkara dihadapkan pada 3 (tiga) asas, yaitu: 1) Asas Keadilan; 2) Asas Kepastian Hukum; dan 3) Asas Kemanfaatan. Ketiga asas tersebut harus dijalankan secara kompromi, secara berimbang atau secara proposional.⁵⁹ Terdapat beberapa kelemahan (kritik) apabila penekannya hanya pada salah satu asas saja, sebagai berikut:

a. Penekanan Asas Kepastian Hukum

Dalam hal penekanaan Asas Kepastian Hukum, maka hakim lebih cenderung mempertahankan norma-norma hukum tertulis (Undang-Undang). Cara berpikir yang normatif tersebut, akan mengalami kebuntuan manakala ketentuan-ketentuan tertulis tidak dapat menjawab persoalan yang ada; maka Hakim harus menemukan hukum untuk mengisi kelengkapan hukum itu (Undang-Undang).

Satjipto Raharjo mengatakan, penekanan Kepastian Hukum bukan hanya berarti Undang-Undang saja, sebab hukum lebih luas dari Undang-Undang; karena hukum itu meliputi Hukum Tertulis (Undang-Undang) juga Hukum Tidak Tertulis seperti kebiasaan atau hukum adat.

⁵⁸ J.J. H. Bruggink, Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Hukum*, (Bandung: Penerbit Citra Aditya Bakti, 1999), hlm. 63.

⁵⁹ Lintong Siahaan, *Op.cit.*, hlm. 57.



Negara Indonesia berdasarkan hukum, bukan Negara berdasarkan Undang-Undang.⁶⁰

b. Penekanan Asas Keadilan Hukum

Penekanan Asas Keadilan berarti harus mempertimbangkan hukum yang hidup dalam masyarakat, misalnya kebiasaan-kebiasaan, sosiologi hukum, budaya hukum semuanya sangat berperan, sehingga semua dipertimbangkan oleh Hakim dan ada keadilan individu, keadilan masyarakat tertentu dan keadilan masyarakat lain.

c. Penekanan Asas Kemanfaatan

Lebih bernuansa ekonomi, berguna untuk manusia, orang banyak tidak hanya kepada para pihak yang berperkara. Secara ideal bahwa kepentingan pribadi hendaknya seoptimal mungkin dipenuhi, namun tanpa mengurangi atau dapat merugikan kepentingan pribadi-pribadi lain, atau pihak-pihak yang berperkara. Sekalipun pemenuhan atas hak pribadinya (misal hak milik) dalam pelaksanaannya harus memperhatikan kepentingan dan hak pihak lain.

Dalam penyelesaian perkara perdata yang lebih berorientasi pada aspek kebendaan dan mendorong pada sifat yang materialistis, serta menjauhkan jarak keintiman hubungan manusiawi, maka dalam penyelesaiannya harus mempertimbangkan dasar akhlak yang tinggi dalam kerangka tetap menjaga keintiman hubungan manusiawi tersebut. Dengan kata lain, putusan hakim dalam perkara perdata (gugatan) yang diajukan kepadanya harus sesuai dengan nilai-nilai hukum yang merupakan anggapan masyarakat tentang sesuatu (hukum) baik dan luhur yang

⁶⁰ Satjipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, (Jakarta: Penerbit UKI Press, 2006), hlm. 135.



seharusnya sesuai dengan isi peraturan perundang-undangan yang sedang berlaku, akan tetapi dalam kenyataannya dapat juga tidak sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang ada.⁶¹

1.6.3. Penemuan Hukum Dengan Cara Menggali Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan Yang Hidup Dalam Masyarakat

Hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara-perkara perdata yang diajukan kepadanya, sesuai dengan tugas dan sumpah jabatannya, harus memutus berdasarkan hukum yang berkeadilan terhadap kasus-kasus kongkret. Dalam hal kasus kongkret tersebut telah diatur secara jelas dalam undang-undang, maka hakim dapat secara langsung menerapkan undang-undang tersebut kepada kasus itu tanpa menggali nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat tentang kasus kongkret itu. Akan tetapi bila undang-undangnya tidak ada atau tidak jelas, maka hakim harus menafsirkannya sesuai dengan kondisi masa kini, dalam hal ini hakim harus menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Sementara tentang makna dari apa yang dimaksud dengan nilai dapat dijelaskan sebagai berikut: "Nilai-nilai adalah suatu yang dianggap baik, luhur dan senantiasa ditambahkan untuk menikmati dan memperolehnya, karena itu dipandang serasi menurut ukuran pandangan hidup bangsa kita, misalnya keadilan dan lain-lain."⁶² Jadi nilai-nilai itu merupakan anggapan dan perasaan masyarakat tentang sesuatu yang baik

⁶¹ Bandingkan dengan pendapat Solly M. Lubis. *Sistem Hukum*. Universitas Sumatera Utara, Medan, 1988, hlm. 12, dan baca Chidir. Ali. *Teori-Teori Hukum Dewasa Ini*. Chidir Ali Memory, tahun 1976, hlm. 81, Sedangkan Soerjono Soekanto menyatakan: Hukum yang hidup, yang diterapkan dalam pergaulan sehari-hari sebagai jalinan nilai-nilai dari konsep abstrak dalam diri manusia tentang apa yang dianggap baik sehingga dianut atau ditaati, dan apa yang dianggap buruk sehingga dihindari. Soerjono Soekanto. *Mengenai Sosiologi Hukum*. (Bandung: Alumi, 1981), hlm. 29.

⁶² Solly M. Lubis, *Sistem Hukum*, (Medan: Universitas Sumatera Utara, 1988), hlm. 12.



dan luhur yang telah lama berakar dan berkembang dalam masyarakat tertentu atau dalam suku tertentu.

Sehubungan dengan itu, Soepomo telah menguraikan bahwa nilai-nilai yang hidup dan diakui keberadaannya itu oleh masyarakat disebut dengan istilah adat kebiasaan, apabila kaidah-kaidah adat tersebut mempunyai sanksi maka ia dinamakan hukum adat.⁶³ Kemudian Eugen Ehrlich, pendiri aliran *sociological jurisprudence* dalam bukunya terjemahan Chidir Ali mengatakan, "Hukum positif yang baik adalah hukum yang sesuai dengan *living law* yang mencerminkan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat."⁶⁴

Sementara Soerjono Soekanto menyatakan: Hukum yang hidup, yang diterapkan dalam pergaulan sehari-hari sebagai jalinan nilai-nilai dari konsep abstrak dalam diri manusia tentang apa yang dianggap baik sehingga dianut atau ditaati, dan apa yang dianggap buruk sehingga dihindari.⁶⁵

Dari beberapa pengertian nilai-nilai hukum yang telah dikemukakan oleh para ahli tersebut di atas, terdapat kesamaan pandangan mengenai pengertian nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, yang pada intinya nilai-nilai hukum itu adalah anggapan dari masyarakat tentang hukum yang baik dan ditaati serta dijunjung tinggi oleh masyarakat tersebut. Dengan demikian sepintas lalu dapat diartikan nilai-nilai hukum itu merupakan anggapan masyarakat tentang sesuatu (hukum) baik dan luhur yang seharusnya sesuai dengan isi peraturan perundang-undangan yang

⁶³ *Ibid*, hlm. 3.

⁶⁴ Chidir Ali, *Teori-Teori Hukum Dewasa Ini*, (Jakarta: Chidir Ali Memory, 1976), hlm. 81.

⁶⁵ Soerjono Soekanto, *Mengenai Sosiologi Hukum*, (Bandung: Alumni, 1981), hlm. 29.



sedang berlaku, akan tetapi dalam kenyataannya dapat juga tidak sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang ada.

Tanpa mengurangi kenyataan, telah terjadi berbagai putusan tidak memuaskan dan tingkah laku sebagian hakim yang mengecewakan, ungkapan "hakim terlalu legalistik" atau ungkapan lain yang senada, justru "misleading", karena:⁶⁶ Pertama, dari berbagai putusan yang ditengarai kurang memuaskan, bukan karena hakim bersifat legalistik, melainkan justru karena tidak menjalankan asas legalitas dengan tepat dan benar, baik dalam menerapkan hukum materiil maupun hukum acara. Kedua, salah pengertian mengenai makna asas legalitas yang dicampuradukkan dengan paham legisme. Sebagai negara yang berdasarkan atas hukum, asas legalitas merupakan suatu *conditio sine qua non* untuk menjamin peradilan dijalankan dan penetapan putusan semata-mata atas dasar ketentuan hukum, bukan atas kehendak perorangan yang mungkin menyalahgunakan kekuasaan atau bertindak sewenang-wenang. Ketiga, selain sebagai instrumen negara berdasarkan atas hukum mengadili menurut hukum merupakan kendali terhadap asas kebebasan hakim. Tanpa kewajiban mengadili menurut hukum, hakim yang bebas dapat bertindak sewenang-wenang dalam memutuskan suatu perkara. Selain itu dapat menggerogoti tuntutan konsistensi putusan dan kepastian hukum. Meskipun hakim tidak boleh sekedar menjadi mulut undang-undang, tetapi juga tidak boleh menjadi mulut dirinya sendiri dengan menggunakan jargon memenuhi rasa keadilan masyarakat. Hanya ada satu kewajiban hakim

⁶⁶ Bagir Manan, *Op.ct.*, hlm. 10-11.



yaitu menerapkan hukum secara tepat dan benar demi mewujudkan keadilan atau memberi kepuasan pada pencari keadilan.

Dari sudut pandang teori atau filsafat hukum, nilai hukum dan rasa keadilan, bukan saja aneka ragam tetapi dapat bertentangan satu sama lain. Demikian pula, nilai hukum mengenai bagaimana semestinya peranan hukum dalam masyarakat, nilai baik dan buruk, dan lain sebagainya sangat tergantung pada cara pandang mengenai hukum dan aliran hukum yang dianut. Salah satu indikator pelaksanaan kewajiban hakim memperhatikan nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat adalah upaya membuat putusan yang mampu memberi kepuasan kepada para pencari keadilan, namun kepuasan tersebut tidak boleh mengorbankan kewajiban mengadili menurut hukum dan kepastian hukum.⁶⁷

Dari sudut pandang mengadili menurut hukum, upaya menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dilakukan pertama-tama dengan menemukan hukum (*rechtsvinding*). Apabila perlu, menciptakan hukum. Menemukan hukum bertolak dari asumsi hukumnya sudah ada, sedangkan menciptakan hukum bertolak dari asumsi hukumnya belum ada, tetapi keduanya memiliki peran yang sama, yaitu menemukan hukum sebagai alasan dasar untuk memutus, agar dipenuhi syarat mengadili atau memutus menurut hukum.⁶⁸

Hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum (*ius curia novit*). Pencari keadilan datang padanya untuk mohon keadilan, andaikata ia tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum

⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 13.

⁶⁸ *Ibid.*



tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum sebagai seorang yang bijaksana dan bertanggung jawab penuh kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, bangsa, dan negara. Selanjutnya hakim memahami, mempertimbangkan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat atas dasar rasa keadilan, kemudian barulah hakim memutus apa hukumnya dan keadilannya dalam kasus kongkret perkara itu.

Seandainya dalam menemukan hukumnya tadi hakim berpendapat bahwa nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat itu tidak sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945 atau bertentangan dengan perundang-undangan lainnya maka tentunya hakim tidak wajib menerapkannya dalam putusannya, karena negara memberikan kewenangan kepada hakim untuk menentukan hukumnya bukan masyarakat itu.

Hal itu dapat dipahami karena masyarakat kita sedang berkembang dengan pesat dan perubahan-perubahan nilai sedang berlangsung dengan cepat sejalan dengan perubahan sosial dalam masyarakat, sehingga dapat dipastikan cukup berpengaruh terhadap aspek-aspek hukum perdata termasuk tingkat kesulitannya perkara perdata yang dimintakan untuk diselesaikan di pengadilan. Penemuan hukum oleh hakim sangat terkait terbentuknya hukum.

Sehubungan dengan itu, dapat dijelaskan bahwa hukum terbentuk melalui beberapa cara:

- 1) Pertama-tama karena pembentuk undang-undang (*wetgever*) membuat aturan-aturan umum maka hakim harus menerapkan undang-undang tersebut;



2) Penerapan undang-undang tidak dapat berlangsung mekanik, ia menuntut penafsiran (*interpretasi*) dan karena itu hakim harus kreatif;

3) Perundang-undangan ternyata tidak selalu lengkap, sempurna, kadang-kadang harus digunakan istilah-istilah yang kabur yang maknanya harus diberikan oleh hakim, kadang terdapat kekosongan undang-undang (*leemtes*) dalam undang-undang yang harus diisi oleh peradilan, di sini hakim harus menggali dan menemukan hukum berdasar kebiasaan yang hidup dalam pergaulan masyarakat.⁶⁹

1.7. Desain Penelitian

Desain Penelitian merupakan rencana atau rancangan yang dibuat oleh peneliti guna menentukan tahap-tahap dalam pelaksanaan penelitian dengan didasarkan pada kerangka teoritis yang merupakan sistematisasi masalah dengan cara menderivasikan masalah abstrak teoritik menjadi masalah kongkret-faktual disertai landasan teori yang digunakan, data (bahan hukum) yang diperlukan, serta analisis yang akan dilakukan untuk menjawab masalah tersebut.⁷⁰

Sebagaimana telah dipaparkan di bagian awal bahwa rumusan masalah atau isu hukum dalam penelitian disertasi ini dilatarbelakangi beberapa fakta hukum yang pada intinya menjelaskan bahwa dalam penegakkan hukum dan penyelesaian perkara khususnya perkara perdata

⁶⁹ Soedjono Dirjosisworo, *Op.cit.* hlm. 139-140.

⁷⁰ Tim UJM FH UB, *Pedoman Penyusunan Proposal Penelitian dan Penulisan Tesis dan Disertasi*, (Malang: Universitas Brawijaya Press (UB Press), 2009), hlm. 12.



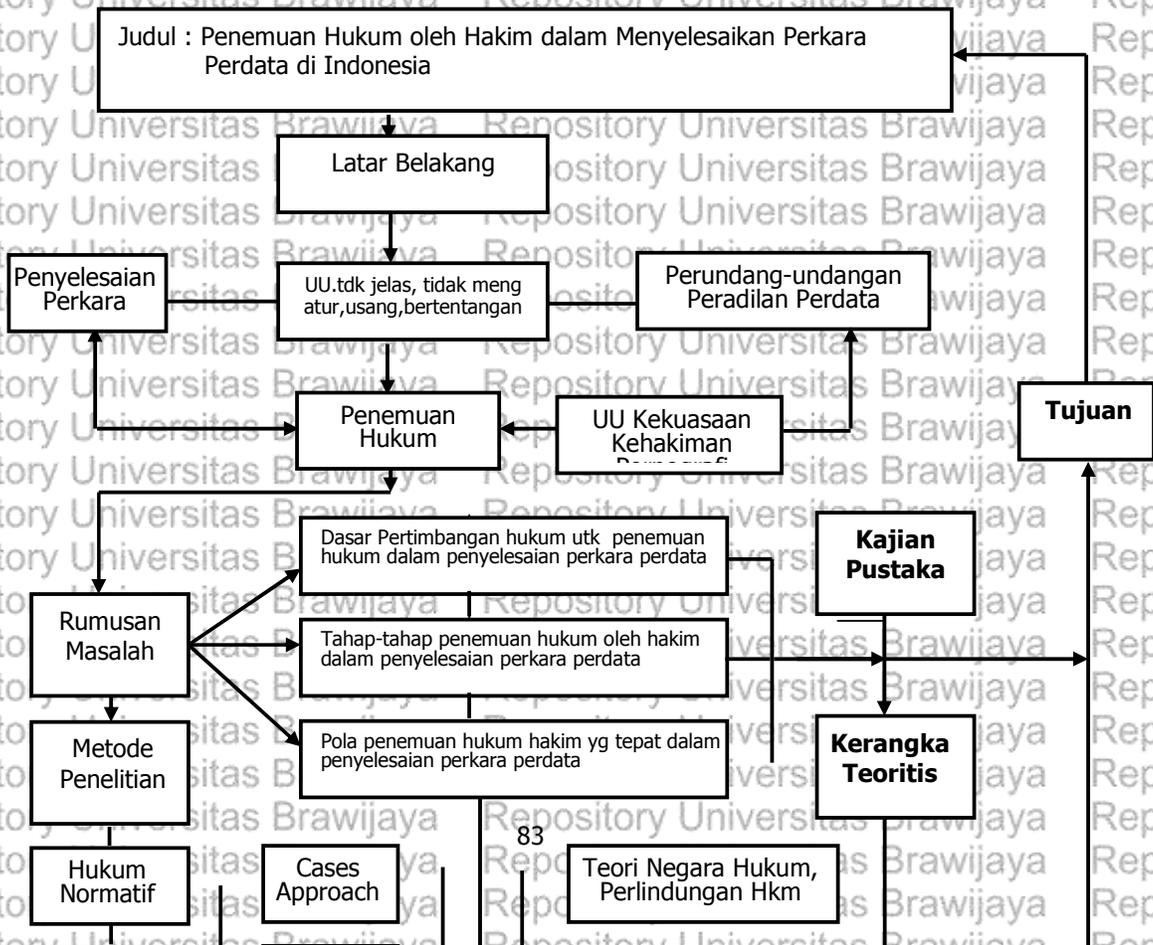
seringkali dihadapkan pada Undang-undang tidak jelas, tidak lengkap dan kekosongan undang-undang atau tidak ada aturan hukum tertulis yang mengatur pokok masalah yang dihadapkan kepada hakim untuk diperiksa, diselesaikan dan diputuskan, atau Undang-Undang yang ada bertentangan dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, sehingga hakim harus melakukan penemuan hukum guna menyelesaikan perkara dengan memutuskan sesuai dengan rasa keadilan masyarakat.

Hal ini sebagai konsekuensi bahwa hakim sebagai penegak hukum dan keadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara dengan alasan undang-undang tidak jelas, sudah usang, tidak adanya aturan hukum yang mengaturnya, ataupun ada pertentangan norma hukum, dan justru hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. di samping itu putusan pengadilan (hakim) selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili. Dengan demikian penelitian disertasi ini secara umum desain penelitiannya dapat dirahancang dalam bentuk bagan sebagai berikut:



Bagan 1.

Desain Penelitian tentang Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Menyelesaikan Perkara Perdata di Indonesia





Berdasarkan ragaan dalam desain penelitian disertasi ini dapat dilihat adanya tahap-tahap proses pelaksanaan penelitian, di mana dalam identifikasi latar belakang terdapat fakta hukum yang menjadi latar belakang dalam penegakkan hukum dan penyelesaian perkara perdata seringkali dihadapkan pada masalah adanya Undang-undang tidak jelas, Undang-Undang sudah usang atau sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat, dan kekosongan undang-undang atau tidak ada aturan hukum tertulis yang mengatur pokok masalah yang dihadapkan kepada hakim untuk diperiksa, diselesaikan dan diputuskan, atau Undang-Undang yang ada bertentangan dengan nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, yang mengatur pokok masalah yang dihadapkan kepada hakim untuk diperiksa, diselesaikan dan diputuskan, sehingga hakim harus melakukan penemuan hukum, agar dapat melakukan penyelesaian dan memutuskan sesuai dengan rasa keadilan masyarakat.

Dalam kaitan hal tersebut, penegakkan hukum dalam penyelesaian perkara perdata melalui proses peradilan secara umum telah terdapat norma hukum tertulis dan diatur dalam peraturan perundang-undangan sebagai suatu sistem dalam melaksanakan Hukum Acara Perdata, baik dalam *Burgelijk Wetboek* (B.W) atau lebih dikenal dengan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata), *Herziene Inlands Reglement* (H.I.R) atau lebih dikenal dengan Reglemen Indonesia yang diperbaharui (R.I.B), Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman (mulai UU No. 14 Tahun 1970, UU No. 35 Tahun 1999, UU No. 4 Tahun 2004, UU No. 48 Tahun 2009), Undang-Undang Peradilan umum (UU No. 2 Tahun 1986, UU No. 8 Tahun 2004, UU No. 49 Tahun 2009), Undang Undang Mahkamah Agung



(UU No 3 Tahun 2009), namun demikian ternyata banyak terdapat fakta sosial dan fakta hukum yang menunjukkan bahwa dalam menyelesaikan perkara perdata ternyata seringkali dihadapkan adanya Undang-undang tidak jelas, Undang-Undang sudah usang atau sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat, dan kekosongan undang-undang atau tidak ada aturan hukum tertulis yang mengatur pokok masalah yang dihadapkan kepada hakim untuk diperiksa, diselesaikan dan diputuskan, atau Undang-Undang yang ada bertentangan dengan nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, sehingga mendiskripsikan adanya isu hukum terkait: (1) dasar pertimbangan hukum oleh hakim untuk melakukan penemuan hukum dalam penyelesaian perkara perdata yang diajukan kepadanya; (2) tahap-tahap dalam penemuan hukum yang dapat dilakukan oleh hakim dalam penyelesaian perkara perdata di Indonesia; dan (3) pola penemuan hukum oleh hakim yang tepat untuk digunakan dalam penyelesaian perkara perdata agar sesuai dengan rasa keadilan masyarakat.

Ketiga isu hukum tersebut yang dirumuskan sebagai masalah dalam penelitian disertasi ini. Selanjutnya dengan memahami rumusan masalah tersebut maka dilakukan penelitian Yuridis Normatif yang dalam penelitian, akan mengumpulkan bahan-bahan hukum sesuai isu hukum atau rumusan masalah tersebut dengan menggunakan pendekatan kasus (*case approach*), dan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) serta pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

Hasil bahan-bahan hukum yang terkumpul selanjutnya akan dikaji dengan kajian-kajian pustaka yang relevan serta kerangka teoritis yang ada



baik dalam tataran *Grand Theory*, yaitu Teori Negara Hukum dan Teori Perlindungan Hukum, *Middle Theory*, meliputi Teori Penegakkan dan Berlakunya Hukum, maupun *Applied Theory* yang terdiri dari Teori Sumber-Sumber Hukum dan Teori Penemuan Hukum.

Berdasarkan hasil penelitian dan analisis tersebut maka diperoleh pemecahan masalah untuk dirumuskan dalam kesimpulan serta dijadikan dasar dalam memberikan rekomendasi untuk mewujudkan adanya pola penemuan hukum yang tepat dalam penyelesaian perkara perdata untuk mewujudkan rasa keadilan masyarakat. Kesimpulan tersebut harus memiliki relevansi dengan tujuan penelitian yang telah dirumuskan sebagai manifestasi keberhasilan pelaksanaan penelitian disertasi ini sesuai dengan judul yaitu "Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Penyelesaian Perkara Perdata di Indonesia".

1.8. Metode Penelitian

1.8.1. Jenis Penelitian

Penelitian hukum dalam disertasi ini menggunakan jenis penelitian hukum Normatif yaitu penelitian hukum yang obyek kajiannya meliputi ketentuan-ketentuan perundang-undangan (*in abstracto*) dan bahan-bahan hukum yang bersifat dokumenter, dengan pokok kajian masalah Pelaksanaan Penemuan Hukum oleh Hakim dengan contoh-contoh. Banyak putusan perkara perdata yang dapat diketengahkan untuk dijadikan dasa pada penelitian ini antarlain: Kasus Perceraian Pada Perkawinan Secara Adat Karo di Kabupaten Sumatera Utara, kasus keabsahan perkawinan



adat Cina di Malang, Penetapan Ganti Kelamin atau perubahan status Iwan menjadi Vivia, dan Nama Diri, Kasus Waduk Kedung Ombo.

Namun demikian, untuk melengkapi informasi yang dibutuhkan dalam penelitian ini juga akan dipelajari bentuk-bentuk norma hukum positif tidak tertulis yang hidup dan berlaku dalam masyarakat, yang meliputi: hukum kebiasaan (*customary law*) dan kepatutan (*equity*) yang sifatnya tidak tertulis berfungsi dengan baik dan hidup serta berkembang seiring dengan perkembangan kebutuhan masyarakat. Keadaan ini berlangsung terus menerus, sehingga dihayati benar-benar oleh setiap anggota masyarakat yang bersangkutan.⁷¹

1.8.2. Metode Pendekatan

Dalam penelitian ini metode pendekatan yang dipakai disesuaikan dengan jenis penelitian yang dilakukan, di mana penelitian ini merupakan penelitian yuridis-normatif (*legal research*).⁷² Sebagaimana pendapat Peter Mahmud Marzuki terdapat 5 (lima) pendekatan yang digunakan di dalam penelitian hukum, yaitu pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan komparatif (*comparative approach*), dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).⁷³

Atas dasar indikator yang terkandung dalam judul penelitian ini dan macam-macam metode pendekatan dalam penelitian hukum, maka dalam

⁷¹ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Dan Penelitian Hukum*, (Bandung: Penerbit PT Citra Aditya Bakti, 2004), hlm. 155.

⁷² Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, cetakan Ketiga, ed. Revisi, 1998), hlm. 11.

⁷³ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Prenada Media, 2005), hlm. 93.



penelitian ini metode pendekatan yang digunakan lebih menitikberatkan pada pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan undang-undang (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

Dalam bahan hukum yang dibutuhkan berupa bahan hukum, baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder maupun bahan hukum tertier, namun agar semua masalah yang telah dirumuskan dapat dipecahkan dengan baik maka untuk melengkapinya diperlukan juga adanya keterangan, informasi atau pendapat yang langsung diperoleh dari para pakar, para praktisi.

1.8.3. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif, maka teknik pengumpulan bahan hukum yang dibutuhkan adalah dengan melakukan inventarisasi semua bahan hukum baik yang berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder maupun bahan hukum tersier.⁷⁴

Dengan demikian teknik pengumpulan bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah teknik studi kepustakaan (*library research*) yaitu mengumpulkan, mempelajari dan mengkaji bahan-bahan hukum yang memiliki relevansi dengan permasalahan yang dirumuskan, baik terhadap bahan hukum primer, bahan hukum sekunder maupun bahan hukum tersier. Dalam penelitian ini sudah tidak mengemukakan pendapat ahli tetapi langsung disesuaikan dengan cara peneliti mengumpulkan bahan hukum dan setelah dikumpulkan, dikelompokkan berdasarkan urutan

⁷⁴ Bandingkan Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Press, 1984), hlm. 52, Demikian juga Soerjono Soekanto, dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1995), hlm. 14-15. Demikian juga Ronny Hanitjo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1988), hlm. 53. Demikian Juga Amirudin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2003), hlm. 118-119.



perundang-undangan yang ada, dalam hal ini: Bahan hukum primer meliputi UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, peraturan perundang-undangan sebagai suatu sistem dalam melaksanakan Hukum Acara Perdata, baik dalam *Burgelijk Wetboek* (B.W) atau lebih dikenal dengan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata), *Herzaiene Inlands Reglement* (H.I.R) atau lebih dikenal dengan Reglemen Indonesia yang diperbaharui (R.I.B), Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman (mulai UU No. 19 Tahun 1964, UU No. 14 Tahun 1970, UU No. 35 Tahun 1999, UU No. 4 Tahun 2004, UU No. 48 Tahun 2009), Undang-Undang Peradilan umum (UU No. 2 Tahun 1986, UU No. 8 Tahun 2004, UU No. 49 Tahun 2009). Undang Undang Mahkamah Agung (UU No 3 Tahun 2009), Peraturan Pemerintah Tentang Peraturan pelaksanaan UU No 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (PP Nomor 9 tahun 1975). Peraturan Mahkamah Agung Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan (Perma No 2 Tahun 2003).

Bahan hukum sekunder yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer untuk membantu dalam menganalisis permasalahan sehingga dapat ditemukan pemahaman yang mendalam mengenai peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan permasalahan. Untuk itu diperlukan buku-buku literatur, yaitu buku teks berisikan prinsip-prinsip dasar ilmu hukum termasuk, *yurisprudensi* dan pendapat para ahli, khususnya yang mencakup contoh-contoh putusan tentang kasus perkara perdata yang di dalamnya berisi penemuan hukum diantaranya seperti: Putusan dalam Perkara Perkawinan Adat Karo, Putusan Perkara Ganti Kelamin (status baru), Putusan kasus Waduk Kedung Ombo, dan sebagai perbandingan dibahas Kasus Lindebaum yang menggugat



ganti rugi terhadap Cohen atas perbuatan melanggar hukum (*onrecht metigedaad*) untuk mendapatkan rahasia percetakan. Disamping itu, juga dikaji perkara atas putusan-putusan lain yang memiliki relevansi dengan pokok masalah, diantaranya perkara-perkara atas dasar terjadinya perbuatan melanggar hukum (*onrecht metigedaad*) yaitu pada Putusan Perkara No. Reg. 5096.K/PDT/1998, Putusan Perkara No.Reg. 3641.K/PDT/2001, Putusan No. Reg. 3909. K/PDT/1994, Putusan Perkara No. Reg.3704 K/Pdt/1991, dan perkara atas dasar terjadinya cidra janji (wanprestasi) yaitu pada Putusan No. Reg. 569. K/Sip/1983, Putusan No. Reg. 494. K/Pdt/1995, Putusan No. 1776 K/Pdt/2007 tanggal 28 Juli 2008.

Bahan sekunder juga dapat berupa tulisan-tulisan tentang hukum, hasil penelitian, jurnal sesuai topik penelitian yang diperoleh dari website maupun dari blog para pakar hukum.

1.8.4. Metode Penyajian Bahan Hukum dan Analisis

Dalam penelitian ini bahan hukum yang diperoleh akan disajikan, dikategorikan (dikelompokkan) dan disusun secara sistematis untuk kemudian dianalisis dengan teknik mengabstraksikan peraturan perundang-undangan yang ada agar dapat menjawab pertanyaan atau memecahkan masalah dalam penelitian ini. Analisis ini merupakan analisis yuridis kualitatif yang mengacu pada bahan-bahan penelitian yang mengarah pada kajian yang bersifat teoritis mengenai konsep-konsep, norma-norma atau kaidah-kaidah hukum. Analisis bahan hukum yang bersifat deskriptif analisis. Dalam metode analisis yuridis kualitatif, bahan hukum atau objek penelitian tidak saja didesripsikan secara apa adanya, tetapi juga akan



diberikan argumentasi tentang bagaimana penemuan hukum oleh hakim dalam menyelesaikan perkara perdata yang dihadapkan kepadanya.

1.9. Sistematika Penulisan

Dalam Penelitian Disertasi ini akan disusun dalam 4 (empat) bab, di mana dalam setiap bab masing-masing menyajikan uraian materi yang akan dibahas berdasarkan kerangka teoritis dan desain penelitian yang telah dirumuskan untuk memperjelas penulisan disertasi ini, maka dapat diuraikan sistematika sebagai berikut:

BAB I : PENDAHULUAN, bab ini membahas secara umum mengenai munculnya masalah atau isu hukum dan aturan penelitian sesuai dengan judul yang dirumuskan serta rancangan penelitian yang diharapkan dapat memperlancar proses penelitian, dengan rincian yang meliputi:

- 1.1. Latar Belakang
- 1.2. Rumusan Masalah
- 1.3. Tujuan Penelitian
- 1.4. Manfaat Penelitian
- 1.5. Orisinalitas Penelitian
- 1.6. Kajian Pustaka
- 1.7. Desain Penelitian
- 1.8. Metode Penelitian, dan
- 1.9. Sistematika Penulisan

BAB II : KERANGKA TEORITIK, yang berisi kerangka teoritik yang dibangun berdasarkan kajian terhadap teori-teori, dogma hukum, serta kajian pustaka yang memiliki relevansi dengan



pokok masalah atau isu hukum dalam penelitian disertasi ini, dengan menempatkan teori-teori tersebut dalam melakukan analisis guna menjadi dasar dan kerangka berpikir dalam memecahkan masalah penelitian dan keseluruhan penulisan disertasi ini. Penelitian Disertasi ini mengambil judul "Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Penyelesaian Perkara Perdata di Indonesia", sehingga berdasarkan kajian terhadap teori-teori, dogma hukum, serta kajian pustaka yang memiliki relevansi dengan pokok masalah atau isu hukum dalam penelitian disertasi ini, maka yang ditempatkan sebagai *Grand Theory* meliputi Teori Negara Hukum dan Teori Perlindungan Hukum. Selanjutnya sebagai *Middle Theory*, ditempatkan Teori Penegakkan Hukum dan Berlakunya Hukum. Sementara yang ditempatkan sebagai *Applied Theory*, meliputi Teori Sumber-Sumber Hukum, dan Teori Penafsiran dan Konstruksi Hukum. Berdasarkan kajian tersebut, dalam bab ini akan dibahas subbab sebagai berikut:

2.1. Teori Negara Hukum dan Perlindungan Hukum

2.2. Teori Penegakan Hukum dan Berlakunya Hukum

2.3. Teori-Teori Tentang Sumber Hukum,

2.4. Teori atau Metode Penemuan Hukum

BAB III: HASIL DAN ANALISIS, yang berisi paparan hasil penelitian yang diperoleh sesuai dengan desain penelitian dan metode penelitian yang telah dirancang, dengan menjabarkan sesuai dengan rumusan masalah atau isu hukum dalam penelitian



disertasi ini, untuk selanjutnya dianalisis dengan menggunakan teori-teori yang telah ditentukan dalam kerangka teori sehingga akan diperoleh gambaran tentang bentuk dan kualitas pemecahan masalah, antara lain:

3.1. Dasar pertimbangan hukum oleh hakim untuk melakukan penemuan hukum dalam penyelesaian perkara perdata

3.2. Tahap-Tahap Penemuan hukum yang dapat dilakukan oleh hakim dalam penyelesaian perkara perdata di Indonesia

3.2. Pola penemuan hukum oleh hakim yang tepat untuk digunakan dalam penyelesaian perkara perdata agar sesuai dengan rasa keadilan masyarakat

BAB IV : KESIMPULAN DAN REKOMENDASI, bab ini berisi tentang kesimpulan yang diperoleh dari pemahaman proses analisis permasalahan yang telah dibahas di bab-bab awal dan berisi Rekomendasi dari penulis menyangkut permasalahan yang diangkat pada penulisan hukum ini yang dipandang perlu untuk disampaikan. Bab ini meliputi:

4.1. Kesimpulan

4.2. Rekomendasi



BAB II

KERANGKA TEORITIS

2.1. Teori Negara Hukum dan Perlindungan Hukum

Teori negara hukum digunakan dalam penelitian disertasi ini, dengan pertimbangan bahwa penemuan hukum merupakan wujud dari adanya perlakuan yang sama terhadap setiap warga negara dihadapan hukum, sekaligus sebagai perwujudan dari kekuasaan kehakiman yang yang merdeka dalam arti bebas dari pengaruh kekuasaan pemerintah, serta dengan adanya penemuan hukum maka secara tidak langsung menunjukkan bahwa hakim menjadikan hukum untuk berfungsi mengayomi dalam arti menegakkan; kehidupan yang demokratis; berkeadilan sosial dan berperikemanusiaan. Beberapa hal tersebut, merupakan unsur-unsur dari suatu negara hukum yang dalam pelaksanaannya dapat dilakukan oleh hakim melalui penemuan hukum. Dalam implementasi penemuan hukum tersebut sekaligus sebagai bentuk upaya perlindungan hukum kepada seluruh warga negara atau warga masyarakat khususnya warga masyarakat pencari keadilan.

Atas dasar hal tersebut, maka teori negara hukum dan perlindungan hukum dalam penelitian disertasi ini digunakan sebagai *Grand Theory*, untuk membahas isu hukum yang diangkat dalam penelitian ini dan atau dalam memecahkan masalah yang telah dirumuskan dalam penelitian disertasi ini.

Sebagaimana telah dipahami bersama, bahwa sebuah negara merupakan negara hukum bila bercirikan 4 (empat) hal, Pertama,



pemerintah semata-mata bertindak atas dasar hukum yang berlaku; Kedua, masyarakat dapat naik banding di pengadilan terhadap keputusan pemerintah dan pemerintah taat kepada putusan hakim; Ketiga, hukum sendiri adalah adil dan menjamin hak-hak asasi manusia; Keempat, kekuasaan kehakiman independen dari kemauan pemerintah.⁷⁵

⁷⁵ A.Masyhur Effendi, *Dimensi dan Dinamika Hak Asasi Manusia*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994), hlm. 94.



Sementara dalam Kepustakaan Barat dikenal adanya konsep negara hukum liberal dan pentahapannya, sebagai berikut: Pertama, negara hukum murni/klasik (Kant), yang tugas utamanya hanyalah *rust en orde*, sehingga dijuluki negara jaga malam. Konsep ini berkembang menjadi Negara Hukum Formal, namun harus dengan persetujuan perwakilan sehingga menghasilkan undang-undang (*wetten staat*) atau pemerintah berdasarkan undang-undang (*wet-matig bestuur*). Perkembangan selanjutnya ialah bahwa tidak perlu berdasar undang-undang, asal berdasarkan hukum (*recht-matig bestuur*). Konsepsi ini disebut negara hukum materiil. Selanjutnya pada unsur *recht-matig* ditambahkan *doelmatig-bestuur*, sehingga konsepsinya berkembang menjadi negara kesejahteraan (*Weelfaart staat, wohlfahrstaat, social service state*).⁷⁶

Mencermati perkembangan konsepsi negara hukum tersebut, maka diketahui bahwasannya suatu negara hukum harus memiliki unsur-unsur tertentu yang harus dipenuhi sehingga konsekuensi dan eksistensi sebagai negara hukum dapat berjalan sebagaimana cita hukum yang ditetapkan oleh negara tersebut.

Sejalan dengan hal tersebut, dengan mengacu pada perkembangan konsepsi negara hukum maka menurut F.Julius Stahl, harus mempunyai unsur-unsur sebagai berikut: 1) Melindungi hak asasi manusia; 2) Untuk dapat melindungi dengan baik harus dengan sistem *trias politica* atau variasi-variasinya; 3) Pemerintahannya dimulai dengan *wetmatig, rechtmatig* dan *doelmatig-bestuur*; 4) Apabila di dalam melindungi hak

⁷⁶ Padmo Wahyono, Dkk., *Kerangka Landasan Pembangunan Hukum*, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1989), hlm. 17.



asasi sekalipun sudah *wetmatig*, *rechtmatig*, dan *doelmatig-bestuur* tetapi masih melanggar hak perseorangan, maka harus diadili.⁷⁷

Secara praktis dapat dirumuskan adanya syarat-syarat dasar dari negara hukum (*rechtsstaat*), yaitu: berlakunya Asas Legalitas; terdapat Pembagian Kekuasaan; adanya Jaminan Hak-Hak Dasar bagi rakyat; dan dilakukan Pengawasan terhadap jalannya pengadilan.⁷⁸

Sementara apabila dilihat dari konsepsi "*Rule of Law*" maka suatu negara harus memiliki elemen-elemen yang menunjukkan adanya: (*supremacy of law*), *equality before the law* dan *constitution based on human right*, dengan menunjukkan similaritasnya.⁷⁹

Dengan melihat unsur-unsur negara hukum (*rechtstaat*) dan konsep *Rule of Law* tersebut, sebagai bahan perbandingan maka karakteristik negara Indonesia sebagai negara hukum mempunyai unsur-unsur, sebagai berikut:

1. Hukum bersumber pada Pancasila;
2. Pemerintahan berdasar atas sistem konstitusi dan bukan berdasar absolutisme;
3. Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka dalam arti bebas dari pengaruh kekuasaan lain;
4. Setiap warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahannya tanpa kecuali;

⁷⁷ *Ibid*, hlm. 19.

⁷⁸ Philipus M. Hadjon, "Ide Negara Hukum Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", Makalah dalam: Simposium tentang Politik, Hak Asasi Manusia dan Pembangunan, Unair-Surabaya, 3 November 1994, hlm. 4.

⁷⁹ A. Mukthie Fadjar, "Peran "The Rule of Law" Dalam Penguatan "Civil Society" ", dalam IDEA Kumpulan Makalah "Konstitusi dan Demokrasi", (Jakarta: IDEA, 2001), hlm. 2.



5. Hukum berfungsi mengayomi dalam arti menegakkan: kehidupan yang demokratis; berkeadilan sosial dan berperikemanusiaan.⁸⁰

Unsur-unsur negara hukum tersebut nampaknya memiliki korelasi yang cukup penting dalam proses penemuan hukum yang harus dilakukan oleh hakim, khususnya dalam konteks penelitian ini, bagi hakim yang menangani dan menyelesaikan perkara perdata.

Sementara pengertian perlindungan hukum dimaksudkan adalah perlindungan di bidang hukum yang diberikan oleh negara kepada rakyat, yang dalam bahasa Belanda berbunyi "*rechtsbescherming van de burgers tegen de overhead*" dan dalam kepustakaan berbahasa Inggris "*legal protection of the individual in relation to acts of administrative authorities*"

Dengan tindakan pemerintah sebagai titik sentral (dikaitkan dengan perlindungan hukum bagi rakyat), perlindungan hukum bagi rakyat dibedakan menjadi dua macam, yaitu perlindungan hukum yang preventif dan perlindungan hukum yang represif.⁸¹

Pada tataran perlindungan hukum pada disertasi ini yang dimaksudkan perlindungan hukum seperti yang dikemukakan oleh pendapat di atas diejawantahkan pada penemuan hukum yang wajib dilakukan oleh hakim yang mengadili suatu perkara yang dihadapkan

⁸⁰ Padmo Wahyono, *Op.cit.* hlm. 21.

⁸¹ Perlindungan hukum yang preventif, kepada rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif, tujuannya untuk mencegah terjadinya sengketa sedangkan sebaliknya perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Perlindungan hukum yang preventif sangat besar artinya bagi tindak pemerintahan yang didasarkan kepada kebebasan bertindak karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif pemerintah terdorong untuk bersikap hati-hati dalam mengambil keputusan yang didasarkan pada diskresi. Dengan demikian, penanganan perlindungan hukum bagi rakyat oleh Peradilan Umum di Indonesia termasuk katagori perlindungan hukum yang represif. Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, (Surabaya: Peradaban, 2007), hlm. 1.



kepadanya, dimana undang-undang tidak sempurna antara lain, karena tidak mengatur, mengatur tetapi tidak jelas, sudah usang, atau bahkan terjadi pertentangan norma hukum, padahal pada sisi lain masyarakat pencari keadilan yang membawa persoalan mereka sampai ke pengadilan membutuhkan penyelesaian seadil-adilnya atas kasus mereka tersebut, sehingga pembahasan tentang perlindungan hukum pada disertasi ini menekankan aspek hukum sebagai substansi pokok yang perlu dikaji untuk diterapkan guna memenuhi kebutuhan masyarakat yaitu menyelesaikan titik sengketa dari persoalan hukum atas peristiwa kongkret yang terjadi.

Berbicara mengenai teori perlindungan hukum maka masalah yang pertama-tama harus diketengahkan adalah merumuskan prinsip-prinsip perlindungan hukum bagi rakyat (di Indonesia), landasan pijak kita adalah Pancasila sebagai dasar ideologi dan dasar falsafah negara. Konsepsi perlindungan hukum bagi rakyat di Barat bersumber pada konsep-konsep pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia dan konsep-konsep *rechtsstaat* dan *"the rule of law"*. Konsep pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia memberikan isinya dan konsep *"rechtsstaat"* dan *"the rule of law"* menciptakan sarananya, dengan demikian pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia akan subur dalam wadah *"rechtsstaat"* atau *"the rule of the law"*, sebaliknya akan gersang di dalam Negara-negara diktator atau otoriter.⁸²

Dengan menggunakan konsepsi Barat sebagai kerangka pikir dengan landasan pijak pada Pancasila, prinsip perlindungan hukum bagi rakyat (di Indonesia) adalah prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap

⁸² *Ibid*, hlm. 12.



harkat dan martabat manusia yang bersumber pada Pancasila dan prinsip negara hukum yang berdasarkan Pancasila. Pengakuan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia dikatakan bersumber pada Pancasila, karena pengakuan dan perlindungan terhadapnya secara *intrinsic* melekat pada Pancasila dan seyogianya memberi warna dan corak serta isi negara hukum yang berdasarkan Pancasila. Negara hukum yang berdasarkan Pancasila saya namakan "Negara Hukum Pancasila". Dengan penamaan yang demikian mungkin ada yang memperlmasalahkan, kalau demikian apakah terhadap hak-hak asasi juga diberi nama "hak-hak asasi Pancasila". Jawabannya, tidak perlu karena pengakuan akan harkat dan martabat manusia bukan hanya "berdasar" tetapi "bersumber" pada Pancasila,⁸³ seperti dapat dipahami dari sila kedua, "Kemanusiaan yang adil dan beradab".

Benang merah antara teori perlindungan hukum dalam disertasi ini dengan yang dimaksud sebagai penemuan hukum oleh hakim khususnya dalam hal tugas hakim guna memeriksa dan mengadili perkara yang tidak ada aturan yang mengaturnya atau ada aturan yang mengaturnya tapi tidak jelas atau tidak sesuai dengan kondisi yang dibutuhkan oleh masyarakatnya maka perlu untuk ditinjau terlebih dahulu tentang nilai hukum itu sendiri. Untuk kemudian perwujudan nilai-nilai hukum tersebut dijadikan dasar untuk penemuan hukum dalam kerangka memberikan perlindungan hukum kepada masyarakat, khususnya masyarakat pencari keadilan.

⁸³ *Ibid*, hlm. 19.



Terdapat beberapa pendapat ahli hukum terkait dengan timbulnya hukum dalam masyarakat atau suatu bangsa. Savigny menganalogikan timbulnya hukum itu dengan timbulnya bahasa suatu bangsa. Masing-masing bangsa memiliki ciri yang khusus dalam berbahasa. Hukum pun demikian. Karena tidak ada bahasa yang universal, tiada pula hukum yang universal. Pandangannya ini jelas menolak cara berpikir penganut aliran hukum alam.

Lebih tegas Savigny mengatakan, hukum timbul bukan karena perintah penguasa atau karena kebiasaan, tetapi karena perasaan keadilan yang terletak di dalam jiwa bangsa itu (*instrinktif*). Jiwa bangsa (*Volksgeist*) itulah yang menjadi sumber hukum. Seperti diungkapkannya, "*Law is an expression of the common consciousness or spirit of people*". Hukum tidak dibuat, tetapi ia tumbuh dan berkembang bersama-sama masyarakat. (*Das Recht wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke*). Pendapat Savigny seperti ini bertolak belakang pula dengan pandangan positivisme hukum. Ia mengingatkan, untuk membangun hukum, study terhadap sejarah suatu bangsa mutlak perlu dilakukan.⁸⁴

Masalah perlindungan hukum dalam masyarakat tidaklah dapat dilepaskan dengan pembicaraan tentang sosiologi hukum. Studi Eugen Ehrlich membuktikan teorinya tentang hal itu sebagai berikut: Titik berat perkembangan hukum tidak terletak dalam perundang-undangan juga tidak dalam keputusan pengadilan maupun dalam ilmu pengetahuan di bidang hukum, tetapi dalam masyarakat itu sendiri.

⁸⁴ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1999), hlm. 123.



Ehrlich mulai dengan supremasi hukum dari kekuasaan atau adat kebiasaan, dan dalam soal ini ia sangat sepeham dengan Savigny. Tetapi konsepsi mistis mengenai *Volkgeist* yang ditafsirkan oleh aliran historis dalam pengertian masa lampau, ia memasukkan gagasan yang realistik dan khas tentang "fakta-fakta hukum" (*Rechtstatsachen*) dan tentang hukum yang hidup dalam masyarakat. Lebih lanjut dalam suatu rangkaian tulisan-tulisan yang berkisar sekitar tema pokok, Ehrlich memberi sumbangan yang penting terhadap metode hukum secara sosiologis.

Titik pokok dalam pendekatan Ehrlich adalah bahwa ia meremehkan perbedaan-perbedaan antara hukum dan norma-norma sosial lainnya yang bersifat memaksa. Perbedaan ini adalah nisbi dan lebih kecil daripada yang biasanya dinyatakan, karena sifat memaksa yang pokok di bidang hukum tidak berbeda dengan norma-norma sosial lainnya, adalah paksaan sosial bukan kekuasaan negara. Kepatuhan suku dan keluarga pada agama memberikan alasan-alasan untuk mentaati norma-norma sosial, termasuk sebagian besar norma-norma hukum. Banyak norma-norma hukum tidak pernah diungkapkan dalam ketentuan-ketentuan hukum, bahkan juga dalam sistem-sistem yang berkembang. Dengan kata lain, hukum jauh lebih luas daripada peraturan hukum. Negara hanya satu dari banyak asosiasi-asosiasi hukum, asosiasi lain seperti keluarga, gereja, atau badan-badan korporasi dengan atau tanpa kepribadian hukum. Di lain pihak, ada norma-norma hukum tertentu yang khas yang bersifat memaksa seperti hukuman atau pelaksanaan keputusan-keputusan perdata.

Cara-cara paksaan yang khas ini dikembangkan oleh Negara pertama untuk menjamin tujuan-tujuan pokok sejak semula, untuk



menyusun organisasi militer, perpajakan, dan administrasi kepolisian.

Negara sebagai sumber hukum yang pokok, bagi Erlichh secara histories adalah perkembangan jauh ke belakang, dan Negara bagi dia selamanya adalah alat masyarakat, walaupun dalam kondisi-kondisi modern makin berkuasa, dan berkuasa mutlak di negara sosialis. Bahkan dalam keadaan demikian norma-norma hukum (negara) yang khusus mengenai paksaan, mempunyai fungsi khusus yakni melindungi lembaga-lembaga negara yang primer seperti konstitusi negara, militer, administrasi, organisasi keuangan.⁸⁵

Pada dasarnya norma hukum selalu diambil dari fakta-fakta sosial yang ada dalam keyakinan asosiasi rakyat. Perlindungan oleh negara dengan alat-alat paksaan yang khusus adalah tidak perlu, juga kalau perlindungan itu diberikan. Badan yang sebenarnya dari ketentuan-ketentuan hukum selalu didasarkan atas "fakta-fakta hukum" sosial (*Tatsachen des Rechts*). Fakta-fakta hukum yang mendasari semua hukum adalah kebiasaan, dominasi, pemilikan dan pernyataan kemauan. Keempat faktor dari masing-masing melaksanakan hubungan-hubungan hukum, atau melakukan pengawasan, menghalanginya atau tidak memberlakukannya, atau melekat pada akibat-akibat hukum baginya daripada yang langsung mengikutinya.

Dalam seluruh badan norma-norma hukum hanya kelompok tertetu, yang disebut norma-norma keputusan (*Entscheidungsnormen*) yang dibuat oleh negara dan tergantung dari negara. Norma-norma keputusan ini merupakan bagian yang penting dari hukum resmi. Tetapi apakah norma-

⁸⁵ W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum Idealisme Filosofis & Problema Keadilan*, (Jakarta: Rajawali Pers, 1990), hlm. 105.



norma itu berkembang menjadi norma hukum fundamental (*Rechtssatz*) tergantung dari luasnya yang dibentuk oleh yurisprudensi pengadilan, administrasi, legislatif atau ilmiah, dan berhasil menjadikannya bagian dari hukum yang hidup, sedangkan para realis Amerika menempatkan putusan pengadilan pada pusat hukum seperti fungsinya dalam kehidupan. Erlich mengurangnya menjadi fungsi dengan banyak batasan-batasan dalam hubungannya dengan keseluruhan hukum yang hidup dalam masyarakat; karena proses pengadilan menunjukkan bahwa hukum adalah sebagai keadaan perang, bukan keadaan damai; dan hanya sebagian kecil dari hukum menemukan jalannya ke pengadilan. Erlich melihat bahwa sukar untuk menarik garis batas yang tegas antara norma-norma hukum yang berbeda. Peraturan untuk menafsirkan merupakan hak para ahli hukum, hak-hak istimewa yang diberikan oleh Undang-Undang (contoh: bebas dari tanggung jawab) adalah selalu hukum resmi.

Menurut Ehrlich berhadapan dengan kenyataan bahwa kegiatan negara terus meningkat atau bahwa norma-norma negara berkembang dengan membedakan tiga tipe norma-norma hukum. Semua norma hukum mengatur dengan cara tertentu hubungan antara perintah atau larangan dan fakta-fakta hukum yang mendasarinya. Cara-caranya berbeda yaitu:

- a. Perlindungan dapat dengan mudah diberikan kepada norma-norma hukum hanya atas dasar-dasar hukum, seperti dengan Undang-Undang tentang asosiasi dan korporasi, atau kontrak yang dekat berhubungan dengan itu adalah norma-norma yang langsung diperoleh dari fakta-fakta sosial, seperti ganti rugi, memperkaya diri dengan cara yang tidak benar, dan lainnya.



b. Perintah-perintah berdasarkan hukum atau larangan-larangan (dikeluarkan oleh negara) dapat menimbulkan atau menyangkal fakta-fakta sosial seperti dalam hal pengambilalihan atau peniadaan kontrak-kontrak.

c. Norma-norma dapat dilepaskan sama sekali dari fakta-fakta sosial, seperti pengadaan pajak-pajak atau pemberian konsesi-konsesi dagang dan hak-hak istimewa.

2.2. Teori Penegakan Hukum dan Berlakunya Hukum

Teori penegakan hukum dan berlakunya hukum digunakan dalam penelitian disertasi ini, sebagai *Middle Range Theory* dengan pertimbangan bahwa penemuan hukum merupakan salah satu kegiatan dalam penegakan hukum yang terselenggara melalui digelarnya proses peradilan atau beracara, sehingga hal tersebut sekaligus menunjukkan tahap-tahap berlakunya hukum dalam masyarakat untuk mewujudkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat.

Penegakan hukum dapat dilaksanakan dengan mengacu pada suatu sistem hukum yang ada, sementara terkait dengan sistem hukum Lawrence M. Friedmann, menguraikan bahwa "*A legal system in actual operation is a complex organism in which structure, substance and culture interact*,⁸⁶ yang artinya, hukum sebagai suatu sistem, dalam operasinya memiliki tiga komponen yang saling berinteraksi, yaitu: struktur, substansi, dan kultur hukum.

⁸⁶ Lawrence M. Friedmann. *The Legal System: A Social Science Perspective*, (New York: Russell Sage Foundation, 1975), p. 16.



Menurut Friedmann, struktur hukum "...is its skeletal framework; it is the permanent shape, the institutional body of the system, the tough, rigid bonds that keep the process flowing within bounds,"⁸⁷ yang artinya kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum. Selanjutnya, substansi hukum, adalah, "...is composed of substantive rules and rules about how institutions should behave",⁸⁸ yang artinya, terdiri dari peraturan hukum substantif dan peraturan hukum tentang bagaimanakah seharusnya lembaga-lembaga (yang diciptakan oleh peraturan hukum substantif) berperilaku. Kemudian, berdasarkan pendapat Hart, Friedmann menjelaskan substansi hukum ini, sebagai berikut:

*"A legal system is the union of "primary rules" and "secondary rules". Primary rules are norms of behavior; secondary rules are norms about those norms-how to decide whether they are valid, how to enforce them, etc. Both primary and secondary rules, of course, are output of legal system. They are ways of describing the behavior of the legal system seen in cross section. Litigants behave on the basis of substance; it creates expectations to which they react."*⁸⁹

Dengan demikian substansi sistem hukum, merupakan kesatuan dari peraturan hukum primer (*primary rules*), yaitu norma-norma tentang perilaku, dan peraturan hukum sekunder (*secondary rules*), yaitu norma-norma tentang norma-norma perilaku, misalnya bagaimana menentukan validitas norma-norma tentang perilaku, bagaimana menegakkan (*enforcement*) norma-norma tentang perilaku, dan sebagainya. Dengan demikian substansi hukum meliputi semua asas dan norma yang dijadikan aturan oleh masyarakat dan pemerintah, yaitu peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh legislatif dan juga asas hukum tidak tertulis,

⁸⁷ *Ibid.*, hlm. 14

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*



yaitu nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat yang telah dipraktekkan secara turun-temurun oleh masyarakat, secara umum pandangan hidup ini merupakan esensi dari semua substansi hukum di Indonesia yang merupakan gambaran nilai falsafah pancasila.

Kultur hukum, menurut Friedmann, berwujud "... *Legal culture refers then, to those parts of general culture--customs, opinions, ways of doing and thinking--that bend social forces toward or away from the law and in particular ways*",⁹⁰ yang artinya kebiasaan, pandangan, cara berperilaku dan berfikir, yang menggerakkan dukungan masyarakat untuk mematuhi atau tidak mematuhi hukum.

Fungsi sistem hukum, menurut Friedmann, antara lain, "... *to distribute and maintain an allocation of values that society feels to be right. This allocation, invested with a sense of rightness, is what is commonly referred to as justice*",⁹¹ yang artinya untuk mendistribusikan dan memelihara nilai-nilai yang masyarakat menilainya benar, yang merujuk kepada keadilan. Jadi, *output* atau tujuan akhir dari dari sistem hukum adalah terwujudnya keadilan dalam masyarakat.

Secara substantif, sistem hukum tersusun atas sejumlah subsistem sebagai komponennya yang saling berkaitan dan berinteraksi, yaitu: asas-asas dan kaidah-kaidah, kelembagaan hukum, dan proses-proses perwujudan kaidah-kaidah dalam kenyataan.⁹²

Terkait dengan sistem hukum ini, dijelaskan tentang "*unity and system in law*" sebagai berikut:

⁹⁰ *Ibid*, hlm. 16.

⁹¹ *Ibid*, hlm. 17-18.

⁹² Mochtar Kusumaatmadja, *Pembinaan Hukum dalam Kerangka Pembangunan*, (Bandung: Nasional, Binacipta, 1986), hlm. 11.



"The search for unity can be pursued in many different ways, however. It may involve trying to identify a consistent moral or cultural foundation of legal regulation which validates and give moral meaning and social authority to laws. It may entail trying to show how the entirety of legal rules and regulations can be seen as part of a single rational structure, or how legal reasoning entail consisten methods or epistemological assumptions, or how the diverse element of legal doctrine applicable in a particular jurisdiction link to form something which can actually be understood as a system of elements organised in unified whole."⁹³

Jadi, unsur-unsur dalam sistem hukum adalah suatu kesatuan (*unity*), yang di dalamnya; *pertama*, tidak boleh ada kontradiksi, baik secara vertikal maupun horizontal; *kedua*, terdapat uniformitas dalam arti unsur-unsur yang beragam dapat diterapkan dalam suatu yuridiksi tertentu; *ketiga*, terdapat pondasi moral dan kultural yang konsisten yang mengabsahkan dan memberi makna moral dan otoritas sosial terhadap peraturan hukum.

Lebih lanjut, dijelaskan tentang *unity and system in law* tersebut, sebagai berikut:

"Unity in law as practical matter entails two things. It entails predictably consistent internal relationships of element (rules, principles, concepts, decisions, etc.) within a legal system. Equally, it entails predictably consistent external relationships between the system and what lies outside it, so that determination of the legal from the non-legal (for example, legal rules from moral rules; judicial decisions from political decisions) can be a reliable one."⁹⁴

Jadi, kesatuan hukum, mensyaratkan dua hal, yaitu: *pertama*, adanya "hubungan internal" yang konsisten dan dapat diprediksi antara unsur-unsur dalam sistem hukum (norma-norma, asas-asas, konsep-konsep,

⁹³ Roger Contterrell, *Op.cit.*, hlm. 9.

⁹⁴ *Ibid*, hlm. 10.



dsb.); *kedua*, adanya "hubungan eksternal" yang konsisten dan dapat diprediksi antara sistem dengan apa yang terletak di luar sistem.⁹⁵

Hubungan internal antara berbagai unsur dalam suatu sistem hukum, dalam pemahaman Raz, didasarkan atas norma dasar (*grundnorm* atau *basic norm*) sebagai sumber nilai dan penuntun dan pembatas dalam penerapan dan penegakan hukum.⁹⁶ Selanjutnya, hubungan eksternal antara sistem hukum dan apa yang terletak di luar sistem hukum, disebabkan hukum merupakan bagian dari lingkungan sosialnya, sehingga hukum tidak dapat dilepaskan begitu saja dari masyarakat sebagai basis bekerjanya.⁹⁷

Teori ini diperlukan dalam membahas penemuan hukum oleh hakim dalam menyelesaikan perkara, mengingat dalam memahami hukum tidak lepas dari memahami substansi, struktur dan kultur hukum itu sendiri. Hal ini didasarkan dari pemberlakuan hukum di Indonesia yang tidak semata-mata didasarkan atas hukum asli Indonesia tetapi juga didasarkan atas resepsi dari hukum asing terutama hukum Belanda, yang diperlakukan di Indonesia, sehingga sangat terbuka peluang adanya kekosongan hukum, peraturan perundang-undangan sudah usang dan adanya pertentangan antara norma-norma hukum tertulis dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat terkait dalam penegakan hukumnya, sehingga penemuan hukum menjadi strategis untuk dilakukan dan diterapkan secara proposional.

⁹⁵ *Ibid*, hlm. 7.

⁹⁶ Joseph Raz. *The Concept of Legal System, An Introduction to the Theory of the Legal System*, (London, Oxford University Press, 1973), p. 16, dikutip dari Esmi Warassih, *Pranata Hukum: Sebuah Telaah Sosiologis*, (Semarang: Suryandaru Utama, 2005), hlm. 80.

⁹⁷ *Ibid*.



Berdasarkan fenomena yang demikian, maka dalam memberlakukan suatu sistem hukum ataupun dalam pembentukan sistem hukum yang akan bekerja dan berlaku di Indonesia, maka tidak boleh dilepaskan dari pembahasan tentang substansi, struktur dan kultur hukum yang bersangkutan.

Pada tahapan berikutnya yang dijadikan sebagai wadah bagi berlakunya satu ketentuan hukum nantinya yang berasal dari penemuan hukum oleh hakim dalam menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya, maka kami memandang bahwa teori berlakunya hukum dapat menjadi landasan berpijak bagi hasil penemuan hukum yang telah dilakukan oleh hakim untuk menyelesaikan suatu perkara dimaksud.

Mengenai berlakunya hukum ini dapat dijelaskan oleh beberapa teori, namun sebelumnya kita tinjau terlebih dahulu alasan-alasan apakah yang mendorong seseorang mau mentaati hukum yang berlaku. Alasan atau motif-motif tersebut antara lain:

1. Motif kebiasaan (Motif Sosiologis), yang menyatakan bahwa orang mentaati hukum bukan semata-mata karena perasaan takut akan sanksi hukum, tetapi memang karena kebiasaan mentaati hukum itu sudah lama mereka lakukan. Hal ini dapat terjadi karena norma-norma hukum itu sebenarnya juga terdapat di dalam norma-norma sosial lainnya (norma agama, susila, kepatutan, kesopanan).

2. Motif ekonomis-finansial, bahwa orang mentaati hukum itu karena pertimbangan untung rugi atas dasar kepentingan orang yang bersangkutan.



3. Motif keselamatan diri yang bersangkutan, seperti misalnya orang mentaati peraturan lalu lintas karena akan memberi jaminan keselamatan terhadap diri sendiri atau orang lain.

4. Motif adanya jaminan kepastian hukum, yaitu orang mentaati hukum karena menyadari bahwa di dalam hukum diperoleh jaminan kepastian hukum yang lebih nyata dalam menuntut keadilan.

Adapun teori-teori tentang berlakunya hukum dapat dikemukakan sebagai berikut:

1. Teori yuridis konstitusional yaitu suatu teori yang menyatakan bahwa orang mentaati hukum (berlakunya hukum) karena hukum itu tertuang pada perUndang-Undangan yang secara sah berlaku di suatu negara.

2. Teori sosiologis, yaitu suatu teori yang menyatakan bahwa orang mau mentaati atau hukum itu dapat berlaku karena hukum itu sesuai dengan pemikiran masyarakat.

3. Teori filosofis, yaitu suatu teori yang menyatakan bahwa hukum berlaku karena hukum itu sesuai dengan pemikiran radikal (mendalam) dari masyarakat.

4. Teori ketatanegaraan mengenai berlakunya hukum ini, Roscoe Pound membahasnya dengan topik "Penerapan Hukum".

Pertama-tama dikemukakan bahwa ada tiga langkah yang harus dilakukan bila mengadili suatu perkara menurut hukum, yaitu:

1. Menemukan Hukum, yaitu menetapkan manakah yang akan diterapkan diantara banyak kaidah di dalam system hukum, atau jika tidak ada yang dapat diterapkan, mencapai satu kaidah untuk perkara itu (yang mungkin atau tidak mungkin dipakai sebagai satu kaidah untuk perkara



lain, sesudahnya) berdasarkan bahan yang sudah ada menurut sesuatu cara yang ditunjukkan oleh sistem hukum.

2. Menafsirkan kaidah yang dipilih atau ditetapkan secara demikian, yaitu menentukan maknanya sebagaimana ketika kaidah itu dibentuk dan berkenaan dengan kekuasaannya yang dimaksud.
3. Menerapkan kepada perkara yang sedang dihadapi kaidah yang ditemukan dan ditafsirkan demikian.

Agar hukum dapat diterapkan maka ada tiga karakteristik yang harus diperhatikan bagi suatu ukuran hukum, yaitu:

1. Semua ukuran itu mengandung satu pendapat kesesuaian tentang sesuatu kelakuan. Kelakuan itu dapat dinamakan adil atau saksama atau sewajarnya atau bijaksana dll.
2. Ukuran itu tidak meminta pengetahuan hukum yang eksak yang diterapkan dengan eksak pula, melainkan meminta pikiran yang sehat mengenai hal yang biasa, atau ilham yang terlatih mengenai hal yang terletak diluar pengalaman tiap orang.
3. Ukuran itu tidak dirumuskan secara mutlak dan juga tidak diberikan kepadanya satu isi yang eksas, baik oleh pembuat Undang-Undang atau oleh putusan hakim, tetapi adalah relative mengingat waktu, tempat dan keadaan; dan harus diterapkan dengan memperhatikan fakta perkara yang dihadapi. Ukuran itu mengakui bahwa di dalam batas yang ditentukan, tiap perkara adalah unik sampai kesatu batas tertentu.

Ada tiga teori tentang Penerapan Hukum yaitu:

1. Teori analisis (*Analytical Theory*), menerima satu himpunan hukum yang lengkap tanpa kekurangan, pertentangan, satupun diberi



wewenang oleh Negara sekaligus, dan karena itu harus diperlakukan seolah-olah tiap pasal diciptakan pada waktu yang sama dengan tiap pasal lainnya. Jadi penerapan hukum diartikan semata-mata merumuskan dalam satu putusan hasil yang diperoleh oleh analisa terhadap suatu perkara dan perkembangan logis dari pangkal dalil yang termuat di dalam putusan yang dilaporkan.

2. Teori historis (*Historical Theory*) menerima bahwa jika hukum terdapat di dalam bentuk satu kitab Undang-Undang itu dianggap sebagai pokoknya suatu pernyataan dari hukum yang ada dulunya; Undang-Undang itu dipandang sebagai satu lanjutan dan perkembangan hukum yang ada sebelumnya. Jika hukum itu di dalam bentuk satu putusan yang dilaporkan, maka putusan kemudian dianggap hanya sebagai menyatakan dan melukiskan azas yang akan ditemukan dengan menyelidiki sejarah putusan yang lebih lama, sebagai konsepsi dan prinsip hukum yang sedang berkembang yang akan ditemukan dengan mempelajari hukum yang lebih tua. Penerapan hukum dipandang sebagai satu proses yang mempergunakan logika semata-mata.

3. Teori Adil (*Equitable Theory*) menyatakan bahwa yang terpenting adalah satu penyelesaian yang dapat diterima oleh akal yang sehat dan adil bagi perselisihan individu. Menurut teori ini perintah hukum, baik legeslatif atau tradisional, sebagai suatu petunjuk bagi hakim, yang membimbingnya kearah hasil yang adil, tetapi dalam batas yang luas hakim bebas dalam memeriksa tiap perkara, supaya dapat dipenuhinya tuntutan keadilan antara pihak-pihak yang berperkara, dan



menyesuikannya dengan akal sehat dan kesadaran moral dari orang biasa.

Jadi penerapan hukum itu, bukan hanya suatu proses yang mekanis semata-mata, juga penerapan hukum tidak meminta logika saja tetapi juga penilaian moral terhadap situasi istimewa, dan jalannya kelakuan mengingat keadaan khusus yang tidak pernah persis sama. Penekanan mereka terletak pada bahwa penilaian serupa itu menyangkut intuisi yang berdasarkan pengalaman dan tidak harus dinyatakan di dalam kaidah yang dirumuskan secara tegas, bukan perkara yang harus dicocokkan dengan kaidah, melainkan kaidah kepada perkara. Kebijakan dalam menggunakan saluran pemulihan hak yang bersendikan keadilan adalah satu akibat dari campur tangan semata-mata bersifat pribadi dalam perkara luar biasa atas dasar yang meminta perhatian hati nurani hakim (*equity*) yang merupakan sumber peradilan bersendikan (*equity*)

Sesungguhnya *equity* tidak mengubah hukum sedikitpun. *Equity* adalah satu system hak yang dipergunakan disamping hukum, menerima hukum sebagai sesuatu yang sudah semestinya, dan memberikan kekuatan yang lebih besar kepada hak-hak yang bersendikan hukum (*legal rights*) dalam situasi tertentu.

2.3. Teori-Teori Tentang Sumber Hukum

Untuk melakukan penemuan hukum, maka hakim harus memahami secara komprehensif terhadap keberadaan hukum yang benar-benar memiliki nilai-nilai hukum yang sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Oleh karena itu, hakim dalam menyelesaikan perkara yang dihadapkan



kepadanya agar memutuskan secara adil, hakim harus menggali nilai-nilai hukum dari sumber hukum secara cermat dan tepat.

Atas dasar hal tersebut, maka dalam penelitian disertasi ini digunakan teori sumber hukum sebagai *applied theory*, sehingga dalam penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim dapat dilakukan atau diterapkan secara tepat sesuai dengan sumber-sumber hukum yang ada, baik dalam peraturan perundang-undangan, kebiasaan, yurisprudensi, maupun doktrin yang memiliki relevansi dengan perkara yang dihadapkan kepadanya.

Teori sumber hukum berpijak pada kebijaksanaan umum yang dapat dilukiskan sebagai agen yang fundamental dari perkembangan hukum. Prof. Winfried, membedakan penggunaannya secara sadar atau setelah disadari, yang mungkin menembus seluruh sistem hukum, kalau hukum dengan suatu cara harus dibentuk dan dengan sadar menerapkan kebijaksanaan umum untuk memecahkan problema hukum, apakah memakai nama yang dikenal sekarang atau sebagian dirahasiakan dengan beberapa petunjuk lain, yang walaupun demikian, benar-benar mengungkapkan hal yang sama. Dalam arti yang pertama, kebijaksanaan umum hanyalah nama lain untuk prinsip-prinsip etika, politik, dan sosial yang ada pada tiap-tiap waktu tertentu menuntun evolusi hukum, baik dalam perundang-undangan maupun dalam administrasi hukum.

Lebih lanjut dikemukakan dalam buku W.Friedmann yang berjudul *Teori dan Filsafat Hukum*, bahkan kebijakan umum memberikan konsepsi yang sama mengenai istilah teknis dan alat kepada ahli hukum, harus dibatasi pada arti yang sempit sebagaimana didefinisikan oleh Lord Wright,



"Ada beberapa pertimbangan mengenai kepentingan umum yang menuntut pengadilan agar kembali kepada fungsinya yang semula, yakni menguatkan kontrak-kontrak dan sebagai pengecualian, menolak menguatkannya. Dalam arti ini kebijaksanaan umum adalah membuat tidak mampu".⁹⁸

Adalah dalam arti yang lebih khas dan membuat tidak mampu ini bahwa konsepsi mengenai kebijaksanaan umum tampak dan menunjukkan beberapa, tetapi sama sekali tidak semua, dasar-dasar idiologis hukum Inggris yang lain disadari atau setengah disadari adalah bagian yang baik yang termasuk ke dalam kebijaksanaan badan legeslatif maupun yang menerjemahkan dirinya sendiri dalam perkembangan yang kreatif dari hukum kasus, atau penerapan prinsip-prinsip umum kepatutan.

Selanjutnya, dalam kenyataan kemasyarakatan terdapat suatu prinsip hukum sebagai dikemukakan dalam Teori dan Filsafat Hukum oleh W. Friedmann bahwa "Prinsip hukum dengan ketentuan bahwa tidak ada warga yang dapat berbuat sesuatu menurut hukum yang cenderung merugikan umum, atau kepentingan umum."⁹⁹

Pemahaman lain tentang sumber hukum, dapat kita cermati pada ajaran tentang aliran atau mazhab sejarah (*historical school*) adalah salah satu aliran dalam filsafat hukum yang menganggap bahwa hukum tidak dibuat, tetapi hukum tumbuh dan berkembang bersama-sama dengan masyarakat. Aliran sejarah memandang hukum dalam hubungannya yang langsung dengan kehidupan masyarakat dan dengan demikian ia meletakkan dasar bagi mazhab sosiologi modern.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*



Kesimpulan dari pandangan aliran sejarah ini adalah sebagai berikut:

- a. Segala hukum terbentuk melalui hukum kebiasaan, artinya bahwa ia diciptakan mula-mula oleh adat dan kepercayaan rakyat kemudian oleh ilmu pengetahuan.
- b. Undang-Undang adalah merupakan penjelmaan dari hukum yang ada dalam kesadaran hukum suatu bangsa. (Pembentuk Undang-Undang harus dianggap sebagai sebagian bangsa, jadi harus dapat mencerminkan kesadaran hukum bangsa).¹⁰⁰

Aliran lain yang dapat kita katagorikan sebagai sumber hukum adalah aliran hukum alam yang mendasarkan anggapannya pada hukum yang dinyatakan sebagai hukum yang berlaku universal dan abadi.

Menurut pandangan modern hukum dihadapkan dengan paksaan hukum (*legal compulsion*) dan pemikiran perseorangan (*individual reason*). Kadang-kadang hukum alam memberikan pendasaran atau memperkuat hukum yang berlaku, tetapi kadang-kadang sebaliknya membantu perjuangan melawan hukum yang sedang berlaku.

Dalam segala bentuknya Hukum Alam mempunyai sifat antara lain:

- a. Hukum alam membantu keputusan-keputusan nilai hukum tertentudi dalam isinya.
- b. Keputusan-keputusan nilai tersebut (menurut sumbernya alam, wahyu atau pikir), berlaku secara universal dan tidak berubah-ubah.
- c. Keputusan nilai-nilai tersebut dapat dikenali.

¹⁰⁰ *Ibid*, hlm. 65.



d. Di dalam perselisihan antara hukum yang berlaku (hukum positif) *ius constitutum* dengan hukum alam (*ius constituendum*), maka hukum alamlah yang dianggap lebih benar dan lebih baik.

e. Berlakunya hukum yang sedang berlaku dapat didasarkan hanya atas kesadaran yang tak dapat dipisahkan dengan hukum yang benar. *Naturrecht* (hukum alam) yang bersifat materiil harus disatukan dengan hukum alam yang bersifat formil atau dengan lain perkataan kebenaran hukum harus disatukan dengan berlakunya hukum.

Sumber hukum dapat diartikan sebagai segala sesuatu yang menimbulkan aturan-aturan yang mengikat dan memaksa, sehingga apabila aturan-aturan itu dilanggar akan menimbulkan sanksi yang tegas dan nyata pada pelangarnya. Istilah 'segala sesuatu' maksudnya faktor-faktor yang berpengaruh terhadap timbulnya hukum, faktor-faktor yang merupakan sumber kekuatan berlakunya hukum secara formal, dari mana hukum itu dapat ditemukan, dari mana asal mula hukum dan lain sebagainya.¹⁰¹

Oleh karena itu istilah sumber hukum sendiri sering digunakan dalam beberapa arti seperti berikut ini:

a. Sebagai asas hukum, yaitu sesuatu yang merupakan permulaan hukum, misalnya kehendak Tuhan, akal manusia, jiwa bangsa dan sebagainya.

b. Menunjukkan sumber hukum terdahulu yang memberikan bahan-bahan kepada hukum yang sekarang berlaku.

¹⁰¹ C.S.T. Kansil. *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*. (Jakarta: Balai Pustaka, 1979), hlm 13.



c. Sebagai sumber berlakunya, yang memberi kekuatan berlaku secara formal kepada peraturan hukum, misalnya penguasa, masyarakat.

d. Sebagai sumber dari mana hukum itu dapat diketahui, misalnya dokumen-dokumen, undang-undang, batu bertulis dan sebagainya.

e. Sebagai sumber terbentuknya hukum atau sumber yang menimbulkan hukum.¹⁰²

Sumber hukum pada hakekatnya dapat dibedakan menjadi dua, yaitu sumber hukum materiil dan sumber hukum formal,¹⁰³ sebagai berikut:

1). Sumber Hukum Materiil

Sumber hukum materiil adalah faktor-faktor yang turut serta menentukan isi hukum. Mempelajari sumber-sumber hukum sangat kompleks masalahnya, oleh karena itu demi keberhasilan dan mempelajari sumber-sumber hukum harus ditinjau dari beberapa sudut cabang ilmu hukum maupun disiplin ilmu lainnya, misal: sosiologi hukum, sejarah, agama, psikologi dan sebagainya.

Faktor-faktor yang turut serta menentukan isi hukum adalah patokan-patokan yang tetap mengenai keadilan yang harus ditaati oleh para pembentuk undang-undang ataupun para pembentuk hukum yang lain dalam melaksanakan tugasnya. Faktor kemasyarakatan adalah hal-hal yang benar-benar hidup dalam masyarakat dan tunduk pada aturan-aturan yang berlaku sebagai petunjuk hidup masyarakat yang bersangkutan.

Termasuk dalam kategori faktor kemasyarakatan adalah:

¹⁰² Satjipto Raharjo, *Op.cit.*, hlm. 101.

¹⁰³ C.S.T. Kansil, *Op.cit.*, hlm. 22-29.



- a. Struktur ekonomi dan kebutuhan masyarakat;
- b. Kebiasaan atau adat istiadat yang telah melekat pada masyarakat dan berkembang menjadi aturan tingkah laku yang tetap;
- c. Hukum yang berlaku, yaitu hukum yang tumbuh berkembang dalam masyarakat dan mengalami perubahan-perubahan menurut kebutuhan masyarakat yang bersangkutan;
- d. Tata hukum negara-negara lain;
- e. Keyakinan tentang agama dan kesucilaan;
- f. Aneka gejala dalam masyarakat baik yang sudah meenjadi peristiwa maupun yang belum menjadi peristiwa.

2). Sumber Hukum Formal

Sumber hukum formal adalah sumber dengan bentuk tertentu yang merupakan dasar berlakunya hukum secara formal. Jadi sumber hukum formal merupakan dasar kekuatan mengikatnya peraturan-peraturan agar ditaati oleh masyarakat maupun oleh penegak hukum.

Dengan kata lain sumber hukum formal tersebut merupakan *causa efficient* dari hukum. Menurut Jazim Hamidi, sumber hukum dalam arti formil jauh lebih penting karena menjelaskan dimana saja kita dapat menemukan ketentuan-ketentuan hukum serta seperti apa hukum positif Indonesia itu sebenarnya, sehingga arahnya berorientasi pada keperluan praktis.¹⁰⁴

Termasuk dalam sumber hukum formal ialah:

- a. Undang-undang,
- b. Kebiasaan.

¹⁰⁴ Jazim Hamidi, *Revolusi Hukum Indonesia*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hlm. 86.



- c. Yurisprudensi.
- d. Traktat (perjanjian antar negara).
- e. Perjanjian.
- f. Doktrin.

ad. 1. Undang-undang

Undang-undang merupakan peraturan negara yang dibentuk oleh alat perlengkapan negara yang berwenang dan mengikat masyarakat.

Undang-undang dapat dibedakan menjadi 2 (dua):

- a. Undang-undang dalam arti materiil, yaitu setiap peraturan perundang-undangan yang isinya mengikat langsung masyarakat secara umum.
- b. Undang-undang dalam arti formal, yaitu setiap peraturan perundangan yang dibentuk oleh alat perlengkapan negara yang berwenang melalui tata cara dan prosedur yang berlaku. Undang-undang dalam arti formal pada hakikatnya adalah keputusan alat perlengkapan negara yang karena cara pembentukannya disebut undang-undang. Di Indonesia undang-undang dalam arti formal dibentuk oleh DPR dengan persetujuan langsung presiden DPR (Pasal 20 ayat (1) dan ayat (3) UUD 1945).

Perbedaan dari kedua macam undang-undang tersebut terletak pada sudut peninjauannya. Undang-undang dalam arti materiil ditinjau dari sudut isinya yang mengikat umum, sedangkan undang-undang dalam arti formal ditinjau dari segi pembuatan dan bentuknya. Namun demikian banyak undang-undang yang dapat disebut undang-undang dalam arti materiil dan undang-undang dalam arti formal.



Tidak semua undang-undang dapat disebut dengan dua macam pengertian seperti tersebut di atas, karena undang-undang yang hanya berlaku untuk segolongan orang tertentu hanya dapat disebut sebagai undang-undang dalam arti materiil saja. Undang-undang berlaku dan mengikat apabila telah memenuhi persyaratan tertentu yang tidak dapat disampaikan, yaitu bahwa setiap undang-undang harus diundangkan oleh Mensekneg dan dimuat dalam Lembaran Negara. Lembaran Negara adalah tempat pengundangan suatu undang-undang agar mempunyai daya mengikat. Adapun mengenai saat undang-undang mulai berlaku dan mengikat senantiasa disebutkan dalam undang-undang itu sendiri – biasanya – sesuai dengan tanggal pengundangannya. Apabila tidak ditentukan tanggal berlakunya maka terdapat ketentuan umum yang menyatakan bahwa untuk daerah Jawa dan Madura adalah hari ke 30 (tiga puluh) sejak diundangkan, sedangkan untuk daerah lain hari ke 100 (seratus) sejak diundangkan.¹⁰⁵

Setelah persyaratan itu dipenuhi maka setiap orang dianggap telah mengetahuinya dan terikat oleh undang-undang itu, sehingga setiap orang tidak dapat membela diri dengan alasan karena belum mengetahui undang-undang dimaksud. (terhadapnya berlaku *fiksi hukum*, biasanya untuk segi efektifitas diberikan jeda waktu selama 5 (lima) tahun – terutama bagi undang-undang yang dalam arti formal).

Terdapat perbedaan prinsip mengenai kekuatan mengikatnya undang-undang kekuatan berlakunya/efektifitasnya undang-undang. Undang-

¹⁰⁵ C.S.T. Kansil, *Op.cit.*, hlm. 58.



undang mengikat sejak diundangkan, berarti sejak itu orang wajib mengakui eksistensi undang-undang, sedang kekuatan berlakunya undang-undang berarti sudah menyangkut berlakunya undang-undang secara operasional.

Agar undang-undang mempunyai kekuatan berlaku harus memenuhi persyaratan tertentu, yaitu:

- Mempunyai kekuatan berlaku yuridis, apabila persyaratan formal terbentuknya undang-undang itu telah terpenuhi.

- Mempunyai kekuatan berlaku sosiologis, apabila undang-undang itu efektif berlaku di dalam masyarakat. Maksudnya bahwa undang-undang itu telah diterima dan ditaati oleh masyarakat tanpa memperhatikan bagaimana terbentuknya undang-undang itu.

- Mempunyai kekuatan berlaku filosofis, apabila undang-undang tersebut memang telah sesuai dengan cita-cita hukum sebagai nilai positif yang tertinggi.

Berikut ini beberapa asas yang berlaku terhadap eksistensi/keberadaan undang-undang, yaitu:

a. Undang-undang tidak berlaku surut (*non retro aktive*);

b. Undang-undang yang berlaku kemudian membatalkan undang-undang terdahulu, sejauh undang-undang itu mengatur obyek yang sama (*lex posterior derogat legi priori anteriori*).

c. Undang-undang yang dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi mempunyai derajat yang lebih tinggi pula, sehingga apabila ada dua macam undang-undang yang tidak sederajat mengatur obyek



yang sama dan saling bertentangan, maka hakim harus menerapkan undang-undang yang tinggi dan menyatakan bahwa undang-undang yang lebih rendah tidak mengikat (*lex superior derogat legi inferior*).

d. Undang-undang yang khusus mengesampingkan undang-undang yang bersifat umum, maka jika ada dua macam ketentuan dari peraturan perundangan yang setingkat dan berlaku pada waktu bersamaan serta saling bertentangan, hakim harus menerapkan yang khusus dan mengesampingkan yang umum (*lex specialis derogat legi generali*).

e. Undang-undang tidak dapat diganggu gugat, dan undang-undang tidak berlaku lagi, apabila:

1. Jangka waktu berlakunya undang-undang itu telah habis;
2. Hal-hal atau obyek yang diatur oleh undang-undang itu sudah tidak ada;
3. Undang-undang itu dicabut oleh pembentuknya atau oleh instansi yang lebih tinggi;
4. Telah dikeluarkan undang-undang baru yang isinya bertentangan dengan isi undang-undang terdahulu.

Sehubungan dengan masalah sumber hukum dan tata urutan perundangan yang berlaku di Indonesia, telah ditetapkan TAP MPR RI No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan (mencabut TAP MPRS No. XX/MPRS/1996), dan selanjutnya ketentuan tersebut diperkuat lagi dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan



Peraturan Perundang-Undangan dan saat ini telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan

Peraturan Perundang-Undangan, Pasal 7 ayat (1) menyebutkan:

Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d. Peraturan Pemerintah;
- e. Peraturan Presiden;
- f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Pasal 8 ayat (1), menyebutkan: "Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

Ayat (2) menjelaskan: Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan



Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

ad. 2. Kebiasaan

Perbuatan manusia mengenai hal tertentu yang dilakukan secara berulang-ulang dan terhadapnya dipertalikan adanya ide hukum, sehingga perbuatan tersebut diterima oleh suatu masyarakat, selalu dilakukan oleh orang lain atau dengan kata lain masyarakat beranggapan bahwa memang harus berlaku demikian, jika tidak berbuat demikian merasa berlawanan dengan kebiasaan dan merasa melakukan pelanggaran perilaku – hukum – Masyarakat yakin bahwa kebiasaan yang mereka lakukan itu mengandung ide hukum, maka jika terdapat anggota masyarakat yang tidak mentaatinya, dia dianggap telah melakukan pelanggaran hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat (perlu diingat dengan adanya kelaziman). Atau secara praktis dapat dikatakan bahwa untuk timbulnya hukum kebiasaan diperlukan persyaratan tertentu, yaitu: adanya perbuatan tertentu yang dilakukan berulang-ulang di dalam masyarakat tertentu; dan Adanya keyakinan/ide hukum dari masyarakat tersebut.

ad. 3. Yurisprudensi

Dalam Algemene Bepelingen Van Wetgeving (A.B) atau Ketentuan umum tentang Perundang-undangan (KUTP), yang pada akhirnya merumuskan perkembangan Jurisprudensi di Indonesia, sebagai berikut:

1. Dalam pasal 20 A.B, hakim diwajibkan mengadili menurut undang-undang, dan dilarang mempertimbangkan "nilai rokhani atau



keadilan undang-undang". Maksudnya apabila di dalam undang-undang telah ditetapkan suatu kaidah hukum maka hakim diwajibkan mempergunakan kaidah hukum itu, ia tidak boleh menyimpang dari hukum yang dinyatakan secara positif.

2. Pasal 21 A.B menyatakan, "Tidak ada seorang hakim diperkenankan memberikan putusan yang bersifat peraturan umum, disposisi (penetapan/reglemen). Jikalau hakim memberikan putusan di dalam suatu persengketaan yang diajukan kepadanya.

3. Pasal 22 A.B berbunyi, "Seorang hakim yang menolak memutuskan perkara, berdalih bahwa undang-undang tidak terang atau kurang lengkap, dan lain-lain; dapat dituntut karena mengingkari hukum". Maksudnya pembuat undang-undang menyuruh dengan tegas kepada hakim supaya hakim memberikan putusan di dalam setiap sengketa yang diajukan kepadanya termasuk juga apabila undang-undang kurang jelas (hakim wajib menafsirkan undang-undang itu), atau apabila undang-undang itu kurang lengkap (hakim wajib menambahkan pendapatnya/konstruksi hukum kepada undang-undang itu). Dengan kata lain, dari sengketa yang satu ke sengketa yang lain hakim dapat melanjutkan tugas pembuat undang-undang.

Sekalipun Pasal 21 A.B itu dengan tegas mengandung larangan tersebut, kepada hakim tidaklah dilarang memperhatikan keputusan-keputusan hakim yang lain, yaitu keputusan di dalam sengketa-sengketa atau perkara-perkara yang sama. Ada kemungkinan bahwa



seorang hakim, berdasarkan Pasal 22 A.B memberikan penafsiran terhadap suatu kaidah hukum tertentu, yang tepat sekali; ataupun memberikan penjelasan yang menambah wilayah berlakunya kaidah hukum itu, yang ternyata merupakan suatu yang melengkapi undang-undang dan sangat dibutuhkan oleh masyarakat. Apabila penafsiran tersebut juga disetujui oleh para hakim yang lain, maka dengan sendirinya mereka (hakim lain) dapat mempergunakan corak berfikir yang telah dirumuskan oleh hakim yang mula-mula memberikan penafsiran itu. Artinya, berdasarkan nurani para hakim itu, ada kemungkinan bahwa perumusan hukum oleh seorang hakim tertentu, dapat juga dipergunakan oleh hakim-hakim yang lain. Inilah yang kemudian disebut sebagai *Yurisprudensi*. Atau dengan kata lain *Yurisprudensi* merupakan "keputusan Pengadilan atau keputusan hakim yang terdahulu, yang dianggap tepat sehingga diikuti oleh Pengadilan atau hakim lain".

Terdapat 2 (dua) macam *Yurisprudensi*, yaitu:

a. *Yurisprudensi tetap*, ialah keputusan hakim terjadi karena rangkaian keputusan serupa dan dijadikan dasar/patokan untuk memutuskan suatu perkara (*standar arressten*).

b. *Yurisprudensi tak tetap*, ialah keputusan hakim terdahulu yang bukan *standar arressten*.

Hukum tertulis di Indonesia selain peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh lembaga pembuat undang undang juga hukum yang dibuat oleh Pengadilan dalam bentuk *yurisprudensi*, bukan hanya undang undang setelah melwati kurun waktu tertentu dapat menjadi



tidak sempurna lagi, tapi demikian juga yurisprudensi tetap dalam kurun waktu tertentu bisa saja menjadi tidak tetap lagi atau sudah tidak sesuai dengan perkembangan jaman dalam arti sudah tidak sesuai lagi dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian apabila hakim mengambil suatu yurisprudensi sebagai alasan dan dasar hukum putusannya haruslah menilai lebih dahulu keberadaan yurisprudensi tersebut apakah memang masih relevan untuk digunakan sebagai alasan dan dasar hukum untuk menyelesaikan persoalan hukum yang sedang ditanganinya dengan menghubungkannya terhadap nilai nilai dan rasa keadilan yang sedang hidup dalam masyarakat. Suatu yurisprudensi tetap bisa saja berlangsung eksis selama berpuluh-puluh tahun kemudian setelah lewat waktu itu harus diganti dengan yurisprudensi lain yang sebagai yurisprudensi baru dalam mengatur masalah yang sama. Maka suatu yurisprudensi yang tetap tidaklah selamanya tetap karena harus selalu disesuaikan dengan perkembangan jaman.

ad. 4. Traktat (Perjanjian Antarnegara)

Traktat sebagai sumber hukum formal harus memenuhi syarat formal tertentu. Di Indonesia ditentukan dalam Pasal 11 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945, yaitu, "Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain".

Perjanjian antar negara yang telah disahkan berlaku mengikat negara peserta, termasuk warga negaranya, sehingga dapat dipahami bahwa setiap traktat sebelum disahkan oleh Presiden terlebih dahulu harus



disetujui oleh DPR. Tetapi dalam pelaksanaannya ternyata tidak semua bentuk perjanjian antarnegara harus dapat mendapat persetujuan DPR, sebab jika demikian pemerintah menjadi kurang leluasa untuk menjalankan hubungan internasional, yang terpenting terdapat spesifikasi yang bersifat limitatif/paling tidak terhadap beberapa hal yang mutlak harus mendapat persetujuan DPR tidak diabaikan. Beberapa hal yang harus mendapat persetujuan DPR sehubungan dengan adanya suatu perjanjian antarnegara, yaitu terhadap perjanjian antar negara yang mengandung materi-materi penting (lazimnya disebut *Traktat/Treaty*), sebagai berikut:

- a. Soal-soal politik atau soal-soal yang dapat mempengaruhi haluan politik luar negeri; misal: perjanjian persekutuan, perjanjian batas wilayah, perubahan wilayah, dan sebagainya.
- b. Ikatan-ikatan yang dapat mempengaruhi haluan politik luar negeri; seperti perjanjian kerjasama ekonomi, pinjaman.
- c. Soal-soal yang menurut UUD dan sistem perundangan kita yang harus diatur dengan bentuk undang-undang; misalnya: tentang kewarganegaraan, kehakiman, dan sebagainya.

Sedang terhadap perjanjian yang tidak memerlukan (pengecualian) persetujuan DPR, sifatnya hanya merupakan persetujuan bersama (*agreement*) antarnegara peserta, sehingga Presiden dapat meratifikasinya dalam bentuk Keputusan Presiden dan kemudian DPR cukup diberitahu.

ad. 5. Perjanjian



Perjanjian (*Overeenkomst*) merupakan "suatu peristiwa hukum di mana dua orang/pihak atau lebih berjanji untuk melakukan atau tidak melakukan perbuatan tertentu". Perjanjian akan menimbulkan hubungan hukum yang saling mengikat di antara para pihak atau menimbulkan perikatan (*Verbinten*), sehingga apabila salah satu pihak ada yang ingkar janji (*wanprestasi*) akan mendapatkan resiko untuk digugat oleh pihak yang dirugikan.

Jika kedua belah pihak telah sepakat berarti mereka membuat atau menentukan peraturan/kaidah atau hak dan kewajiban. Para pihak sendiri yang menciptakan hukum, sehingga mereka berkewajiban untuk mentaatinya, dan hanya merekalah yang terikat kata sepakat yang mereka tentukan. Perjanjian yang mereka buat berfungsi sebagai sarana untuk menyelesaikan perselisihan bila salah satu pihak ingkar janji. Karena itu dapat dipahami bahwasannya Perjanjian juga merupakan sumber hukum formal. Dengan catatan bahwa perjanjian itu merupakan perjanjian yang sah dan memenuhi beberapa unsur suatu perjanjian.

Perjanjian adalah sah bila memenuhi syarat-syarat tertentu (Pasal 1320 KUHPerdata), yaitu:

- a. Orang yang mengadakan Perjanjian harus cakap;
- b. Ada kata sepakat atau persesuaian kehendak antarpihak;
- c. Mengenai obyek tertentu;
- d. Dasar atau kausa yang legal (tidak dilarang);

ad. 6. Doktrin



Doktrin adalah pendapat para sarjana hukum yang terkemuka dan yang pengaruhnya terhadap perkembangan hukum pada umumnya dan secara khusus terhadap hakim dalam mengambil keputusannya.

Kadangkala hakim dalam memutuskan perkara yang diperiksanya guna menguatkan keyakinan dan atau terdapat ketidakjelasan dan atau kekosongan hukum (melakukan penemuan hukum) maka hakim menyebut pendapat para sarjana sebagai dasar pertimbangannya.

Dengan demikian maka dapat dikatakan bahwa hakim menemukan hukumnya dalam doktrin itu, sehingga dengan cara begitu dapat dipahami bahwa doktrin merupakan sumber hukum formal.

2.4. Teori atau Metode Penemuan Hukum

Teori atau metode penemuan hukum harus dikuasai oleh seorang hakim dalam mengadili suatu perkara sesuai dengan peristiwa kongkret yang terjadi yang dihadapkan kepadanya, khususnya dalam konteks penelitian disertasi ini terhadap penyelesaian perkara perdata. Sementara dalam penyelesaiannya ternyata peraturan perundang-undangan yang ada, telah mengatur tetapi tidak jelas, atau tidak lengkap atau bahkan tidak mengatur peristiwa kongkret tersebut, sehingga terdapat kekosongan hukum (*rechtsvacuum*). Atau terjadi pertentangan norma hukum. Untuk itu harus digunakan teori atau metode penemuan hukum secara tepat baik melalui penafsiran hukum maupun konstruksi hukum.

Dengan pertimbangan hal tersebut, maka teori atau metode penemuan hukum dalam disertasi ini juga digunakan sebagai *applied theory*, untuk membahas dan memecahkan masalah yang ada, sehingga



penerapan teori atau metode penemuan hukum ini akan memperjelas dasar pertimbangan hukum hakim dalam penemuan hukum untuk menyelesaikan perkara perdata, dan menggambarkan tahap-tahap penemuan hukumnya sehingga akan dapat dikonstruksikan adanya pola penemuan hukum yang tepat dalam penyelesaian perkara perdata oleh hakim di Indonesia.

Penemuan hukum merupakan kegiatan terutama bagi hakim dalam melaksanakan undang-undang bila terjadi peristiwa kongkret.¹⁰⁶ Untuk itu, hakim harus menguasai hukum baik secara teoritis, maupun dari sisi filosofisnya, maka perlu kecermatan dalam mempelajari hukum tersebut.

Dalam mempelajari hukum dapat digunakan beberapa metode, sebagai berikut:

1. Metode Idealis, adalah metode yang bertitik tolak dari suatu pandangan bahwa hukum sebagai perwujudan dari nilai-nilai tertentu (Keadilan, Kepastian dan Kemanfaatan). Metode ini selalu menguji apakah yang dilakukan oleh hukum untuk mewujudkan nilai-nilai tertentu. Nilai-nilai tertentu yang dimaksud oleh hukum adalah keadilan.
2. Metode Normatif Analitis, yaitu metode yang melihat hukum sebagai suatu sistem aturan yang abstrak. Metode ini melihat hukum sebagai lembaga yang benar-benar otonom dan dapat dibicarakan sebagai subyek tersendiri terlepas dari hal-hal lain yang berkaitan dengan peraturan-peraturan.
3. Metode Sosiologis, yaitu metode yang berangkat dari pandangan yang melihat hukum sebagai alat untuk mengatur masyarakat. Perhatian metode ini tertumpu pada faktor kemasyarakatan yang mempengaruhi

¹⁰⁶ Soedikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 11.



pembentukan wujud dari perkembangan hukum, serta efektifitas hukum itu sendiri dalam kehidupan masyarakat.

4. Metode Historis, yaitu metode yang mempelajari hukum dengan melihat sejarah hukum itu sendiri, sehingga akan mengetahui bagaimana lahir, berkembang dan lenyapnya hukum serta perkembangan lembaga lembaga hukum.

5. Metode Sistematis, yaitu metode yang mempelajari hukum dengan melihat hukum sebagai suatu sistem yang terdiri atas berbagai subsistem (seperti hukum perdata, hukum pidana, hukum tata negara, hukum administrasi negara dan sebagainya).

6. Metode Komparatif, yaitu metode yang mempelajari hukum dengan membandingkan antara tata hukum yang berlaku di suatu negara tertentu dengan tata hukum yang berlaku di negara lain, baik di masa lampau maupun pada saat berlaku (sekarang), sehingga akan diketahui adanya persamaan-persamaan dan perbedaannya.¹⁰⁷

Selanjutnya dalam mencari hukum yang tepat dan melakukan penemuan hukum, guna menyelesaikan perkara dan memutuskan peristiwa kongkret yang dihadapkan padanya tersebut, hakim akan mengolah sumber-sumber hukum baik yang telah tersedia maupun yang belum tersedia, dengan cara mengambil rujukan utama dari sumber-sumber tertentu yang secara hierarkis berturut dan bertingkat dimulai dari hukum tertulis (peraturan perundang-undangan) sebagai sumber utama, apabila tidak ditemukan barulah ke hukum kebiasaan atau hukum tidak tertulis, kemudian yurisprudensi, begitu seterusnya dilanjutkan pada perjanjian

¹⁰⁷ Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2003), hlm. 34.



internasional barulah doktrin dan ilmu pengetahuan. Hakim menerapkan peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) sebagai sumber utama dalam rangka melakukan pembentukan hukum, mencari hukum yang tepat melalui penemuan hukum menyelesaikan persoalan hukum suatu perkara tersebut, dihadapkan dalam beberapa keadaan, yaitu dengan cara dan sesuai dengan keadaan fakta hukum yang ditemuinya sebagai berikut:

- a. Bilamana materi ketentuan dari peraturan perundang-undangan yang mengatur perkara yang dihadapkan pada hakim tersebut, telah ada dan telah jelas, maka hakim dapat menerapkan ketentuan tersebut;
- b. Bilamana materi ketentuan dari peraturan perundang-undangan yang mengatur perkara yang dihadapkan pada hakim tersebut, telah ada, akan tetapi tidak jelas arti dan maknanya, maka hakim yang bersangkutan melakukan interpretasi atas materi ketentuan peraturan perundang-undangan tersebut;
- c. Bilamana materi ketentuan dari peraturan perundang-undangan yang mengatur perkara yang dihadapkan pada hakim tersebut, tidak atau belum ada pengaturannya, maka usaha yang ditempuh oleh hakim yang bersangkutan adalah mengisi kekosongan tersebut dengan melakukan penalaran logis, dan menggali dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat atau dari kebiasaan, yang merupakan penjelmaan atau perwujudan dari hukum.
- d. Bilamana terhadap perkara yang dihadapkan pada hakim ternyata undang-undang telah mengatur tetapi sudah usang, tidak sesuai dengan dinamika perkembangan masyarakat, maka hakim akan melakukan interpretasi (ekstentif, restriktif, dan futuristik, Penghalusan



hukum (*rechtverfijning*) agar dapat diterapkan pada peristiwa kongkret tersebut dan diketahui peristiwa hukumnya secara tepat sesuai rasa keadilan di masyarakat.

e. Bilamana terhadap perkara yang dihadapkan pada hakim sebenarnya undang-undang telah mengatur tetapi ternyata bertentangan dengan rasa keadilan atau ketertiban umum maka hakim akan melakukan penggalian nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat serta melakukan interpretasi (teleologis sosiologis, ekstentif, restriktif, dan futuristik, Penghalusan hukum (*rechtverfijning*) agar dapat diterapkan pada peristiwa kongkret tersebut.

Kebiasaan dapat dipandang sebagai penjelmaan atau perwujudan hukum, oleh sebab itu kiranya tepat apabila terhadapnya juga diistilahkan sebagai hukum kebiasaan. Syarat-syarat yang dapat membuktikan perilaku itu telah menjadi hukum kebiasaan ialah:

1. Hendaknya diperhatikan oleh yang berkepentingan pada umumnya dan seringkali dihubungkan perhatian dalam kurun waktu yang lama;
2. Yang berkepentingan harus sadar bahwa kelakuan mereka itu (kebiasaan itu) sesuai dengan kehendak hukum dan harus insaf bahwa mereka terikat kepada kebiasaan (karena merupakan hukum).

Memperhatikan sifat mengikatnya hukum kebiasaan tersebut, maka dalam kondisi seperti saat ini, di mana disadari bersama bahwa bersamaan dengan kebiasaan maka telah melembaga adanya undang-undang (hukum tertulis) yang nota bene merupakan tolok ukur utama dalam memahami suatu tatanan hukum, dengan kata lain dalam kondisi tertentu, kebiasaan dapat disederajatkan dengan undang-undang, sehingga sering kali



pemahaman ini di samping akan bersifat melengkapi juga memungkinkan menimbulkan kondisi pertikaian perwujudan hukum (pertentangan norma hukum) di antara kebiasaan disatu sisi dan undang-undang di sisi lain.

Terhadap kondisi ini, dalam ilmu hukum dikenal adanya:

1. *Consuetudo praeter legem* (kebiasaan yang menambah atau menjelaskan undang-undang); tetapi janganlah undang-undang dipandang sebagai kebiasaan-kebiasaan yang dikitabkan, melainkan perlu dihayati bahwa hasil pekerjaan pembuat undang-undang merupakan perwujudan dari hukum itu sendiri (di samping kebiasaan terdapat bentuk-bentuk hukum lain);

2. *Consuetudo contra legem* (kebiasaan yang bertentangan dengan undang-undang); kebiasaan yang bertentangan dengan undang-undang dapat mengakibatkan undang-undang dihapuskan (*Consuetudo abrogatoria*), ataupun bahwa undang-undang itu dikesampingkan atau tidak diperhatikan lagi.¹⁰⁸

Berkenaan dengan penemuan hukum tersebut, ada beberapa metode penafsiran (interpretasi) ketentuan peraturan perundang-undangan, yaitu:

(1) Interpretasi Gramatikal (interpretasi bahasa) atau tata bahasa (*taalkundige, grammatikale interpretatie*) atau metode obyektif. Hakim menafsirkan kata-kata dalam teks undang-undang apa adanya sesuai dengan kaidah bahasa dan kaidah hukum tata bahasa.

¹⁰⁸ Soedjono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 101-102.



(2) Interpretasi Sistematis (Logis), menafsirkan peraturan perundang-undangan yang menghubungkannya dengan peraturan lain atau dengan keseluruhan sebagai satu kesatuan dan tidak boleh menyimpang atau keluar dari sistem perundang-undangan (sistem hukum).

(3) Interpretasi Historis, penafsiran makna undang-undang menurut terjadinya dengan jalan meneliti sejarah terjadinya (terbentuknya), meliputi penafsiran menurut sejarah hukumnya (*rechtshistorisch*) dan sejarah terjadinya undang-undang (*wetshistorisch*, subyektif).

(4) Interpretasi Teleologis (sosiologis), Hakim menafsirkan undang-undang sesuai dengan tujuan kemasyarakatan dan bukan hanya dari bunyi kata-kata undang-undang itu saja, karena makna dari undang-undang yang masih berlaku sudah usang atau tidak sesuai lagi untuk diterapkan terhadap peristiwa, hubungan, kebutuhan dan kepentingan masa kini.

(5) Interpretasi komparatif, penafsiran dengan memperbandingkan antara berbagai sistem hukum, guna mencari titik temu atau kejelasan mengenai suatu ketentuan undang-undang pada suatu penyelesaian yang dikemukakan di pelbagai negara, lazimnya penafsiran ini dipergunakan dalam perjanjian internasional yang penting.

(6) Interpretasi antisipatif (*futuristis*), hakim menjelaskan undang-undang yang berlaku sekarang (*ius constitum*) guna mencari pemecahan kasus yang dihadapkan padanya, dengan berpedoman pada kaidah-kaidah hukum yang terdapat dalam suatu atau



beberapa peraturan perundang-undangan yang belum mempunyai kekuatan berlaku dan belum mempunyai daya kekuatan yang mengikat dan hukum yang dianggap lebih baik dan lebih adil (*ius constituendum*), misalnya rancangan undang-undang.

(7) Interpretasi Restriktif, hakim melakukan penafsiran dengan mempersempit (membatasi) arti suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku dengan bertitik tolak pada artinya menurut bahasa, dengan menghubungkannya dengan persoalan hukum yang dihadapkan pada hakim yang bersangkutan.

(8) Interpretasi ekstensif, hakim menafsirkan dengan memperluas arti suatu istilah (pengertian) yang terdapat dalam suatu teks peraturan undang-undang yang berlaku.

(9) Interpretasi Futuristik, hakim menafsirkan pada undang-undang dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum. Atau dengan kata lain lewat penafsiran ini dimungkinkan memberlakukan ketentuan yang dalam undang-undang belum ada/tidak ada dengan ketentuan yang tertuang dalam Rancangan Undang-Undang (RUU).

Selain itu, hakim dalam melakukan penafsiran suatu materi peraturan perundang-undangan terhadap perkara yang dihadapkan padanya, harus memperhatikan tiga hal, yaitu:

- (1) materi peraturan perundang-undangan yang diterapkan oleh Hakim;
- (2) tempat dimana perkara yang dihadapkan pada Hakim tersebut terjadi;
- (3) zaman perkara yang dihadapkan pada Hakim tersebut terjadi.



Dalam konteks praktek peradilan di Indonesia, hakim dalam melakukan penafsiran suatu materi peraturan perundang-undangan terhadap perkara yang dihadapkan padanya, di samping harus memperhatikan tiga hal tersebut, perlu ditambahkan hal yang keempat yaitu harus diperhatikan juga tentang orangnya, dalam arti orang dari masyarakat daerah mana yang memiliki kearifan lokal tertentu yang berbeda dengan orang dari masyarakat daerah lain. Mengingat kondisi sosial masyarakat Indonesia sangat beragam, sementara beberapa putusan yang dijatuhkan hakim, terutama pada putusan formal yang berdasarkan asas legistik kadang bertindak menyeragamkan atau satu hukum untuk semua, sehingga makna hukum menjadi sempit dan hanya sebatas untuk menciptakan tata tertib hukum (*rechtsorde*). Padahal seharusnya hukum ditujukan untuk menciptakan kesejahteraan masyarakat.¹⁰⁹

Menafsirkan atau menginterpretasi, menurut Arief Sidharta, intinya adalah kegiatan mengerti atau memahami. Hal atau kegiatan mengerti sesuatu pada intinya adalah sama dengan kegiatan menginterpretasi. Jadi memahami sesuatu adalah menginterpretasi sesuatu, dan sebaliknya dengan menginterpretasi sesuatu tercapai pemahaman tentang sesuatu itu.¹¹⁰ Hakekat memahami sesuatu adalah yang disebut filsafat hermeneutik. Hermeneutika atau metode memahami

¹⁰⁹ Ade Saptomo, *Hukum dan Kearifan Lokal, Revitalisasi Hukum Adat Nusantara*, (Jakarta: PT. Grasindo : 2010). Hlm. 55.

¹¹⁰ B. Arief Sidharta, dalam Kata Pengantar, Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Sejarah-Filsafat dan Metode Tafsir*, (Malang : UB Press, Edisi Revisi: 2011), Hlm vii.



atau metode interpretasi yang dilakukan terhadap teks secara holistik terhadap bingkai antara teks, konteks, dan kontekstualisasi.¹¹¹

Dalam penemuan hukum oleh hakim untuk menyelesaikan perkara yang dihadapkan kepadanya, diperlukan pemahaman terhadap kegiatan untuk mengerti dan memahami peristiwa konkrit yang terdapat dalam perkara yang dihadapkan kepadanya, untuk kemudian hakim akan melakukan interpretasi atau penafsiran hukum. Padahal disadari bahwa dalam melakukan penafsiran atau interpretasi, tentu saja antara penafsir dan teks yang hendak ditafsirkan terdapat perbedaan waktu bertahun-tahun bahkan puluhan atau ratusan tahun. Oleh karena itu, setiap melakukan interpretasi acapkali muncul dua sudut pandang yang berbeda antara teks yang hendak ditafsirkan dengan pandangan penafsir sendiri. Kedua pandangan tersebut kemudian diramu dengan berbagai aspek yang dipedomani oleh penafsir yaitu keadilan, kepastian hukum, prediktabilitas, dan kemanfaatan.¹¹²

Dalam menyelesaikan perkara yang dihadapkan kepadanya, seorang hakim harus memahami atau mengetahui norma-norma hukum yang ada agar dapat melakukan penafsiran secara tepat dan atau dapat melakukan kajian hermeneutika hukum, yang dimaksudkan tidak hanya akan membebaskan kajian-kajian hukum dari otoritarianisme, namun para yuris positif yang elitis, tetapi juga dari kajian-kajian hukum kaum strukturalis atau behavioralis yang terlalu empirik sifatnya. Selain itu, hermeneutika hukum juga menganjurkan agar para pengkaji hukum

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Jimly Assiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, (Jakarta; PT. Raja Grafindo Persada : 2011), Hlm. 247.



supaya menggali dan meneliti makna-makna hukum dari perspektif para pengguna dan/atau para pencari keadilan.¹¹³

Penggunaan kajian *hermeneutika hukum*, nampaknya dalam pelaksanaan tugas-tugas hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang dihadapkan kepadanya memiliki relevansi jika dikaitkan dengan tugas hakim sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menyatakan, "Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat".

Penemuan hukum pada dasarnya merupakan wilayah kerja hukum yang sangat luas cakupannya, ia dapat dilakukan oleh orang-perorangan (individu), ilmuan/peneliti hukum, para penegak hukum (hakim, jaksa, polisi dan pengacara/advokat). Sesuai dengan kajian dalam penelitian ini, dibatasi pada upaya penemuan hukum oleh hakim. Penemuan Hukum oleh hakim tidak semata-mata menyangkut penerapan peraturan hukum terhadap peristiwa konkrit, tetapi juga penciptaan hukum dan pembentukan hukumnya sekaligus.¹¹⁴

Pada proses penemuan hukum oleh hakim, perlu dibedakan yaitu mengenai tahap sebelum pengambilan putusan (*ex ante*) dan tahap sesudah pengambilan putusan (*ex post*). Dalam perspektif teori penemuan hukum modern, yang terjadi sebelum pengambilan putusan disebut "*heuristika*", yaitu proses mencari dan berpikir yang mendahului tindakan pengambilan putusan hukum. Pada tahap ini berbagai arumen pro-kontra terhadap suatu putusan tertentu ditimbang-timbang antara

¹¹³ Jazim Hamidi, *Op.Cit.*, Hlm.35.

¹¹⁴ *Ibid.*, Hlm. 39.



yang satu dengan yang lain, kemudian ditemukan mana yang paling tepat, sedangkan penemuan hukum yang terjadi sesudah putusan disebut "legitimasi", dan legitimasi selalu berkenaan dengan pembenaran dari putusan yang sudah diambil. Pada tahap ini putusan diberi motivasi (pertimbangan) dan argumentasi secara substansial dengan cara menyusun suatu penalaran yang secara rasional dapat dipertanggungjawabkan. Apabila suatu putusan hukum tidak bisa diterima oleh forum hukum, maka berarti putusan itu tidak memperoleh legitimasi.

Konsekuensinya, premis-premis yang baru harus diajukan, dengan tetap berpegang pada penalaran *ex ante*, untuk meyakinkan forum hukum tersebut agar putusan dapat diterima.¹¹⁵ Dapat dipahami bahwa hakim dinyatakan telah berhasil menemukan hukum setelah lebih dahulu melalui pengujian dari berbagai sudut pandang selain diakui karena telah memenuhi kriteria Yurisprudensi juga dianggap tepat oleh para pakar hukum (doktrin) yang terkenal dan berpengaruh dalam pembinaan dan pembaharuan hukum nasional.

¹¹⁵ *Ibid.* Hlm. 37.



BAB III

HASIL DAN ANALISIS

3.1. Dasar Pertimbangan Hukum Oleh Hakim untuk Melakukan

Penemuan Hukum dalam Penyelesaian Perkara Perdata

Negara Indonesia adalah negara hukum, hal ini secara tegas disebutkan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD NKRI 1945). Hal ini membawa makna bahwa dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia menggambarkan adanya pengakuan jaminan akan hak-hak dasar warga negara dengan mendasarkan pada aturan-aturan undang-undang (hukum). Oleh karena itu, salah satu konsekuensi sebagai negara hukum maka kekuasaan kehakiman harus dilaksanakan secara independen dari kemauan pemerintah.¹¹⁶

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa esensi utama dari negara hukum ialah adanya kekuasaan kehakiman yang merdeka. UUD NKRI 1945 menetapkan adanya kekuasaan kehakiman (yudikatif) sebagai salah satu kekuasaan dalam negara hukum di samping ada kekuasaan legislatif dan kekuasaan eksekutif yang saling mempunyai hubungan. Hubungan antara negara hukum dan pembagian kekuasaan sangat erat, selain itu pembagian kekuasaan merupakan salah satu unsur penting negara hukum juga pembagian kekuasaan dalam suatu negara hukum yang harus diatur dengan tegas melalui aturan hukum terutama dalam ketentuan konstitusi untuk menjamin kepastian hukum.

¹¹⁶ A. Masyhur Effendi, *Op.cit.*, hlm. 94.



Adapun fungsi utama dari kekuasaan kehakiman yang dilaksanakan oleh pengadilan adalah: *concerned with the in fiction of penalties upon those who infringe the law*.¹¹⁷ (terj.: Berkait dengan penjatuhan hukuman terhadap orang-orang yang melanggar hukum). Dengan kata lain bahwa kekuasaan kehakiman berfungsi untuk memutus sengketa hukum yang timbul antara anggota masyarakat satu sama lain dan antara anggota masyarakat dan pemerintah.¹¹⁸ Wewenang untuk memutus perkara tujuan akhirnya adalah untuk mewujudkan ketertiban umum pada masyarakat melalui putusan yang adil yaitu oleh karena putusan hakim itu sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Sebagai suatu kekuasaan dalam sistem ketatanegaraan, maka kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Tujuannya ialah agar ketertiban masyarakat dapat tercipta dan ketertiban masyarakat terpelihara.

Indonesia sebagai negara hukum, dalam pelaksanaan sistem ketatanegaraan tidak terlepas dari keberadaan sistem hukum yang berkembang dalam penyelenggaraan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Seperti yang diketahui bahwa sistem hukum Indonesia dalam perkembangan sejarah berasal dari sistem hukum Belanda yang telah cukup lama menguasai Indonesia, sehingga sistem hukum Belanda pun diterapkan di Indonesia berdasarkan asas *konkordansi*. Perancis yang membuat kode Napoleon, yaitu *Code Civil* (KUH Perdata), *Code Penal* (KUH

¹¹⁷ C.F. Strong, *Modern Political Constution*, (London: Sidgwick & Jackson Limited, 1952), p. 8.

¹¹⁸ Wiryono Prodjodikoro, *Asas-asas Ilmu Negara dan Politik*, (Jakarta: Presco, 1991), hlm. 32.



Pidana) dan *Code du Commerce* (KUH Dagang), berdasarkan asas *konkordansi*, yaitu pemberlakuan hukum di negara penjajah kepada negara jajahan, maka Perancis yang pernah menjajah Belanda, memberlakukan kode Napoleon di negeri Belanda. Itulah sebabnya hukum Belanda berada dalam lingkungan Eropa Kontinental (*civil law*), demikian pula sistem hukum Indonesia juga termasuk dalam lingkungan hukum Eropa Kontinental (*civil law*). Dengan demikian, dapat dipahami dalam peradilan Indonesia, para hakim yang memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara dipengaruhi oleh sistem hukum Eropa Kontinental (*civil law*) tersebut. Sementara di Indonesia saat ini, masih banyak terdapat perangkat hukum kolonial yang harus diganti tetapi saat ini masih berlaku. Lebih kurang 400 buah perangkat hukum kolonial tersebut.¹¹⁹

Sebagaimana telah dipahami bahwa karakteristik sistem hukum Eropa Kontinental (*civil law*) ditandai dengan adanya suatu kodifikasi atau pembukuan undang-undang dalam suatu kitab (*code*), seperti ketentuan hukum perdata sebagaimana terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijke Wetboek*), Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (*Wetboek van Koophandel*) dan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (*Wetboek van Strafrecht*) yang berasal dari zaman kolonial Belanda. Ketentuan dalam hukum acara perdata untuk Pulau Jawa dan Madura HIR (*Het Herziene Indonesische Reglement* atau Reglement Indonesia Baru, Stb 1848-16) dan hukum acara perdata untuk luar Jawa dan Madura RBG (*Reglement Buitengewesten*) Staatsblad 1927 nomor 227. Namun demikian, dalam sistem hukum Eropa Kontinental (*civil law*) hakim

¹¹⁹ Puslitbang Mahkamah Agung RI, *Rencana Kerja Bidang Hukum*, (Jakarta: MARI 1995), hlm. 22.



diberikan kebebasan yang tidak terbatas, sehingga berakibat pada ketidakpastian hukum. Padahal dalam sistem hukum ini menurut pandangan klasik sebagaimana dikemukakan oleh Montesquieu maupun Immanuel Kant, menyatakan bahwa hakim dalam menerapkan undang-undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya tidak menjalankan perannya secara mandiri. Hakim hanyalah penyambung lidah atau corong undang-undang (*la bouche de la loi*), sehingga tidak mengubah kekuatan hukum dari undang-undang, tidak dapat menambah dan tidak dapat pula menguranginya.¹²⁰ Jadi menurut pandangan klasik, semua hukum sudah secara lengkap dan sistematis terdapat dalam undang-undang dan tugas hakim hanyalah mengadili sesuai dengan undang-undang.

Menurut paham ini, menafsirkan undang-undang adalah wewenang pembentuk undang-undang, bukan wewenang hakim. Pandangan ini tidak sekedar teori, melainkan pernah masuk dalam sistem hukum positif. Dalam Pasal 15 AB ada potongan ketentuan yang berbunyi: "Ketentuan kebiasaan tidak merupakan hukum, kecuali ditunjuk oleh undang-undang." (*geeft gewoonte geen recht, dan allen wanneer de wet daarop verwijst*).

Mengenai larangan penafsiran hingga saat inipun, untuk sebagian paham ini masih berlaku yaitu dalam hukum acara, masih cukup kuat pendapat pada sebagian hakim, bahwa hukum acara harus diterapkan sebagaimana adanya. Suatu cara pandang yang harus ditinjau kembali, karena tidak sesuai dengan perkembangan pengertian hukum maupun praktek. Hal ini dapat terlihat pada penjatuhan putusan verstek dihubungkan dengan dasar ketidakhadiran tergugat yaitu pada sidang yang keberapa kalikah tergugat

¹²⁰ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 40.



tidak hadir baru dapat dijatuhkan putusan, verstek dan kewajiban bukti penggugat sehingga beragam putusan hakim sesuai dengan pola pikirnya masing-masing.

Kenyataan yang ada pembuat Undang-Undang membuat peraturan umum, sedangkan hakim setelah mengkonstatasi, mengkualifikasi, hanya mengkonstitusi bahwa undang-undang dapat diterapkan secara langsung pada peristiwanya, kemudian hakim menerapkannya menurut bunyi undang-undang. Di sini hakim tidak menjalankan fungsi yang mandiri dalam penerapan undang-undang terhadap peristiwa hukum yang kongkret, hakim hanya corong undang-undang yang tidak dapat mengubah atau menambah undang-undang.¹²¹ Sebaliknya jika dalam hal hakim memeriksa dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya, setelah hakim mengkonstatasi atau menemukan fakta-fakta kongkret, mengkualifikasi ternyata undang-undang yang akan diterapkan kepada peristiwa kongkret itu tidak sempurna atau belum mengaturnya atau undang-undang tidak jelas. Memang tidak mungkin undang-undang itu mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada kalanya undang-undang tidak lengkap, ada kalanya undang-undang tidak jelas.¹²² Untuk itu, sebagai perwujudan pelaksanaan kemandirian hakim maka untuk menyelesaikan perkara yang dihadapkan kepadanya hakim dalam mengkonstitusi itu lebih dulu melakukan penemuan hukum dengan menggali sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat. Dalam hal suatu undang-undang tidak jelas dan tidak lengkap maka hakim lebih dulu menafsirkan "menurut

¹²¹ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo. *Op.cit.*, hlm. 6.

¹²² *Ibid*, hlm. 3.



jiwa undang-undang dasar kita yaitu menurut Pancasila yang berintikan kekeluargaan sebagai jiwa masyarakat kita.¹²³

Untuk dicermati sebagai batu uji setiap putusan hakim, bahwa hakim dalam memutus perkara harus mewujudkan tiga asas, yaitu asas keadilan, asas kepastian hukum, dan asas kemanfaatan. Ketiga asas tersebut harus dijalankan secara kompromi, secara berimbang atau secara proposional.¹²⁴ Namun, dalam implementasi pelaksanaan tugas hakim ternyata mengalami kesulitan dan seringkali melakukan penekanan pada salah satu asas saja.

Penekanan asas keadilan hukum berarti harus mempertimbangkan hukum yang hidup dalam masyarakat, misalnya kebiasaan-kebiasaan, sosiologi hukum, budaya hukum semuanya sangat berperan, sehingga semua dipertimbangkan oleh hakim. Ada keadilan individu, keadilan masyarakat tertentu, dan keadilan masyarakat lain.

Dalam hal penekanaan asas kepastian hukum, maka hakim lebih cenderung mempertahankan norma-norma hukum tertulis (undang-undang). Cara berpikir yang normatif tersebut, akan mengalami kebuntuan manakala ketentuan-ketentuan tertulis tidak dapat menjawab persoalan yang ada oleh karena tidak sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, maka hakim harus menemukan hukum untuk mengisi kelengkapan hukum (undang-undang) itu. Satjipto Raharjo mengatakan, penekanan kepastian hukum bukan hanya berarti undang-undang saja, sebab hukum lebih luas dari undang-undang, karena hukum itu meliputi hukum tertulis (undang-undang) juga hukum tidak

¹²³ Soediman, Kartohadiprodo, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, (Jakarta: Pembangunan, 1975), hlm 203.

¹²⁴ Lintong Siahaan, *Op.cit.*, hlm. 57.



tertulis seperti kebiasaan atau hukum adat. Negara Indonesia berdasarkan hukum, bukan negara berdasarkan undang-undang.¹²⁵ Hal itu dapat dipahami karena sebelum lahirnya hukum (undang-undang) telah ada hukum kebiasaan dan hukum adat yang hidup dalam masyarakat Indonesia walaupun berlakunya secara sektoral dan parsial pada masyarakat tertentu. Penekanan asas kemanfaatan lebih bernuansa ekonomi, berguna untuk manusia, orang banyak (masyarakat) tidak hanya kepada para pihak yang berperkara. Secara ideal bahwa kepentingan pribadi hendaknya seoptimal mungkin dipenuhi, namun tanpa mengurangi atau dapat merugikan kepentingan pribadi-pribadi lain, atau pihak-pihak yang berperkara. Sekalipun pemenuhan atas hak pribadinya (misalnya hak milik) dalam pelaksanaannya harus memperhatikan kepentingan dan hak pihak lain. Dapat dikemukakan sebagai contoh tentang ketentuan. "Bahwa hak milik atas tanah berfungsi sosial yang mengandung arti bahwa setiap jengkal hak milik seseorang atas tanah tetap melekat adanya fungsi sosial."¹²⁶

Dalam penyelesaian perkara perdata yang lebih berorientasi pada aspek kebendaan dan mendorong pada sifat yang materialistis, serta menjauhkan jarak keintiman hubungan manusiawi, maka dalam penyelesaiannya harus mempertimbangkan dasar akhlak yang tinggi dalam kerangka tetap menjaga keintiman hubungan manusiawi tersebut. Dengan kata lain, putusan hakim atas perkara perdata (gugatan) yang diajukan kepadanya harus sesuai dengan nilai-nilai hukum yang merupakan

¹²⁵ Satjipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, (Jakarta: Penerbit UKI Press, 2006), hlm. 135.

¹²⁶ Bandingkan dengan Pasal 5 UU No5 Tahun 1960 Tentang ketentuan dasar Pokok Pokok Agraria.



anggapan masyarakat tentang sesuatu (hukum) baik dan luhur yang seharusnya sesuai dengan isi peraturan perundang-undangan yang sedang berlaku, akan tetapi dalam kenyataannya dapat juga tidak sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang ada.¹²⁷

Hakim merupakan salah satu catur wangsa dalam sistem penegakan hukum, yang mempunyai tugas pokok menerima, memeriksa dan memutuskan dan menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya.

Oleh karena itu seorang hakim mempunyai peran yang sangat penting dalam menegakkan hukum dan keadilan melalui putusan-putusannya, sehingga para pencari keadilan selalu berharap, perkara, yang diajukannya dapat diputus oleh hakim yang mandiri, profesional dan memiliki integritas moral yang tinggi sehingga putusannya nanti tidak hanya bersifat *legal justice* (keadilan menurut hukum) tetapi juga mengandung nilai *moral justice* (keadilan moral) dan *social justice* (keadilan masyarakat).

Dalam makna yang lebih lengkap, disebutkan putusan hakim tersebut telah memuat nilai-nilai dasar dari hukum yang meliputi nilai-nilai keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Di mana perwujudan nilai-nilai tersebut dapat dijadikan indikator mutu (kualitas) putusan hakim.¹²⁸

Begitu pentingnya peran hakim dalam penegakan hukum, sehingga dalam hukum acara hakim dianggap mengetahui semua hukumnya (*ius curia novit*) yang akan menentukan hitam putihnya hukum melalui

¹²⁷ Bandingkan dengan pendapat Solly M. Lubis, *Sistem Hukum*, (Medan: Universitas Sumatera Utara, 1988), hlm. 12, dan baca Chidir Ali, *Teori-Teori Hukum Dewasa Ini*, (Bandung: Chidir Ali Memory Book, 1976), hlm. 81. Soerjono Soekanto menyatakan, Hukum yang hidup, yang diterapkan dalam pergaulan sehari-hari sebagai jalinan nilai-nilai dari konsep abstrak dalam diri manusia tentang apa yang dianggap baik sehingga dianut atau ditaati, dan apa yang dianggap buruk sehingga dihindari. Soerjono Soekanto, *Mengenai Sosiologi Hukum*, (Bandung: Alumnij, 1981), hlm. 29.

¹²⁸ Paulus Hadi Suprpto., Dkk. *Menemukan Substansi dalam Keadilan Prosedural*, (Jakarta: Komisi Yudisial Republik Indonesia, 2010), hlm. 9.



putusannya. Tugas hakim itu dikatakan mulia tapi sangat berat karena dalam prakteknya hakim dalam menegakkan hukum sering menjumpai atau menemukan ada peristiwa yang belum diatur dalam dalam perundang-undangan, atau meskipun sudah diatur tetapi tidak lengkap dan tidak jelas, atau meskipun diatur tapi sudah ketinggalan jaman atau sering disebut sudah usang. Memang tidak ada satu hukum atau undang-undang mengatur yang selengkap-lengkapnyanya mencakup semua masalah mengingat masyarakat yang diatur oleh hukum senantiasa berubah (dinamis).

Hal ini membawa, konsekuensi, bahwa pengadilan memang mempunyai fungsi interpretatif yang penting, yaitu bahwa pengadilan lewat para hakimnya wajib untuk menyingkap dan mendasarkan putusannya pada maksud yang sesungguhnya dari badan pembuat undang-undang yaitu *'mens'* atau *'sententia legis'*-nya atau maksud dari pembuat aturan hukum. Prinsip interpretatif yang pertama, adalah *'ita scriptum est'* atau demikianlah hukum yang telah tertulis, para hakim hendaknya percaya bahwa maksud aturan hukum (*'sententia legis'*) itu lengkap dan jelas.

Hukum harus digali dibalik ketentuan tertulis-asas hukum. Di sini tampak perpaduan antara "hukum itu ada, tetapi ia harus ditemukan dalam penemuan itulah terdapat yang baru."¹²⁹ (*'littera legis'* dan *'sententia legis'*; *het recht si er, doch het moet worden gevonden*).

Oleh karena itu kekurangan atau ketidaklengkapan aturan hukum atau Undang-undang harus dilengkapi dengan jalan menemukan hukum agar aturan hukumnya dapat diterapkan terhadap peristiwanya. subyek

¹²⁹ *Ibid*, hlm. 10-11.



yang memiliki wewenang dalam menegakkan hukum dalam arti yang menemukan hukum itu adalah hakim.

Pada hakekatnya semua perkara yang harus diselesaikan oleh hakim di Pengadilan membutuhkan metode penemuan hukum agar aturan hukumnya dapat diterapkan secara tepat terhadap peristiwanya sehingga dapat dihasilkan putusan yang ideal.

Dasar pertimbangan hukum oleh hakim untuk melakukan penemuan hukum, pertama-tama dapat dilihat melalui Pasal 1 ayat (1) Undang-undang No 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menjelaskan, 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”.

Menurut Sudikno, “merdeka” dalam ketentuan tersebut bermakna bebas, artinya kebebasan kekuasaan kehakiman atau kebebasan peradilan memberikan kebebasan kepada hakim sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman untuk mengadili dan bebas dari campur tangan dari pihak ekstra yudisiil. Dengan kata lain pengaturan melalui kekuasaan kehakiman memberikan kewenangan kepada hakim untuk melakukan penemuan hukum secara leluasa, namun kebebasan tersebut tetaplah dibatasi pula oleh UUD 1945, Undang-undang, ketertiban umum, kekeluargaan, kesucilaan dan kehendak pihak-pihak yang bersangkutan.

Ketentuan Pasal 4 ayat (1) Undang-undang No 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman juga menegaskan, “Pengadilan mengadili



menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang”, yang memberikan pengertian bahwa hakim sebagai organ utama pengadilan pada dasarnya harus tetap ada di dalam sistem (hukum), tidak boleh keluar dari hukum, sehingga harus menemukan hukum dengan tidak melanggar asas hukumnya.

Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menegaskan bahwa, “Setiap putusan hakim harus memuat pertimbangan hukum dengan menyebutkan Pasal-Pasal dari undang-undang atau hukum tidak tertulis sebagai dasar dan alasan untuk mengadili”. Dilanjutkan dalam Pasal 53 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menegaskan, “Hakim bertanggung jawab atas hukum yang dipilihnya secara tepat dan benar”.

Ketentuan tersebut adalah sama dengan bunyi Pasal 68A Undang-Undang Nomor 49 tahun 2009 tentang Peradilan Umum yang menegaskan bahwa, “Dalam memeriksa dan memutus perkara hakim harus bertanggung jawab atas penetapan dan putusan yang dibuatnya”.

Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 juga menentukan bahwa, “Hakim dan hakim konstitusi wajib mengali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”. Dalam ketentuan Pasal 5 ayat (1) tersebut memberikan makna penerapan hukum pada peristiwa kongkret melalui sidang pengadilan, hakim tidak saja menerapkan undang-undang atau peraturan yang ada, tetapi juga wajib menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Dengan kata lain, hukumnya telah ada, pada tahap selanjutnya hakim tinggal menggali, mencari atau menemukan hukumnya.



Pada Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009, juga memberikan landasan penemuan hukum bagi hakim, yang menyebutkan, “(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 Pasal 10 ayat (1) tersebut memberikan makna, walau bagaimanapun hakim wajib memeriksa dan menjatuhkan putusan, dalam hal ini maka hakim wajib menemukan hukumnya.

Ketentuan-ketentuan dalam Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Undang-Undang Nomor 49 tahun 2009 tentang Peradilan Umum tersebut di atas memberikan dasar pertimbangan bagi hakim dalam melakukan penemuan hukum. Hakim harus mandiri dalam arti bebas tetapi tidak bebas sebebas-bebasnya melainkan dengan kebebasan yang bertanggung jawab. Tugas hakim pada dasarnya adalah memberi putusan dalam setiap perkara yang dihadapkan kepadanya. Dalam setiap perkara yang dihadapi hakim harus dapat menyelesaikan dengan sebaik-baiknya, sehingga para pencari keadilan (*justisiable*) dapat merasakan perlindungan atas hak-haknya. Apabila timbul peristiwa hukum, namun peraturan perundang-undang tidak atau kurang jelas bahkan mungkin tidak ada, maka hal itu sama sekali tidak dapat dijadikan alasan hakim untuk menolak menyelesaikan perkara.

Terlebih lagi dalam perkara perdata, kebebasan hakim dalam menemukan hukum akan terikat pada hal-hal yang dikemukakan oleh para pihak, norma tertulis hukum dalam perkara perdata, hakim tidak dapat memutuskan lebih dari apa yang dituntut oleh pihak yang bersangkutan



sebagaimana diatur di dalam *herzaiene inlands rectlement* (HIR) Pasal 178 ayat (3) menyatakan: "ia (hakim) dilarang akan menjatuhkan keputusan atas perkara yang tiada dituntut atau akan meluluskan lebih daripada yang dituntut". Dalam peraktek peradilan sering diterobos oleh hakim dengan alasan keadilan dalam masyarakat. Pada perkara perdata, keputusan hakim tidaklah berlaku bagi masyarakat umum (*erga omnes*), melainkan hanya berlaku bagi pihak-pihak yang berperkara (*pratijecte*), sesuai Pasal 1917 (2) KUHPerdara yang menentukan, "bahwa kekuasaan putusan hakim hanya berlaku tentang hal-hal yang diputuskan dalam putusan tersebut". Dalam keadaan demikian para ahli hukum mengetahui bahwa undang-undang tidak akan pernah lengkap. Di situlah letak peran hakim dalam penemuan hukum untuk menyesuaikan peraturan undang-undang dengan kenyataan yang berlaku dalam masyarakat agar dapat mengambil putusan hukum yang sungguh-sungguh adil sesuai tujuan hukum.

Selanjutnya dengan mencermati beberapa aliran terkait dengan tugas hakim dan perundang-undangan,¹³⁰ maka berdasarkan beberapa kebijakan yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan dunia peradilan atau yang mengatur kekuasaan kehakiman, yakni UUD Negara RI Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum dan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung. Hakim dalam menjalankan kekuasaan kehakiman bersifat bebas berdasarkan hukum dan rasa keadilan

¹³⁰ Aliran-Aliran dalam penemuan hukum, yaitu Aliran *Begriffsjurisprudenz*, Aliran *Interessenjurisprudenz* (*Freirechtsschule*), Aliran *Soziologische Rechtsschule*, Dalam Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 42-46.



masyarakat. Dengan demikian dapat dikatakan di Indonesia dalam pelaksanaan tugas dan kewajiban hakim merupakan gabungan dan atau kolaborasi dari beberapa aliran tersebut. Dalam penyelesaian perkara (perdata) sumber hukum yang dapat digunakan tidak hanya berdasar pada undang-undang atau praktek peradilan saja tetapi juga terdapat hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat atau yang dapat dikualifikasi sebagai hukum kebiasaan.

Dengan demikian hakim dalam menjalankan tugas dan kewajibannya tidak hanya bersifat rutin praktis tetapi juga harus ilmiah, mengingat sifat dan karakteristik pelaksanaan tugasnya yang demikian menuntut hakim untuk selalu mendalami dan mempelajari perkembangan ilmu pengetahuan hukum agar pertimbangan-pertimbangan hukum yang digunakan dalam penjatuhan putusan benar-benar sesuai dengan hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat.¹³¹

Dalam pelaksanaan tugas pokok bagi hakim tersebut, dalam menyelesaikan perkara-perkara perdata yang dihadapkan kepadanya maka hakim memiliki kewajiban dan keharusan untuk melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Mengingat perkembangan dan kemajuan masyarakat seiring dengan perkembangan dan kemajuan teknologi, informasi dan ilmu pengetahuan yang demikian pesat, maka dalam berinteraksi atau berhubungan antar warga masyarakat yang satu dengan warga masyarakat yang lain juga menyesuaikan dengan perkembangan dan kemajuan teknologi, informasi dan ilmu pengetahuan tersebut.

Dalam pelaksanaan hubungan antar warga masyarakat yang satu dengan

¹³¹ Bandingkan dengan pendapat Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 45-46.



warga masyarakat yang lain juga berpeluang terjadi konflik atau sengketa, sehingga salah satu pihak akan mengajukan gugatan sesuai dengan *point d'interest*, *point d'action* baik atas dasar terjadinya perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatigedaad*) atau atas dasar terjadinya cidra janji (wanprestasi) sesuai dengan tuntutan hak.¹³²

Atas dasar hal tersebut, menuntut hakim untuk tidak hanya memahami ketentuan perundang-undangan dan praktek peradilan saja tetapi harus mengikuti perkembangan dan kemajuan teknologi, informasi dan ilmu pengetahuan, sehingga dapat memimpin persidangan secara cepat dan benar dan mengukuhkan pertimbangan-pertimbangan hukum dalam penjatuhan putusan, dengan demikian putusan tersebut akan dapat dilaksanakan secara tepat waktu efektif dan mengikat bagi para pihak yang berperkara.

Selanjutnya dipahami bahwa hakim dalam menjalankan tugasnya harus bersikap adil dan tidak memihak sesuai dengan ketentuan-ketentuan hukum perdata dan hukum acara perdata yang memberikan jaminan yang objektif dalam pemeriksaan di muka persidangan. Objektifitas hakim sebagai salah satu prasyarat dalam melaksanakan kemandirian peradilan dan menunjukkan adanya kemandirian, integritas hakim dalam menegakkan hukum yang harus berorientasi dan atau berdasar pada hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Secara sederhana dapat dijelaskan bahwa dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan sebagai *raison d'entre* yaitu: keadilan kepastian hukum (*rechtssicherheit*), dan kemanfaatan

¹³² Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata ...*, *Op.cit.*, hlm. 40.



(*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeits*). Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Setiap orang mengharapkan dapat ditetapkannya hukum dalam hal terjadi peristiwa kongkret. Bagaimana hukumnya itulah yang harus berlaku "*fiat justitia meat caelum et pereat mundus*" (meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan). Itulah yang diinginkan oleh kepastian hukum. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum. Karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan lebih tertib. Sebaliknya masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Masyarakat sangat berkepentingan bahwa dalam pelaksanaan atau penegakan hukum, keadilan diperhatikan. Dalam pelaksanaan atau penegakan hukum harus adil. Dalam kehidupan bermasyarakat diperlukan suatu sistem hukum untuk menciptakan kehidupan masyarakat yang harmonis dan teratur.¹³³

Kenyataannya hukum atau peraturan perundang-undangan yang dibuat tidak mencakup seluruh perkara yang timbul dalam masyarakat sehingga menyulitkan penegak hukum untuk menyelesaikan perkara tersebut. Dalam usaha menyelesaikan suatu perkara adakalanya hakim menghadapi masalah belum adanya peraturan perundang-undangan yang dapat langsung digunakan untuk menyelesaikan perkara yang bersangkutan, oleh karena itu, hakim harus melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Kebijakan terkait keharusan hakim untuk melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*), tertuang dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Didalamnya tersirat

¹³³ Penemuan hukum, Herman. <http://herman-notary.blogspot.com/2010/03/penemuan-hukum-rechtsvinding.html> Posted On Mart, 10, 2010 diakses tanggal 25 Juli 2010.



secara yuridis maupun filosofis, bahwa hakim mempunyai kewajiban atau hak untuk melakukan penemuan hukum dan menciptakan hukum, agar putusan yang diambilnya dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Ketentuan ini berlaku bagi semua hakim dalam semua lingkungan peradilan dan dalam semua tingkatan, baik hakim tingkat pertama, tingkat banding maupun tingkat kasasi atau hakim agung.

Dalam upaya penyelesaian perkara perdata yang dihadapkan kepadanya, seorang hakim setidaknya melakukan tahap-tahap mengkonstatasi fakta-fakta, mengkualifikasikan peristiwa dan peristiwa hukum. Di mana Mengkonstatasi fakta-fakta adalah menilai benar tidaknya suatu peristiwa kongkret yang diajukan di persidangan, dan hal ini memerlukan pembuktian. Jadi yang harus dibuktikan adalah fakta atau peristiwa kongkret, sedangkan tahap mengkualifikasi berarti mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa kongkret tersebut masuk dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum apa dengan jalan menerapkan peraturannya sebagai suatu kegiatan yang bersifat logis. Di sini hakim belum menerapkan peraturan tetapi harus memberi nama peristiwa hukumnya. Selanjutnya adalah Mengkonstitusi atau memberi konstitusinya, yakni hakim menentukan hukumnya, memberi keadilan, yakni menentukan hukum dari suatu hubungan hukum antara peristiwa hukum dengan subyek hukum (antar para pihak yang berperkara). Terkait dengan tugas hakim, memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan perkara yang dimajukan kepadanya maka tahap selanjutnya adalah merumuskan aturan hukum yang telah ditemukan tersebut dalam format putusan secara lengkap.



Tetapi dalam praktek, tahap-tahapan tersebut tidak selalu berjalan lancar dan hakim menghadapi suatu kenyataan bahwa peristiwa kongkret yang dihadapkan kepadanya tersebut secara logis tidak termasuk dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum tertentu karena tidak jelasnya atau tidak adanya peraturan yang secara langsung dapat diterapkan terhadap peristiwa kongkret tersebut, atau diperoleh kenyataan bahwa di dalam peraturan perundang-undangan yang terkait dengan peristiwa kongkret ternyata kata atau kalimat undang-undang tidak jelas, atau undang-undang tidak lengkap dalam arti belum tegas-tegas mengatur suatu kasus kongkret yang diajukan kepada hakim. Padahal disisi lain, hakim dilarang menolak mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan dalih hukum tidak ada atau kurang jelas, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.¹³⁴ Dihubungkan dengan adanya kewajiban hakim untuk menyebutkan Pasal-Pasal peraturan perundang-undangan atau hukum tidak tertulis mana sebagai dasar untuk mengadili sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Konsekuensi adanya kondisi yang demikian, maka adanya ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman telah tepat, di mana hakim (termasuk hakim perdata) wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan

¹³⁴ Bandingkan dengan ketentuan yang diatur dalam Algemene Bepalingen Van Wetgeving (A.B) atau ketentuan umum tentang perundang-undangan (K.U.T.P), sebagai berikut:

1. Dalam Pasal 20 A.B, hakim diwajibkan mengadili menurut undang-undang, dan dilarang mempertimbangkan "nilai rohani atau keadilan undang-undang".
2. Pasal 22 A.B berbunyi: "Seorang hakim yang menolak memutuskan perkara, berdalih bahwa undang-undang tidak terang atau kurang lengkap, dan lain-lain; dapat dituntut karena mengingkari hukum".



yang hidup dalam masyarakat dan atau harus melakukan penemuan hukum.

Adapun terkait dengan penemuan hukum tersebut, hakim dapat menempuh beberapa cara, pertama, jika peraturannya tidak jelas, hakim melakukan interpretasi/penafsiran terhadap bunyi undang-undang dengan berbagai metode interpretasi/penafsiran, seperti penafsiran otentik, sistematis, historis, teleologis-sosiologis dan lain-lain; kedua, jika peraturannya tidak lengkap, hakim akan melakukan penalaran (*reasoning*); ketiga, jika peraturannya sudah usang maka hakim dapat melakukan interpretasi agar dapat diterapkan pada peristiwa kongkret yang menjadi titik sengketa para pihak; keempat, jika belum diatur dalam peraturan maka hakim dapat menggunakan metode interpretasi – penafsiran analogi atau penafsiran a contrario ataupun dengan menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat; kelima, jika peraturannya bertentangan dengan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, maka hakim dapat melakukan interpretasi ekstensif dan interpretasi restriktif ataupun menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat untuk diterapkan sebagai alasan dan dasar hukum putusan hakim. Setelah itu tahapan-tahapan dan hasil pembahasan dari metode penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim tersebut harus diuraikan secara jelas dalam pertimbangan hukum putusan hakim, di samping itu harus pula menyebutkan Pasal-Pasal peraturan perundang-undangan yang ditemukan atau hukum tak tertulis yang digalinya sebagai alasan dan dasar hukum putusan hakim tersebut.

3.1.1. Kekuasaan Kehakiman yang Merdeka dan Mandiri



Sebagaimana ditegaskan pada Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945, bahwa, "Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan, maka ". kekuasaan kehakiman yang demikian merupakan kekuasaan yang merdeka (*an independent judiciary*) atau dapat disebut sebagai "*een ona hankelijke rechtelijke macht*" yaitu kekuasaan kehakiman yang bebas, tidak tergantung kepada kekuasaan lain; kekuasaannya untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan agar ketertiban masyarakat dapat tercipta (*to achieve social order*) dan ketertiban masyarakat terpelihara (*to maintain social order*).¹³⁵ Ketentuan mengenai jaminan kekuasaan kehakiman yang merdeka pada awalnya dapat dijumpai dalam *Indische Staat Regelement* (IS, Pasal 137, yang menyebutkan, "Kecuali yang ditentukan dalam undang-undang ini, segala bentuk campur tangan pemerintah atas kekuasaan kehakiman dilarang", ("*alle tussenkomst van de Regeering in zaken van justitie, niet bij deze wet toegestaan, is verboden*").

Selanjutnya dalam perjalanan sejarah konstitusi Indonesia, kebebasan dan kemandirian kekuasaan kehakiman mengalami berbagai perubahan dalam pengaturannya. Sebagai contoh dalam Konstitusi Republik Indonesia Serikat Tahun 1949 diatur pada Pasal 145 ayat (1), dalam Undang-Undang Dasar Sementara Tahun 1950 diatur dalam Pasal 103. Adapun UUD 1945 mengatur kekuasaan kehakiman pada Pasal 24 dan Pasal 25 dalam Penjelasan Pasal 24

¹³⁵ M. Yahya Harahap, *Kekuasaan Mahkamah Agung Pemeriksaan Kasasi dan Peninjauan Kembali Perkara Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hlm. 1.



dan Pasal 25 yang menyebutkan, "Kekuasaan kehakiman ialah kekuasaan yang merdeka, artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah". Setelah amendemen (perubahan) ketiga pada tahun 2001, penjelasan UUD 1945 tentang kekuasaan kehakiman tersebut dimasukkan dalam batang tubuh UUD 1945, yang termuat dalam Pasal 24 ayat (1) yang menyatakan, "Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan".

Jika memperhatikan ketentuan IS sebagaimana disebut di atas, lebih tegas daripada ketentuan yang terdapat dalam UUD 1945 yang hanya menyebutkan "kekuasaan yang merdeka", dalam IS menyebutkan "segala bentuk campur tangan dilarang". Selain itu dalam menyebut kata "pemerintah" nampak pula rumusan penjelasan UUD 1945 dipengaruhi oleh IS, dalam IS secara eksplisit disebutkan larangan bagi pemerintah untuk mencampuri kekuasaan kehakiman. Kata "pemerintah" merupakan terjemahan dari *Regeering* yang hal ini dapat menimbulkan kerancuan, seolah-olah hanya "pemerintah" dalam arti eksekutif yang tidak boleh campur tangan, sedangkan larangan campur tangan berlaku juga bagi cabang kekuasaan lain. Oleh karena itu, kata "pemerintah" harus diartikan dalam arti luas (*government in broad sense*) yang meliputi semua lingkungan kekuasaan dan jabatan-jabatan dalam negara.

Rumusan yang lebih tegas dan lebih luas lagi dapat dijumpai dalam UUDS 1950, Pasal 103 yang menyebutkan, "Segala campur tangan dalam urusan pengadilan oleh alat perlengkapan yang bukan



perlengkapan pengadilan, kecuali jika diizinkan oleh undang-undang dilarang ...”, dan dalam Konstitusi RIS Pasal 145 ayat (1) yang menyebutkan: “segala campur tangan, bagaimanapun juga, oleh alat-alat perlengkapan yang bukan perlengkapan kehakiman, terlarang, kecuali jika diizinkan oleh undang-undang”. Rumusan UUDS 1950 dan Konstitusi RIS tersebut lebih tegas karena tidak lagi menggunakan kata “pemerintah”, melainkan “semua alat-alat perlengkapan bukan alat perlengkapan pengadilan (kehakiman).

Sejak berlakunya Undang-Undang Dasar tahun 1945 dari awal orde lama sampai orde baru telah berhasil dibuat beberapa kebijakan pembentukan Undang-Undang Pokok yang mengatur kekuasaan kehakiman, yaitu: Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1948; Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1964; Undang-Undang Nomor 13 Tahun 1965; dan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970. Undang-undang tersebut diciptakan dalam rangka untuk memenuhi perintah Pasal 24 dan Pasal 25 Undang-Undang Dasar tahun 1945. Pengaturan asas kebebasan kekuasaan kehakiman diatur dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1948. Pasal 3 ayat (2) dan ayat (3) menentukan, “Para hakim merdeka dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman dan hanya tunduk pada undang-undang; Pemegang kekuasaan pemerintah dilarang campur tangan dalam urusan kehakiman, kecuali dalam hal-hal yang tersebut dalam Undang-Undang Dasar.”



Sebaliknya, Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1964 sama sekali tidak mengakui adanya kebebasan kekuasaan kehakiman, ketentuan-ketentuan yang menunjukkan hal itu adalah:

a. Pasal 19 Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1964 yang menyatakan bahwa demi kepentingan revolusi, kemerdekaan negara dan bangsa atau kepentingan masyarakat yang mendesak, Presiden dapat turun atau campur tangan dalam soal-soal pengadilan.

b. Penjelasan Pasal 19 tersebut antara lain berbunyi, "Pengadilan adalah tidak bebas dari pengaruh kekuasaan eksekutif dan kekuasaan membuat undang-undang, ... "bahwa Presiden/ Pemimpin Besar Revolusi harus dapat turun atau campur tangan baik dalam perkara perdata maupun dalam perkara pidana".

Demikian pula dengan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 1965 tentang Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Mahkamah Agung yang mewajibkan hakim untuk memihak pada kebenaran sebagaimana dirumuskan dalam Pancasila dan Manipol Usdek. Salah satu ciri jiwa Manipol Usdek adalah menempatkan Presiden sebagai Pemimpin Besar Revolusi yang memiliki kedudukan untuk campur tangan, Seperti terhadap lembaga lembaga negara lainnya, termasuk terhadap kekuasaan kehakiman.

Pengingkaran terhadap asas kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri oleh kedua Undang-Undang tersebut merupakan penyimpangan terhadap jiwa dan semangat Undang-Undang Dasar Negara Tahun 1945 terutama dengan ketentuan penjelasan Pasal



24 dan Pasal 25 yang berbahaya bagi kelangsungan pembangunan negara hukum Indonesia. Oleh sebab itu ketika pemerintah Orde Baru tampil menggantikan Orde lama muncul arus pemikiran tentang pemurnian pelaksanaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang salah satu agendanya adalah mengganti kedua undang-undang tersebut dengan undang-undang yang baru yang mengatur kembali asas kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri seperti telah pernah diatur sebelumnya oleh Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1948 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Dengan keputusan Presiden RI Nomor 38 tahun 1967 tanggal 28 Maret 1967 pemerintah membentuk Panitia Interdepartemenal Peninjauan Kembali Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1964 dan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 1965. Selanjutnya dengan Keppres Nomor 271 Tahun 1967 tanggal 29 Desember 1967 Panitia Interdepartemenal ini diganti dengan Panitia Negara dengan tugas yang sama yaitu meninjau kembali kedua undang-undang tersebut dengan menyiapkan Rancangan Undang-Undang baru sebagai penggantinya. Pada tanggal 30 Juni 1968 Panitia tersebut telah berhasil merampungkan tugas-tugasnya dan pada tanggal 13 Agustus 1968 Presiden secara resmi menyampaikan kedua rancangan undang-undang tersebut kepada Ketua DPRGR untuk dibicarakan dan mendapat persetujuan.

Akhirnya Rancangan Undang-Undang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman berhasil disetujui DPRGR dan



kemudian disahkan serta diundangkan pada tanggal 17 Desember 1970 sebagai Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970. Undang-

Undang ini menentukan empat jenis lingkungan "peradilan" untuk menjalankan kekuasaan kehakiman. Keempat jenis lingkungan peradilan itu adalah:

1. Peradilan Umum diatur dengan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986, (diperbaharui dengan Undang-Undang Nomor. 8 tahun 2004, Undang Undang Nomor. 49 tahun 2009).
2. Peradilan Agama diatur dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, (diperbaharui dengan Undang Undang Nomor.3 Tahun 2006, Undang Undang Nomor.50 Tahun 2009).
3. Peradilan Tata Usaha Negara diatur dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986. (diperbaharui dengan UU Nomor 9 Tahun 2004, UU Nomor.51 Tahun 2009).
4. Peradilan Militer diatur dengan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1997.

Berkaitan dengan kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri, Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 mengaturnya dalam Pasal 1 dan Pasal 4 ayat (3). Ketentuan Pasal 1, "Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia". Apabila dicermati Ketentuan Pasal 4 ayat (3) merupakan penguatan Pasal 1 bahwa, "Segala campur tangan



dalam urusan peradilan dilarang kecuali dalam hal-hal yang disebut dalam Undang-Undang Dasar”.

Ketentuan Pasal 1 dan Pasal 4 ayat (3) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 yang mendukung prinsip kebebasan tersebut dilemahkan dengan ketentuan Pasal 11 ayat (1) yang isinya, “Badan-badan yang melakukan peradilan sesuai dengan Pasal 10 ayat (1) yaitu Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Militer dan Peradilan Tata Usaha Negara secara organisatoris, administratif dan finansial ada di bawah kekuasaan masing-masing departemen yang bersangkutan”.

Dengan demikian maka Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 yang mengatur kekuasaan kehakiman masih menganut sistem dualisme, dimana dalam Pasal 11 secara organisatoris, administratif dan finansial di bawah masing-masing departemen, sedangkan bidang teknis judicial berada di bawah Mahkamah Agung.

Landasan atau basis bagi eksistensi dan kuatnya kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri tersebut pada paham demokrasi dan negara yang berdasarkan atas hukum dan menghormati konstitusinya. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa prinsip-prinsip demokrasi, negara berdasarkan atas hukum dan penegakan konstitusi merupakan “*Conditio sine qua non*” bagi adanya kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri.¹³⁶ Pembaharuan kembali mulai nampak pada masa reformasi, yaitu dengan dikeluarkannya Ketetapan MPR Nomor X/MPR/1998 tentang Pokok-

¹³⁶ Wisnuwardana, kemandirian hakim. <http://fh.wisnuwardhana.ac.id>



Pokok Reformasi Pembangunan pada Sidang MPR bulan November 1998. Untuk melaksanakan Ketetapan MPR tersebut pemerintah kemudian menetapkan Keputusan Presiden Nomor 21 tahun 1999 tentang Pembentukan Tim Kerja Terpadu untuk melakukan kajian atas amanat Tap MPR yang memerintahkan pemisahan yang tegas antara fungsi yudikatif (judisial) dan fungsi eksekutif.

Kemandirian mulai terujud dari Hasil kerja Tim Terpadu tersebut dilaporkan kepada Presiden yang merekomendasikan bahwa perlu segera dipisahkan antara fungsi yudisial dari fungsi eksekutif dengan mengubah Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 khususnya Pasal 11 dan Pasal 22. Berpegang pada rekomendasi hasil kerja Tim Terpadu Keputusan Presiden Nomor 21 Tahun 1999 tersebut, Presiden B.J. Habibie mengajukan Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 khususnya Pasal 11 dan Pasal 22. Rancangan ini telah diajukan kepada DPR dan telah mendapat persetujuan DPR dengan menetapkan Undang-Undang tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 yaitu Undang-Undang Nomor 35 tahun 1999 yang berlaku pada tanggal 31 Agustus 1999. Lahirnya Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 merupakan titik awal kembalinya kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri dilakukan sepenuhnya oleh Mahkamah Agung. Rumusan Pasal 1 sub 1 Undang-Undang Nomor 35 tahun 1999: Ketentuan Pasal 11 diubah sebagai berikut:



1) Badan-badan Peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (1), secara organisatoris, administratif dan finansial berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung;

2) Ketentuan mengenai organisasi administrasi dan finansial sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) untuk masing-masing lingkungan peradilan diatur lebih lanjut dengan Undang-Undang sesuai dengan kekuasaan lingkungan peradilan masing-masing”;

Dalam implementasinya, perubahan terhadap ketentuan Pasal 11 ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 belum cukup memadai untuk menentukan ketergantungan judicial terhadap eksekutif. Hal ini disebabkan belum dicabutnya Pasal-Pasal dalam berbagai Undang-Undang yang mengatur kedudukan hakim sebagai Pegawai Negeri Sipil (PNS). Pasal tersebut antara lain Pasal 21 ayat (1) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum menyatakan seorang hakim yang diberhentikan dari jabatannya tidak dengan sendirinya diberhentikan sebagai pegawai negeri.

Dengan masih dinyatakannya hakim sebagai pegawai negeri, maka hakim tunduk pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian jo. Undang-Undang Nomor 34 Tahun 1999 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Kepegawaian dan tunduk pula pada Peraturan Pemerintah Nomor 30 Tahun 1980 tentang Peraturan Disiplin Pegawai Negeri Sipil. Ini berarti, kewenangan menjatuhkan hukuman jabatan kepada hakim masih berada di tangan eksekutif



dan bukan pada Mahkamah Agung. Hal ini merupakan salah satu penyebab timbulnya rasa rihuh di kalangan para hakim terhadap eksekutif. Berkaitan dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman, dapat dijelaskan walaupun telah ada instrumen hukum yang mengatur perubahan organisasi lembaga yang berada di lingkungan peradilan namun sampai saat itu masih belum terbentuk.¹³⁷

Berdasarkan kajian di atas, dipahami bahwa meskipun kebijakan pengaturan kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri sudah mengalami perubahan di era reformasi, realitasnya pada periode itu belum dapat diimplementasikan dengan alasan yang tidak jelas. Kondisi tersebut tidak mustahil karena sistem sosial dan sistem politik cenderung mempengaruhi sistem hukum yang berlaku pada saat yang sama.¹³⁸ Usaha untuk menciptakan kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri semakin membesar dalam era reformasi, mengingat reformasi sendiri harus diartikan sebagai usaha rasional dan sistematis dari bangsa Indonesia untuk mengaktualisasikan nilai-nilai dasar (*core values*) demokrasi.

Perkembangan selanjutnya, adalah dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2004 Nomor 8, TLNRI Nomor 4358) tentang Perubahan Atas UU No 35 Tahun 1999 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman (Lembaran

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*



Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 147, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3879), Ketentuan mengenai kemandirian kekuasaan kehakiman dapat dilihat melalui penjelasan Pasal 1 Undang-Undang No. 4 Tahun 2004 yang menegaskan kekuasaan kehakiman yang merdeka 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, namun demikian kebebasan dalam melaksanakan wewenang judisial bersifat tidak mutlak karena tugas hakim adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, sehingga putusannya mencerminkan rasa keadilan rakyat Indonesia.

Pengaturan kekuasaan kehakiman melalui UU No. 4 Tahun 2004 tersebut mengalami perubahan mendasar yang menginginkan adanya jaminan penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka, bebas dari pengaruh kekuasaan lainnya untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan, yang mengubah ketentuan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970, dengan meletakkan kebijakan bahwa segala urusan mengenai peradilan baik yang menyangkut teknis yudisial maupun urusan organisasi, administrasi, dan finansial berada di bawah satu atap di bawah kekuasaan Mahkamah Agung. Kebijakan ini sudah harus dilaksanakan paling lambat 5 (lima) tahun sejak diundangkannya Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 tentang



Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

Dengan berlakunya Undang-Undang No. 4 Tahun 2004, pembinaan badan peradilan umum, badan peradilan agama, badan peradilan militer, dan badan peradilan tata usaha negara berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung dan mengingat sejarah perkembangan peradilan agama yang spesifik dalam sistem peradilan nasional, pembinaan terhadap badan peradilan agama dilakukan dengan memperhatikan saran dan pendapat Menteri Agama dan Majelis Ulama Indonesia.

Ketentuan kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri semakin mendapat perhatian dan pembenahan dalam pengaturannya, dengan diundangkannya undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menginginkan pembenahan secara komprehensif terhadap kekuasaan kehakiman.

Berkaitan dengan kebebasan dan kemandirian kekuasaan kehakiman secara tegas diatur melalui Pasal 1 ayat (1), Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan, "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".

Selain itu pengaturan secara terpisah pula ditujukan kepada hakim demi kemandirian peradilan, sebagaimana diatur dalam



undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman.

Pasal 3 ayat (1) menyebutkan, "Dalam menjalankan tugas dan fungsinya, hakim dan hakim konstitusi wajib menjaga kemandirian peradilan. (2) Segala campur tangan dalam urusan peradilan oleh pihak lain di luar kekuasaan kehakiman dilarang, kecuali dalam hal-hal sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945". Dalam penjelasannya disebutkan, Yang dimaksud dengan "kemandirian peradilan" adalah bebas dari campur tangan pihak luar dan bebas dari segala bentuk tekanan, baik fisik maupun psikis.

Kebebasan dan kemandirian kekuasaan kehakiman sebagaimana diatur dalam undang-undang di atas merupakan asas yang sifatnya universal, yang terdapat dimana saja dan kapan saja. Asas ini berarti bahwa dalam melaksanakan peradilan, hakim sebagai penyelenggara kekuasaan kehakiman pada dasarnya bebas dalam memeriksa dan mengadili perkara dan bebas dari campur tangan atau turun tangan kekuasaan ekstra yudisial. Jadi dalam memeriksa dan mengadili, hakim bebas untuk menentukan sendiri cara-cara memeriksa dan mengadili dan larangan intervensi baik atasan hakim yang bersangkutan maupun pihak ekstra yudisial yang boleh mencampuri jalannya sidang pengadilan.

Luas ruang lingkup kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri dapat didekati dari tiga aspek yaitu: aspek kebebasan dan kemandirian lembaganya, aspek kebebasan dan kemandirian proses peradilannya dan aspek kebebasan dan kemandirian hakimnya



sendiri. Secara lebih jelas, dapat dilihat uraian tentang ketiga macam bentuk kemandirian kekuasaan kehakiman di bawah ini.¹³⁹

1. Aspek kebebasan dan kemandirian lembaganya/institusinya

Kebebasan dan kemandirian dalam hal ini adalah berkaitan dengan lembaga peradilannya itu sendiri. Parameter bebas dan mandiri suatu institusi peradilan dapat dilihat dari beberapa hal:

a. Apakah lembaga peradilan tersebut mempunyai ketergantungan (saling mempengaruhi terhadap kebebasan dan kemandiriannya dalam melaksanakan tugas) dengan lembaga lain ataukah tidak, misalnya dengan institusi kejaksaan, kepolisian, kepengacaraan dan lembaga-lembaga lainnya. Kalau lembaga peradilan ternyata dapat dipengaruhi integritas dan kemandiriannya oleh lembaga lain tersebut, hal ini merupakan salah satu indikator bahwa lembaga peradilan tersebut tidak bebas dan mandiri, atau setidaknya tidaknya lembaga peradilan itu kurang mandiri.

b. Apakah lembaga peradilan tersebut mempunyai hubungan hierarkis ke atas secara formal, dimana lembaga atasannya tersebut dapat campur tangan dan mempengaruhi kebebasan atau kemandirian terhadap keberadaan lembaga peradilan tersebut. Akan tetapi perlu diperhatikan, sepanjang sudah diatur dalam peraturan perundang-undangan, seperti memberikan pengawasan kepada pengadilan di bawahnya,

¹³⁹ Bambang Sutiyo, *Reformasi Keadilan dan Penegakan Hukum Di Indonesia*, (Yogyakarta: UII Press, 2010), hlm. 38-3.



maka, hubungan hierarkis antara lembaga atasan dengan bawahan dapat dibenarkan secara hukum dan tidak dipersoalkan di sini. Yang jadi masalah kalau sampai pengadilan atasan sampai melakukan campur tangan dalam proses peradilan secara tidak sah di luar hal-hal yang sudah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan.

c. Apakah keberadaan lembaga peradilan dapat ditentukan oleh lembaga lain, dalam arti dapat diakhiri atau dibubarkannya lembaga peradilan (yudikatif) oleh lembaga eksekutif dan legislatif tersebut, maka pengertian merdeka dalam arti keberadaan lembaga peradilan, tidak dapat dibubarkan oleh lembaga lain dan dia tetap utuh selama negara masih ada, karena jika lembaga peradilan dibubarkan maka sekaligus terancam keberadaan negara sebagai negara hukum.

2. Aspek kebebasan dan kemandirian proses peradilannya

Kebebasan dan kemandirian proses peradilan di sini terutama dimulai dari proses pemeriksaan perkara, pembuktian sampai pada putusan yang dijatuhkannya. Parameter bebas dan mandiri atau tidaknya suatu proses peradilan ditandai dengan ada atau tidaknya campur tangan (intervensi) dari pihak-pihak lain di luar kekuasaan kehakiman yang dengan berbagai upaya mempengaruhi jalannya proses peradilan baik secara langsung maupun tidak langsung. Kemudian adanya intervensi tersebut apakah dapat mempengaruhi proses peradilan ataukah tidak.



Kalau ternyata berpengaruh, berarti proses peradilannya tidak atau kurang mandiri. Sebaliknya kalau adanya campur tangan tersebut ternyata tidak berpengaruh, berarti proses peradilannya dapat dikatakan mandiri.

3. Aspek kebebasan dan kemandirian hakimnya

Kebebasan dan kemandirian hakim di sini dibedakan tersendiri, karena hakim secara fungsional merupakan tenaga inti penegakan hukum dalam menyelenggarakan proses peradilan. Parameter bebas dan mandiri hakim dalam memeriksa perkara dapat dilihat dari kemampuan dan ketahanan hakim dalam menjaga integritas moral dan komitmen kebebasan profesinya dalam menjalankan tugas dan wewenangnya dari adanya campur tangan dari pihak lain dalam proses peradilan. Kalau para hakim terpengaruh oleh campur tangan pihak-pihak lain dalam menjalankan tugas dan wewenang yudisialnya, berarti hakim tersebut kurang atau tidak mandiri. Sebaliknya kalau hakim tidak terpengaruh dan dapat tetap bersikap objektif, meskipun banyak tekanan psikologis dan intervensi dari pihak lain, maka hakim tersebut adalah hakim yang memegang teguh kemandiriannya.

Menjadi harapan besar demi terselenggaranya negara hukum melalui kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri yang menyangkut institusionalnya yaitu berupa jenis-jenis kelembagaan peradilan yang disertai kekuasaan kehakiman dan fungsionalnya



berupa ragam fungsi yang diserahkan oleh undang-undang kepada kekuasaan kehakiman.

Institusi peradilan dalam kaitannya dengan kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri pada hakikatnya merupakan syarat dan jaminan untuk mencapai peradilan yang tidak berpihak. Peradilan yang tidak berpihak mencakup perkara oleh para hakimnya maupun kelembagaan badan peradilan itu sendiri dalam kaitannya dengan hubungan-hubungan administratif dengan kelembagaan-kelembagaan negara lainnya dalam pemerintahan.

Kemandirian kekuasaan kehakiman bukanlah merupakan tujuan akhir di dalam penyelenggaraan kekuasaan kehakiman, tetapi merupakan sarana atau alat untuk menuju pada tercapainya peradilan yang tidak berpihak. Dalam menegakkan kemandirian institusional peradilan yang menjalankan kekuasaan kehakiman dimungkinkan adanya pola atau sistem sehubungan dengan adanya "*judicial administration*" disamping kekuasaan kehakiman sesuai dengan aspek historis, sosiologis, kehidupan politis dan ketatanegaraan. Dengan demikian penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri mempunyai karakteristik yang tampak di antaranya pada kemandirian institusional peradilan dalam pelaksanaan fungsinya.

Oleh karena itu substansi dalam kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri haruslah dimaknai:

1. kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri adalah kekuasaan dalam menyelenggarakan peradilan atau fungsi



yustisial, yang meliputi kekuasaan memeriksa dan memutus suatu perkara atau sengketa, dan kekuasaan membuat suatu ketetapan hukum.

2. kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri dimaksudkan untuk menjamin kebebasan hakim dari berbagai kekhawatiran atau rasa takut akibat suatu putusan atau ketetapan hukum yang dibuat.

3. kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri bertujuan menjamin hakim bertindak objektif, jujur, dan tidak berpihak.

4. pengawasan kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri dilakukan semata-mata melalui upaya hukum – biasa atau luar biasa – oleh dan dalam lingkungan kekuasaan kehakiman sendiri.

5. kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri melarang segala bentuk campur tangan dari kekuasaan di luar kekuasaan kehakiman,

6. semua tindakan terhadap hakim semata-mata dilakukan menurut undang-undang.

Berdasarkan uraian di atas dapat dikatakan bahwa kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri dalam menafsirkan hukum dapat membuat suatu putusan yang bersifat membatasi kesewenang-wenangan dari kebijakan pemerintah.

Pengertian kekuasaan kehakiman yang bebas dan mandiri berdasarkan buku Pedoman Perilaku Hakim (*Code of Conduct*) yang diterbitkan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia memuat



serangkaian prinsip-prinsip dasar sebagai moralitas dan wajib dijunjung tinggi oleh para hakim Indonesia baik di dalam maupun di luar kedinasannya. Bersikap mandiri termasuk dalam pengertian ini adalah kata bebas. Prinsip ini bermakna bahwa kemampuan bertindak sendiri tidak tergantung pada pihak lain, bebas dari campur tangan, dan bebas dari pengaruh siapapun. Kebebasan peradilan adalah prasyarat terhadap aturan hukum dan suatu jaminan mendasar atas suatu persidangan yang adil. Oleh karena itu seorang hakim harus menegakkan dan memberi contoh mengenai kebebasan peradilan, baik dalam aspek perorangan, struktur, maupun kelembagaan. Penerapannya antara lain:

1. Seorang hakim wajib menjalankan tugas judicialnya secara bebas atas dasar fakta-fakta dan bebas dari pengaruh luar, bujukan, tekanan, ancaman baik langsung maupun tidak langsung.
2. Seorang hakim wajib bebas dari hubungan yang tidak patut dengan lembaga eksekutif maupun legeslatif serta kelompok lain yang berpotensi mengancam kemahdhirian (independensi) hakim dan badan peradilan.
3. Seorang hakim wajib bebas dari segala bentuk tekanan dalam pengambilan keputusan.

Seorang hakim wajib berperilaku baik guna memperkuat kepercayaan masyarakat terhadap badan peradilan.

Berdasarkan Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim sebagaimana termuat dalam Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung dan



Ketua Komisi Yudisial Nomor 047/KMA/SKB/2009 dan Nomor 02/SKB/P.KY/2009 tentang kode etik dan pedoman perilaku hakim bertanggal 8 April 2009 dalam butir ke-4 (empat) menegaskan, "Mandiri bermakna mampu bertindak sendiri tanpa bantuan pihak lain, bebas dari campur tangan siapapun dan bebas dari pengaruh apapun". Dapat diartikan agar hakim tetap pada prinsip sesuai tuntutan hukum dan moral sekalipun ada tekanan bujuk rayu atau tetesan air mata dari pihak manapun termasuk pembangkitan dari instansi lain yang mengancam kemandirian hakim dan badan peradilan tentunya untuk memperkuat kepercayaan masyarakat terhadap badan peradilan dalam rangka mensukseskan fisi Mahkamah Agung yaitu Peradilan Yang Agung.

Mencermati adanya penegasan perihal kekuasaan kehakiman yang merdeka, baik dalam UUD NRI 1945 maupun undang-undang kekuasaan kehakiman tersebut, maka dapat dipahami bahwa kekuasaan kehakiman merupakan 'kekuasaan negara', seperti halnya badan kekuasaan negara yang lain. Dengan demikian, beberapa penegasan dalam ketentuan-ketentuan tersebut memberikan pemahaman bahwa kekuasaan kehakiman merupakan salah satu bagian atau cabang dari alat perlengkapan atau alat kekuasaan negara yang merdeka dan berdiri sendiri dalam arti terpisah dari kekuasaan yang lain. Sehingga dapat dikatakan bahwa penegasan kekuasaan kehakiman yang demikian sebagai perwujudan dalam pelaksanaan trias politika, di mana kekuasaan kehakiman sebagai salah satu kekuasaan negara dalam bidang



kehakiman (kekuasaan yudikatif) yang terpisah (merdeka dan mandiri) dari kekuasaan lainnya baik kekuasaan eksekutif maupun kekuasaan legislatif. Kekuasaan kehakiman sebagai salah satu kekuasaan negara dalam bidang kehakiman (kekuasaan yudikatif) yang terpisah (merdeka dan mandiri) oleh konstitusi, yakni UUD NRI 1945 diberi tugas dan kewenangan 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.

Keberadaan kekuasaan kehakiman yang merdeka tersebut, mengandung makna 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. Kebebasan dalam melaksanakan wewenang yudisial bersifat tidak mutlak karena tugas hakim adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, sehingga putusannya mencerminkan rasa keadilan rakyat Indonesia.

Kekuasaan kehakiman yang merdeka tersebut, dalam arti bebas dari segala campur tangan pihak kekuasaan ekstra yudisial lainnya, merupakan ideologi masa kini maupun masa datang.

Kekuasaan kehakiman yang merdeka (*an independent judiciary*) merupakan ideologi yang dicetuskan paham *trias politica* dan konsep negara hukum (*rechtsstaat*) atau *staat under rule of law* yang dikenal dengan semboyan supremasi hukum (*the supremacy*



of law).¹⁴⁰ Kekuasaan kehakiman yang merdeka merupakan asas yang sifatnya universal, yang terdapat di mana saja dan kapan saja.

Asas ini berarti bahwa dalam melaksanakan peradilan, hakim itu pada dasarnya bebas untuk memeriksa dan mengadili perkara dan bebas dari campur tangan atau turun tangan kekuasaan ekstra yudisial. Jadi pada dasarnya untuk memeriksa dan mengadili, hakim

bebas untuk menentukan sendiri cara-cara memeriksa dan mengadili. Kecuali itu, tidak ada pihak-pihak, baik pihak atasan hakim yang bersangkutan maupun pihak-pihak ekstra yudisial yang boleh mencampuri jalannya sidang pengadilan.¹⁴¹ Dalam arti lebih

luas, Kekuasaan kehakiman sebagai kekuasaan negara untuk menegakkan hukum dan keadilan demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia. Dalam pengertian seperti ini, maka Kekuasaan kehakiman yang merdeka tidak hanya berarti merdeka dalam melaksanakan kekuasaan mengadili (kekuasaan menegakkan hukum melalui badan-badan peradilan), tetapi mencakup kekuasaan yang merdeka dalam menegakkan hukum dalam seluruh proses penegakkan hukum.

Dengan demikian dapat dipahami, bahwa independensi kekuasaan kehakiman dalam arti sebagai kekuasaan yang merdeka dan mandiri di Indonesia merupakan kebebasan atau kemerdekaan hakim untuk menjalankan tugasnya menyelenggarakan peradilan secara tidak memihak, semata-mata berdasarkan fakta dan hukum, tanpa pembatasan, pengaruh, bujukan, tekanan atau intervensi

¹⁴⁰ *Ibid*, hlm. 4.

¹⁴¹ Rusli Muhammad, *Kemandirian Pengadilan Indonesia*, (Yogyakarta: FH-UII Press, 2010), hlm. 36.



langsung maupun tidak langsung, dari pihak manapun dan/atau untuk alasan apapun, demi tujuan keadilan berdasarkan Pancasila.

Memahami paparan tersebut di atas, maka independensi kekuasaan kehakiman setidaknya mempunyai dua aspek, yaitu:

a. Dalam arti sempit, independensi kekuasaan kehakiman berarti 'independensi institusional' atau dalam istilah lain disebut juga 'independensi struktural' atau 'independensi eksternal' atau 'independensi kolektif'. Independensi institusional memandang lembaga peradilan sebagai suatu institusi atau struktur kelembagaan sehingga pengertian independensi adalah kebebasan lembaga peradilan dari pengaruh lembaga lainnya, khususnya eksekutif dan legislatif.

b. Dalam arti luas, independensi kekuasaan kehakiman meliputi juga 'independensi individual' atau 'independensi internal' atau 'independensi fungsional' atau 'independensi normatif'.

Pengertian independensi personal dapat dilihat juga dari setidaknya tidaknya dua sudut, yaitu:

i. Independensi personal, yaitu independensi seorang hakim terhadap pengaruh sesama hakim atau koleganya;

ii. Independensi substantif, yaitu independensi hakim terhadap kekuasaan manapun, baik ketika memutuskan suatu perkara maupun ketika menjalankan tugas dan kedudukannya sebagai hakim.



Independensi individual meletakkan hakim sebagai titik sentral dari seluruh pengertian independensi, yaitu kebebasan dari segala pengaruh dari luar dalam bentuk apapun.¹⁴²

Untuk menjamin pelaksanaan kekuasaan kehakiman yang merdeka harus diukur dari kehadiran sejumlah esensial sebagai pilar. Kehadiran kekuasaan kehakiman yang merdeka merupakan konsekuensi dari:

- (1) sistem pemisahan atau pembagian kekuasaan dalam susunan organisasi negara;
- (2) Sistem demokrasi dan negara berdasarkan atas hukum atau negara hukum demokratis (*democratische rechtsstaat*).
- (3) Sebagai penegak hukum, kekuasaan kehakiman harus netral dalam menetapkan suatu hukum.¹⁴³

Essensi-essensi tersebut harus dilaksanakan sebagai konsekuensi untuk mewujudkan kekuasaan kehakiman yang merdeka dan mandiri.

Apabila dihayati secara sungguh-sungguh aturan undang-undang dan kode etik dan pedoman perilaku hakim sebagaimana tersebut di atas maka dapat disimpulkan hakikat kehidupan hakim pada saat ini adalah, hidup menyendiri, hidup kesepian, hidup sederhana, hidup dengan sedikit teman tapi tidak punya musuh serta setiap siang dan malam memikirkan sorga dan kehidupan yang akan datang.”

¹⁴² Khudzaifah Dimiyati, Dkk. *Potret Profesionalisme Hakim Dalam Putusan*, (Jakarta: Komisi Yudisial, 2010), hlm. 28-30.

¹⁴³ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 75-76.



3.1.2. Hakim Mengadili Menurut Hukum dengan Tidak Membedakan orang

Telah dipahami bahwa hakim dalam menjalankan tugasnya harus bersikap adil objektif dan tidak memihak sesuai dengan ketentuan-ketentuan hukum perdata dan hukum acara perdata yang memberikan jaminan yang objektif dalam pemeriksaan di muka persidangan. Objektivitas hakim sebagai salah satu prasyarat dalam melaksanakan kemandirian peradilan dan menunjukkan adanya integritas hakim dalam menegakkan hukum yang harus berorientasi dan atau berdasar pada hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Tugas pokok hakim adalah menerima, memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya.

Yang dimaksud menerima di sini adalah dalam arti sifatnya menunggu, bukanlah hakim yang mencari-cari perkara di tengah masyarakat. Yang dimaksud dengan memeriksa adalah diterimanya berkas perkara dimulai dari memeriksa identitas para pihak dan segala surat surat yang berhubungan dengan perkara itu setelah memanggil, mendamaikan, kemudian menyidangkannya serta memeriksa dalil para pihak dikitikan dengan fakta atau peristiwa kejadian yang tentu saja, untuk meyakini suatu fakta atau kejadian tersebut harus didukung dengan bukti-bukti yang kuat dan sempurna. Menerima dan memeriksa, dua sisi yang berbeda dan keduanya memiliki asas yang berbeda pula. Ketika hakim dinyatakan menerima maka ia harus pasif dan menunggu masuknya perkara di Pengadilan, akan tetapi ketika hakim dinyatakan memeriksa perkara



itu, maka hakim mulai melakukan pemeriksaan dari awal sampai putusannya perkara bahkan sampai pada penyelesaian atau eksekusi amar putusan hakim dalam perkara tersebut, karena apabila gunanya untuk mendapatkan putusan tetap harus menunggu lama setelah itu ternyata tidak dapat dieksekusi.

Pemahaman tersebut diperlukan guna melaksanakan tugas pokok hakim dalam mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya untuk berorientasi pada pemahaman hukum secara komprehensif dalam arti sesuai dengan hukum yang berlaku atau menurut hukum, dan sekaligus implementasi pemahaman terhadap hukum tersebut diterapkan tanpa pandang bulu secara objektif atau dengan tidak membeda-bedakan orang. Sebagaimana diatur dalam Pasal 4 ayat

(1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menyatakan bahwa, "Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang".

Dengan demikian, dapat dipahami bahwa dalam melaksanakan tugasnya hakim pada lingkungan peradilan umum harus mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya dengan memperhatikan dan menerapkan makna 'mengadili menurut hukum' dan sekaligus 'mengadili dengan tidak membeda-bedakan orang'. Kedua makna dalam pelaksanaan tugas hakim untuk memeriksa dan mengadili perkara, sebagaimana diatur dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman tersebut merupakan satu kesatuan yang tidak terpisah, mengingat dalam pengaturannya tertuang dalam



satu ayat yang dipersatukan dalam aturan yang secara tegas menyatakan bahwa dalam membuat putusan, pengadilan (melalui hakim) sebagai implementasi proses pengadilan dilakukan menurut hukum dengan (syarat) tidak membeda-bedakan orang. Dengan demikian, dapat dipahami bahwa pengadilan (hakim) dalam menjatuhkan putusan harus didasarkan pada hukum yang berlaku atau hukum positif ataupun hukum yang hidup yang tidak membeda-bedakan orang.

Dalam arti istilah yang digunakan antara 'mengadili menurut hukum' dan 'mengadili dengan tidak membeda-bedakan orang', memang dapat dipilah-pilah atau dibedakan, namun dalam implementasi pelaksanaan tugas untuk mengadili keduanya merupakan satu kesatuan yang saling dipersyaratkan.

Dapat dijelaskan secara teoritik, kalimat "mengadili menurut hukum" dan "tidak membeda-bedakan orang" merupakan dua konsep yang berbeda, namun erat satu sama lain. Mengadili menurut hukum adalah asas dalam menyelenggarakan peradilan.

Hakim wajib mengadili menurut hukum. Suatu peradilan yang dilakukan tidak menurut hukum adalah batal demi hukum (*null and void; van rechtswege nieting*). Hal itu dapat dilihat apabila ada pelanggaran terhadap hukum acara perdata. Sementara konsep "tidak membeda-bedakan" tidak hanya berlaku untuk menyelenggarakan peradilan, melainkan penyelenggaraan negara dan pemerintahan. Pembuat undang-undang secara asasi tidak boleh membuat undang-undang yang membeda-bedakan orang.



Seperti disebutkan meskipun berbeda, asas mengadili menurut hukum dan asas tidak membeda-bedakan orang berkait erat satu sama lain. Asas ini sama-sama berakar dari konsep-konsep demokrasi, negara berdasarkan hukum, dan secara lebih spesifik juga berakar pada konsep hak asasi manusia. Di sinilah peran besar hakim yang harus mampu menjamin keseimbangan antara tuntutan keadilan, kepastian hukum dan, kemanfaatan dalam suatu proses untuk menemukan kepuasan (*satisfaction*) pencari keadilan atau masyarakat pada umumnya.¹⁴⁴

Dalam pelaksanaan tugas hakim, yang demikian dapat dikatakan bahwa dalam melakukan tugas untuk mengadili, hakim harus berpegang pada kedua istilah tersebut sebagai suatu asas yang melandasi dalam memeriksa dan mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya dan atau dalam melakukan penyelesaian perkara untuk menjatuhkan putusan ataupun setelah putusan diucapkan. Secara sederhana dapat dikatakan bagi hakim yang melaksanakan tugas untuk memeriksa dan mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya, seharusnya menerapkan asas mengadili menurut hukum sekaligus menerapkan asas tidak membeda-bedakan orang. Apabila hanya berorientasi pada hukum yang berlaku saja (memutus menurut hukum), maka akan banyak menuai kritik, lebih-lebih dalam kondisi seperti sekarang di mana masyarakat kurang mempercayai produk perundang-undangan yang berlaku dan bahkan kurang mempercayai terhadap lembaga

¹⁴⁴ *Ibid*, hlm. 1-2.



penegakan hukum yang ada, di mana lembaga penegak hukum seringkali dipandang hanya memenangkan pihak tertentu (pihak yang memiliki kekuasaan). Memang dalam perkara perdata tidaklah mungkin semua pihak dimenangkan kecuali ada perdamaian namun keritik tersebut haruslah diterima untuk perbaikan hakim secara keseluruhan.

Untuk itu, dalam suasana "rendahnya kepercayaan" sebagian orang terhadap pengadilan, penerapan asas memutuskan menurut hukum harus diterapkan secara arif (dengan tidak membeda-bedakan orang), karena acapkali menjadi sasaran untuk menyudutkan hakim yang dipandang tidak menghayati rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Demi keadilan, hakim tidak dibenarkan hanya menerapkan "*legal justice*", melainkan wajib mengutamakan "*moral justice*" atau "*social justice*". Sebagian besar orang menghendaki agar hakim dapat membumikan hal-hal yang selama ini pada tataran filsafat dan teori hukum, menjadi sesuatu yang kongkret dalam wujud putusan yang mampu mencerminkan rasa keadilan masyarakat.¹⁴⁵

Untuk dipahami bahwa asas mengadili menurut hukum memuat aspek-aspek hukum materiil (*substantif*) dan hukum acara (*procedural*), sedangkan asas tidak membeda-bedakan orang pada umumnya hanya menyangkut aspek hukum materiil (*substantif*). Aspek prosedural menyangkut hal-hal seperti kemandirian (*independensi*), peradilan yang objektif (*fair trial*) dan ketidak

¹⁴⁵ *Ibid*, hlm. 2-3.



berpihakan (*impartiality*). Adapun aspek substantif menyangkut hal-hal seperti hukum yang sudah usang, kurang mencerminkan rasa keadilan dan sebagainya.¹⁴⁶

Pengaturan kedua asas yang harus dilaksanakan oleh pengadilan dan diimplementasikan oleh hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara untuk selanjutnya menjatuhkan putusan yaitu asas memutus menurut hukum dan asas memutus dengan tidak membeda-bedakan orang secara bersama sebagai satu-kesatuan, dimaksudkan agar putusan hakim yang dijatuhkan tetap berorientasi kepada hukum yang berlaku dan atau hukum positif (asas menurut hukum) sekaligus menerapkan asas tidak membeda-bedakan orang, sehingga putusan tersebut sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.¹⁴⁷

Atas dasar hal tersebut, maka dalam konteks penelitian ini, bagi hakim yang akan menyelesaikan suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, maka dalam proses mengadili harus mengedepankan untuk menerapkan asas mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang, penyelesaian perkara dalam waktu yang tepat dan untuk selanjutnya apabila ternyata hukum yang mengatur ternyata tidak ada, atau sudah usang atau tidak sesuai dengan rasa keadilan masyarakat, maka barulah melakukan upaya penemuan hukum (*rechtsvinding*), sebagaimana yang diperintahkan oleh undang-undang (menurut hukum) agar dalam penerapan dan penjatuhan putusan tetap tidak membeda-bedakan

¹⁴⁶ *Ibid*, hlm. 3.

¹⁴⁷ Lihat Penjelasan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.



orang. Jadi, hal ini dimaksudkan bahwa dalam penemuan hukum bukanlah semata-mata melakukan penemuan hukum, melainkan penemuan hukum yang memang diperintahkan oleh undang-undang untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat,¹⁴⁸ dalam arti menemukan hukum sesuai dengan rasa keadilan masyarakat karena hukum yang mengatur ternyata tidak ada, atau sudah usang.

Mengingat hukum yang berlaku (peraturan perundang-undangan), sifatnya yang kaku (*rigid*) dan cenderung kurang dinamis, atau dapat dikatakan bahwa peraturan perundang-undangan tidaklah sempurna, undang-undang tidaklah mungkin dapat mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada kalanya undang-undang itu tidak lengkap atau ada kalanya undang-undang tersebut tidak jelas, sehingga mewajibkan kepada hakim untuk menggali dan menemukan hukumnya dengan jalan melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Sebagaimana hasil penelitian, telah diperoleh beberapa putusan hakim yang mencerminkan pengutamaan dalam menerapkan asas mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang, agar sesuai dengan rasa keadilan masyarakat, sebagai berikut:

Putusan Majelis Hakim Pengadilan Negeri Kabanjahe No. 2/Pdt.G/1999/PN.Kbj. tentang keabsahan perkawinan adat Karo.

Dalam putusan ini dijelaskan bahwa berdasarkan kebiasaan dan

¹⁴⁸ Lihat Penjelasan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.



adat istiadat yang berlaku dalam masyarakat Karo, perkawinan yang dilaksanakan secara adat Karo, yang dihadiri lengkap oleh keluarga kedua belah pihak yaitu *Senina, Anak Beru, dan Kalimbubu* adalah sah dan diakui. Di samping itu, di tanah Karo pada umumnya perkawinan secara adat masih merupakan hukum yang hidup ditengah-tengah masyarakat, di mana jika perkawinan telah dilangsungkan secara adat maka perkawinan tersebut sudah sah. Selanjutnya Surat Keterangan Kawin mereka dikeluarkan dan ditandatangani oleh kepala desa setempat. Atas dasar hal tersebut, meskipun perkawinan antara penggugat dan tergugat dilangsungkan menurut hukum adat, namun demikian perkawinan tersebut adalah sah menurut hukum.¹⁴⁹

Dalam putusan tersebut, hakim telah mempertimbangkan berlakunya kebiasaan dan adat istiadat dalam masyarakat Karo sebagai hukum yang hidup ditengah-tengah masyarakat dan diakui oleh masyarakat, di mana perkawinan tersebut dihadiri secara lengkap oleh kerabat keluarga (*sangkep sitelu*), dan dengan mempertimbangkan rasa keadilan dengan mengingat kepentingan anak-anak penggugat dan tergugat yang lahir dalam perkawinan tersebut, serta telah adanya Surat Keterangan Perkawinan Adat yang dikeluarkan oleh dan yang ditandatangani oleh kepala desa, para saksi dari keluarga kedua belah pihak, maka menyatakan bahwa perkawinan yang

¹⁴⁹ Amar Putusan Majelis Hakim Pengadilan Negeri Kabanjahe No. 1/Pdt.G/1999/PN.Kbj



dilangsungkan secara adat tersebut adalah sah menurut hukum.

Pertimbangan hakim tersebut mengacu pada ketentuan Pasal 10

ayat (1) UU Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan

Kehakiman, di mana hakim wajib mengadili tidak boleh menolak

perkara. Walaupun ketentuan perundang-undangan tidak

mengatur (Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang

Perkawinan), maka hakim tetap mengadili dengan menggali

nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat sesuai Pasal 5

ayat (1) UU Nomor 48 tahun 2009, untuk selanjutnya dalam

penyelesaian perkara serta dalam menjatuhkan putusan hakim

dapat menyebutkan hukum tidak tertulis mana yang dijadikan

sebagai dasar yaitu hukum adat Karo sesuai dengan ketentuan

Pasal 50 ayat (1) UU Nomor 48 tahun 2009, di mana hakim

harus menyebutkan Pasal-Pasal atau hukum tidak tertulis mana

yang dijadikan sebagai dasar putusannya. Di samping itu, dalam

rangka menegakkan asas keadilan kepastian hukum, dan

manfaat, maka hakim telah menyelesaikan perkara dan konflik

hukum dibalik perkara tersebut dengan maksud menghindari

munculnya persoalan baru setelah putusan itu, khususnya yang

berdampak terhadap anak-anaknya yang lahir dalam perkawinan

tersebut.

Dengan demikian, hakim yang memeriksa dan mengadili perkara

ini, demi menegakkan asas kepastian hukum, keadilan dan

manfaat, telah mendasarkan pada ketentuan hukum tidak

tertulis yaitu hukum adat Karo dengan mengenyampingkan



ketentuan hukum tertulis yaitu Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Dalam teori penemuan hukum dikenal dengan menafsirkan secara sosiologis (interpretasi *teleologis sosiologis*). Hal tersebut mengisyaratkan bahwa hakim dalam menjatuhkan putusan dengan tidak membeda-bedakan orang, khususnya bagi masyarakat Karo, mengingat sebagian besar masyarakat Karo yang lainnya di Tanah Karo hanya melangsungkan perkawinan secara adat Karo saja dibanding dengan melangsungkan perkawinan secara agama dan tidak dicatatkan di Kantor Catatan Sipil, sehingga menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang bagi masyarakat Adat Karo, perkawinan tersebut telah sah menurut hukum dan diakui.

Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin No. 46/PDT/2010/PT.BJM. tanggal 31 Agustus 2010 tentang perkara Perjanjian Pengikatan Jual Beli yang Cacat Hukum karena adanya kedudukan yang tidak seimbang atau tidak patut. Dalam Putusan ini dijelaskan bahwa pada awal bulan Februari tahun 2009 telah terjadi kesepakatan antara para pihak, Pembanding (semula Penggugat) yang hendak membeli tanah dan bangunan di atasnya yang data lengkapnya sebagaimana termuat dalam duduk perkara ini seharga Rp. 2.000.000.000,-, milik Terbanding (semula Tergugat I dan II), dan kesepakatan tersebut tidak dituangkan dalam tulisan hanya secara lisan kemudian disepakati Terbanding yang mencari



Notaris untuk menuangkan kesepakatan tersebut dalam akta perjanjian pengikatan jual beli; Selanjutnya pada tanggal 19 Februari 2009 dihadapan Notaris yang ditunjuk telah dilakukan penandatanganan oleh para pihak dan pada tanggal 27 Februari 2009 Pembanding telah membayar uang muka sebesar Rp.1.350.000.000,- Pada bulan April 2009, Pembanding mendatangi Terbanding untuk menyerahkan uang sisa harga pembelian tanah tersebut sebesar Rp. 650.000.000. tapi ditolak oleh Terbanding, dengan alasan sisa bukan Rp. 650.000.000,- melainkan Rp.3.150.000.000,- karena harga bukan Rp.2.000.000.000,- tapi Rp. 4.500.000.000,-, sesuai perjanjian pengikatan jual beli, yang ternyata tertulis harga sebanyak Rp.4.500.000.000.- pembayaran uang muka sebesar Rp.1.350.000.000,- melalui Billet Giro BNI tertanggal 27 Februari 2009. Sisa harga pembayaran sebanyak Rp.3.150.000.000,- dan memuat ketentuan dalam Pasal 4, apabila dalam jangka waktu dua bulan tidak dilunasi dikenakan bunga 1% perbulan , apabila dalam jangka waktu 6 bulan tidak dilunasi maka Perjanjian menjadi batal dan uang muka yang telah diserahkan oleh Pembanding- semula Penggugat tidak dapat diminta kembali. Sebagaimana dikemukakan Pembanding bahwa Terbanding telah melakukan perbuatan menyembunyikan data dan menyerahkan data yang lain dari kesepakatan awal, sehingga pada waktu sebelum penandatanganan, atas permintaan Pembanding untuk dibacakan akta lebih dahulu sebelum



ditandatangani tapi dihalang-halangi oleh Terbanding, ternyata Terbanding telah melakukan penyesatan (*dwaling*) dan penipuan (*bedrog*) mengenai status tanah ternyata sedang diagunkan, jumlah harga, tentang dalam waktu 6 bulan tidak dilunasi uang muka Rp.1.350.000.000, menjadi tidak bisa diambil kembali oleh Pembading, yang sebetulnya tidak ada disepakati sebelumnya.

Namun, Pengadilan tingkat pertama dalam putusannya telah menolak gugatan Pembading untuk seluruhnya didasari alasan-alasan bahwa perjanjian yang dibuat oleh para pihak adalah akta partai yang isinya kehendak kedua belah pihak dan perjanjian tersebut dibuat dihadapan Notaris serta telah lengkap ditandatangani maka sesuai Pasal 15 ayat 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris maka majelis berpendapat isi perjanjian tersebut adalah kehendak para pihak bukan kehendak sepihak saja. Mengenai adanya pembujukan untuk menandatangani ternyata tidak terbukti sehingga perjanjian pengikatan jual beli tersebut mengikat kedua belah pihak. Mengenai tuntutan penggugat agar tergugat mengembalikan uang muka sebanyak Rp.1.350.000.000,- oleh karena inti gugatan Penggugat tidak terbukti maka tuntutan tersebut harus ditolak. Terhadap putusan tersebut, pengadilan tingkat Banding tidak dapat menerima dan tidak membenarkan pertimbangan hukum putusan pengadilan tingkat pertama tersebut, didasari pertimbangan bahwa dari dari fakta hukum tersebut di atas, maka pokok persoalan yang menjadi titik



sengketa dalam perkara ini, bahwa secara normatif akta perjanjian pengikatan jual beli *a quo* dari segi formil harus dianggap benar karena dibuat oleh pejabat umum, sedangkan dari segi materiil juga harus dianggap benar jikalau tidak dipersoalkan oleh salah satu pihak, tapi oleh karena dipersoalkan maka harus dipertimbangkan satu-persatu hal-hal yang dipersoalkan oleh para pihak tersebut.

Mengenai status tanah yang ternyata sedang dalam agunan sedangkan pada saat negosiasi tidak disebutkan oleh pihak penjual; Tentang keberatan tersebut majelis hakim tingkat banding berpendapat, seorang pembeli tanah yang sudah bersertifikat seharusnya lebih dahulu mempelajari dan meneliti sertifikat tanah tersebut, dihubungkan dengan bentuk perjanjian jual beli yang dibuat dalam bentuk pengikatan jual beli, yang salah satu alasannya adalah jika sertifikat belum ditangan pihak penjual sehingga hal itu tidak dapat membatalkan perjanjian pengikatan jual beli tersebut.

Mengenai harga yang tertulis Rp.4.500.000.000,- yang menurut pembanding pada waktu negosiasi kesepakatan lisan hanya Rp. 2.000.000.000,- bahwa setelah mencermati alat bukti yang diajukan oleh Terbanding yaitu berupa Akta Perjanjian Pengikatan Jual Beli yang dilakukan oleh Terbanding dengan beberapa orang lain, yang objek jual belinya adalah tanah yang bersebelahan atau berada di sekitar tanah dalam Perjanjian Pengikatan jual beli dalam perkara ini, ternyata harganya



berkisar antara Rp.2.000.000.000,- hingga 2.150.000.000,-, sehingga harga yang termuat dalam akta perjanjian pengikatan jual beli *a quo*, adalah tidak sebanding dengan harga pasaran, maka alasan pembanding tentang perbedaan harga tanah, tidak dapat mengakibatkan batal perjanjian pengikatan jual beli.

Mengenai uang muka Rp.1.350.000.000,- sebagaimana termuat dalam Pasal 4 menyatakan, "Apabila pihak kedua sampai dengan batas waktu sisa pembayaran sebagaimana diatur dalam Pasal 3 perjanjian ini belum juga melunasi maka pihak kedua wajib membayar kepada pihak pertama denda atas keterlambatan pembayaran tersebut sebesar 1% (satu persen) perbulannya dari sisa harga pembayaran dengan jangka waktu maksimum 6 (enam) bulan dihitung sejak penandatanganan akta ini. Apabila ternyata Pihak Kedua tidak dapat membayar lunas atas harga pembelian 2 (dua) bidang tanah tersebut di atas, maka perjanjian ini menjadi batal dan uang yang telah diterima oleh Pihak Pertama atau Terbanding tidak dapat diminta kembali oleh Pihak Kedua (Pembanding- semula Penggugat)". Secara formil bunyi Pasal 4 *a quo* telah ditulis dengan kata-kata yang jelas sehingga tidak diperlukan interpretasi, selanjutnya akan dicermati dari sudut isinya yang dipersoalkan oleh para pihak, apakah dengan tidak dilanjutkan pengikatan jual beli *a quo* kedalam Akta Jual Beli PPAT, mengakibatkan uang muka tidak wajib dikembalikan, atau harus dikembalikan. Di mana sejak semula Pembanding telah menaruh keberatan atas pencantuman isi Pasal tersebut,



karena tidak pernah dibicarakan pada waktu diadakan persetujuan lisan, sedangkan dipihak penjual menyatakan sebelumnya telah disetujui para pihak dan sudah dibacakan oleh Notaris, perbedaan keterangan tersebut, secara materiil telah merugikan pihak pembeli yaitu Pemanding dan telah memberi keuntungan kepada pihak penjual yaitu Terbanding, karena pihak penjual telah memanfaatkan modal pemanding sejak tanggal 27 februari 2009, hingga sekarang, sedangkan pihak pembeli yaitu Pemanding belum menguasai tanah, karena tanah tetap dikuasai oleh pihak penjual, yaitu Terbanding.

Sementara mengenai benar atau tidaknya dibacakan dan dijelaskan lebih dulu oleh Notaris maksud Pasal, *a quo* adalah sulit dibuktikan oleh pihak pembeli karena kedudukan para pihak tidak seimbang yaitu pihak pembeli seorang diri disatu pihak, sedangkan di pihak lain yaitu penjual dua orang dan Notaris serta dua orang saksi pegawai kantor Notaris, selanjutnya hal tersebut juga sulit dibuktikan oleh pihak penjual dan Notaris, karena ternyata Notaris tidak dapat menunjukkan alat bukti lain seperti konsep atau catatan notaris yang diparaf oleh para pihak tentang kesepakatan tersebut, sehingga dalam hal ini dapat dinyatakan telah terjadi suatu keragu-raguan tentang isi perjanjian yaitu tentang uang muka dan tentang telah dibaca dan telah dijelaskan lebih dahulu oleh Notaris kepada para pihak sebelum ditandatangani. Dengan adanya suatu keragu-raguan tentang isi dalam suatu perjanjian maka isi tersebut haruslah diuji



dengan menghubungkannya dengan menurut apa yang adil, yang patut dan menurut apa yang menjadi kebiasaan dalam negeri atau ditempat dimana perjanjian pengikatan jual beli telah dibuat.¹⁵⁰

Atas dasar hal tersebut, Hakim Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan, menyimpulkan bahwa kebiasaan yang hidup dalam masyarakat setempat tentang uang muka, apabila perjanjian jual beli tidak dilaksanakan karena perjanjian dibatalkan, maka uang muka wajib dikembalikan seluruhnya oleh pihak penjual kepada pihak pembeli, jika tidak terlaksananya dari pihak pembeli karena tidak dapat melunasi pada waktu disepakati maka uang muka juga tetap dikembalikan tapi biaya pembuatan akta perjanjian menjadi kewajiban pihak pembeli yang menyebabkan tidak terlaksana jual beli, atau pada intinya jika jual beli tidak terlaksana baik disebabkan oleh pihak penjual maupun oleh pihak pembeli, maka uang muka harus dikembalikan, tidak ada yang menjadi hangus ataupun milik pihak penjual tanah.

Dengan demikian, hakim yang memeriksa dan mengadili perkara ini untuk menjatuhkan putusan dengan tidak membeda-bedakan orang, di mana Pemanding/Penggugat dalam melakukan perjanjian jual beli tanah hanya sendiri dan pihak Tergugat/Terbanding beberapa orang, dan terbukti dalam pembuatan perjanjian tersebut terdapat perbuatan melanggar hukum, namun demikian ia tetap harus diperlakukan sama

¹⁵⁰ Amar Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin Nomor: 46/PDT/2010/PT.BJM, Tanggal Putusan: 31 Agustus 2010.



dengan orang-orang lain yang ternyata semuanya mengembalikan uang muka jika tidak terlaksana perjanjian jual beli, oleh karenanya atas peristiwa hukum perdata tersebut bagi Penggugat/Pembanding diperlakukan sama dengan orang-orang lain yang akan membeli tanah di mana atas pembayaran uang muka, apabila perjanjian jual beli dibatalkan maka tidak menghapuskan hak terhadap uang muka tersebut, sementara bagi Tergugat/Terbanding timbul kewajiban untuk mengembalikan uang muka dan karena telah menikmati uang muka serta tetap menguasai tanah yang akan dijual.

Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 5096. K/PDT/1998, Tanggal 28 April 2000, tentang perkara Hutang

Piutang di mana dalam pertimbangan hukum disebutkan bahwa keberatan kasasi dapat dibenarkan sebab *judex factie* salah menerapkan hukum, bahwa pembayaran/pemberian dengan bilyet giro adalah sama dengan pengakuan hutang, karena Tergugat telah memberi Bilyet Giro kepada Penggugat maka dengan demikian Tergugat mempunyai hutang kepada Penggugat karenanya gugatan Penggugat dapat dikabulkan.

Mengenai besarnya ganti rugi atas hilangnya keuntungan yang diharapkan sesuai dengan rasa keadilan adalah sebesar 10% pertahun terhitung sejak gugatan didaftarkan di Pengadilan Negeri sampai hutang dibayar lunas dan *dwangsom* Rp.



100.000,- perhari sejak putusan dalam perkara ini mempunyai kekuatan hukum tetap sampai putusan dilaksanakan,¹⁵¹

Pada perkara perdata hutang piutang ini, hakim tetap mendasarkan pada ketentuan hukum yang berlaku (menurut hukum) yaitu tetap mengacu pada ketentuan pasal-pasal dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (selanjutnya disebut KUHPerdato), khususnya Pasal 1268, Pasal 1271, Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUHPerdato. Di mana dalam perkara ini tergugat telah melakukan pemberian/pembayaran yang dilakukan dengan bilyet giro kepada seseorang dapat disamakan dengan pengakuan hutang, dengan demikian terbukti pemberi bilyet giro, mengakui mempunyai hutang. Di sisi lain, walaupun diperjanjikan dalam akta perjanjian hutang piutang bahwa ganti kerugian atas hilangnya keuntungan yang diharapkan dalam perjanjian *a quo* sebesar 10% perbulan, namun agar sesuai rasa keadilan masyarakat dan tidak membeda-bedakan orang maka dalam perkara ini, ganti kerugian dimaksud oleh hakim diputuskan menjadi 10% pertahun bukan 10 % perbulan.

Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No.Reg: 3641.

K/PDT/2001, tanggal 11 September 2002 tentang perkara Perjanjian Akibat Penyalahgunaan Keadaan. Duduk perkara ini terjadi pada waktu Penggugat berada di Rutan Polda Metro Jaya, Tergugat IV (Notaris) menyodorkan akta No. 41 dan 42 untuk ditandatangani, yang isinya Penggugat mempunyai

¹⁵¹ Putusan Mahkamah Agung No. Reg: 5096. K/PDT/1998, Tanggal Putusan 28 April 2000.



hutang kepada Tergugat I sebanyak Rp. 215.837.852.000,- dan menandatangani permohonan membuka rekening pada Tergugat I giro bilyet senilai Rp. 20.000.000.000,- dan Rp. 15.000.000.000,-, Akta-akta tersebut merugikan Penggugat karena diandatangani secara terpaksa dan terlaksana di sel-tahanan Polda Metro Jaya.¹⁵²

Pertimbangan hakim dalam perkara ini menyebutkan pengadilan tinggi salah menerapkan hukum dalam menilai kebebasan dalam membuat perjanjian dengan pertimbangan bahwa asas kebebasan berkontrak tidak bersifat mutlak yang berarti dalam keadaan tertentu hakim berwenang melalui tafsiran hukum untuk meneliti serta menyatakan bahwa kedudukan para pihak dalam suatu perjanjian berada dalam keadaan yang tidak seimbang, sehingga salah satu pihak dianggap tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya seolah-olah perjanjian terjadi secara sepihak. Mengingat sistem hukum perjanjian yang bersifat terbuka, maka pada saat terjadi perjanjian yang berlaku tidak hanya KUHPerdara atau hukum adat, tetapi nilai-nilai hukum lain yang hidup di kalangan rakyat lainnya sesuai dengan kepatutan, keadilan dan peri kemanusiaan, seperti penyalahgunaan keadaan atau larangan penyalahgunaan ekonomi yang berlaku secara berdampingan dan saling mengisi, sehingga merupakan satu kesatuan. Oleh karena itu, nilai-nilai yang dimaksud mempunyai pengaruh yang dapat dipakai

¹⁵² Amar Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 3641. K/PDT/2001, Tanggal Putusan: 11 September 2002.



sebagai upaya terhadap ketentuan-ketentuan yang telah disepakati. Oleh karena itu, penandatanganan perjanjian pada akta perjanjian No. 41 dan 42 oleh pemohon kasasi ketika ia berada dalam tahanan adalah karena adanya penyalahgunaan keadaan atau kesempatan sehingga pemohon kasasi sebagai salah satu pihak dalam perjanjian-perjanjian yang telah disepakati dalam keadaan tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya. Berarti akibat hukum yang dibuat sebagaimana tersebut dalam perjanjian yang tercantum pada akta perjanjian no. 41 dan 42 tersebut beserta perjanjian lainnya yang terbit atau dibuat berdasarkan kedua perjanjian tersebut harus dibatalkan. Keberatan ini dapat dibenarkan karena pengadilan tinggi salah dalam menerapkan hukum, karena pengadilan tinggi memandang perjanjian tersebut hanya dari sudut normatif sesuai Pasal 1338 KUHPerdara yang menentukan semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Mahkamah Agung melihat dari sisi lain bahwa dalam perjanjian dimana kesepakatan itu diberikan dalam keadaan tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya secara umum adalah tidak sah maka pemohon kasasi tidak terikat oleh perjanjian tersebut.

Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 3909/K/PDT/1994, tanggal 7 Mei 1997 tentang perkara Perjanjian Kredit (Sahnya Perjanjian). Adapun duduk perkaranya disebutkan bahwa Tergugat telah mengajukan surat



Permohonan Kredit kepada Penggugat, sesuai surat permohonan *Consumer Loan* untuk diberi fasilitas dari Bank, dan sebagai tindak lanjut maka ditandatangani perjanjian Kredit No. 538/BDMLG/IV/1991 tanggal 11 April 1991. Tergugat mengaku telah berhutang kepada Penggugat sebesar Rp. 72.450.000,- (Tujuh puluh dua juta empat ratus lima puluh ribu rupiah).

Berdasarkan surat aksep tanggal 11 April 1991 yang ditandatangani Tergugat dengan diketahui PT. Varia Abadi sebagai *avalist*, Tergugat menyatakan sanggup membayar di kantor Penggugat sejumlah Rp. 72.450.000,- (Tujuh puluh dua juta empat ratus lima puluh ribu rupiah) ditambah bunga pada tanggal 11 April 1994, ternyata blanko yang diberikan kepada Tergugat adalah blanko kosong yang kemudian ditandatangani oleh Tergugat tanpa kehadiran Penggugat, dan ternyata pula tidak ada bukti bahwa PT. Varia Abadi sebagai *avalist*.¹⁵³

Menurut hakim Pengadilan Negeri Malang dalam perjanjian apabila tidak ada kata sepakat antara Penggugat dan Tergugat, baik atas jumlah hutang dan barang jaminannya antara lain perjanjian kredit adalah merupakan cacat Hukum. Menurut Pasal 1320 KUHPerdata, perjanjian tersebut tidak sah. Di samping itu, dalam perkara ini juga harus diperhatikan ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1131, 1321, 1328, 1449, KUHPerdata;

Dalam perkara ini, diajukan permohonan kasasi atas dasar beberapa alasan, yaitu:

¹⁵³ Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 3909. K/PDT/1994, Tanggal Putusan: 7 Mei 1997.



Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya tanggal 2 Juli 1993 No.

443/Pdt/1994/PT. Surabaya dianggap tidak benar dan tidak

sempurna sehingga amar putusan pengadilan tinggi PT tersebut salah dan tidak memberi rasa keadilan;

Sesuai dengan hukum acara perdata adalah hak Penggugat untuk menentukan siapa yang akan dijadikan pihak dalam

mengajukan gugatannya, maka tidak ditariknya PT. Varia

Abadi di dalam gugatan sebagai salah satu pihak bukanlah

merupakan kesalahan penerapan hukum acara perdata pada gugatan Penggugat, sebab pokok sengketa adalah mengenai

Perjanjian antara Penggugat dan Tergugat;

Walaupun antara Gugatan Kompensi dengan Gugatan

Rekompensi ada hubungannya, tetapi inti sengketa kedua

gugatan tersebut sangat berbeda, seharusnya PT melakukan

pertimbangan hukum lagi secara tersendiri bukan

menyatakan gugatan Penggugat Rekompensi tidak dapat

diterima tanpa mempertimbangkan sita revindicoir dan sita

conservatoir atas barang milik Tergugat asal.

Dengan pertimbangan hukum yang tidak benar dan tidak

sempurna mengakibatkan amar putusan tidak benar dan

tidak memberikan rasa keadilan.¹⁵⁴

Atas duduk perkara dan alasan-alasan permohonan kasasi

tersebut, majelis hakim mempertimbangkan terkait dengan hak

Penggugat untuk menentukan siapa-siapa yang dijadikan atau

¹⁵⁴ *Ibid.*



ditarik menjadi pihak dalam berperkara, sehingga pertimbangan pengadilan tinggi dengan tidak ditariknya PT. Varia Abadi sebagai Tergugat, gugatan Penggugat menjadi tidak sempurna, pendapat mana tidak dapat dibenarkan oleh Mahkamah Agung sebab pihak kreditur dapat saja menggugat debitur tanpa menarik avalist menjadi pihak berperkara. Di samping itu, ternyata tidak ada bukti bahwa PT. Varia Abadi sebagai avalist, sebab bukti yang ada hanya memuat Perjanjian Kredit antara Penggugat dan Tergugat tanpa melibatkan PT. Varia Abadi sebagai avalist. Dengan demikian, menurut hukum telah cukup alasan untuk menerima permohonan kasasi yang diajukan oleh Pemohon Kasasi dan membatalkan Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya tanggal 2 Juli 1993 No. 443/Pdt/1994/PT.Surabaya. Putusan ini dimaksudkan untuk meletakkan kedudukan para pihak yang sama dihadapan hukum, sebagaimana disebutkan, jikalau pihak kreditur selaku Penggugat maka dapat saja menggugat debitur tanpa menarik avalist menjadi pihak berperkara.

Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No.Reg: 569. K/Sip/1983, tanggal 13 Juni 1983 tentang perkara Perjanjian Gadai Rumah, dengan duduk perkara penggugat Asal pada tanggal 25 Oktober 1976 telah menggadaikan rumahnya di Pejompongan Rt.001/06 Kelurahan Bendungan Hilir Jakarta Pusat, seharga Rp. 300.000,- kepada tergugat Asal I dengan catatan apabila selama 6 bulan penggugat Asal tidak dapat



mengembalikan uang tersebut kepada tergugat Asal I, penggugat Asal menyerahkan rumah tersebut dengan permufakatan dan perhitungan, oleh karena penggugat Asal belum dapat mengembalikan uang gadai tersebut tergugat Asal I mendapat keuntungan dari pungutan Asal 33 1/3%; Dalam pelaksanaannya penggugat Asal belum dapat mengembalikan uang tersebut selama 6 bulan, seharusnya diadakan perhitungan, tetapi oleh tergugat Asal I pada tanggal 25 April 1977 dibuat surat pemindahan hak bangunan/rumah penggugat Asal, surat tersebut dikerjakan dan dibantu oleh tergugat Asal II yang waktu itu menjabat Rt. 001, perbuatan mana sangat merugikan penggugat Asal karena semestinya rumah tersebut akan di jual dan hasil penjualannya akan dibayarkan kepada tergugat Asal I, rumah tersebut ditaksir berharga Rp.1.600.000,-; Selanjutnya pada tanggal 5 Mei 1978 rumah penggugat Asal yang di gadaikan tersebut agar segera dikosongkan, penggugat Asal disuruh membuat pernyataan pengosongan rumah dengan dibarengi pemindahan hak penggugat Asal dengan tukar tambah kepada Suwardjak, perbuatan mana sangat merugikan penggugat Asal baik moral maupun material. Untuk itu, agar dapat menjamin kalau tergugat Asal tidak membayar kerugian kepada penggugat Asal maka mohon *conservatoir beslag* atau setidaknya *revindicatoir beslag* terhadap rumah yang terletak di Rt . 001/06 Kelurahan Bendungan Hilir Pejompongan Jakarta Pusat dan bilamana tidak mentaati, mematuhi putusan



pengadilan negeri maka tergugat Asal 1 harus membayar uang paksa (*dwangsom*) terhitung sejak tanggal putusan tersebut setiap harinya sebesar Rp. 25.000,- kepada penggugat Asal.¹⁵⁵

Terhadap perkara ini, di tingkat Mahkamah Agung hakim mempertimbangkan terkait dengan keberatan atas adanya kesalahan pengadilan tinggi dalam menerapkan hukum, padahal kenyataannya telah tepat dalam menerapkan hukum, baik hukum formil atau hukum acaranya maupun hukum materiil terkait dengan telah diakuinya pelaksanaan kontrak rumah oleh termohon kasasi yang belum dibayar, dengan demikian tidak disangkal atas ganti kerugian yang dimohonkan, sehingga oleh karena itu termohon tidak mempunyai kewajiban untuk membuktikan hal-hal yang telah diakui dan dibenarkan oleh pemohon tersebut. Sementara terkait dengan pendapat pengadilan negeri tentang jumlah ganti kerugian yang dimohonkan oleh termohon terlalu banyak jumlahnya, maka dengan adanya petitum¹⁵⁶ agar majelis hakim memberi keputusan dalam peradilan yang baik, maka ada kebebasan bagi peradilan untuk menetapkan banyaknya ganti kerugian dengan memperhatikan kerugian termohon yang sudah berjalan tiga tahun enam bulan lebih lamanya. Di sini Hakim Agung menegaskan untuk tidak mebedakan orang melainkan

¹⁵⁵ Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 569. K/Sip/1983, Tanggal Putusan: 13 Juni 1983.

¹⁵⁶ Petitum atau tuntutan adalah apa yang oleh penggugat (dhi.pemohon kasasi) diminta atau diharapkan agar diputuskan oleh hakim. Jadi petitum itu akan mendapatkan jawabannya dalam dictum atau amar putusan. Maka oleh karena itu Penggugat/Pemohon harus merumuskan petitum dengan jelas dan tegas (*een duidelijke en bepalde conclusie*), apabila tuntutan tidak jelas dan tegas dapat berakibat tidak diterimanya tuntutan tersebut, Dalam Soedikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 1998), hlm. 42.



disesuaikan dengan kondisi pada saat peristiwa kongkretnya terjadi. Atas dasar ? han tersebut, maka permohonan kasasi tidak dapat diterima, dan menghukum kepada pemohon-pemohon kasasi untuk membayar biaya perkara dalam tingkat kasasi ini, ditetapkan sebanyak Rp. 10.000,- (sepuluh ribu rupiah.

Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 494. K/Pdt/1995, tanggal 12 Desember 1995 tentang perkara Wanprestasi terhadap Akta Perdamaian, dengan duduk perkara di mana Penggugat yang hendak melaksanakan eksekusi terhadap Putusan Mahkamah Agung RI No. 3599 K/Pdt/1989 tanggal 27 februari 1992 atas perselisihan/sengketa mengenai persil tanah seluas 7.700 M2 dan telah dibuatkan Akta Perdamaian melalui akta nomor 31 tanggal 4 februari 1989 (Akta Notaris Ny.Yetty Taher, SH), tetapi Tergugat ingkar janji (wanprestasi) dengan tidak dilunasinya sisa hutang Penggugat asal pada tanggal 28 April 1989 sebagaimana diperjanjikan dalam Akta Perdamaian, dengan besar denda keterlambatan membayar 10% setiap bulan dari sisa hutang pokok sebesar Rp. 280.000.000,- (dua ratus delapan puluh juta rupiah) sejak 28 April 1989 sampai dengan tanggal 8 Oktober 1991 dan Rp. 180.000.000,- (seratus delapan puluh juta rupiah) sejak 8 Oktober 1991 sampai dengan sisa hutang pokok dibayar lunas.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 494. K/Pdt/1995, Tanggal Putusan: 12 Desember 1995.



Majelis hakim pada Mahkamah Agung mempertimbangkan atas perkara tersebut, dengan mempelajari keabsahan dari Akta Perdamaian nomor 31 tanggal 4 februari 1989 dalam arti menurut hukum ternyata memiliki keabsahan dan berdasarkan hukum. Selanjutnya dengan mempertimbangkan bukti-bukti surat yang diajukan dalam persidangan, maka hutang/sisa pembayaran tanah yang belum dibayarkan oleh Tergugat, sesuai dengan akta perdamaian harus segera dibayarkan lunas, dan sesuai dengan yang diperjanjikan pula bahwa atas keterlambatan pembayaran sisa hutang dikenakan denda keterlambatan, namun menurut Mahkamah Agung denda sebesar 10% setiap bulan dipandang tidak layak karena bertentangan dengan kepatutan dan rasa keadilan masyarakat. Mahkamah Agung juga berpendapat adalah patut dan adil apabila denda keterlambatan membayar tersebut ditetapkan sebesar 3% setiap bulan x Rp. 280.000.000,- (dua ratus delapan puluh juta rupiah) sejak 28 April 1989 sampai dengan tanggal 8 Oktober 1991 dan 3 % x Rp. 180.000.000,- (seratus delapan puluh juta rupiah) sejak tanggal 8 Oktober 1991 sampai dengan sisa hutang pokok dibayar lunas. Atas dasar hal tersebut, maka hakim kasasi mengabulkan gugatan penggugat dalam rekonsensi/Tergugat I, II dalam konpensi sebagian, dan menghukum tergugat dalam rekonsensi/Penggugat untuk membayar sisa hutang pokok ditambah denda sebesar 3% setiap bulannya sebagaimana rincian dimaksud. Di sini hakim



dalam memutuskan tetap mengutamakan untuk menerapkan hukum, namun demikian juga memperhatikan nilai-nilai kepatutan dan rasa keadilan masyarakat sebagai perwujudan untuk memperlakukan sama setiap orang atau para pihak yang berperkara.

- Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung; No. Reg: 3704 K/Pdt/1991, tanggal 25 Juni 1996 tentang perkara Hibah Wasiat, dengan duduk perkara pada tanggal 14 Oktober 1980

Penggugat Asli telah memberi hibah kepada Munorah alias Rumi sebidang tanah tegalan, dengan ketentuan penerima hibah harus merawat Penggugat Asli kalau sakit dan penerima hibah boleh menggarap taah tersebut bila penggugat asli telah meninggal dunia. Tetapi Tergugat Asli pada waktu Penggugat Asli sakit tidak merawat Penggugat. Disamping itu tanah dimaksud sejak tahun 1980 digarap secara paksa dan tidak mau membayar pajak tiap tahunnya padahal menghasilkan ± Rp. 400.000,- tiap tahun (digarap tahun 1980 sampai tahun 1988 atau 8 tahun x Rp. 400.000,- atau Penggugat rugi sebanyak Rp. 3.200.000,-), terpaksa pajak dibayar oleh Penggugat dan selanjutnya Penggugat mencabut hibah wasiat tersebut secara sah mengetahui Desa dan Tergugat harus membayar kerugian Penggugat tersebut.¹⁵⁸

Berdasarkan duduk perkara tersebut, Mahkamah Agung mendasarkan pada ketentuan hukum bahwa Hibah Wasiat baru

¹⁵⁸ Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung; No. Reg: 3704 K/Pdt/1991, Tanggal Putusan: 25 Juni 1996.



berlaku setelah orang yang menghibah wasiatkan meninggal dunia, sedangkan penghibah sebagai pihak yang menghibah wasiatkan masih hidup, maka dengan sendirinya hibah wasiat tersebut dapat saja ditarik kembali oleh pemberi hibah wasiat te, tanpa syarat. Namun demikian, tindakan mencabut hibah wasiat tersebut dilakukan oleh pemberi hibah karena adanya syarat-syarat dalam hibah wasiat ternyata telah dilanggar oleh pihak penerima hibah wasiat, termasuk secara paksa dalam kurun waktu selama 8 tahun penerima hibah menggarap tanah objek hibah wasiat yang seharusnya tidak boleh dilakukan sebelum pihak yang memberi hibah wasiat meninggal dunia, sehingga dalam kondisi demikian pihak pemberi hibah telah dirugikan. Berdasarkan doktrin hukum bahwa hibah wasiat baru berlaku setelah pemberi hibah meninggal dunia, dan semasa, masih hidup hibah wasiat dapat dicabut kembali serta barang yang dihibahkan masih menjadi milik penghibah selama ia masih hidup. Atas dasar hal tersebut, hakim menerapkan ketentuan hukum tersebut dengan mengabulkan permohonan kasasi dari pemohon, dengan menyatakan bahwa tanah tegalan persil No. 99 klas.D.II luas 0.018 Ha adalah tetap milik Penggugat, menyatakan Tergugat selaku penerima hibah wasiat tidak melaksanakan kewajibannya terhadap pemberi hibah wasiat; Tergugat menanam tanah yang telah dihibahwasiatkan secara paksa, menyatakan sah pencabutan hibah wasiat yang telah dibuat oleh Penggugat, menghukum Tergugat untuk membayar



kerugian penghasilan penggarapan yang selama dikuasainya selama 8 tahun x penghasilan tiap tahun kepada Penggugat.

Memahami tugas hakim dalam mengadili suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, sebagaimana hasil penelitian tersebut di atas maka suatu keharusan bagi hakim dalam menjalankan tugasnya untuk bersikap adil objektif dan tidak memihak sesuai dengan ketentuan-ketentuan hukum acara perdata yang memberikan jaminan yang objektif dalam pemeriksaan di muka persidangan.

Dalam memeriksa perkara-perkara perdata tersebut, hakim dihadapkan pada adanya tuntutan hak yang tertuang dalam gugatan,¹⁵⁹ di mana dalam hasil penelitian tersebut terdapat perkara-perkara atas dasar terjadinya perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatigedaad*) yaitu sebagaimana pada putusan-putusan perkara No.Reg. 5096. K/PDT/1998, 3641. K/PDT/2001, 3909. K/PDT/1994, 3704 K/Pdt/1991, dan atas dasar terjadinya cidra janji (*wanprestasi*) sebagaimana pada putusan-putusan perkara No.Reg. 569. K/Sip/1983, 494. K/Pdt/1995, dan Tentang keabsahan perkawinan Adat Karo Putusan Majelis Hakim Pengadilan Negeri Kabanjahe No. 2/Pdt.G/1999/PN.Kbj, tanggal 2 Maret 1999. Tentang keabsahan perkawinan Adat Cina di Malang, putusan Mahkamah Agung perkara No.1776 K/Pdt/2007 tanggal 28 Juli 2008.

Hakim dalam mengadili perkara-perkara tersebut bertindak sebagai pihak ketiga yang netral dan secara objektif mengadili

¹⁵⁹ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 40.



perkara tersebut sesuai dengan (menurut) hukum dengan tidak membeda-bedakan orang agar dapat sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat, untuk kemudian putusan tersebut sebagai putusan yang mengikat para pihak dan dapat segera dilaksanakan (dieksekusi).

Kontruksi hukum atas tugas dan peran hakim tersebut merupakan konsekuensi dalam memahami makna 'mengadili' menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang, sehingga dapat diwujudkan putusan yang mencerminkan asas kepastian hukum dengan tetap memperhatikan nilai-nilai hukum yang hidup dan sesuai rasa keadilan masyarakat dalam arti melekatkan asas keadilan dalam putusan tersebut secara bersama, dan pada akhirnya dapat segera dilaksanakan guna memberikan manfaat (asas manfaat) bagi para pihak khususnya maupun bagi masyarakat luas pada umumnya.

3.1.2.1. Makna Hakim Mengadili Menurut Hukum

Sebagaimana telah disebutkan bahwa makna 'mengadili menurut hukum' mengandung maksud sebagai salah satu asas yang harus diterapkan dalam menyelenggarakan peradilan. Namun, dalam penerapan asas ini, apabila tidak tepat dapat menimbulkan kecaman dari masyarakat. Di bidang administrasi negara, penerapan asas memutus menurut hukum dapat dikendorkan melalui atau dengan menggunakan "asas manfaat"



(*doelmatigheid*). Demi suatu manfaat yang lebih besar atau karena suatu keterpaksaan (*a necessary of compelling end*), asas memutus menurut hukum (*rechtmaticeid*) dapat dikendorkan, bahkan tidak diterapkan. Tidak demikian dalam proses peradilan. Hakim wajib mengadili menurut hukum. Suatu peradilan yang dilakukan tidak menurut hukum adalah batal demi hukum (*null and void, van rechtswege nieting*).¹⁶⁰

Dengan demikian, dalam pelaksanaan tugas hakim, terdapat paradigma yang bersifat tegas (*limitatif*) dalam pengambilan putusan yang harus didasarkan pada aturan hukum yang berlaku. Di mana Paradigma ini memang telah berkembang sebagai suatu keharusan bagi pengadilan melalui hakim yang bertugas dalam pengambilan putusan untuk mendasarkan pada pemahaman terhadap hukum yang sedang berlaku, (*the Receive View thus understands the trial as the institutional device for the actualization of the Rule of Law*).¹⁶¹

Seperti pada beberapa putusan perkara perdata yang diselesaikan sampai tingkat kasasi di Mahkamah Agung, sebagai melihat dari sudut penerapan hukum "judek juris" dalam penyelesaian perkara untuk menggelar proses 'mengadili', maka langkah awal sebagai prioritas hakim telah mengidentifikasi, mencari dan menemukan

¹⁶⁰ Bagir Manan, *Op.cit.* hlm. 1.

¹⁶¹ Robert P. Burn, *A Theory of the Trial*, (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999), p. 23.



norma-norma hukum yang berlaku (hukum positif). Pada Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 5096.

K/PDT/1998, tanggal 28 April 2000, tentang perkara Hutang Piutang di mana dalam pertimbangan hukum

disebutkan bahwa pembayaran/pemberian dengan bilyet giro adalah sama dengan pengakuan hutang, karena

Tergugat telah memberi bilyet giro kepada Penggugat maka dengan demikian Tergugat mempunyai hutang

kepada Penggugat karenanya gugatan Penggugat dapat dikabulkan.¹⁶² Pertimbangan tersebut, mendasarkan pada

ketentuan hukum yang berlaku (menurut hukum) yaitu tetap mengacu pada ketentuan Pasal-Pasal dalam Kitab

Undang-Undang Hukum Perdata (selanjutnya disebut KUHPerdata), khususnya Pasal 1271, Pasal 1268, Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUHPerdata.

Dalam proses penegakan hukum sebagian besar orang menghendaki agar hakim dapat membumikan hal-

hal yang selama ini pada tataran filsafat dan teori hukum, menjadi sesuatu yang kongkret dalam wujud putusan yang

mampu mencerminkan rasa keadilan. Apabila perlu hakim dapat mengesampingkan atau meninggalkan aturan

hukum (norma hukum), demi tegaknya rasa keadilan masyarakat. Meski begitu, ada pula kecaman lain terhadap

hakim. Hakim didakwa menjadi sumber ketidakpastian

¹⁶² Putusan Mahkamah Agung No. Reg: 5096. K/PDT/1998, Tanggal Putusan 28 April 2000.



hukum, antara lain karena tidak ada konsistensi dalam penerapan hukum. Kepastian hukum antara lain adalah kepastian yang berdasar pada aturan (norma hukum), dalam arti penerapan hukum dihadapkan pada hal-hal yang pada tingkatan tertentu dapat bertentangan satu sama lain. Di samping itu, asas mengadili menurut hukum, seringkali dipersoalkan oleh masyarakat pencari keadilan, karena asas mengadili menurut hukum sekaligus memuat aspek-aspek hukum materil (*substantif*) dan hukum formil atau hukum acara (*prosedural*) yang sudah dirumuskan dalam bunyi Pasal-Pasal dalam undang-undang.

Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung; No.Reg: 3909. K/PDT/1994, tanggal 7 Mei 1997 tentang perkara Perjanjian Kredit (Sahnya Perjanjian). Adapun duduk perkaranya disebutkan bahwa Tergugat telah mengajukan surat Permohonan Kredit kepada Penggugat, sesuai surat permohonan *Consumer Loan* untuk diberi fasilitas dari Bank, dan sebagai tindak lanjut maka ditandatangani perjanjian Kredit No. 538/BDMLG/IV/1991 tanggal 11 April 1991. Tergugat mengaku telah berhutang kepada Penggugat sebesar Rp. 72.450.000,- (Tujuh puluh dua juta empat ratus lima puluh ribu rupiah). Berdasarkan surat aksep tanggal 11 April 1991 yang ditandatangani Tergugat dengan diketahui PT. Varia Abadi sebagai *Avalist*, Tergugat menyatakan sanggup membayar di kantor Penggugat



sejumlah uang sebesar Rp. 72.450.000,- (Tujuh puluh dua juta empat ratus lima puluh ribu rupiah) ditambah bunga pada tanggal 11 April 1994, ternyata blanko yang diberikan kepada Tergugat adalah blanko kosong yang kemudian ditandatangani oleh Tergugat tanpa kehadiran Penggugat, dan ternyata pula tidak ternyata bahwa PT. Varia Abadi sebagai *avalist*.¹⁶³

Menurut Hakim Agung, dalam perjanjian apabila tidak adanya kata sepakat antara Penggugat dan Tergugat, baik atas jumlah hutang dan barang jaminannya antara lain perjanjian kredit adalah merupakan cacat hukum, menurut Pasal 1320 KUHPerdara, perjanjian tersebut tidak sah. Disamping itu, dalam perkara ini juga harus diperhatikan ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1321, 1328, 1449, 1131 KUHPerdara;

Termasuk pada Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 494. K/Pdt/1995, Tanggal Putusan: 12 Desember 1995 tentang perkara Wanprestasi terhadap Akta Perdamaian dalam pelaksanaan eksekusi putusan Mahkamah Agung. Di mana Penggugat yang hendak melaksanakan eksekusi terhadap Putusan Mahkamah Agung RI No. 3599 K/Pdt/1989 tanggal 27 Pebruari 1992 atas perselisihan/sengketa mengenai Persil Tanah seluas 7.700 M² dan telah dibuatkan Akta Perdamaian melalui

¹⁶³ Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No.Reg: 3909. K/PDT/1994, Tanggal Putusan: 7 Mei 1997.



akta nomor 31 tanggal 4 Pebruari 1989 (Akta Notaris Ny. Yetty Taher, SH), tetapi Tergugat ingkar janji (wanprestasi) dengan tidak dilunasinya sisa hutang Penggugat pada tanggal 28 April 1989 sebagaimana diperjanjikan dalam Akta Perdamaian, dengan besar denda keterlambatan membayar 10% setiap bulan dari sisa hutang pokok sebesar Rp. 280.000.000,- (dua ratus delapan puluh juta rupiah) sejak 28 April 1989 sampai dengan tanggal 8 Oktober 1991 dan Rp. 180.000.000,- (seratus delapan puluh juta rupiah) sejak 8 Oktober 1991 sampai dengan sisa hutang pokok dibayar lunas. Majelis Hakim pada Mahkamah Agung mempertimbangkan keabsahan dari Akta Perdamaian nomor 31 tanggal 4 Pebruari 1989 dalam arti menurut hukum ternyata memiliki keabsahan dan berdasarkan hukum. Selanjutnya dengan mempertimbangkan bukti-bukti surat yang diajukan dalam persidangan, maka hutang/sisa pembayaran tanah yang belum dibayarkan oleh Tergugat, sesuai dengan akta perdamaian harus segera dibayarkan lunas, dan sesuai dengan yang diperjanjikan pula bahwa atas keterlambatan pembayaran sisa hutang dikenakan denda keterlambatan, namun menurut Mahkamah Agung denda sebesar 10% setiap bulan dipandang tidak layak karena bertentangan dengan kepatutan dan rasa keadilan masyarakat dan Mahkamah Agung berpendapat adalah patut dan adil



apabila denda keterlambatan membayar tersebut ditetapkan sebesar 3% setiap bulan x Rp. 280.000.000,- (dua ratus delapan puluh juta rupiah) sejak 28 April 1989 sampai dengan tanggal 8 Oktober 1991 dan 3 % x Rp. 180.000.000,- (seratus delapan puluh juta rupiah) sejak tanggal 8 Oktober 1991 sampai dengan sisa hutang pokok dibayar Junas. Atas dasar hal tersebut, maka Hakim Kasasi mengabulkan gugatan penggugat dalam rekonsensi/Tergugat I, II dalam kompensi sebagian, dan menghukum tergugat dalam rekonsensi/Penggugat untuk membayar sisa hutang pokok ditambah denda sebesar 3% setiap bulannya sebagaimana rincian dimaksud. Di sini hakim dalam memutus tetap mengutamakan untuk menerapkan hukum sesuai dengan norma-norma hukum yang berlaku atau hukum positif.

Dalam makna yang terbatas, asas menurut hukum sebagai perwujudan dari asas legalitas sebagai salah satu unsur pokok paham negara berdasarkan atas hukum.

Hukum dalam asas legalitas yang mengandung makna, bahwa setiap putusan hakim, harus didasarkan pada ketentuan hukum yang sudah ada (yang berlaku).

Keharusan adanya hukum sebagai dasar memutus dimaksudkan untuk mencegah hakim atau pejabat pemutus lainnya berlaku sewenang-wenang yaitu memutus menurut kehendak sendiri yang pada gilirannya akan



menimbulkan ketidakpastian hukum. Jadi asas ini berhubungan dengan paham *kodifikasi*. Berkembang teori bahwa hukum hanyalah hukum tertulis. Bahkan lebih sempit, hukum tidak lain dari pada undang-undang. Hukum tertulis sekarang sudah menjadi pedoman bagi hukum perundang-undangan.¹⁶⁴ Paham ini memandang Hakim hanyalah sebagai mulut atau corong undang-undang". Hukum dimaknai dalam pengertian normatif.¹⁶⁵

Dalam makna yang lebih luas, sebenarnya makna mengadili menurut hukum berorientasi bahwa yang dimaksud hukum di sini termasuk baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis, seperti hukum yang lahir dari suatu perjanjian (sebagai undang-undang bagi pihak-pihak). Bahkan lebih luas lagi yaitu keharusan memperhatikan kepatutan (Pasal 1339 BW), kesusilaan dan ketertiban umum (Pasal 1337 BW).¹⁶⁶ Hukum tidak hanya dimaknai dalam pengertian normatif semata tetapi juga dimaknai dalam pengertian *sosiologis*.¹⁶⁷ Dimana hukum itu tumbuh dan berkembang, sesuai dengan pertumbuhan dan perkembangan masyarakat. "Paling

¹⁶⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 1996), hlm. 71.

¹⁶⁵ Teori hukum atau filsafat, hukum sebagai pengertian normatif berdasarkan pada ajaran *positivisme* seperti ajaran teori murni tentang hukum dari Hans Kelsen; ilmu hukum adalah ilmu normatif. Hukum itu semata-mata berada dalam kawasan dunia *sollen* (bagaimana seharusnya). Oleh karena itu salah satu ciri yang menonjol pada teori Kelsen adalah paksaan, bahwa setiap hukum harus mempunyai alat atau perlengkapan untuk memaksa.

¹⁶⁶ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 4.

¹⁶⁷ *Ibid*, hlm. 5-6.



penting hukum tidak diukur di atas pualam ataupun di atas lonceng namun dihati setiap warga¹⁶⁸

Berdasarkan uraian tersebut, mengadili menurut hukum dapat dijabarkan dalam empat makna:

1. Mengadili menurut hukum merupakan salah satu asas mewujudkan negara berdasarkan atas hukum. Setiap putusan hakim harus mempunyai dasar hukum – substantif dan prosedural – yang telah ada sebelum perbuatan melawan dan pelanggaran hukum terjadi.
2. Hukum dalam mengadili menurut hukum harus diartikan luas melebihi pengertian hukum tertulis dan tidak tertulis. Hukum dalam kasus atau keadaan tertentu – meliputi pengertian-pengertian yang mengikat pihak-pihak, kesusilaan yang baik dan ketertiban umum (*goede zeden en openbaar orde*).
3. Hukum yang hidup dalam masyarakat adalah hukum yang dipertimbangkan dalam putusan hakim, tetapi tidak selalu harus diikuti karena kemungkinan "*the living law*" justru harus dikesampingkan karena tidak sesuai dengan tuntutan sosial baru.
4. Sesuai dengan tradisi hukum yang berlaku, hakim wajib mengutamakan penerapan hukum tertulis, kecuali kalau akan menimbulkan ketidakadilan, bertentangan dengan kesusilaan, atau ketertiban

¹⁶⁸ Jean-jacques Rousseau, *Perihal Kontrak Sosil*, (Jakarta: Dian Rakyat, 1989), hlm. 57.



umum. Hakim bukan mulut atau corong undang-undang, melainkan mulut atau corong keadilan.¹⁶⁹

Selanjutnya dikatakan oleh Bagir Manan, bahwa dalam praktik mengadili menurut hukum, ada tiga kemungkinan peran hakim menerapkan hukum:

1. Hakim sekadar menjadi mulut undang-undang.

Meskipun ajaran "hakim sebagai mulut undang" telah ditinggalkan, tetapi masih ada kemungkinan

putusan hakim yang sekadar melekatkan ketentuan undang-undang dalam suatu peristiwa kongkret

(*positif legalisti*). Sekarang, walaupun hakim menjadi mulut undang-undang semata-mata

karena kebebasan menemukan hukum dalam kaitan dengan suatu peristiwa kongkret.

2. Hakim sebagai penerjemah aturan hukum yang

ada. Sebagai penerjemah, hakim bertugas menemukan hukum, (*rechtsvending*) baik melalui

penafsiran, konstruksi, atau penghalusan hukum.

Kewajiban ini timbul karena aturan yang ada tidak

jas, atau karena suatu peristiwa hukum tidak persis sama dengan lukisan dalam undang-undang.

3. Hakim sebagai pembentuk hukum (*rechtschepper*,

judge-made law). Hukum yang dibentuk hakim

dapat berupa hukum baru, melengkapi hukum yang

¹⁶⁹ *Ibid*, hlm. 10.



ada, atau memberi makna baru terhadap hukum yang sudah ada. Tugas membentuk hukum dapat terjadi karena hukum yang ada belum (cukup) mengatur, atau hukum yang ada telah usang.¹⁷⁰

Praktek pengadilan tersebut menunjukkan bahwa konsep "mengadili menurut hukum" melahirkan sikap yang berbeda-beda di antara hakim. Realitas tersebut tetap menggambarkan adanya perbedaan dalam memaknai "hukum". Dari ketiga kemungkinan tersebut, yang paling umum terjadi dan menjadi pekerjaan sehari-hari hakim, yaitu sebagai penterjemah hukum yang sudah ada, sedang kemungkinan no. 2 dan no. 3 jarang terjadi.

Hakim sebagai penterjemah hukum yang sudah ada menerapkan pada peristiwa kongkret sesuai dengan perkara yang dihadapkan kepadanya untuk kemudian hakim membuat putusan sebagai hukum temuan atau bentukan hakim sebagai norma individual (*individual norms*) pada perkara yang diselesaikan.¹⁷¹ Putusan majelis hakim pada Pengadilan tersebut setelah diucapkan disebut sebagai putusan pengadilan, termasuk yang telah menjadi yurisprudensi sebagai hukum *in concreto*.¹⁷²

¹⁷⁰ *Ibid*, hlm. 11.

¹⁷¹ Maria Farida Indrati S., pembedaan antara norma hukum umum dan norma hukum individual didasarkan pada segi alamat yang dituju (adresatnya). Norma hukum umum ditujukan untuk orang banyak atau adresatnya umum dan tidak tertentu, sedangkan norma hukum individual adresatnya seseorang, beberapa orang, atau banyak orang yang telah tertentu. Dalam Maria Farida Indrati S., *Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, (Yogyakarta: Kanisus, 2007), hlm. 26-27.

¹⁷² Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*. (Jakarta: Huma, 2002), hlm. 97.



Nilai penting putusan hakim tersebut dan telah menjadi yurisprudensi dapat dikaitkan dengan ketidaklengkapan peraturan perundang-undangan sehubungan dengan dinamika sosial atau dalam hal terdapat ketidakjelasan peraturan perundang-undangan. Dalam *perspektif* (sudut pandang) perbandingan hukum, meskipun yurisprudensi sama-sama penting, namun derajat kepentingannya berbeda antara tradisi *common law* dan tradisi *civil law*. Tradisi *common law* menganut prinsip *stare decisis* atau *preseden*, sedangkan dalam tradisi *civil law* tidak. Artinya, dalam tradisi *common law*, hakim harus mengikuti putusan hakim terdahulu terhadap perkara yang sama, kecuali dapat ditunjukkan argumentasi yang menjadi dasar untuk menyimpangi putusan hakim terdahulu. Di pihak lain, dalam tradisi *civil law*, yang dianut di Indonesia hakim tidak ada terikat pada putusan hakim sebelumnya untuk perkara yang sama, kecuali putusan tersebut diikuti karena meyakinkannya untuk diikuti.¹⁷³ Hal tersebut didasari adanya asumsi bahwa hukum di Indonesia mengenal penemuan hukum *heteronom* sepanjang hakim terikat pada undang-undang, tetapi penemuan hukum ini juga mempunyai unsur-unsur *otonom* yang kuat karena hakim seringkali harus menjelaskan atau melengkapi undang-undang menurut

¹⁷³ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 45.



pandangannya sendiri.¹⁷⁴ Jadi hakim di Indonesia tidak terikat pada putusan mengenai perkara yang sejenis yang pernah diputuskan walaupun sering dianggap tidak ada kepastian hukum.

Hal lain yang perlu mendapat perhatian, kecuali hakim sebagai pelekat undang-undang, maka peran sebagai penterjemah dan pembentuk hukum menunjukkan tidak ada suatu putusan yang tidak mengandung rekayasa (*engineering*) dari hakim. Semua putusan hakim adalah hasil dan upaya menemukan hukum yang "*fit*" sebagai dasar memutus suatu peristiwa hukum.¹⁷⁵ hanya berbeda dari sudut tingkatannya *greetnya*. Selanjutnya terdapat kewajiban hakim untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Memaknai mengadili menurut hukum, dan adanya kewajiban hakim untuk berupaya menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dilakukan pertama-tama dengan menemukan hukum (*rechtsvinding*). Secara lebih luas menemukan hukum termasuk pekerjaan yang semata-mata melekatkan kaidah hukum pada suatu peristiwa hukum sebagai langkah awal berada dalam tataran norma hukum karena hakim memiliki peran sebagai pelaksana hukum.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 12.



3.1.2.2. Makna Hakim Mengadili dengan Tidak Membeda-bedakan Orang

Konsep "tidak membeda-bedakan" tidak hanya berlaku untuk menyelenggarakan peradilan, melainkan penyelenggaraan negara dan pemerintahan. Pembuat undang-undang secara asasi tidak boleh membuat undang-undang yang membeda-bedakan orang. Hal ini sebagai konsekuensi dan tindak lanjut dalam pelaksanaan negara hukum dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia, Sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD Negara RI Tahun 1945 yang menyebutkan bahwa "Negara Indonesia adalah negara hukum".

Asas tidak membeda-bedakan orang, meskipun berbeda tetapi mempunyai hubungan yang erat dengan, asas mengadili menurut hukum. Kedua asas ini sama-sama berakar dari konsep-konsep demokrasi, negara berdasarkan hukum, dan secara lebih spesifik juga berakar pada konsep hak asasi manusia. Di sinilah peran besar hakim yang harus mampu menjamin keseimbangan antara tuntutan keadilan, kemanfaatan dan kepastian dalam suatu proses untuk menemukan kepuasan (*satisfaction*) pencari keadilan atau masyarakat pada umumnya.¹⁷⁶ Asas tidak membeda-bedakan orang pada umumnya menyangkut

¹⁷⁶ *Ibid*, hlm. 2.



aspek hukum materiil (*substantif*) terkait dengan norma-norma yang dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan dan bersifat klausulatif. Namun demikian didalamnya harus memuat beberapa kebijakan sebagai konsekuensi adanya asas tidak membeda-bedakan orang dalam bentuk adanya jaminan persamaan perlakuan atau tindakan kepada setiap orang tanpa pandang bulu (*equal treatment*) atau dalam skala yang lebih luas harus memberikan jaminan keadilan yang sama dihadapan hukum bagi setiap orang (*equality before the law*). Mengingat asas tidak membeda-bedakan orang menyangkut aspek *substantif* tersebut, maka seringkali asas ini dihadapkan pada sifat karakteristiknya yang kaku (*rigid*) dan kurang *dinamis* atau kurang dapat mengikuti perkembangan jaman, sebab norma yang telah dirumuskan dengan kalimat atau kata-kata dalam Pasal Pasal undang-undang akan bersifat tetap meskipun waktu berjalan, sementara masyarakat senantiasa berkembang terus seiring dengan perkembangan dan kemajuan jaman, sehingga kadang terkait dengan asas tidak membeda-bedakan orang ini dipermasalahkan aspek *substantifnya* dalam kaitannya dengan objek penelitian ini menyangkut hal-hal seperti hukum yang sudah usang, kurang mencerminkan rasa keadilan dan sebagainya.



Elemen adanya asas tidak membeda-bedakan orang (*equality before the law*) merupakan salah satu elemen dalam konsepsi "*Rule of Law*", disamping adanya elemen *supremacy of law*, dan *constitution based on human right*.¹⁷⁷

Selanjutnya dapat dipahami bahwa negara Indonesia sebagai negara hukum mempunyai karakteristik yang salah satunya menentukan adanya kebijakan bahwa "Setiap warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahannya tanpa kecuali".¹⁷⁸ Untuk kemudian, kebijakan tersebut telah dituangkan dalam Pasal 27 ayat (1) UUD Negara RI Tahun 1945.¹⁷⁹

Dengan demikian, penegakkan asas tidak membeda-bedakan orang oleh hakim dalam mengadili perkara secara tidak langsung sebagai implementasi dari pelaksanaan unsur-unsur negara hukum, yang secara jelas memiliki korelasi dan korelasi tersebut nampaknya cukup penting, mengingat aspek *substantif* dalam mengadili dengan memperhatikan asas tidak membeda-bedakan orang, kadang dihadapkan pada kondisi di mana peraturan perundang-undangan (hukum) ternyata sudah usang,

¹⁷⁷ A. Mukhtie Fadjar, "Peran "The Rule of Law" Dalam Penguatan "Civil Society", dalam IDEA Kumpulan Makalah "Konstitusi dan Demokrasi", (Jakarta, IDEA, 2001), hlm. 2.

¹⁷⁸ Bandingkan dengan Padmo Wahyono, *Op. cit.*, hlm. 21.

¹⁷⁹ Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 27 ayat (1) Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan Pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan Pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.



kurang mencerminkan rasa keadilan dan sebagainya.

Sehingga mengharuskan hakim untuk melakukan proses penemuan hukum.

Disamping itu, penegakkan asas tidak membeda-

bedakan orang oleh hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara perdata, sebagai perwujudan

perlindungan hukum yang diberikan oleh Negara kepada masyarakat pencari keadilan, sehingga hakim dalam

memeriksa dan mengadili suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, akan menerapkan peraturan perundang-

undangan yang berlaku (sesuai hukum positif) secara tepat dan apabila ternyata undang-undang tidak mengatur, atau

mengatur tetapi tidak jelas, padahal pada sisi lain masyarakat pencari keadilan yang membawa persoalan

mereka sampai ke persidangan membutuhkan penyelesaian seadil-adilnya atas kasus mereka tersebut,

maka dengan berorientasi pada penerapan asas tidak membeda-bedakan orang, perkara tersebut akan tetap

diadili dengan menggali pada nilai-nilai hukum yang berkembang di masyarakat melalui mekanisme penemuan

hukum, agar dapat diperoleh putusan yang tepat dalam arti menurut hukum yang berlaku dan atau hukum yang

berkembang di masyarakat) dan sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Untuk selanjutnya putusan tersebut

dapat dilaksanakan/dieksekusi serta mengikat kepada para



pihak sesuai dengan kedudukan hukum (*legal standing*) dari para pihak sesuai amar putus tersebut. Dengan demikian, hakim dalam menerapkan asas tidak membedakan orang melalui penyelesaian sengketa yang dilakukannya secara langsung telah berupaya untuk memberikan perlindungan hukum represif,¹⁸⁰ kepada masyarakat, khususnya warga masyarakat yang berperkara.

Dalam penelitian ini dapat ditunjukkan pelaksanaan tugas hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya untuk diselesaikan dengan tidak membedakan orang, seperti pada Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin No. 46/PDT/2010/PT.BJM. Tanggal Putusan 31 Agustus 2010 tentang perkara Perjanjian Pengikatan Jual Beli yang cacat hukum karena adanya kedudukan yang tidak seimbang atau tidak patut. Dalam putusan ini dijelaskan bahwa pada awal bulan peberuari tahun 2009 telah terjadi kesepakatan antara para pihak, Pembanding - semula Penggugat yang hendak membeli tanah dan bangunan di atasnya yang data lengkapnya sebagaimana termuat dalam duduk perkara ini seharga Rp. 2.000.000.000,- milik Terbanding- semula Tergugat I dan II, dan kesepakatan tersebut tidak dituangkan dalam

¹⁸⁰ Bandingkan dengan Philipus M Hadjon, *Op.cit.*, hlm. 1.



tulisan hanya secara lisan kemudian disepakati bahwa Terbanding yang mencari Notaris untuk menuangkan kesepakatan tersebut dalam akta perjanjian pengikatan jual beli. Selanjutnya pada tanggal 19 Pebruari 2009 dihadapan Notaris yang ditunjuk telah dilakukan penandatanganan oleh para pihak dan pada tanggal 27 Pebruari 2009 Pembanding telah mebayar uang muka sebesar Rp.1.350.000.000,- Pada bulan April 2009, Pembanding mendatangi Terbanding untuk menyerahkan uang sisa harga pembelian tanah tersebut sebesar Rp. 650.000.000,- tapi ditolak oleh Terbanding, dengan alasan sisa bukan Rp. 650.000.000,- melainkan sebesar Rp.3.150.000.000,- karena harga bukan Rp.2.000.000.000,- tapi Rp.4.500.000.000,- sesuai perjanjian pengikatan jual beli, yang ternyata tertulis harga sebesar Rp.4.500.000.000,- pembayaran uang muka sebesar Rp.1.350.000.000,- melalui billet giro BNI tertanggal 27 Pebruari 2009. Sisa harga pembayaran sebesar Rp.3.150.000.000,- dan memuat ketentuan dalam Pasal 4, apabila dalam jangka waktu dua bulan tidak dilunasi dikenakan bunga 1% perbulan, apabila dalam jangka waktu 6 bulan tidak dilunasi maka Perjanjian menjadi batal dan uang muka yang telah diserahkan oleh Pembanding- semula Penggugat tidak dapat diminta kembali. Sebagaimana dikemukakan Pembanding – semula



penggugat bahwa Terbanding- semula tergugat I dan II telah melakukan perbuatan menyembunyikan data dan menyerahkan data yang lain dari kesepakatan awal, sehingga pada waktu sebelum penandatanganan di hadapan Notaris, atas permintaan Pembanding untuk dibacakan akta lebih dahulu sebelum ditandatangani tapi dihalang halangi oleh Terbanding, ternyata Terbanding telah melakukan Penyesatan (*dwaling*) dan penipuan (*bedrog*) mengenai status tanah yang ternyata sedang dianggunkan, juga jumlah harga, serta tentang dalam waktu 6 bulan tidak dilunasi uang muka Rp.1.350.000.000,- menjadi tidak bisa diambil kembali oleh Pembading- semula penggugat, yang sebetulnya tidak ada disepakati sebelumnya.

Namun Pengadilan tingkat pertama dalam putusannya telah menolak gugatan Pembanding -- semula penggugat untuk seluruhnya didasari alasan-alasan bahwa perjanjian yang dibuat oleh para pihak adalah akta partai yang isinya kehendak kedua belah pihak dan perjanjian tersebut dibuat dihadapan Notaris serta telah lengkap ditandatangani maka sesuai Pasal 15 ayat 1 Undang-undang Nomor 30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris maka Majelis berpendapat isi perjanjian tersebut adalah kehendak para pihak bukan kehendak sepihak saja dan mengenai adanya pembujukan untuk menandatangani ternyata tidak terbukti



sehingga perjanjian pengikatan jual beli tersebut mengikat kedua belah pihak serta mengenai tuntutan penggugat agar tergugat mengembalikan uang muka sebesar Rp.1.350.000.000,- oleh karena inti gugatan Penggugat tidak terbukti maka tuntutan tersebut harus ditolak. Terhadap putusan tersebut, Pengadilan Tingkat Banding tidak dapat menerima dan tidak membenarkan pertimbangan hukum putusan Pengadilan tingkat pertama tersebut, didasari pertimbangan bahwa dari dari fakta hukum tersebut di atas, maka pokok persoalan yang menjadi titik sengketa dalam perkara ini adalah:

1. Apakah isi perjanjian pengikatan jual beli tanggal tanggal 19 Pebruari 2009 Nomor 100 beralasan hukum untuk dinyatakan tidak sah sehingga tidak mengikat kedua belah pihak atau sebaliknya sudah beralasan hukum untuk dinyatakan sah
2. Apakah dengan tidak dilanjutkan perajjian pengikatan jual beli tersebut, ke tahap akta jual beli, dihadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah mengakibatkan uang muka sebesar Rp.1.350.000.000,- menjadi hangus atau tidak harus dikembalikan oleh Terbanding-semula Tergugat I dan II kepada Pemanding – semula Penggugat.

Secara normatif akta perjanjian pengikatan jual beli *a quo* dari segi formil harus dianggap benar karena dibuat oleh



pejabat umum, sedangkan dari segi materil juga harus dianggap benar jikalau tidak dipersoalkan oleh salah satu pihak, tapi oleh karena dipersoalkan maka harus dipertimbangkan satu-persatu hal-hal yang dipersoalkan oleh Para Pihak tersebut.

Mengenai status tanah yang ternyata sedang dalam agunan sedangkan pada saat negosiasi tidak disebutkan oleh pihak penjual, Tentang keberatan tersebut majelis Hakim tingkat banding berpendapat, seorang pembeli tanah yang sudah bersertifikat seharusnya lebih dahulu mempelajari dan meneliti sertifikat tanah tersebut, dihubungkan dengan bentuk perjanjian jual beli yang dibuat dalam bentuk pengikatan jual beli, yang salah satu alasannya adalah jika sertifikat belum ditangan pihak penjual sehingga dengan alasan hal itu tidak dapat membatalkan perjanjian pengikatan jual beli tersebut.

Mengenai harga yang tertulis seharga Rp.4.500.000.000,- yang menurut pembandingan pada waktu negosiasi kesepakatan lisan hanya Rp. 2.000.000.000,- bahwa setelah mencermati alat bukti yang diajukan oleh Terbanding yaitu berupa Akta Perjajian Pengkatan Jual Beli yang dilakukan oleh Terbanding dengan beberapa Orang lain, yang obek jual belinya adalah tanah yang bersebelahan atau berada disekitar tanah dalam Perjanjian Pengkatan jual beli dalam perkara ini, ternyata harganya



berkisar antara Rp.2.000.000.000,- hingga 2.150.000.000,-, sehingga harga yang termuat dalam akta perjanjian pengikatan jual beli *a quo* adalah tidak sebanding dengan harga pasaran, maka alasan pembanding tentang perbedaan harga tanah, tidak dapat mengakibatkan batal perjanjian pengikatan jual beli.

Mengenai uang muka sebesar Rp.1.350.000.000,- sebagaimana termuat dalam Pasal 4 menyatakan, "Apabila pihak kedua sampai dengan batas waktu sisa pembayaran sebagaimana diatur dalam Pasal 3 perjanjian ini belum juga melunasi maka pihak kedua wajib membayar kepada pihak pertama denda atas keterlambatan pembayaran tersebut sebesar 1% (satu persen) perbulannya dari sisa harga pembayaran dengan jangka waktu maksimum 6 (enam) bulan terhitung sejak penandatanganan akta ini; Apabila ternyata Pihak Kedua tidak dapat membayar lunas atas harga pembelian 2 (dua) bidang tanah tersebut di atas, maka perjanjian ini menjadi batal dan uang yang telah diterima oleh Pihak Pertama atau Terbanding tidak dapat diminta kembali oleh Pihak Kedua. Pembanding- semula Penggugat. Secara formil bunyi Pasal 4 *a quo* telah ditulis dengan kata-kata yang jelas sehingga tidak diperlukan *interpretasi*, selanjutnya akan dicermati dari sudut isinya yang dipersoalkan oleh para pihak, apakah dengan tidak dilanjutkan pengikatan jual beli *a quo* kedalam Akta Jual



Beli PPAAT, mengakibatkan uang muka tidak wajib dikembalikan, atau harus dikembalikan. Di mana sejak semula Pembanding telah menaruh keberatan atas pencantuman isi Pasal tersebut, karena tidak pernah dibicarakan pada waktu diadakan persetujuan lisan, sedangkan dipihak penjual menyatakan sebelumnya telah disetujui para pihak dan sudah dibacakan oleh Notaris, perbedaan keterangan tersebut, secara materil telah merugikan pihak pembeli yaitu Pembanding – semula penggugat dan telah memberi keuntungan kepada pihak penjual yaitu Terbanding-semula tergugat, karena pihak penjual telah memanfaatkan modal pembanding- semula penggugat sejak tanggal 27 Pebruari 2009, hingga sekarang, sedangkan pihak pembeli yaitu Pembanding belum menguasai tanah, karena tanah tetap dikuasai oleh pihak penjual, yaitu Terbanding – semula tergugat I dan II.

Sementara mengenai benar atau tidaknya dibacakan dan dijelaskan lebih dulu oleh Notaris maksud Pasal, *a quo*. adalah sulit dibuktikan oleh pihak pembeli karena kedudukan para pihak tidak seimbang yaitu pihak pembeli seorang diri disatu pihak, sedangkan di pihak lain yaitu penjual dua orang dan Notaris serta dua orang saksi pegawai kantor Notaris, selanjutnya hal tersebut juga sulit dibuktikan oleh pihak penjual dan Notaris, karena ternyata



Notaris tidak dapat menunjukkan alat bukti lain seperti konsep atau catatan notaris yang diparaf oleh para pihak tentang kesepakatan tersebut, sehingga dalam hal ini dapat dinyatakan telah terjadi suatu keragu-raguan tentang isi perjanjian yaitu tentang uang muka dan tentang telah dibaca dan telah dijelaskan lebih dahulu oleh Notaris kepada para pihak sebelum ditandatangani. Dengan adanya suatu keragu-raguan tentang isi dalam suatu perjanjian maka isi tersebut haruslah diuji dengan menghubungkannya dengan menurut apa yang adil, yang patut dan menurut apa yang menjadi kebiasaan dalam negeri atau ditempat dimana perjanjian pengikatan jual beli telah dibuat.

Dengan mendasarkan pada alat bukti yang diajukan dan hal-hal yang telah menjadi pengetahuan umum maka tidak perlu dibuktikan lagi, dihubungkan dengan fakta-fakta hukum tersebut di atas, Sehingga dapat diambil kesimpulan bahwa kebiasaan yang hidup dalam masyarakat setempat tentang uang muka, apabila perjanjian jual beli tidak dilaksanakan karena perjanjian dibatalkan, maka uang muka wajib dikembalikan seluruhnya oleh pihak penjual kepada pihak pembeli, jika tidak terlaksananya dari pihak pembeli karena tidak dapat melunasi pada waktu disepakati maka uang muka juga tetap dikembalikan tapi biaya pembuatan akta perjanjian



menjadi kewajiban pihak pembeli yang menyebabkan tidak terlaksana jual beli, atau pada intinya jika jual beli tidak terlaksana baik disebabkan oleh pihak penjual maupun oleh pihak pembeli, maka uang muka harus dikembalikan, tidak ada yang menjadi hangus ataupun dengan sendirinya mejadi milik pihak penjual tanah. Sesuai Pasal 5 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman telah memerintahkan, bahwa hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, sehingga suatu peristiwa hukum kongkret tidak boleh hanya dilihat dari *konstruksi literal – yuridis* suatu undang-undang atau perjanjian, tapi juga harus diteropong dalam terang benderang konteks yang utuh dan *komprehensif* baik Undang-undang atau suatu perjanjian maupun konteks peristiwa hukum itu sendiri, sehingga Majelis Hakim Tingkat Banding, tidak hanya mengandalkan undang-undang atau perjanjian tapi juga menghubungkannya dengan kebiasaan dan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat setempat mana kala telah ada persengketaan tentang isinya.

Di mana isi yang dimuat dalam perjanjian pengikatan jual beli *a quo*, ternyata tidak sama dengan kebiasaan yang hidup dalam masyarakat setempat, yaitu jika perjanjian



pengikatan jual beli batal maka uang muka yang telah diterima pihak penjual harus dikembalikan oleh pihak penjual kepada pihak pembeli, sehingga dapat diartikan ketentuan tersebut hanya bersifat efek psikologis oleh karena tidak biasa dilakukan oleh masyarakat juga tidak dilakukan oleh Terbanding kepada pembeli yang lain, maka telah membuktikan adanya penyalahgunaan kedudukan yang tidak seimbang, karena isi Pasal tersebut hanya menguntungkan salah satu pihak dan merugikan pihak lain, yaitu kewajiban dan resiko yang terlalu besar telah dibebankan kepada Pemanding – semula Penggugat selaku pembeli, sedangkan kepada penjual yaitu Terbanding – semula Tergugat I dan II, dapat mendatangkan keuntungan yang besar dan tidak dibebani kewajiban dan resiko yang seperti itu, sedangkan penyebab tidak dilanjutkannya perjanjian tersebut bukan semata-mata dari pihak pembeli, maka dinilai tidak adil dan tidak patut, sehingga isi perjanjian tersebut harus diartikan sebagai suatu sebab yang tidak halal dan dapat dikatakan unsur-unsur dalam Pasal 1320 KUH Perdata tidak terpenuhi seluruhnya, dengan demikian maka isi Akta Perjanjian Pengikatan Jual Beli dalam perkara ini adalah cacat hukum. sehingga harus dinyatakan tidak mengikat kepada para pihak. Oleh karena itu, Perjanjian tersebut harus dinyatakan tidak mengikat kepada para pihak dan



telah merugikan Pemandang, sehingga telah memenuhi unsur-unsur perbuatan melawan hukum. Maka uang muka yang telah diterima oleh Terbanding harus dikembalikan seluruhnya sebesar Rp.1.350.000.000,- dengan kewajiban membayar bunga 16 % setahun, karena awalnya berasal dari pinjaman modal dari Bank, dengan bunga 16 % setahun dan modal tersebut telah dinikmati oleh Terbanding, sejak tanggal 27 Pebruari 2009, sampai sekarang, demikian pula tanah yang akan menjadi objek jual beli yang gagal tersebut tetap dikuasai dan dinikmati oleh terbanding.¹⁸¹ Dengan demikian, hakim yang memeriksa dan mengadili perkara ini untuk menjatuhkan putusan dengan tidak membedakan orang, di mana Pemandang – semula Penggugat dalam melakukan perjanjian jual beli Tanah hanya sendiri dan pihak Tergugat- semula Terbanding beberapa orang, dan terbukti terbukti dalam pembuatan perjanjian tersebut terdapat perbuatan melanggar hukum, namun demikian ia tetap harus diperlakukan sama dengan orang-orang lain, oleh karenanya atas peristiwa hukum perdata tersebut bagi Penggugat – semula Pemandang diperlakukan sama dengan orang-orang lain yang akan membeli tanah di mana atas pembayaran uang muka, apabila perjanjian jual beli dibatalkan maka tidak menghapuskan hak terhadap

¹⁸¹ Amar Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin Nomor: 46/PDT/2010/PT.BJM. Tanggal Putusan: 31 Agustus 2010.



uang muka tersebut, sementara bagi Tergugat – semula Terbanding timbul kewajiban untuk mengembalikan uang muka dan karena telah menikmati uang muka serta tetap menguasai tanah yang akan dijual, agar mendapat perlakuan yang sama maka pihak Terbanding – semula Tergugat dikenakan denda sesuai kebijakan yang berlaku pada Bank Pemerintah yaitu sebesar 16 % setahun.

Ketika berbicara mengenai suatu putusan hakim yang memberikan jaminan terhadap hak atas perlakuan yang sama dihadapan hukum (*equality before the law*) atau dalam rangka menerapkan asas tidak membedakan bedakan orang, maka jika hanya sekedar mengandalkan keberadaan peraturan perundang-undangan dan atau hukum yang berlaku (hukum positif), hal itu solah-olah hakim hanyalah dijadikan sebagai sebagai corong undang-undang alat peradilan bersifat (*heteronom*) tetapi tidak ada daya penggerakannya, untuk itu adanya kewajiban bagi hakim bersifat (*otonom*) untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.¹⁸² Mengingat nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup, yang diterapkan dalam pergaulan sehari-hari sebagai jalinan nilai-nilai dari konsep abstrak dalam diri manusia tentang apa yang dianggap baik sehingga dianut atau ditaati, dan apa yang dianggap buruk

¹⁸² Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.



sehingga dihindari,¹⁸³ sehingga dapat dipahami apabila putusan hakim tidak sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat maka dapat dipastikan bahwa putusannya tidak akan dapat dilaksanakan untuk disekekusi dan menunjukkan adanya perlawanan eksekusi nantinya karena ada perlakuan yang tidak sama atau berbeda-beda terhadap orang perorang.

Dengan kata lain adanya kewajiban hakim dan yang telah dilakukan oleh hakim dalam menyelesaikan perkara perdata dengan melakukan penemuan hukum, telah tepat, utamanya dalam mewujudkan asas tidak membeda-bedakan orang tersebut, agar putusan yang memuaskan para pihak dan dapat dilaksanakan untuk dieksekusi dengan tidak mengorbankan atau mengabaikan ketentuan perundang-undangan yang berlaku (hukum positif). Di sini hakim dapat menunjukkan perannya secara tidak "*legalistik formal*" tetapi bersifat dinamis atau menggunakan hukum secara *progresif*.¹⁸⁴

Seperti pada Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No.Reg: 3641. K/PDT/2001, Tanggal Putusan: 11 September 2002 tentang perkara Perjanjian Akibat Penyalahgunaan Keadaan. Dengan cara, Tergugat menyodorkan akta No. 41 dan 42, yang isinya Penggugat Pengakuan Hutang dan permohonan membuka rekening

¹⁸³ Soerjono Soekanto. *Op.cit.*, hlm. 29.

¹⁸⁴ Bandingkan dengan Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 10-11.



pada Giro Bilyet senilai Rp. 20.000.000.000,- dan Rp. 15.000.000.000,- untuk ditandatangani oleh Penggugat, sehingga merugikan Penggugat karena diandatangani secara terpaksa dan terlaksana di sel tahanan Polda Metro Jaya.¹⁸⁵

Dalam memeriksa perkara tersebut hakim mempertimbangkan bahwa keberlakuan asas kebebasan berkontrak tidak bersifat mutlak yang berarti dalam keadaan tertentu hakim berwenang melalui tafsiran hukum untuk meneliti serta menyatakan bahwa kedudukan para pihak dalam suatu perjanjian berada dalam keadaan yang tidak seimbang, sehingga salah satu pihak dianggap tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya seolah-olah perjanjian terjadi secara sepihak. Mengingat system hukum perjanjian yang bersifat terbuka, maka pada saat terjadi perjanjian yang berlaku tidak hanya KUHPerdata atau hukum positif, tetapi nilai-nilai hukum lainnya yang hidup di kalangan rakyat lainnya sesuai dengan kepatutan, keadilan peri kemanusiaan, seperti penyalahgunaan keadaan atau larangan penyalahgunaan ekonomi yang berlaku secara berdampingan dan saling mengisi, sehingga merupakan suatu kesatuan. Oleh karena itu, nilai-nilai yang dimaksud mempunyai pengaruh yang dapat dipakai sebagai upaya terhadap ketentuan-ketentuan yang telah

¹⁸⁵ Amar Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 3641. K/PDT/2001, Tanggal Putusan: 11 September 2002.



disepakati. Oleh karena itu, penandatanganan perjanjian pada akta perjanjian No. 41 dan 42 oleh pemohon kasasi ketika ia berada dalam tahanan adalah karena adanya penyalahgunaan keadaan atau kesempatan sehingga pemohon kasasi sebagai salah satu pihak dalam perjanjian-perjanjian yang telah disepakati dalam keadaan tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya. Berarti akibat hukum yang dibuat sebagaimana tersebut dalam perjanjian yang tercantum pada akta perjanjian No. 41 dan 42 tersebut beserta perjanjian lainnya yang terbit atau dibuat berdasarkan kedua perjanjian tersebut harus dibatalkan.

Pemahaman hakim atas hukum yang berlaku atau hukum positif atau hukum yang hidup hakim dianggap selalu tahu hukum (*jus curia novit*).¹⁸⁶ Dianggap mampu mencari dan menemukan hukum untuk kepentingan memeriksa dan mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya, dengan kata lain hakim harus selalu siap untuk memberikan pelayanan kepada setiap pencari keadilan yang memohon keadilan kepadanya. "Siap mencari hukum yang baik yaitu hukum yang mencerminkan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat".¹⁸⁷ Di mana tujuan utama hukum yaitu menciptakan keadilan dan kepastian hukum serta kemanfaatan. Untuk mewujudkan tujuan

¹⁸⁶ *Ibid*, hlm. 821.

¹⁸⁷ Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Sistem Hukum Mewujudkan Tata Pemerintahan Yang Baik*, (Malang: Asah Asih Asuh, 2010), hlm, 189.



tersebut, hukum menjalankan beberapa fungsi yaitu hukum sebagai pemelihara ketertiban dan keamanan, hukum sebagai sarana pembangunan, hukum sebagai sarana penegak keadilan, dan hukum sebagai sarana pendidikan dan pembaharuan masyarakat.¹⁸⁸

Demikian juga pada Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 569. K/Sip/1983, Tanggal Putusan: 13 Juni 1983 tentang perkara Perjanjian Gadai Rumah. Penggugat pada tanggal 25 Oktober 1976 telah menggadaikan rumahnya di Pejompongan Rt.001/06 Kelurahan Bendungan Hilir Jakarta Pusat, seharga Rp. 300.000,- kepada tergugat dengan catatan apabila selama 6 bulan penggugat Asal tidak dapat mengembalikan uang tersebut kepada tergugat. Penggugat menyerahkan rumah tersebut dengan permufakatan dan perhitungan, oleh karena penggugat belum dapat mengembalikan uang gadai tersebut tergugat mendapat keuntungan dari pungutan Asal 33 1/3%. Dalam pelaksanaannya penggugat Asal belum dapat mengembalikan uang tersebut selama 6 bulan, seharusnya diadakan perhitungan, tetapi oleh tergugat pada tanggal 25 April 1977 dibuat surat pemindahan hak bangunan rumah penggugat Asal, surat tersebut dikerjakan dan dibantu oleh tergugat II yang waktu itu menjabat Rt. 001, perbuatan

¹⁸⁸ apakabar@clark.net, diakses pada tanggal 20 Oktober 2010.



mana sangat merugikan penggugat. Asal karena semestinya rumah tersebut akan di jual dan hasil penjualannya akan dibayarkan kepada tergugat I. Selanjutnya pada tanggal 5 Mei 1978 rumah penggugat yang di gadaikan tersebut agar segera dikosongkan, penggugat disuruh membuat pernyataan pengosongan rumah dengan dibarengi pemindahan hak penggugat dengan tukar tambah, perbuatan mana sangat merugikan penggugat baik moral maupun material. Hakim Mahkamah Agung mempertimbangkan untuk menerapkan hukum, baik hukum formil atau hukum acaranya maupun hukum materiil terkait dengan telah diakuinya pelaksanaan kontrak rumah oleh termohon kasasi yang belum dibayar, sehingga tidak disangkal atas ganti rugi yang dimohonkan, dan termohon tidak mempunyai kewajiban untuk membuktikan hal-hal yang telah diakui dan dibenarkan oleh pemohon tersebut. Sementara terkait dengan pendapat pengadilan tentang jumlah ganti rugi yang dimohonkan oleh termohon terlalu besar jumlahnya, maka dengan adanya petitum atau apa yang oleh penggugat (dhi.pemohon kasasi) diminta atau diharapkan agar diputuskan oleh hakim. Jadi petitum itu akan mendapatkan jawabannya dalam dictum atau amar putusan. Maka oleh karena itu Penggugat/Pemohon harus merumuskan petitum dengan jelas dan tegas (*een duidelijke en bepalde conclusie*),



apabila tuntutan tidak jelas dan tegas dapat berakibat tidak diterimanya tuntutan tersebut. Atas dasar hal tersebut maka ada kebebasan bagi peradilan untuk menetapkan besarnya ganti rugi dengan memperhatikan kerugian termohon yang sudah berjalan 3 tahun 6 bulan lebih lamanya. Di sini hakim menegaskan untuk tidak membeda-bedakan orang melainkan disesuaikan dengan kondisi pada saat peristiwa kongkretnya terjadi.

Telah dipahami bahwa Hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum. Warga masyarakat pencari keadilan datang padanya untuk mohon keadilan, maka hakim setelah mengkonstatasi, mengkualifikasi selanjutnya harus melakukan identifikasi terhadap hukum yang berlaku (menurut hukum), apabila tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum dengan tidak membeda-bedakan orang sesuai dengan kearifan dan kebertanggung jawabannya kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, bangsa, dan negara. Selanjutnya untuk mencerminkan tidak dilakukannya penyelesaian hukum atas sengketa yang diajukan terhadapnya secara berbeda-beda, maka hakim harus memahami, mempertimbangkan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat atas dasar rasa keadilan, kemudian barulah hakim memutus apa hukumnya dan bagaimana



keadilannya dalam kasus kongkret perkara itu. Seandainya dalam menemukan hukumnya tadi hakim berpendapat bahwa nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat itu tidak sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945 atau bertentangan dengan perundang-undangan lainnya maka tentunya hakim tidak wajib menerapkannya dalam putusannya, hakim tidak wajib untuk mengangkat setiap kebiasaan tapi harus menguji lebih dahulu kebiasaan tersebut, karena negara memberikan kewenangan kepada hakim untuk menentukan hukumnya bukan masyarakat itu. Putusan dengan tahap-tahap yang demikian harus dilakukan terhadap setiap orang atau warga masyarakat yang sekaligus menunjukkan tahap-tahap berlakunya hukum dalam masyarakat untuk mewujudkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat.

3.1.3. Putusan Hakim Sebagai Penemuan Hukum dalam Penyelesaian Perkara Perdata ditinjau dari Beberapa Perspektif (sudut pandang)

Hakim dalam menjalankan tugasnya harus bersikap adil, objektif menurut hukum dan tidak membeda-bedakan orang atau tidak memihak dan dilaksanakan sesuai dengan ketentuan-ketentuan hukum acara perdata yang memberikan jaminan yang objektif dalam pemeriksaan di muka persidangan. Hakim dalam



memeriksa dan mengadili perkara-perkara perdata atau gugatan-gugatan perdata akan berhadapan dengan dua pihak yang memiliki kepentingan yang saling bertentangan yakni pihak penggugat dan pihak tergugat, baik yang bertindak untuk dan atas nama dirinya sendiri ataupun melalui kuasa-kuasa hukumnya. Selanjutnya hakim bertindak sebagai pihak ketiga yang bersifat netral dan tidak memihak untuk secara objektif mengadili perkara tersebut sesuai dengan hukum dan keadilan dalam perkara perdata tersebut dan pada akhirnya hakim memberikan kesimpulan hukum sebagai putusan yang mengikat para pihak.¹⁸⁹

Sebagai salah satu unsur aparat penegak hukum, tugas dan tanggungjawab Hakim sungguh sangat berat. Hakim diharapkan dapat menjadi benteng atau pelarian terakhir (*the last resort*) bagi para pencari keadilan (*justiciable*). Dalam posisi seperti ini, Hakim dituntut harus mempunyai kemampuan profesional, serta moral dan integritas yang tinggi yang mencerminkan rasa keadilan, memberikan manfaat dan menjamin kepastian hukum.

Beratnya tanggung jawab Hakim disebabkan oleh karena Hakim dalam menjalankan tugas dan kewenangannya mempunyai kewenangan yang besar semakin besar kewenangannya semakin besar pula tanggung jawabnya, hakim berwenang mencabut nyawa orang lain, menceraikan perkawinan, menyita harta milik orang lain maka harus bertanggung jawab kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, para pihak, masyarakat, pengadilan yang lebih tinggi dan

¹⁸⁹ Yakup Ginting, *Penerapan Nilai-nilai Hukum yang Hidup Dalam Masyarakat oleh Hakim Dalam Perkara Perceraian dari Perkawinan yang tidak Dicatatkan di Kantor Catatan Sipil*, Tesis Program Pascasarjana Universitas Sumatera Utara Medan, 2002, hlm. 19.



ilmu pengetahuan hukum. Mengingat beratnya tanggung jawab itu maka adanya profesionalisme dan integritas pribadi belumlah cukup, melainkan Hakim juga harus mempunyai iman dan taqwa yang baik, mengimani adanya kehidupan lain setelah selesai hidup di dunia ini, mampu berkomunikasi serta menjaga peran, kewibawaan dan statusnya dihadapan masyarakat.

Tugas Hakim selain bersifat praktis rutin, juga bersifat ilmiah. Sifat tugas Hakim yang demikian ini, membawa konsekuensi bahwa Hakim harus selalu mendalami perkembangan ilmu hukum dan kebutuhan hukum masyarakat. Dengan cara itu, akan memantapkan pertimbangan-pertimbangan sebagai dasar penyusunan putusannya. Dengan cara ini pula Hakim dapat berperan aktif dalam reformasi hukum yang sedang dituntut oleh masyarakat saat ini.

Putusan Hakim sebagai proses akhir dalam penegakan hukum merupakan kegiatan yang paling problematis, dilematis dan mempunyai tingkat *kontroversi* yang tinggi. Upaya untuk mencari, menemukan dan menerapkan hukum inilah yang kerap kali menjadi *dilematis* bagi hakim juga sering menimbulkan rasa tidak puas di kalangan masyarakat.

Dalam memeriksa dan memutus perkara hakim memiliki kebebasan, namun kebebasan hakim tersebut dipengaruhi oleh banyak faktor seperti sistem pemerintahan, politik, ekonomi, keamanan, kesejahteraan, pendidikan anak-anak, puluhan tahun harus berpisah tempat tinggal dengan keluarga dan anak-anak



karena ditugaskan di pulau-pulau terpencil yang alat transportasi amat sangat sulit, tidak tertutup pula adanya kemungkinan sifat yang tidak baik dan sebagainya. Kebebasan Hakim tersebut diberikan dalam rangka mengemban tugas untuk menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dengan jalan menafsirkan hukum dan mencari dasar-dasar serta asas-asas yang jadi landasannya, melalui perkara-perkara yang dihadapkan kepadanya, sehingga keputusannya mencerminkan perasaan keadilan Bangsa dan Rakyat Indonesia. Dengan kata lain, kebebasan Hakim berarti harus memperhatikan Pancasila, undang-undang, kepentingan para pihak dan ketertiban umum.

Putusan adalah hakikat peradilan, inti dan tujuan dari segala kegiatan atau proses peradilan, memuat penyelesaian perkara yang sejak proses bermula telah membebani pihak-pihak. Dari rangkaian proses peradilan tidak satupun di luar putusan peradilan yang dapat menentukan hak suatu pihak dan beban kewajiban pada pihak lain, sah tidaknya suatu tindakan menurut hukum dan meletakkan kewajiban beban pembuktian untuk dilaksanakan oleh pihak dalam perkara. Di antara proses peradilan hanya putusan yang menimbulkan konsekuensi krusial kepada para pihak.

Sebagaimana menurut Sudikno Mertodikusumo, putusan hakim adalah "...suatu pernyataan yang oleh Hakim, sebagai pejabat Negara yang diberi wewenang untuk itu, diucapkan



dipersidangan dan bertujuan untuk mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara atau sengketa antara para pihak.¹⁹⁰

Suatu pandangan secara "social oriented" selain dapat menimbulkan ketidakpastian, putusan hakim dapat menjadi sangat subjektif, sepenuhnya tergantung pada kemauan hakim yang bersangkutan. Kepentingan masyarakat berubah, kepentingan yang selalu berbeda dengan kepentingan yang lain, sehingga tidak akan ada konsistensi putusan. Orientasi sosial ini dapat pula merugikan kepentingan pencari keadilan. Harus ditegaskan bahwa, kepentingan utama dalam suatu perkara (putusan) adalah kepentingan pencari keadilan atau pihak-pihak yang berperkara selanjutnya kepentingan masyarakat berjalan seiring, atau dapat saling memberi, atau sekurang-kurangnya tidak bertentangan satu sama lain. Apabila bertentangan, hakim dalam putusannya wajib mengutamakan kepentingan pihak yang berperkara, karena merekalah yang mencari keadilan, para pihaklah yang secara langsung akan menerima konsekwensi putusan. Ada hal lain yang harus disadari oleh mereka yang sangat menekankan fungsi sosial hukum. Pandangan sosiologis seperti ini dapat bermakna hendak menundukkan kepentingan individual pencari keadilan dengan kepentingan sosial belaka. Sesuatu cara pandang yang kurang sesuai dengan tuntutan demokrasi, dan penghormatan terhadap hak-hak individu.

¹⁹⁰ Sudikno Mertodikusumo, *Hukum Acara Perdata*, (Liberty: Yogyakarta, 1988), hlm. 257.



Sebaliknya pada pandangan yang menekankan kepastian hukum dapat dipandang sebagai terlalu *normatif*. Hukum, apalagi kalau dipersempit menjadi hukum tertulis belaka, adalah hukum yang mencerminkan keadaan (sosial, ekonomi, politik), interest, dan berbagai latar belakang pada saat aturan itu lahir atau diterapkan. Hukum semacam ini berhadapan dengan kenyataan-kenyataan baru yang mungkin berbeda dengan suasana hukum yang diterapkan. Menerapkan secara bersahaja semata-mata demi kepastian hukum dapat berhadapan dengan rasa keadilan baik bagi pencari keadilan maupun masyarakat.

Oleh karena itu sebagai jalan keluar terbaik terhadap pandangan yang menekankan pandangan sosiologis dan pandangan yang menekankan pada kepastian hukum, maka tugas hakim adalah menafsirkan aturan hukum tersebut agar aturan hukum tersebut dapat sesuai dengan keadaan baru. Dengan menafsirkan maka dapat dipertemukan antara kepentingan-kepentingan putusan berdasarkan hukum dan kepentingan sosial dengan memberi makna baru terhadap hukum yang ada. Dengan kerangka yang lebih luas, aktualisasi antara hukum dapat dilakukan dengan menemukan hukum (*rechtvinding, legalfinding*) yang meliputi menemukan hukum yang tepat, menafsirkan dan melakukan konstruksi hukum.

Putusan hakim atau putusan pengadilan sangat diperlukan dalam penyelesaian perkara perdata, karena demikian diharapkan oleh para pihak, baik pihak penggugat maupun pihak tergugat untuk dapat menerima putusan, sehingga orang yang merasa hak



dan kepentingannya telah dilanggar oleh orang lain akan mendapatkan haknya kembali dan orang yang telah melanggar hak orang lain harus mengembalikan hak tersebut.¹⁹¹ Kiranya hal tersebut dapat dipahami, di mana disamping sebagai suatu hal yang ditunggu-tunggu dan sangat diharapkan oleh para pihak, bagi hakim dalam pelaksanaan tugasnya untuk memutus perkara, putusan hakim merupakan mahkota bagi hakimnya sekaligus puncak dan akta penutup yang mencerminkan nilai-nilai keadilan, kebenaran, penguasaan hukum dan fakta, etika, serta moral dari hakim yang bersangkutan.

Hal tersebut sebagai konsekuensi bahwa Hakim sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945,¹⁹² dan sebagai pejabat peradilan negara yang diberi wewenang oleh Undang-Undang untuk mengadili.¹⁹³ Atau secara sederhana dapat dipahami bahwa hakim, adalah pejabat kekuasaan kehakiman yang memeriksa dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya. Selanjutnya dalam implementasinya kekuasaan Kehakiman sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Pasal 1 Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman harus diwujudkan sebagai kekuasaan negara yang merdeka untuk

¹⁹¹ Lilik Mulyadi, *Putusan Hakim Dalam Hukum Acara Perdata. Teori, Praktik, Teknik Membuat dan Permasalahannya*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2009), hlm. 147.

¹⁹² Pasal 1 ayat (8) Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (yang lebih dikenal dengan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana atau KUHP).

¹⁹³ Pasal 1 huruf 1, 2, dan 3 Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum.



menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Hakim sebagai salah satu pemegang kekuasaan kehakiman apabila terhadapnya diajukan perkara perdata untuk diselesaikan, maka untuk mewujudkan rasa keadilan pada para pihak yang bersengketa maka hakim harus mengadili menurut hukum atau mengabdikan pada hukum, di sini hakim sebagai pengabdian hukum dibidang *repressif* atau sebagai penegak hukum. Atas dasar kondisi

yang demikian menjadikan tugas hakim identik dengan tugas pengadilan, sehingga sering menimbulkan anggapan bahwa pengadilan itu adalah hakim yang harus menegakkan hukum dan keadilan dalam masyarakat, yaitu melaksanakan tugas mengadili untuk penyelesaian perkara-perkara yang diajukan kepadanya. Jadi di sini hakim tidak hanya sekedar corong dari undang-undang (*rechtstoepassing*) tetapi hakim wajib untuk melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*), agar putusan yang diambilnya dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Ketentuan ini berlaku bagi semua hakim dalam semua lingkungan peradilan dan dalam semua tingkatan, baik hakim tingkat pertama, tingkat banding maupun tingkat kasasi atau hakim agung.

Guna mendukung pelaksanaan tugas hakim tersebut maka seharusnya telah tersedia hukum yang baik, sehingga hakimpun lebih banyak akan menjadi hakim yang baik. Sebagaimana telah dipahami bahwa hukum yang baik adalah hukum yang nyaris tidak memberikan peluang diskresi bagi hakim (*optimam esse legem*).



quae minimum relinquit arbitrio iudicis; id quod certitudo ejus praestat), namun dalam prakteknya, banyak ditemukan bahwa

undang-undang ternyata tidak lengkap atau tidak jelas meskipun dalam penjelasan undang-undang sudah disebutkan cukup jelas.

Oleh karena itu hakim harus mencari dan menemukan hukumnya (*rechtsvinding*), karena setiap aturan hukum perlu dijelaskan dan memerlukan penafsiran sebelum dapat diterapkan pada peristiwa hukum tertentu.¹⁹⁴

Dalam pelaksanaan tugas hakim tersebut, ternyata tidak selalu berjalan lancar karena hukum yang mengatur atas perkara yang dihadapkan kepadanya kadang kala kata atau kalimat undang-undang tidak jelas, atau undang-undang tidak lengkap dalam arti belum tegas-tegas mengatur suatu kasus kongkret yang diajukan kepada hakim. Padahal hakim tidak boleh menolak perkara tersebut dan hakim harus memeriksa dan mengadili perkara tersebut,¹⁹⁵ selain itu, diwajibkan pula kepada hakim untuk membuat pertimbangan hukum putusan dengan menyebutkan Pasal-Pasal dari peraturan perundang-undangan atau hukum tidak tertulis mana sebagai dasar untuk mengadili, upaya memutus menurut hukum dan rasa keadilan masyarakat, maka sebagai konsekuensinya hakim harus menggali dan atau harus melakukan penemuan hukum.

Apabila hakim dihadapkan pada perkara atau kasus kongkret yang demikian adanya, maka terhadap peraturan yang tidak jelas, hakim

¹⁹⁴ Johnny Ibrahim, *Op.cit.*, hlm. 215.

¹⁹⁵ Sesuai Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.



harus melakukan interpretasi/penafsiran terhadap bunyi undang-undang dengan berbagai metode interpretasi/penafsiran, seperti penafsiran otentik, sistematis, historis, sosiologis dan lain-lain. Sementara itu, terhadap peraturan yang tidak lengkap, hakim harus melakukan penalaran (*reasoning*), juga dengan berbagai metode penalaran/argumentasi tertentu seperti *argumentum a contrario*, *argumentum per analogiam* (analogi) dan penyempitan hukum (*rechts-verfining*). Dalam memeriksa dan mengadili perkara perdata yang dihadapkan kepada hakim atas kasus kongkret yang terjadi, sampai hakim dapat membuat putusan menurut hukum dan rasa keadilan masyarakat, oleh karenanya apabila dipandang perlu hakim harus melakukan penemuan hukum agar putusan yang dijatuhkan benar-benar mewujudkan adanya asas keadilan, asas kepastian hukum dan sekaligus asas kemanfaatan secara proposional.¹⁹⁶ Dimana hakim dalam menjatuhkan putusan dalam penyelesaian perkara perdata yang dihadapkan kepadanya akan tetap berorientasi pada norma-norma hukum tertulis secara luas yang memandang bahwa hukum tidak sekedar hanya Undang-Undang; tetapi hukum itu meliputi baik hukum tertulis (undang-undang) maupun hukum tidak tertulis (kebiasaan atau hukum adat).¹⁹⁷ Di sisi lain hakim dalam menjatuhkan putusan tetap akan mempertimbangkan hukum yang hidup dalam masyarakat, misalnya kebiasaan-kebiasaan, budaya hukum semuanya sangat berperan, agar dapat mencerminkan rasa keadilan baik keadilan individu,

¹⁹⁶ Lintong Siahaan, *Op.cit.*, hlm. 57.

¹⁹⁷ Bandingkan dengan Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 135.



keadilan masyarakat tertentu dan keadilan masyarakat lain.

Disamping itu, putusan hakim tersebut juga harus mempunyai manfaat berguna untuk manusia, orang banyak tidak hanya kepada para pihak yang berperkara. Secara ideal bahwa kepentingan pribadi hendaknya seoptimal mungkin dipenuhi, namun tanpa mengurangi atau dapat merugikan kepentingan pribadi-pribadi lain, atau pihak-pihak yang berperkara atau akan tetap memperhatikan adanya kemanfaatan.

Putusan hakim terhadap perkara-perkara perdata yang dihadapkan kepadanya dengan mempertimbangkan beberapa hal secara nyata/kongkret dari peristiwa yang terjadi, untuk kemudian dalam memeriksa dan mengadili hakim akan mengacu dan atau menurut hukum dan rasa keadilan masyarakat, di mana didalamnya telah mengintegrasikan adanya asas kepastian hukum, asas keadilan dan asas kemanfaatan tersebut merupakan manifestasi dari tugas hakim yang baik.¹⁹⁸

Ketika memeriksa perkara/kasus, hakim harus memperhatikan peraturan perundang-undang atau hukum yang berlaku (*Law as what it is written in the books*). Akan tetapi, hakim tidak cukup hanya melakukan hal itu sehingga perlu memperhatikan hukum yang nyata-nyata berlaku di masyarakat (*Law as what it is functioning in society*). Ketika membuat putusan, hakim harus memperhatikan banyak aspek, terutama kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), kemanfaatan hukum (*Zweckmassigkeit*), dan

¹⁹⁸ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 187.



keadilan hukum (*Gerechtigkeit*) Ketiga hal ini perlu senantiasa diupayakan tercakup secara seimbang dalam setiap putusan hakim.

Jadi dalam putusan hakim yang perlu diperhatikan adalah pertimbangan hukumnya, sehingga siapapun dapat menilai apakah putusan yang dijatuhkan cukup mempunyai laasan yang objektif atau tidak.

Disamping itu, sebagai manifestasi pelaksanaan tugas dalam memeriksa dan mengadili perkara perdata yang dihadapkan kepadanya, hakim yang baik dalam membuat putusan dapat dikaji dari beberapa perspektif (sudut pandang) baik intelektual, etik, hukum, kesadaran beragama dan teknik peradilan.

3.1.3.1. Putusan Hakim dalam Perspektif (sudut pandang)

Intelektual

Putusan pengadilan merupakan sesuatu yang sangat dinantikan oleh pihak-pihak yang berperkara untuk menyelesaikan sengketa mereka dengan sebaik-baiknya.

Dengan kata lain, para pihak yang bersengketa mengharapkan adanya kepastian hukum dan keadilan dalam perkara yang sedang dihadapi. Agar dapat memberikan putusan pengadilan yang benar-benar menciptakan kepastian hukum dan mencerminkan rasa keadilan masyarakat hakim sebagai "pemutus" harus benar-benar mengetahui duduk perkara dan dasar hukum



yang digunakan. Disisi lain putusan tersebut harus jelas agar dapat dilaksanakan setelah dibacakan.

Keberadaan peradilan perdata mempunyai tujuan untuk menyelesaikan sengketa-sengketa yang timbul diantara anggota masyarakat. Sengketa yang terjadi berbagai ragam, ada yang berkenaan dengan pengingkaran perjanjian (*wanprestasi*) atau pemecahan perjanjian (*breach of contract*), perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*), sengketa hak milik (*property right*), perceraian, penyalahgunaan wewenang oleh penguasa yang merugikan pihak tertentu, dan sebagainya.¹⁹⁹ Dikaji

dari aspek sistem peradilan di Indonesia maka Pengadilan perdata merupakan lembaga yang memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara perdata yang diajukan kepadanya. Dalam ruang lingkup tugas mengadili tersebut maka peran sentral Hakim sebagai pemegang kebijakan aplikatif menjadi titik fokus. Oleh karena sebagai orang yang memutus suatu perkara maka dituntut adanya kemampuan dalam diri Hakim tersebut baik terhadap penguasaan hukum formal (hukum acara perdata) maupun hukum materil (hukum perdata materil) atau dari sisi perspektif (sudut pandang) intelektual.

Maksudnya bahwa putusan hakim akan mencerminkan adanya perspektif (sudut pandang)

¹⁹⁹ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), hlm. 179.



penguasaan pengetahuan dan konsep-konsep khususnya ilmu hukum (hukum formal dan hukum materil), maupun ilmu-ilmu atau konsep-konsep ilmu lain.²⁰⁰ Kemampuan dan pengembangan Hakim tersebut erat korelasinya dengan sifat/sikap seorang Hakim dalam konteks untuk mengembangkan diri agar menjadi seorang Hakim yang baik. Penguasaan terhadap ketentuan dan dimensi hukum formal maupun dimensi ketentuan hukum materil mempunyai kedudukan yang cukup penting, khususnya dalam rangka hakim membuat putusan agar sesuai atau menurut hukum sekaligus mencerminkan rasa keadilan masyarakat. Sebagai perwujudan dari adanya penekanan asas kepastian hukum dan asas keadilan dalam setiap putusan yang dibuatnya.

Putusan yang dijatuhkan oleh hakim, pada dasarnya menunjukkan sejauh mana pengetahuan, penguasaan, serta pengembangan dari hakim terhadap asas-asas, kaidah-kaidah, dan atau aturan-aturan hukum, dalam semua tingkatan dan bagiannya. Para hakim dengan tingkat pengetahuan dan penguasaan serta pengembangan yang rendah, tentunya akan mengalami kesulitan (bahkan melakukan kesalahan) dalam menetapkan hukum yang harus digunakan dalam

²⁰⁰ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 188.



memeriksa dan memutus perkara yang diajukan kepada mereka (dalam perkara perdata).²⁰¹

Sumber daya manusia adalah kekuatan daya pikir dan karya manusia yang masih terpendam dan tersimpan dalam dirinya. Agar potensi yang ada pada diri manusia dapat berkualitas, maka perlu digali dan dikembangkan untuk dimanfaatkan bagi kepentingan kesejahteraan hidup manusia.

Bagi seorang hakim, tahapan-tahapan proses pembuatan pertimbangan hukum putusan dapat terlihat melalui pendekatan intelektual dari sumber daya manusia seorang hakim, karena melalui pendekatan tersebut sangat menentukan terhadap putusan-putusan yang dibuatnya, diantaranya kecermatan dalam mengkonstatasi fakta menentukan fakta kongkret yang diambil dari alat bukti yang sah hakim memerlukan kejelian dan logikanya.

Intelektual hakim pertama-tama bisa didapat dari bangku kuliah terutama jenjang Strata 1, yang pada saat itu menerima dari dosen tentang teori-teori yang ada, atau dengan kata lain, sejak dari kampus sudah diarahkan untuk membedah hukum yang hidup dalam masyarakat.

Selain itu, penerimaan calon hakim itu pada saat ini disyaratkan minimum ijazahnya IPK 3.00, hal tersebut menjelaskan bahwa kebijakan Mahkamah Agung

²⁰¹ Khudzaifah Dimiyati, Dkk. *Op.cit.*, hlm. 57.



memberikan saringan yang ketat kepada sarjana hukum yang ingin mengabdikan dirinya sebagai hakim, hal tersebut dilakukan karena kedudukan dan peranan hakim (Syarat-syarat penerimaan hakim/UU Peradilan Hakim).

Usaha peningkatan intelektual hakim di bidang hukum hendaknya harus memperhatikan tiga dimensi yang selalu menjadi persoalan pokok dalam pelaksanaannya, yaitu pertama: dimensi kepribadian, yakni kemampuan untuk menjaga integritas, dalam dimensi ini meliputi sikap, tingkah laku, etika, dan moralitas yang sesuai dengan pandangan masyarakat, kedua: dimensi produktivitas yakni dimensi yang menyangkut apa yang dihasilkan oleh hakim, baik dalam jumlah maupun dalam kualitasnya, ketiga: dimensi kreativitas yakni kemampuan seorang hakim untuk berpikir dan berbuat kreatif untuk menciptakan sesuatu yang berguna bagi dirinya dan masyarakat sekitarnya.

Perspektif (sudut pandang) intelektual bagi hakim dimaksudkan sebagai perspektif (sudut pandang) penguasaan hakim dalam pengetahuan dan konsep-konsep, baik ilmu hukum maupun ilmu-ilmu atau konsep-konsep ilmu lain, terutama ilmu sosial. Iklim swadaya yang memberikan hakim berpeluang mandiri untuk meningkatkan dan mengembangkan kualitas dirinya guna menanggapi tantangan dalam kehidupannya, selain itu sikap mental hakim sebagai suatu nilai dari perilaku hakim



dalam mempertanggungjawabkan semua perbuatan baik dalam kehidupan pribadi, keluarga, masyarakat dan bangsa.

Aspek intelektual sebagai suatu putusan bertanggung jawab bagi hakim adalah pertimbangan hukum putusan yang mempunyai tumpuan-tumpuan konsep yang kuat, dasar hukum yang kuat dan alasan-alasan dan pertimbangan-pertimbangan hukum yang kuat.

Tidak akan ada yang dapat menyalahkan karena pertimbangan hukum putus atas dasar konsep yang kuat jika terjadi suatu perbedaan dalam suatu putusan. Oleh karena itu, harus dibedakan antara pertanggungjawaban dengan rasa puas atau tidak puas terhadap suatu putusan.

Dalam perspektif (sudut pandang) intelektual ini, Hukum bukan dipandang sebagai bunyi Pasal tetapi pengertian. Pengertian hukum dapat diketemukan dalam konteks masa lalu (*historical*), atau kekinian (*contemporary*) atau masa depan (*futurity*),²⁰² sedangkan

Hakim dipandang sebagai aparat penegak hukum, sebagaimana layaknya manusia pada umumnya, yang telah dilengkapi dengan modalitas berupa rasio, suara hati, dan intuisi.

Sekalipun kesadaran hukum diabstraksi melalui proses rasional, namun bagi hakim kinerja rasio ini harus

²⁰² Bagir Manan, *Putusan Hakim yang Baik*, Post by on Mei, 20, 2009, diakses pada Juli 2009, <http://www.blogger.com/post-create>.



mendapat masukan terus-menerus dari suara hati dan intuisinya. Penalaran ilmu hukum sebagai ilmu praktis tidak boleh terjebak pada pemanfaatan salah satu modalitas belaka, yakni rasio. Ketiga modalitas itu (rasio, suara hati, dan intuisi) harus dikerahkan bersama-sama. Rasio memang diperlukan untuk menjustifikasi suatu putusan melalui parameter-parameter keilmiahannya ilmu hukum.

Namun rasio juga harus bekerja sama dengan suara hati dan intuisinya dalam rangka menangkap kesadaran hukum masyarakatnya dan di tangan Hakim, ilmu hukum menjadi suatu kiat (*ars*), bukan sekadar ilmu dogmatis. Tentu saja rasio, suara hati dan intuisi hakim tidaklah muncul secara tiba-tiba begitu dilantik menjadi hakim tapi melalui proses berdasarkan pengalaman yang lama atau cepat sangat tergantung kepada hakim itu sendiri.

Dalam perspekti intelektual ini pula, sebuah penemuan hukum dalam suatu putusan pengadilan selain memuat mengenai pertimbangan hukum yang berkaitan dengan hukum materil dan hukum formil, putusannya sendiri juga berkaitan dengan manajemen berkaitan dengan IQ (*Intellectual Quotient*), karena tidak semata-mata rasional saja, tetapi rasa itu harus ada hati nurani dan intuisi dengan memperhatikan gerak gerik orang didepan meja hijau kebohongan sangat gampang terungkap.



Penguasaan keilmuan ini tidaklah bersifat ekstrim dan hanya menguasai hukum dalam arti sebagai undang-undang semata tetapi juga memahami bahwa hukum dalam arti luas juga termasuk kebiasaan dan hukum adat,²⁰³ sehingga apabila hakim dihadapkan pada perkara dan hanya didasarkan pada pemahaman terhadap hukum secara normatif dengan dalih menegakkan kepastian hukum, maka kemungkinan akan dihadapkan pada kenyataan-kenyataan baru yang berbeda dengan apa yang diatur dalam undang-undang. Apabila ketentuan yang terdapat dalam undang-undang diterapkan apa adanya secara bersahaja dapat berakibat tidak sesuai atau bertentangan dengan rasa keadilan baik bagi para pihak yang berperkara maupun bagi masyarakat. Oleh karena itu, penguasaan dan pemahaman hakim terhadap hukum formal dan materil, tugas hakim tidaklah langsung diterapkan begitu saja tetapi hakim harus mampu menafsirkan aturan tersebut agar dapat disesuaikan dengan keadaan-keadaan baru yang timbul pada peristiwa kasus kongkret yang diperiksa dan diadili. Dengan menafsirkan terlebih dahulu maka akan dapat mempertemukan antara kepentingan kepastian hukum dan kepentingan sosial (rasa keadilan).

²⁰³ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.* hlm. 113.



Penguasaan ilmu hukum yang mendalam sangat dibutuhkan bagi seorang hakim mengingat kewenangannya untuk menggali, menemukan dan menciptakan hukum. Dalam hal ini, aspek pengembangan terhadap asas-asas, kaidah-kaidah, dan/atau aturan-aturan hukum nampaknya perlu mendapat perhatian lebih lanjut karena bagaimanapun juga, dari sudut kompetensi-keras (*hard competence*) profesionalisme hakim diukur antara lain dari mutu putusannya.²⁰⁴ Dalam makna yang lebih luas, aktualisasi norma hukum dilakukan dengan menemukan hukum (*recht vinding*), yang meliputi menemukan aturan hukum yang tepat, kemudian menafsirkan guna menyesuaikan dengan kasus kongkret yang diperiksa dan diadili, selanjutnya mengkonstruksikan peristiwa berdasarkan hukum tersebut untuk dijadikan dasar pertimbangan dalam membuat putusan.²⁰⁵

Berdasarkan uraian tersebut di atas dapat dipahami bahwasanya penguasaan terhadap konsep-konsep dan ilmu-ilmu dalam perspektif (sudut pandang) intelektual baik terhadap ilmu hukum maupun ilmu-ilmu lain mempunyai korelasi yang cukup erat. Seorang Hakim tanpa menguasai ilmu hukum (formal dan materiil) dan ilmu-ilmu lainnya akan berpengaruh pada proses persidangan dan begitu pula sebaliknya tanpa penguasaan

²⁰⁴ Khudzaifah Dimiyati, Dkk. *Op.cit.*, hlm. 60.

²⁰⁵ Bandingkan dengan, Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 189-190.



aspek intelektual tersebut maka akan berpengaruh terhadap penerapan dan penjatuhan putusan bagi para pihak yang berperkara. Tegasnya, kekurangmampuan dan kelalaian perspektif (sudut pandang) intelektual ini akan menyebabkan dan berpengaruh terhadap putusan yang dijatuhkan dalam menegakkan asas kepastian hukum dan asas keadilan sehingga dapat menimbulkan reaksi dari para pihak dan warga masyarakat.

Tegasnya, peran Hakim esensial sifatnya karena harus melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) terhadap ketentuan-ketentuan hukum tertulis untuk selanjutnya menafsirkan yang sesuai dengan peristiwa kongkret yang diajukan kepadanya untuk kemudian dilakukan kontruksi hukum yang tepat sebagai pertimbangan dalam menjatuhkan putusan. Dengan kata lain, Hakim harus sebagai *judgement call*,²⁰⁶ yaitu menentukan satu sikap diantara dua alternatif pertimbangan hukum yang ada dalam pikirannya. Hasil dari pertimbangan tersebut, mungkin saja terjadi suatu putusan mengandung pertimbangan yang bagus sesuai undang undang tetapi menimbulkan hasil yang buruk.

Sebaliknya, mungkin juga suatu putusan yang mengandung pertimbangan yang kurang baik, tetapi justru

²⁰⁶ *Judgment call* diartikan bahwa suatu keputusan yang dibuat oleh seseorang dengan menggunakan pengetahuan dan pendapatnya (*a decision someone has to make using their own ideas and opinions*), Posting tanggal 27 April 2008: <http://idioms.thefreedictionary.com/judgment> di akses pada tanggal 20 Oktober 2010.



memuaskan masyarakat. Pada akhirnya, bagaimanapun isi putusan suatu perkara, selama hakim memegang independensinya, dan mempunyai tingkat intelektualitas yang memadai maka suatu putusan selalu dapat dipertanggungjawabkan. Tapi dapat dipastikan putusan yang baik akan lebih banyak dihasilkan apabila dilakukan melalui tahap tahap yang dibuat secara sistematis.

Untuk itu, agar dapat membetuk diri atau korp sebagai hakim yang baik khususnya dalam menjatuhkan putusan terhadap perkara yang dihadapkan kepadanya, maka dalam perspektif (sudut pandang) intelektual perlu dipahami beberapa hal sebagai berikut:

(1). Setiap hakim harus memahami berbagai konsep hukum dari berbagai aliran yang ada dalam teori hukum agar dapat menentukan pilihan konsep yang dipergunakan dalam memutus perkara. Selain menentukan konsep yang dipakai, tidak kalah penting acuan konsep sebagai tempat berdiri. Penguasaan konsep-konsep tersebut akan melahirkan putusan yang wajar dan dapat dipertanggungjawabkan sekaligus benar dan adil.

(2). Penguasaan seluk beluk ketentuan hukum yang meliputi bentuk dan isi aturan hukum, pengertian atau makna aturan hukum, hubungan sistematis antar berbagai ketentuan hukum (*horisontal-vertikal*),



sejarah dan latar belakang suatu aturan hukum.

Hakimlah yang mengkonkretkan dan menghidupkan

aturan hukum yang *abstrak*. Hakimlah yang

mewujudkan aturan hukum yang kongkret yang akan

memberi manfaat atau berguna kepada pencari

keadilan atau masyarakat pada umumnya. Hakimlah

yang memelihara atau penjaga hukum agar tetap

eksis dan memberi kemanfaatan kepada masyarakat.

(3). Penguasaan seluk beluk metode penerapan hukum

seperti metode penafsiran, kontruksi, penghalusan

hukum dan sebagainya. Penguasaan metode

penerapan hukum sangat penting karena beberapa

hal:

a. Hukum tidak pernah lengkap. Hakm bertanggung

jawab mengisi bagian-bagian hukum yang

kosong,

b. Hukum adalah pranata abstrak dan hanya dapat

diterapkan secara wajar dengan menggunakan

metode penerapan tertentu,

c. Hakim bukan mulut undang-undang bahkan

bukan mulut hukum. Hakim adalah mulut

keadilan yang wajib memutus menurut hukum.

Hukum harus ditemukan sebelum diterapkan.

(4). Hakim harus memahami lingkungannya masyarakat

setempat (sosial, politik, ekonomi, budaya), baik



dalam menjaga atau melakukan perubahan demi
kemanfaatan pencari keadilan atau masyarakat pada
umumnya.²⁰⁷

3.1.3.2. Putusan Hakim dalam Perspektif (sudut pandang) Etik

Putusan hakim terhadap perkara-perkara perdata yang dihadapkan kepadanya merupakan mahkota dan puncak serta akta penutup dari perkara perdata yang diperiksa dan diadili. Oleh karena itu, hakim dalam membuat putusan harus mempertimbangkan segala aspek di dalam perkara tersebut dengan penuh kehati-hatian, sedikit mungkin dihindari adanya ketidakcermatan dan kelalaian, baik yang bersifat formal maupun materil. Dengan demikian, jika anasir negatif sudah dapat dihindari, maka dalam diri hakim akan lahir, tumbuh dan berkembang adanya rasa kepuasan moral jika putusan tersebut dapat dijadikan tolok ukur untuk kasus yang sama serta dapat memenuhi rasa kepuasan nurani tersendiri bagi hakim apabila putusan yang dibuatnya sampai dikuatkan dan tidak dibatalkan oleh pengadilan yang lebih tinggi ataupun oleh Mahkamah Agung, jika perkara perdata tersebut sampai ke tingkat banding ataupun kasasi.²⁰⁸

²⁰⁷ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 192-193.

²⁰⁸ Lilik Mulyadi, *Op.cit.* hlm. 171.



Bukan menjadi rahasia umum lagi, bahwa dunia hukum di Indonesia telah mengalami pasang dan surut.

Banyak pihak merasa tidak puas karena itu mencibir sinis dan pesimis namun ada juga yang tetap menaruh harapan.

Banyak masalah yang memicu kekecewaan masyarakat, salah satunya adalah berkaitan dengan etika profesi

hukum yang sering diingkari oleh orang yang berkecimpung di dalam dunia hukum itu sendiri. Hal ini

pula berkaitan dengan profesi hakim sebagai salah satu profesi terhormat di dunia hukum atau dapat juga dikatakan sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari profesi hukum sekaligus sebagai motor penggerak mesin peradilan.

Hal itu semua bermuara pada profesionalitas hakim dalam mengemban kekuasaan kehakiman dan dalam melaksanakan tugas untuk memeriksa dan mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya, berkaitan dengan perspektif (sudut pandang) etik, adalah berkaitan dengan moral seperti ketaatan hakim pada kaidah-kaidah hukum baik bersifat administratif maupun normatif yang mutlak diperlukan, yang akan mewarnai putusan yang dijatuhkannya.

Konsekuensi Hakim sebagai organ pemegang kekuasaan kehakiman dan pengabdikan hukum atau penegak hukum, maka hakim selalu terikat oleh aturan etik



disamping aturan hukum. Aturan etik adalah aturan mengenai moral atau berkaitan dengan sikap moral.

Filsafat etika adalah filsafat tentang moral. Moral menyangkut nilai mengenai baik dan buruk, layak dan tidak layak, pantas dan tidak pantas. Berbeda dengan hukum yang berpijak pada salah atau benar, adil atau tidak adil.²⁰⁹

Berpijak pada teori, "Etika berurusan dengan *orthopraxis*, yakni tindakan yang benar (*right action*).

Kapan suatu tindakan itu dipandang benar ditafsirkan secara berbeda oleh berbagai teori (aliran) etika yang secara global bisa dibagi menjadi dua, yaitu aliran etika kewajiban (deontologist) dan aliran etika tujuan atau manfaat (teleologis).²¹⁰

Memahami hal tersebut, telah jelas bahwa etika berlandaskan pada nilai-nilai moral kehidupan manusia, sangat berbeda dengan hukum yang bertolak dari sudut salah atau benar, adil atau tidak adil. Hukum merupakan *instrumen eksternal* sementara moral adalah *instrumen*

internal yang menyangkut sikap pribadi, disiplin pribadi yang oleh karena itu etika disebut juga "*disciplinary rules*."

Oleh karena itu maka dapatlah diketahui bahwa etika profesi termasuk dalam bidang kajian etika sosial yakni etika yang membicarakan tentang kewajiban manusia

²⁰⁹ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 193-194.

²¹⁰ Darji Damodiharjo dan Arief Sidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2006), hlm. 22.



sebagai anggota umat masyarakat. Etika adalah kumpulan azas atau nilai yang berkenaan dengan akhlak mengenai benar dan salah yang dianut satu golongan atau masyarakat

Profesi berbeda dengan pekerjaan. Pengertian bekerja di sini harus ditafsirkan secara luas, tidak hanya dalam arti fisik, tetapi juga psikis. Di mana bekerja merupakan kebutuhan bagi setiap manusia, khususnya bagi manusia dalam usia *produktif*. Dengan bekerja manusia akan memperoleh kepuasan dalam dirinya.

Semakin tinggi tingkat kepuasan yang ingin dicapai oleh manusia atas pekerjaan, semakin keras upaya yang diperlukan, dengan kata lain bahwa pekerjaan yang mendatangkan kepuasan yang tinggi itu menuntut persyaratan yang tinggi pula lalu semakin tinggi tuntutan persyaratannya, semakin psikis pula sifat pekerjaannya. Persyaratan-persyaratan yang dilekatkan kepada pekerjaan

itu pula yang menyebabkan suatu pekerjaan mempunyai bobot kualitas berbeda dengan pekerjaan lain sehingga dapat dikatakan bahwa semakin tinggi persyaratan suatu pekerjaan maka semakin berkualitas pekerjaan tersebut.

Nilai kualitas pekerjaan yang tertinggi itulah yang disebut dengan profesi.²¹¹

²¹¹ *Ibid.*



Sementara pengertian profesi atau profesional adalah suatu pekerjaan yang dilakukan secara bebas dan tetap untuk memberi pelayanan berdasarkan keahlian tertentu, dan menerima imbalan atas pelayanan tersebut.

(*beroeop*).²¹² Maka profesi hakim memiliki sistem etika yang mampu menciptakan disiplin tata kerja dan menyediakan garis batas tata nilai yang yang dapat dijadikan pedoman bagi hakim untuk menjalankan tugas dan fungsinya.

Sebagai suatu pekerjaan yang merupakan profesi, membutuhkan dan memiliki serta memenuhi sedikitnya 5 (lima) persyaratan sebagai berikut: 1. Memiliki landasan intelektualitas; 2. Memiliki standar kualifikasi; 3. Pengabdian pada masyarakat; 4. Mendapat penghargaan di tengah masyarakat; 5. Memiliki organisasi profesi.²¹³

Dalam arti sempit, seolah-olah etika profesi hukum di Indonesia hanya terkait dengan penegakkan hukum yang hanya melibatkan penyidik yaitu polisi dan jaksa, penuntut umum yaitu jaksa dan pemutus yaitu hakim. Dalam arti luas meliputi semua fungsionaris utama hukum seperti hakim, jaksa, polisi, advokat/pengacara, notaris, konsultan hukum dan ahli hukum di perusahaan.

Semua profesi hukum di atas terikat dalam suatu aturan baik itu aturan normatif yang bersumber dari hukum positif maupun kaidah-kaidah etika yang tertuang dalam kode

²¹² Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 194.

²¹³ Darji Damodiharjo dan Arief Sidarta, *Op.cit.* hlm. 25.



etik profesi masing-masing. Kode etik profesi tersebut dibuat secara internal oleh organisasi profesi dan ditegakkan oleh suatu badan kehormatan profesi yang dibentuk dari dan oleh anggota profesi itu masing-masing.

Dalam bentuk yang paling murni, pekerjaan profesi sebagai pekerjaan bebas tidak terikat oleh suatu aturan hukum. Sebelum ada organisasi yang menjalankan kekuasaan pada masyarakat, pekerjaan menyelesaikan sengketa adalah pekerjaan bebas dan sukarela. Umumnya mereka adalah orang-orang yang sangat dihormati karena pengetahuan dan kearifannya. Mengingat kemungkinan terjadi penyalahgunaan atau tindakan-tindakan tidak profesional yang merugikan seluruh anggota dalam profesi itu, maka diperlukan aturan disiplin yang dibuat dan ditegakkan sendiri oleh para anggota lingkungan profesional yang bersangkutan. Aturan profesional yang dibuat dan ditegakkan sendiri ini disebut aturan etik atau kode etik. Dengan demikian, merupakan keganjilan yang luar biasa kalau ada lembaga yang mengikat lembaga lain.

Namun, di masa kemudian, terutama di masa moderen tidak ada seseorang atau lingkungan atau suatu pekerjaan yang benar-benar luput dari aturan hukum. Semua kelompok profesi selain diatur oleh kode etik juga diatur oleh aturan hukum. Akibatnya dalam hal-hal tertentu



terdapat tumpang tindih antara aturan etik dan aturan hukum.²¹⁴

Dalam konteks penulisan ini dikaji seputar etika profesi hakim sebagai bagian dari profesi hukum di Indonesia. Hakim adalah pejabat peradilan Negara yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk mengadili.

Kemudian kata “mengadili” sebagai rangkaian tindakan hakim untuk menerima, memeriksa, dan memutus perkara berdasarkan asas bebas, jujur, dan tidak memihak dalam sidang suatu perkara dengan menjunjung tinggi 3 (tiga) asas peradilan yaitu sederhana, cepat dan biaya ringan.

Sejatiannya, hakim di Indonesia bertindak sebagai penafsir utama norma hukum yang masih bersifat abstrak generalis ke dalam peristiwa kongkret yang terjadi. Profesi hakim adalah profesi dengan pekerjaan kemanusiaan yang tidak boleh jatuh ke dalam dehumanisme yang bersifat logis mekanik hingga dapat terperosok pada jurang alienasi hukum dari manusia dan kemanusiaan itu sendiri. Hakim bertanggung jawab untuk mengembalikan hukum kepada pemilik hukum itu yaitu manusia. Hukum untuk manusia sebagai alat untuk mewujudkan kesejahteraan manusia, bukan hukum untuk hukum itu sendiri.

Sementara itu, dalam ranah etika, kode etik hakim yang dimaksudkan untuk memelihara, menegakkan dan

²¹⁴ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 194-195.



mempertahankan disiplin profesi. Ada beberapa unsur disiplin yang diatur, dipelihara, dan ditegakkan atas dasar kode etik adalah sebagai berikut:

1. Menjaga, memelihara agar tidak terjadi tindakan atau kelalaian profesional.
2. Menjaga dan memelihara integritas profesi.
3. Menjaga dan memelihara disiplin, yang terdiri dari beberapa unsur yaitu: a. Taat pada ketentuan atau aturan hukum; b. Konsisten; c. Selalu bertindak sebagai manajer yang baik dalam mengelola perkara, mulai dari pemeriksaan berkas sampai pembacaan putusan;²¹⁵ d. Loyalitas.²¹⁵

Sebelum dibuat kode etik dan pedoman perilaku hakim pada tanggal 8 April 2009, telah dibuat kode etik hakim atau biasa juga disebut dengan Kode Kehormatan Hakim disebutkan, bahwa hakim mempunyai 5 (lima) sifat, baik di dalam maupun di luar kedinasan. Adapun yang dimaksud dengan dalam kedinasan meliputi sifat hakim dalam persidangan, terhadap sesama rekan, bawahan, atasan, sikap pimpinan terhadap sesama rekan hakim, dan sikap terhadap instansi lain. Di luar kedinasan mencakup sikap hakim sebagai pribadi, dalam rumah tangga, dan dalam masyarakat. Cakra dilambangkan di dalam logo hakim yang meliputi: Sifat Kartika (bintang); Sifat Cakra

²¹⁵ *Ibid*, hlm. 195-197.



(senjata ampuh penegak keadilan); sifat Candra (bulan);

Sifat Sari (bunga yang harum); Tirta (air).²¹⁶

Sikap Hakim yang dilambangkan dalam kartika, cakra, candra, sari dan tirta merupakan cerminan perilaku

Hakim yang harus senantiasa berlandaskan pada prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa, adil, bijaksana, berwibawa, berbudi luhur dan jujur. Ketaqwaan kepada Tuhan Yang

Maha Esa, yang melandasi prinsip-prinsip pedoman Hakim

dalam bertingkah laku, bermakna pengalaman tingkah laku sesuai dengan agama dan kepercayaan masing-masing

menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab.

Ketaqwaan tersebut akan mendorong Hakim untuk

berperilaku baik dan penuh tanggung jawab sesuai tuntunan agama masing-masing. Seiring dengan keluhuran

tugas dan luasnya kewenangan dalam menegakkan hukum

dan keadilan, sering muncul tantangan dan godaan bagi para hakim. Untuk itu, Pedoman Perilaku Hakim

merupakan konsekuensi dari kewenangan yang melekat pada jabatan sebagai Hakim yang berbeda dengan warga

masyarakat biasa.

Pedoman Perilaku Hakim ini merupakan penjabaran

dari ke 10 (sepuluh) prinsip pedoman yang meliputi

kewajiban-kewajiban untuk: berperilaku adil, berperilaku

jujur, berperilaku arif dan bijaksana, bersikap mandiri,

²¹⁶ <http://catatansangpengadil.blogspot.com/2010/04/selintas-tentang-etika-profesi-hakim.html> Posted on May, 16, 2010, diakses tanggal 20 Oktober 2010.



berintegrasi tinggi, bertanggung jawab, menjunjung tinggi harga diri, berdisiplin tinggi, berperilaku rendah hati, dan bersikap professional.²¹⁷ Pedoman perilaku hakim tersebut dikukuhkan dengan Surat Keputusan Mahkamah Agung RI Nomor: KMA/104A/XII/2006 tanggal 22 Desember 2006 dan Surat Keputusan Mahkamah Agung RI Nomor: 215/KMA/SK/XII/2007 tanggal 19 Desember 2007 tentang Petunjuk Pelaksanaan Pedoman Perilaku Hakim. Selanjutnya, dengan adanya Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka telah membawa perubahan dalam kehidupan ketatanegaraan, khususnya dalam pelaksanaan kekuasaan kehakiman. Salah satu Perubahan tersebut antara lain menegaskan bahwa: "Komisi Yudisial berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim". Dengan demikian dapat dipahami, di mana untuk memantau perilaku hakim dalam menjalankan kekuasaan kehakiman yang merdeka Komisi Yudisial diberikan wewenang untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hakim tersebut, sehingga diharapkan hakim dapat benar-benar melaksanakan integritasnya untuk menjalankan kekuasaan kehakiman

²¹⁷ <http://judgejudeg.wordpress.com>, Posted on May 13, 2010, diakses pada tanggal 20 Oktober 2010.



yang merdeka berdasarkan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Dalam rangka mewujudkan hal tersebut, Ketua Mahkamah Agung RI dan Ketua Komisi Yudisial RI telah menandatangani Pedoman Perilaku Hakim yang tertuang dalam Surat Keputusan Bersama antara Mahkamah Agung dan Komisi Yudisial Nomor 047/KMA/SK/IV/2009 dan Nomor 02/SKB/P.KY/IV/2009 tentang Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim.

Dengan Surat Keputusan Bersama tersebut di atas maka Surat Keputusan Mahkamah Agung RI Nomor: KMA/104A/XII/2006 tanggal 22 Desember 2006 dan Surat Keputusan Mahkamah Agung RI Nomor: 215/KMA/SK/XII/2007 tanggal 19 Desember 2007 tentang Petunjuk Pelaksanaan Pedoman Perilaku Hakim sudah tidak berlaku. Adapun Pokok-pokok isi Surat Keputusan Bersama antara Mahkamah Agung dan Komisi Yudisial Tentang Sepuluh Prinsip Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim, meliputi: Berperilaku adil, Berperilaku jujur, Berperilaku arif dan bijaksana, Bertanggung jawab, Menjunjung tinggi harga diri, Berintegritas tinggi, Berdisiplin tinggi, Berperilaku rendah hati, Bersikap mandiri, dan Bersikap profesional.²¹⁸

Dengan adanya Kode Etik dan Pedoman Perilaku hakim tersebut, wajib ditaati oleh setiap hakim

²¹⁸ <http://catatansangpengadil.blogspot.com/2010/04/selintas-tentang-etika-profesi-hakim.html>. Posted on May, 16, 2010, diakses tanggal 20 Oktober 2010.



sebagaimana ditegaskan secara limitatif dalam Pasal 5 ayat (3) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan bahwa 'Hakim dan hakim konstitusi wajib menaati Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim. Keharusan tersebut dimaksudkan agar dapat memberi pengaruh terhadap pelaksanaan tugas hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya untuk dijatuhkan putusan yang arif sesuai dengan kode etik dan pedoman perilaku tersebut, sehingga dapat memenuhi rasa 'kepuasan nurani' tersendiri bagi hakim apabila putusan yang dibuatnya sampai dikuatkan dan tidak dibatalkan oleh pengadilan yang lebih tinggi ataupun oleh Mahkamah Agung, jika perkara perdata tersebut sampai ke tingkat banding ataupun kasasi, atau secara sederhana putusannya tidak ada penyimpangan-penyimpangan dan atau kekilafan karena telah sesuai dengan etika profesi dan pedoman perilaku hakim yang secara moral telah dapat dipertanggungjawabkan.

3.1.3.3. Putusan Hakim dalam Perspektif (sudut pandang)

Hukum

Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya bahwa 'hakim dalam melaksanakan tugasnya untuk memeriksa dan mengadili harus menurut hukum dengan tidak



membedakan orang, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Kewajiban tersebut membawa makna bahwa hakim dalam memutus perkara harus didasarkan pada hukum, atau secara tidak langsung hakim harus menguasai dan memahami hukum secara komprehensif baik hukum formal maupun hukum materil, baik hukum dalam arti sebagai undang-undang maupun hukum dalam arti luas termasuk hukum tertulis atau hukum positif yang berlaku dan kebiasaan serta hukum adat.

Kemampuan berpikir yuridis merupakan kemampuan menalar hakim dalam kerangka tatanan hukum yang berlaku guna mengidentifikasi hak dan kewajiban dalam lingkungan pergaulan manusia dengan mengacu pada upaya mewujudkan kepastian hukum, prediktabilitas, kemanfaatan sosial dan keadilan yang harus diwujudkan di dalam masyarakat melalui penegakkan kaidah-kaidah hukum. Dalam Putusan perdata, hal ini terlihat pada bagaimana upaya hakim dalam menerapkan hukum untuk memeriksa dan mempertimbangkan putusan provisi dan putusan serta merta; memeriksa dan mempertimbangkan sita



jaminan/sita revindikator serta membuat putusan untuk perkara yang diperiksa.²¹⁹

Hakim mempunyai kewajiban untuk mencari dan menemukan hukum objektif atau hukum materiil yang akan diterapkan atau *toepassing* dalam memutus perkara yang disengketakan para pihak.²²⁰ Hal ini membawa

konsekuensi bahwa Pengadilan tidak boleh menolak memeriksa dan mengadili perkara, sebagaimana

ditentukan dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 48

Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang

menyatakan 'Pengadilan dilarang menolak untuk

memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang

diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang

jasas, melainkan wajib untuk memeriksa dan

mengadilinya'. Dan Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang

Nomor 48 Tahun 2009 menegaskan "Putusan pengadilan

selain harus memuat alasan dan dasar hukum putusan,

juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang

undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak

tertulis yang dijadikan dasar untuk megadili. Untuk itu,

hakim wajib mencari dan menemukan hukum objektif atau

melakukan penemuan hukum. Di samping itu, adanya

kewajiban mencari dan menemukan hukum tersebut,

hakim dianggap mengetahui semua hukum (*curia novit*

²¹⁹ Khudzaifah Dimiyati, Dkk. *Op.cit.*, hlm. 61.

²²⁰ M. Yahya Harahap, *Op.cit.*, hlm. 830.



ius),²²¹ maka hakim harus memberikan pelayanan kepada setiap pencari keadilan yang memohon keadilan kepadanya. Apabila hakim dalam memberikan pelayanan untuk memeriksa dan menyelesaikan sengketa, tetapi tidak menemukan hukum tertulis, maka hakim wajib menggali dan mengikuti nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.²²²

Pada dasarnya suatu putusan hakim harus tunduk pada aturan hukum, baik hukum-hukum khusus maupun hukum umum. Dalam perspektif hukum, putusan hakim selain memberikan keadilan dalam masyarakat juga dapat memberikan perkembangan terhadap hukum itu sendiri, karena hukum yang bersifat statis harus mengikuti perkembangan masyarakat yang dinamis, sehingga penulis berpendapat, bahwa putusan hakim yang mengandung penemuan hukum selain menyelesaikan perkara yang ditanganinya, juga dapat memperbaiki hukum itu sendiri, karena sebuah putusan hakim bisa menjadi yurisprudensi yang bisa digunakan sebagai sumber hukum terhadap masalah yang muncul di kemudian hari.

Sehubungan dengan itu Bagir Manan menyatakan; Sudut pandang yang berbeda, terkait hakim dalam perspektif (sudut pandang) hukum, terdapat kemungkinan sebuah putusan hakim yang tidak menerapkan hukum

²²¹ *Ibid*, hlm. 821.

²²² Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.



sebagaimana mestinya atau bahkan melanggar hukum.

Sebagai suatu kesalahan atau kekeliruan menerapkan hukum dapat dilakukan seorang hakim baik dengan sengaja sebagai suatu penyalahgunaan atas keberpihakan dalam memeriksa dan memutuskan perkara atau dapat juga terjadi semata-mata karena kelalaian atau kurang cermat dalam memeriksa fakta maupun aturan hukum yang akan terjadi dasar dalam memutuskan suatu perkara.

Berdasarkan adagium *curia novit jus*, hakim dianggap mengetahui dan memahami segala hukum, dengan demikian hakim yang berwenang menentukan hukum objektif mana yang harus diterapkan (*toepasing*) sesuai dengan peristiwa kongkret yang terjadi. Jadi yang memiliki kewajiban menemukan dan menerapkan hukum adalah hak dan wewenang hakim. Para Pihak tidak wajib membuktikan hukum apa yang harus diterapkan, karena hakim dianggap mengetahui segala hukum.²²³

Namun dalam prakteknya, walaupun telah mengetahui dan memahami hukum, hakim ternyata juga seorang manusia yang tidak luput dari kelalaian, kekeliruan/kekilafan (*rechterlijk dwaling*) rasa rutinitas, kurang hati-hatian, dan kesalahan. Dalam praktek

²²³ R. Soepomo, *Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1993), hlm. 85.



peradilan ada saja aspek-aspek tertentu yang luput dan kurang diperhatikan hakim dalam membuat putusan.²²⁴

Untuk itu, bagi hakim mutlak diperlukan adanya kemahiran yuridis, yang terlihat dari ketrampilan dalam menelusuri dan menemukan baha-bahan hukum (*legal materials*), serta kemampuannya menangani bahan-bahan hukum yang ada. Dengan kata lain, kemahiran yuridis adalah kemampuan memahami secara kontekstual relevansi, menafsirkan dan menerapkan kaidah-kaidah hukum yang termuat dalam peraturan perundang-undangan, yurisprudensi, dan sumber-sumber hukum terkait lainnya. Kemahiran yuridis dalam putusan dapat dilihat dari bagaimana hakim merujuk pada yurisprudensi dan/atau doktrin yang ada dan kemudian menerapkannya dalam pertimbangan-pertimbangan hukum.²²⁵

Dalam menerapkan hukum dan menjatuhkan putusan hakim yang baik pun, terdapat beberapa kemungkinan tidak menerapkan hukum sebagaimana mestinya atau melanggar hukum.²²⁶ Dari putusan hakim yang diteliti dijumpai pendapat hakim agung yang berkesimpulan bahwa hakim tingkat banding telah salah dalam menerapkan hukum. Apabila ditelusuri lebih jauh maka kesalahan atau kekeliruan dalam menerapkan hukum dalam peristiwa kongkret tersebut dapat disebabkan

²²⁴ Lilik Mulyadi, *Op.cit.*, hlm. 174.

²²⁵ Khudzaifah Dimiyati, Dkk. *Op.cit.*, hlm. 60.

²²⁶ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 197-198.



kekeliruan tidak lepas kemungkinan disengaja sebagai suatu penyuludupan hukum karena telah ada keberpihakan sejak mulai proses pemeriksaan hingga pertimbangan hukum dibuat oleh hakim tersebut. Walaupun demikian bisa saja terjadi keberpihakan semata-mata karena kelalaian atau kurang cermat dalam dalam melakukan pemeriksa fakta sejak mengkonstataasi, mengkualifikasi ataupun dalam tahap mengkonstitusi aturan hukum yang akan dijadikan sebagai alasan dan dasar putusan suatu perkara. Kesalahan penerapan hukum dapat pula terjadi karena keterbatasan pengetahuan hakim tersebut, baik pengetahuan hukum maupun kemampuan menggunakan nalar hukum (*legal reasoning*). Mahkamah Agung sering membatalkan putusan Pengadilan Tinggi karena dinilai kurangnya pertimbangan (*onvoldende gemotiveerd*) dalam memutus suatu perkara sehingga diartikan sebagai kesalahan penerapan hukum. Maka dapat disimpulkan bahwa kesalahan penerapan hukum dapat terjadi karena: Kesengajaan sebagai cara menyembunyikan keberpihakan, Kelalaian atau kurang cermat, Pengetahuan yang terbatas dan atau kemampuan menggunakan *legal reasoning* yang terbatas, dan karena kurang dalam pertimbangan hukum. Berkaitan dengan kurangnya dalam pertimbangan dapat terjadi karena hukumnya sendiri, maupun disebabkan *non-yuridis*. Kesalahan menerapkan hukum



selama ini dianggap bukan suatu pelanggaran hukum yang serius karena itu tidak lazim dikenakan sanksi kepada hakimnya. Apabila kesalahan itu dipandang begitu serius sehingga mengganggu tatanan penegakan hukum yang baik, merugikan kepentingan pencari keadilan secara semena-mena, menggoyahkan kepercayaan publik, hakim atau majelis hakim yang bersangkutan dapat dikenakan tindakan disiplin dengan cara membatasi atau mencabut sementara wewenang mengadili. Memperbaiki kesalahan menerapkan hukum dilakukan melalui upaya hukum biasa atau luar biasa. Perlu diperhatikan upaya hukum tidak semata-mata karena salah dalam penerapan hukum.

Dalam praktek, upaya hukum hampir selalu terjadi karena ketidakpuasan terhadap putusan, atau karena perbedaan pendapat mengenai penggunaan atau cara memberi arti suatu aturan hukum. Selain kesalahan dalam penerapan hukum dapat terjadi kesalahan karena hakim melanggar kaidah-kaidah hukum administrasi, calon hakim sebelum diangkat menjadi hakim sudah lebih dahulu diangkat sebagai Pegawai Negeri Sipil, berkaitan kedudukan hakim sebagai pegawai negeri maka terhadap hakim berlaku semua peraturan perundang-undangan kepegawaian yang meliputi syarat-syarat menjadi pegawai, larangan-larangan serta tindakan administrasi terhadap pegawai. Tindakan kepegawaian meliputi peringatan, penundaan kenaikan



pangkat, pemberhentian dengan hormat atau dengan tidak hormat, dan lain sebagainya. Selain kedua jenis pelanggaran tersebut masih ada kemungkinan pelanggaran lain yang cukup berat yaitu hakim yang terbukti melakukan tindak pidana kejahatan betapapun ringan hukuman yang dijatuhkan dapat diperhentikan dengan tidak hormat, karena suatu tindak pidana atau pun karena kelalaian belaka, bahkan ada kelalaian dilakukan korban bukan pelaku. "Apabila dijabarkan secara global kelalaian, kekeliruan/kekilafan (*rechterlijk dwaling*) rasa rutinitas, kurang hati-hatian, dan kesalahan, dapat meliputi ruang lingkup baik hukum perdata formil, hukum perdata materiil maupun hukum administrasi negara bahkan hukum pidana."²²⁷

Oleh karena itu, dalam menjatuhkan putusan hakim dalam dilihat dari perspektif (sudut pandang) hukum yang diterapkan, di mana hakim harus dengan penuh kehati-hatian sesuai dengan adanya anggapan bahwa hakim mengetahui dan memahami segala hukum (*curia novit jus*), maka hakim harus benar-benar mencari dan menemukan hukum untuk diterapkan pada perkara yang sedang diselesaikan sehingga benar-benar menurut hukum dan rasa keadilan masyarakat.

²²⁷ Lilik Mulyadi, *Op.cit.*, hlm. 174.



3.1.3.4. Putusan Hakim dalam Perspektif (sudut pandang) Kesadaran Beragama

Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia dalam Pasal 29 ayat (1) menegaskan Negara berdasar atas "Ketuhanan Yang Maha Esa" Pasal tersebut bermakna bangsa Indonesia, sebagai warga negara maupun sebagai penyelenggara negara dalam semua tingkatan mengakui adanya Tuhan yang Maha Esa yang harus diwujudkan dengan memeluk satu agama yang diyakininya dari salah satu agama yang telah ditetapkan oleh pemerintah sehingga telah menjadi bagian dari kehidupan bangsa Indonesia baik dari sudut sosial maupun dari sudut budaya hampir tidak dapat dibedakan lagi karena begitu eratnya satu dengan yang lain. Kehidupan kerukunan beragama di Indonesia juga telah dijamin oleh Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia sebagaimana termuat dalam Pasal 29 ayat (2) yang menyatakan "Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu."

Bagir Manan, menyatakan "Beragama merupakan salah satu ciri bangsa Indonesia, bahkan berbagai kenyataan sosial menunjukkan betapa banyak di antara orang-orang yang kembali menemukan kenikmatan beragama dengan alasan sederhana. Beragama



mendorong orang selalu berusaha menjadi manusia yang lebih baik berkualitas baik secara individual, maupun sosial.²²⁸

Semua agama menuntun umatnya agar menjadi orang yang benar, orang yang adil, orang yang menyebarkan kasih sayang, orang yang bersimpati kepada orang yang lemah, orang yang berbuat baik dengan sesama manusia, tanpa membeda-bedakan persamaan atau perbedaan agama yang dianut, tanpa membeda-bedakan asal usul atau perbedaan-perbedaan lainnya.

Adapun manfaat nyata dapat dirasakan atau secara sederhana dapat dipastikan, dengan beragama menjadikan pemeluknya menjadi manusia sebagai makhluk sosial yang baik hanya kemauan yang tuluslah sebagai syarat untuk memeluk satu agama sesuai dengan keyakinan masing-masing.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dalam Pasal 2 ayat (1) menyatakan Peradilan dilakukan Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Irah irah kepala putusan hakim demikian menunjukkan bahwa dalam penegakan hukum dan keadilan oleh hakim didasarkan kepada adanya pengakuan Tuhan yang Maha Esa. Maka kesadaran beragama sangat penting dalam setiap putusan hakim, terlebih dalam

²²⁸ Bagir, Manan, *Op.cit*, hlm. 200.



demensi sosial beragama sangat relevan dengan pekerjaan seorang hakim yang memikul tanggungjawab untuk memutus perkara dengan benar dan adil, kewajiban untuk tidak berpihak, kewajiban berlaku jujur. Karena itu memupuk kesadaran beragama, akan menunjang menjadi hakim yang baik. Hal tersebut bersesuaian dengan ketentuan Pasal 17 ayat (1) Undang-Undang Nomor 49 tahun 2009 tentang Peradilan Umum, menyatakan "Sebelum memangku jabatannya Ketua, Wakil Ketua dan hakim pengadilan wajib mengucapkan sumpah atau janji menurut agama atau kepercayaannya".

Memperhatikan relevansi sumpah tersebut, betapa penting bagi hakim memupuk secara terus menerus kesadaran beragama menurut agamanya masing-masing dan menjadikan agama sebagai sandaran bagi setiap pencari keadilan di pengadilan. Selain itu, nilai-nilai beragama akan mengantarkan hakim pada sebuah putusan yang baik, bijak, jujur, adil, dapat mengendalikan diri dan penuh tanggungjawab.

Benang merah antara prespektif kesadaran beragama dengan penelitian ini adalah Pada hakikatnya, dengan titik tolak ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman maka tugas hakim untuk mengadili perkara berdimensi menegakkan keadilan dan menegakkan hukum.



Dalam konteks Hakim menegakkan keadilan maka berdasarkan ketentuan Pasal 2 ayat (4), Pasal 4 ayat (2)

UU Nomor 48 Tahun 2009 ditentukan, "peradilan dilakukan demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa".

Konsekuensi aspek ini maka hakim dalam memutuskan perkara tidak boleh hanya bersandar pada UU semata, akan tetapi juga harus sesuai dengan hati nuraninya.

Kemudian dalam konteks hakim sebagai penegak hukum hendaknya hakim dalam mengadili perkara selain bersandar kepada UU juga bertitik tolak kepada norma-norma yang hidup dalam masyarakat sehingga putusan yang dihasilkan berdimensi keadilan. Pada proses peradilan

dengan hakim sebagai titik sentral inilah yang menjadi aspek utama dan krusial seorang hakim dalam menggapai keadilan. Dalam memutuskan suatu perkara hakim harus

dapat mempertimbangkan secara seksama dan adil terhadap penerapan dimensi UU di satu pihak dengan keadilan yang bersandar pada norma-norma yang hidup dalam suatu masyarakat di lain pihak. hakim tidak dapat

memaksakan suatu norma yang tidak lagi relevan diterapkan dalam suatu masyarakat maka hakim harus

dapat menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam suatu masyarakat. Apabila seorang hakim dalam mengadili suatu

kasus kongkret tetap memaksakan menerapkan suatu norma yang tidak lagi relevan maka akan timbul



ketidakadilan sebagaimana *adagium summum ius summa iniura* (UU yang diterapkan secara *rigid* akan menimbulkan ketidakadilan). Lebih lanjut John Rawls menyebutkan, bahwa, "*A trial, then, is an instance of imperfect procedure justice. Even through the law is carefully followed, and the proceeding fairly and properly conducted, it may reach the wrong outcome. An innocent man may be found guilty, a guilty man may be set free. In such cases we speak of a miscarriage of justice*".²²⁹

Bagi bangsa Indonesia, kehidupan beragama bukan sekedar dorongan keyakinan atau kepercayaan. Kehidupan beragama bagi bangsa Indonesia telah menjadi bagian dari kehidupan dari sosial dan budaya. Betapa tipis atau jauh kehidupan keagamaan seseorang, tidaklah sama sekali meniadakan keyakinan terhadap agama. Pada saat tertentu, setiap orang memerlukan dan kembali kepada agama. Bahkan, berbagai kenyataan sosial menunjukkan betapa banyak diantara orang-orang yang kembali menemukan kenikmatan beragama dengan alasan yang sederhana. Beragama mendorong orang selalu berusaha menjadi manusia yang lebih berkualitas baik secara individual, maupun sosial, semua agama menuntun dan menuntut agar menjadi orang yang benar, orang yang adil, orang yang menyebarkan kasih sayang, orang yang

²²⁹ John Rawls, *A Theory of Justice (Revised Edition)*, (Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2003), p. 52.



bersimpati pada orang yang lemah, orang yang berbuat baik dengan tetangga, dan berbagai kebaikan yang tak terhingga, tanpa membeda-bedakan persamaan atau perbedaan agama yang dianut, tanpa membedakan asal-usul atau perbedaan lainnya. Orang yang benar, orang yang adil, orang yang membina kasih sayang, berbudi baik dengan tetangga itulah hakikat sosial manusia. Secara sederhana dapat dipastikan, secara sosial, agama menjadikan kita semua yang sebenarnya yaitu sebagai makhluk sosial sejati. Di segi lain, beragama adalah pekerjaan yang mudah. Hanya ada satu syarat beragama yaitu keinsyafan dan kemauan untuk hidup beragama sesuai dengan keyakinan masing-masing.²³⁰ Orientasi kesadaran beragama berpijak pada perilaku sebagai bagian dan memiliki keselarasan dengan tata susila atau kesucilaan yang harus dilakukan dan memedomani hakim dalam melaksanakan tugas dan perannya.

Secara umum sebagai pegangan dapat dikatakan bahwa yang dimaksud dengan kesucilaan adalah kaedah-kaedah moral yang dalam pergaulan masyarakat telah diterima sebagai kaedah-kaedah hukum yang tidak tertulis.

Ukuran ini dapat berkembang sesuai dengan pandangan masyarakat menurut tempat dan waktu.

²³⁰ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 199-200.



Kesulilaan merupakan semua norma yang ada di dalam kemasyarakatan,²³¹ yang tidak merupakan hukum, kebiasaan atau agama. Kesulilaan yaitu segala macam norma, yang tidak merupakan Hukum, Kebiasaan, Adat Istiadat, Agama. Melainkan berisi Sopan santun, Moral. Dikatakan bahwa moral hanya menunjukkan norma-normanya kepada manusia sebagai mahluk. Susila hendak mengajar manusia, supaya menjadi anggota masyarakat yang baik.²³² Yurisprudensi Indonesia juga menganut ajaran luas tersebut seperti yang terlihat melalui Putusan Mahkamah Agung No. 3191 K/Pdt./1984 dalam perkara antara Masudiati sebagai Penggugat melawan I. Gusti Lanang Rejeng sebagai Tergugat di mana Penggugat merasa dibohongi oleh Tergugat dengan janji bahwa dalam waktu 4 bulan Penggugat akan dinikahi secara adat maupun agama maka Penggugat rela dibawa lari kawin oleh Tergugat. Ternyata walaupun Penggugat telah mendesak untuk menikah, Tergugat tidak juga mau menikah hingga berlangsung sampai 1 tahun 4 bulan. Selama hidup bersama itu Penggugatlah yang menanggung biaya rumah tangga. Penggugat adalah seorang guru karena tidak kunjung dinikahi secara sah maka Penggugat kemudian menuntut kerugian yang telah dikeluarkan selama hidup bersama. Mahkamah Agung

²³¹ Mr. Mahadi, *Sumber-Sumber Hukum*, (Jakarta: N.V. Soeroengan, 1958) hlm. 50.

²³² Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta: Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hlm. 13.



memutuskan mengabulkan gugatan Penggugat dan menyatakan Tergugat telah melakukan perbuatan melawan hukum dengan pertimbangan bahwa Tergugat melanggar norma kesucilaan dan kepatutan dalam masyarakat sehingga menimbulkan kerugian terhadap diri Penggugat.²³³ Dengan mendasarkan pada norma kesucilaan dan kepatutan serta kesadaran beragama dalam masyarakat maka dapat dipahami bahwa yurisprudensi Indonesia telah menganut penafsiran luas mengenai perbuatan melawan hukum.

Pemahaman terhadap kesadaran beragama harus dijadikan benteng oleh hakim dalam memeriksa, menemukan dan menerapkan hukum dalam suatu putusan yang diperuntukan pada perkara yang sedang ditanganinya, sehingga beban tanggung jawab atas putusan tersebut, tidak hanya ditujukan kepada para pihak dan masyarakat umum secara duniawi saja tetapi juga dapat dipertanggungjawabkan dengan rasa keyakinan atas kesadaran beragamanya kepada Tuhan Yang Maha Esa.

Dengan demikian, penanaman nilai-nilai agama menjadi penting kedudukannya sebagai salah satu pilar bagi hakim dalam memeriksa, menemukan dan menerapkan hukum dalam suatu putusan perdata yang dibuatnya. Apakah arti sebuah bangsa yang religius apabila

²³³ Amar Putusan Mahkamah Agung No. 3191 K/Pdt./1984 dalam perkara Janji Nikah.



nilai-nilai agama hanya bergema di dinding-dinding tempat ibadah, rumah ibadah secara ritual tanpa mampu menunjukkan kontribusi positif dalam kehidupan berbangsa dan bernegara secara kontekstual.²³⁴ Lebih-lebih hakim yang memiliki hak dan kewenangan untuk menentukan hukum objektif tertentu yang akan diterapkan pada peristiwa kongkret yang secara langsung atau tidak langsung akan menentukan nasib para pihak yang berperkara.

Dalam dimensi sosial semacam itu, tidak mungkin ada fanatisme beragama. Biarlah Allah yang menentukan dan memutus yang benar atau yang salah. Bukanlah tanggung jawab, apalagi hak kita menentukan yang benar dan salah dalam beragama. Tanggung jawab kita adalah berusaha mewujudkan sebesar-besarnya manfaat kehidupan beragama terhadap diri dan terhadap sesama kita.

Dimensi sosial beragama sangat relevan dengan pekerjaan sebagai hakim yang memikul tanggung jawab untuk memutus perkara dengan benar dan adil, kewajiban untuk tidak berpihak, kewajiban berlaku jujur. Karena itu memupuk kesadaran beragama, akan menunjang menjadi hakim yang baik.²³⁵ Termasuk hakim yang mampu membuat keputusan yang mendasarkan pada kesadaran

²³⁴ Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2008), hlm. 263.

²³⁵ *Ibid*, hlm. 200.



beragama, sehingga putusannya dapat dipertanggungjawabkan baik di dunia maupun di akherat.

Memperhatikan relevansi tersebut, betapa penting hakim memupuk secara terus menerus kesadaran beragama menurut agamanya masing-masing, tanpa menimbulkan fanatisme, melainkan sebagai sarana menjadikan agama sebagai rahmat bagi setiap pencari keadilan di pengadilan.

3.1.3.5. Putusan Hakim dalam Perspektif (sudut pandang)

Teknis Peradilan

Sebagai makhluk sosial, manusia memerlukan sebuah interaksi dengan sesamanya. Dan proses interaksi itu tidak selamanya berjalan dengan baik, namun ada kalanya dihiasi dengan konflik horizontal sehingga dalam kasus ini diperlukan adanya suatu institusi yang menjadi pemutus konflik tersebut. Dalam kehidupan bernegara, institusi ini menjelma dalam bentuk Lembaga-lembaga peradilan.

Di dalam dunia pengadilan, sebenarnya hanya ada satu hal pokok yang dicari para *justiabalance* (pencari keadilan) yaitu Putusan Hakim. Setelah putusan tersebut sudah final dan berkekuatan hukum secara tetap maka akan dilaksanakan eksekusi (akibat dari putusan tersebut).



Tujuan pihak-pihak yang berperkara menyerahkan gugatan perkara-perkaranya kepada pengadilan adalah untuk mendapat penyelesaian persoalan mereka secara tuntas dengan putusan hakim. Dengan putusan pengadilan saja belum berarti sudah menyelesaikan perkara secara tuntas, akan tetapi perkara dianggap selesai setelah ada pelaksanaan putusan atau eksekusi. Dengan kata lain pencari keadilan tidak hanya ingin menang di atas kertas tapi mempunyai tujuan akhir yaitu agar segala hak-haknya yang dirugikan oleh pihak lain dapat dipulihkan melalui eksekusi putusan pengadilan, dan pemulihan tersebut akan tercapai apabila putusan dapat dilaksanakan.²³⁶

Hakim yang baik dalam memeriksa dan mengadili serta perkara mengandung makna putusannya tidak sia-sia atau tidak sampai terjadi putusan (*noneksekusitable*) yang sebenarnya bisa di atasi sewaktu proses persidangan karena ketidak tahuan para pihak ataupun disebabkan kelalaian hakim itu sendiri dengan demikian hakim harus memikirkan sejak awal apakah apakah gugatan penggugat atau gugatan rekonsensi dari tergugat dapat diselesaikan dengan baik untuk menghindari kesia siaan maka selain hakim atau ketua Pengadilan sewaktu menerima dan memeriksa perkara berwenang untuk memberikan petunjuk formalitas gugatan kecuali gugatan

²³⁶ Rudini, Hukum. <http://rudini76ban.wordpress.com/> posting: 2010/01/13/ diakses pada tanggal 20 Oktober 2010.



rekonvensi karena perkara sudah berjalan maka hakim harus menjaga ketidak berpihakannya. Untuk menghasilkan suatu putusan yang berguna dalam arti dapat dieksekusi sangat diperlukan kemampuan hakim dibidang teknis memeriksa dan mengadili perkara yang dimulai sejak dalam proses beracara maupun dalam membuat putusan.

Beberapa perspektif (sudut pandang) yang digunakan untuk mengkaji putusan hakim sebagai hasil penemuan hukum dalam menyelesaikan perkara perdata yang dihadapkan kepadanya, secara tidak langsung telah menunjukkan beberapa bagian teknis peradilan yang ternyata mempunyai kedudukan cukup penting dalam rangka penerapan hukum dan pemenuhan rasa keadilan masyarakat.

Melihat penguasaan teknis peradilan sangat penting tersebut, karena akan dengan serta merta diketahui bahwa hakim yang memeriksa dan mengadili perkara perdata benar-benar cakap atau tidak cakap, hakim yang terampil atau tidak terampil, hakim yang memiliki kepemimpinan atau yang tidak memiliki kepemimpinan, hakim yang bijak atau tidak bijak. Sumber utamanya adalah penguasaan atas hukum perdata baik materil dan khususnya penguasaan atas hukum perdata formal atau hukum acara perdata.



Dengan demikian, dalam penjatuhan putusan seorang hakim tidaklah begitu saja dapat mengabaikan teknis-teknis dalam proses persidangan yang merupakan bagian yang terintegrasi dengan pelaksanaan teknis peradilan, tanpa menguasai dan memahami hukum acara perdata.

Pengadilan melalui hakim yang ditunjuk untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara perdata dari awal tentunya sudah ada niatan untuk bertindak secara adil dan tidak memihak. Sikap ini tentunya akan diperlihatkan dari awal persidangan. Wujud rasa adil untuk melaksanakan tugas dalam rangka mengadili ini akan tercermin dalam hal membagi beban pembuktian. Tentunya yang membuktikan adalah para pihak yang bersengketa. Agar dapat mendudukan permasalahan diantara kedua belah pihak secara adil maka hakim dalam menerima dan membebaskan bukti apa yang harus diajukan dan siapa yang harus lebih banyak menanggung beban bukti mengajukan juga harus secara adil pula. Ini berarti bahwa kedua belah pihak, baik penggugat maupun tergugat dapat dibebani dengan pembuktian. Terutama penggugat wajib membuktikan peristiwa yang diajukannya, sedang tergugat berkewajiban membuktikan bantahannya.

Apabila hakim melakukan kekhilafan atau salah dalam menerapkan hukum terhadap suatu peristiwa



kongkret yang bukan atas kesengajaan sebetulnya dapat diperbaiki oleh pengadilan yang lebih tinggi karena pada umumnya dalam perkara perdata menggunakan upaya hukum, akan tetapi jika hakim salah menerapkan hukum acara tidak bisa diperbaiki oleh pengadilan yang lebih tinggi walaupun ada upaya hukum, oleh karena itu kepada hakim yang telah melalaikan proses beracara tersebut harus dijatuhkan sanksi sesuai dengan berat ringannya kesalahan yang telah dilakukannya.

Berkaitan dengan substansi hukum terutama dalam tahap mengkonstatasi banyak hal penting yang harus dicermati hakim salah satunya adalah masalah pembagian beban pembuktian. Sebagaimana sudah diterangkan, pembagian beban pembuktian itu harus dilakukan dengan adil dan tidak berat sebelah, karena suatu pembagian beban pembuktian yang berat sebelah berarti *a priori* menjerumuskan pihak yang menerima beban yang terlampau berat, dalam jurang kekalahan.

Masalah pembagian beban pembuktian ini dianggap sebagai suatu masalah hukum atau soal yuridis, yang dapat diperjuangkan sampai tingkat kasasi, yaitu di Mahkamah Agung. Melakukan pembagian beban pembuktian yang tidak adil dianggap sebagai suatu pelanggaran hukum atau undang-undang yang merupakan



alasan bagi Mahkamah Agung untuk membatalkan putusan Hakim atau Pengadilan rendah yang bersangkutan.

Terdapat Perinsip yang harus juga dipegang oleh hakim adalah batas minimum nilai pembuktian hukum

perdata, tanpa pembuktian dengan alat bukti yang sah hakim tidak boleh mengambil kesimpulan dengan gegabah

dan menyatakan suatu peristiwa kongkret benar-benar telah terjadi.²³⁷ Batas Minimum nilai pembuktian hukum

perdata tersebut terletak dalam masalah Pertimbangan hukum, khususnya tentang Menilai Fakta-Fakta menjadi

Fakta Hukum yang berkaitan dengan hakekat batas minimum nilai pembuktian (menilai alat bukti).²³⁸

Batas Minimal pembuktian dimaksudkan agar alat bukti yang diajukan dipersidangan dapat diberi

penghargaan sebagai alat bukti yang mempunyai nilai kekuatan pembuktian (*bewijskracht*), harus mencapai

batas minimum.²³⁹

Adapun Batas Minimum Nilai Pembuktian dimulai dari penilaian hakim pengadilan Tingkat Pertama hingga

perkara dimohon upaya hukum dan oleh peradilan yang

²³⁷ Yakup Ginting, "Menyamakan Presepsi Tentang Pertimbangan Hukum Putusan Hakim Dalam Menyelesaikan Perkara Perdata Di Kalimantan Selatan", Makalah Bimbingan Teknis Untuk KPN, WKPN, Hakim Pengadilan Negeri Di Lingkungan Pengadilan Tinggi Banjarmasin, Banjarmasin Tanggal 17 Maret 2011. hlm. 17.

²³⁸ *Ibid*, hlm. 4.

²³⁹ Secara teknis dan populer Batas Minimal dapat diartikan: Suatu jumlah alat bukti yang sah yang paling sedikit harus terpenuhi, agar alat bukti itu mempunyai nilai kekuatan pembuktian untuk mendukung kebenaran yang didalilkan atau dikemukakan; Apabila alat bukti yang diajukan dipersidangan tidak mencapai batas minimal, alat bukti itu tidak mempunyai nilai kekuatan pembuktian yang cukup untuk membuktikan kebenaran dalil atau peristiwa maupun pernyataan yang dikemukakan. M.Yahya Harahap, *Op.cit.*, hlm. 539-540.



lebih tinggi hendaknya ada dalam satu penilaian yang sama terhadap satu alat bukti yang sama dapat dikemukakan sebagai berikut sebagai berikut:

a. Saksi, terikat "asas unus testis nulus testis", keterangan satu saksi tanpa ada alat bukti lain dianggap tidak ada kesaksian atau satu orang saksi bukan saksi. Ditemukan saksi yang seharusnya hanya memberikan keterangan tapi juga disumpah dan setelah diprotes oleh para pihak tapi dalam berita acara tetap dimuat sebagai saksi yang disumpah seharusnya memberikan keterangan, hal itu disebabkan tidak tepat menghitung derajat kekeluargaan saksi dari para pihak tersebut.

b. Surat, misalnya alat bukti otentik, dapat dianggap sudah cukup sempurna, maka dianggap berdiri sendiri (kecuali isinya dibuktikan sebaliknya). Misalnya Akta Pendirian bukti adanya Perseroan Terbatas adalah Akta Pendirian yang telah didaftarkan. Bukti adanya asuransi adalah Polis. Sertifikat Tanah. Bukti pemilikan hak atas tanah adalah sertifikat, kecuali alat bukti otentik itu dibuktikan sebaliknya, khusus mengenai sertifikat hak atas tanah mempunyai spesifik tersendiri, yaitu terikat dengan asas pendaftaran tanah, asas negatip menuju positif. Artinya orang yang namanya tercantum dalam sertifikat hak atas tanah tidak mutlak sebagai pemilik hak, tapi dugaan pemilik, karena masih diberikan



kesempatan kepada orang lain untuk membuktikan sebaliknya, misalnya prosedur dan dokumen untuk terbitnya sertifikat tersebut tidak sah/palsu. batas minimum dokumen penerbitan sertifikat hak atas tanah adalah: 1. menguasai fisik tanah (arti menguasai sesuai yurisprudensi); 2. menyetujui /diketahui oleh semua perbatasan atau yang bersebelahan; 3. Surat keterangan riwayat tanah (asal usul tanah secara berjenjang) dari Kepala Desa atau Kelurahan, di Kalimantan Selatan lupa mempertimbangkan fungsi Kepala Desa dan Kepala Padang (Pembekal) yaitu berdasarkan yurisprudensi fungsi dan kewenangan Kepala padang bersama Kepala Desa adalah membagikan tanah yang belum digarap untuk digarap masyarakat dan menyerahkan tanah terlantar kepada masyarakat. Akta di bawah tangan, bila isi dan tanda tangan diakui, nilainya sama dengan akta otentik. Jika isi dan tanda tangan tidak diakui maka kedudukannya sama dengan akta di bawah tangan (bukti bebas) maka harus didukung oleh alat bukti yang lain. Akta sepihak tidak bisa berdiri sendiri, kecuali yang menulisnya debitur sendiri dan kemudian seluruh isi dan tandatangan diakui debitur baru dapat dianggap sebagai alat bukti yang berdiri sendiri, maka jangan lupa menanyakan isi kepada debitur.

c. Persangkaan, tidak bisa berdiri sendiri selamanya harus didukung alat bukti lain masalahnya alat bukti lain itu



harus dulu ditetapkan sebagai alat bukti yang berdiri sendiri, prinsip persangkaan hanya dipergunakan sebagai alat bukti pendukung untuk mencukupi alat bukti lain atau dua alat bukti yang berdiri sendiri yang tidak terkait secara langsung, dengan demikian jika hakim menggunakan alat bukti persangkaan harus lebih dulu menyebutkan dari dua alat bukti lain mana hakim menyangka hal itu.

d. Pengakuan. Jika bulat dan murni (*asas onspitbaaraevean*) yaitu dinilai sempurna. Jika pengakuan dengan klausula nilainya adalah bebas, harus didukung oleh alat bukti lain. Oleh karena itu hakim harus membaca dengan teliti jawaban apakah benar ada pengakuan dan pengakuan itu jenis yang mana?

e. Sumpah. menentukan dapat berdiri sendiri artinya pihak yang menolak bersumpah harus dikalahkan. 156 HIR. Tapi sumpah tambahan harus diperlukan alat bukti permulaan artinya diperlukan bukti pendukung lainnya.²⁴⁰

Membuktikan itu tidak selalu mudah, kita tidak selalu dapat membuktikan kebenaran suatu peristiwa. Terutama untuk membuktikan suatu *negatie*, sesuatu hal yang negatif, itu pada umumnya tidak mungkin (*negative*

²⁴⁰ Yakup Ginting, "Temuan Hakim Tinggi Pengawas Pn. Banjarbaru". Makalah disampaikan dalam rapat di PN. Banjarbaru. Tanggal 28-9-2010. hlm. 3-4.



non sunt probanda): membuktikan bahwa tidak berhutang, tidak menerima uang, pada pokoknya membuktikan yang serba tidak itu pada umumnya tidak mungkin atau sukar. Oleh karena itu maka pembuktian suatu *negatie* "should not be forced on a person without very strong reasons"; kata Paton.²⁴¹

Ketentuan yang tegas mengenai siapa yang membuktikan atau tidak tercantum secara tegas dalam beberapa Pasal yang tersebut yakni:

- a. Pasal 533 KUHPerdara: Orang yang menguasai barang tidak perlu membuktikan itikad baiknya. Siapa yang mengemukakan adanya itikad buruk harus membuktikannya.
- b. Pasal 535 KUHPerdara: Kalau seseorang telah memulai menguasai sesuatu untuk orang lain, maka selalu dianggap meneruskan penguasaan tersebut, kecuali apabila terbukti sebaliknya.
- c. Pasal 1244 KUHPerdara: Kreditur dibebaskan dari pembuktian kesalahan dari debitur dalam hal adanya "*wanprestatie*".
- d. Dalam hal perbuatan melawan hukum, maka Penggugatlah yang wajib membuktikan adanya kesalahan (Pasal 1365 KUHPerdara).
- e. Kwitansi yang berturut-turut dan terakhir dianggap telah membuktikan pelunasan termasuk tagihan

²⁴¹ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 11.



sebelumnya, maka yang mengemukakan sebaliknya yang harus membuktikan (Pasal 1394 KUHPerdara).

Pembuktian dilakukan oleh para pihak dan bukan oleh hakim. Hakimlah yang memerintahkan kepada para pihak untuk mengajukan alat-alat buktinya. Hakimlah yang membebani para pihak dengan pembuktian (*bewijslast, burden of proof*). Kemudian hakimlah yang menilai alat bukti yang diajukan oleh para pihak.

Hukum acara perdata tidak sekedar memuat ketentuan-ketentuan mengenai cara-cara mengadili. Lebih dari itu, hukum acara adalah hukum yang mengatur cara-cara menjamin dan melindungi pihak-pihak atau yang terkena perkara dari berbagai tindakan sewenang-wenang dalam menjalani peradilan. Dari perspektif (sudut pandang) menjamin dan melindungi tersebut, hukum acara adalah tidak lain hukum hak asasi manusia, selama persidangan, hakim atau majelis hakim yang memimpin penyelenggaraan acara. Secara publik, kualitas hakim ditentukan oleh kemampuan beracara, baik yang menyangkut aspek-aspek teknis beracara maupun kemampuan mengendalikan acara persidangan. Tingkat kemampuan beracara akan menentukan tingkat keberhasilan suatu persidangan untuk mewujudkan putusan yang tepat, benar, adil, efisien dan efektif.²⁴²

²⁴² Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 201.



Setiap hakim dituntut menguasai dan memahami secara mendalam hukum acara. Dalam pemeriksaan perkara (persidangan), hakim adalah satu-satunya sumber beracara. Mengenal dan memahami secara mendalam hukum acara akan mempengaruhi kelancaran persidangan dan penyelesaian perkara. Jika terdapat perbedaan pendapat antar anggota majelis, maka hal itu sangat wajar karena hukum acara telah mengatur penyelesaiannya yaitu dengan mencantumkan perbedaan tersebut dalam berita acara persidangan atau "*dissenting opinion*" pada saat pembacaan putusan.

Jadi perspektif (sudut pandang) teknis peradilan juga mempunyai kedudukan yang sangat penting sebagai pencerminan kemampuan hakim dalam mencari, menemukan dan menerapkan hukum objektif pada perkara yang ditanganinya terutama dalam hal hakim melakukan penemuan hukum.

3.2. Tahap-Tahap Penemuan Hukum yang Dapat Dilakukan Oleh Hakim dalam Penyelesaian Perkara Perdata Di Indonesia

Dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya hakim akan dihadapkan pada peristiwa atau konflik kongkret untuk dipecahkan. Untuk itu maka harus dicari atau diketemukan hukumnya. Hukumnya harus dicari, diketemukan bukan diciptakan. Dikatakan harus dicari atau diketemukan bukan diciptakan, karena hukumnya memang sudah ada ditengah tengah masyarakat, hakim hanya mengangkat kepermukaan setelah



mengartikannya kemudian dijadikan sebagai alasan dan dasar hukum putusnya. Hal ini tersurat dalam Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang berbunyi bahwa: "Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat" Jadi hukumnya sudah ada, tinggal menggali ke permukaan. Menurut Paul Scholten di dalam perilaku manusia terdapat hukumnya. Jadi hukum itu tidak semata-mata terdapat di dalam peraturan perundang-undangan saja. "Penggalian" inilah yang pada dasarnya dimaksud dengan penemuan hukum (*rechtsvinding, law making*) dan bukan penciptaan hukum dari tidak ada menjadi ada. Memang tidak tertutup kemungkinan bahwa hakim dalam menemukan hukum tanpa disadari, tanpa disengaja menciptakan hukum dalam arti norma untuk menyelesaikan perkara tersebut, tetapi hakim dilarang untuk menciptakan peraturan yang mengikat secara umum.²⁴³

Suatu perkara yang diajukan ke pengadilan tidak lain untuk mendapatkan penyelesaian dan pemecahan masalah sesuai dengan harapan dan keinginan para pencari keadilan (*justiciabellen*). Suatu perkara supaya dapat diputus secara adil harus diketahui duduk perkaranya secara jelas, yaitu mana peristiwa yang benar dan mana peristiwa yang salah.

Untuk menentukan mana peristiwa yang benar dan salah dapat dilakukan melalui proses pembuktian di persidangan yang sebelum sampai ke tahap pembuktian (konstatasi) dilanjutkan dengan memberi nama peristiwa hukumnya atau mengkualifikasi, barulah sampai pada tahap konstitusi yaitu mencari, menemukan, menjelaskan aturan hukumnya,

²⁴³ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.* hlm. 38.



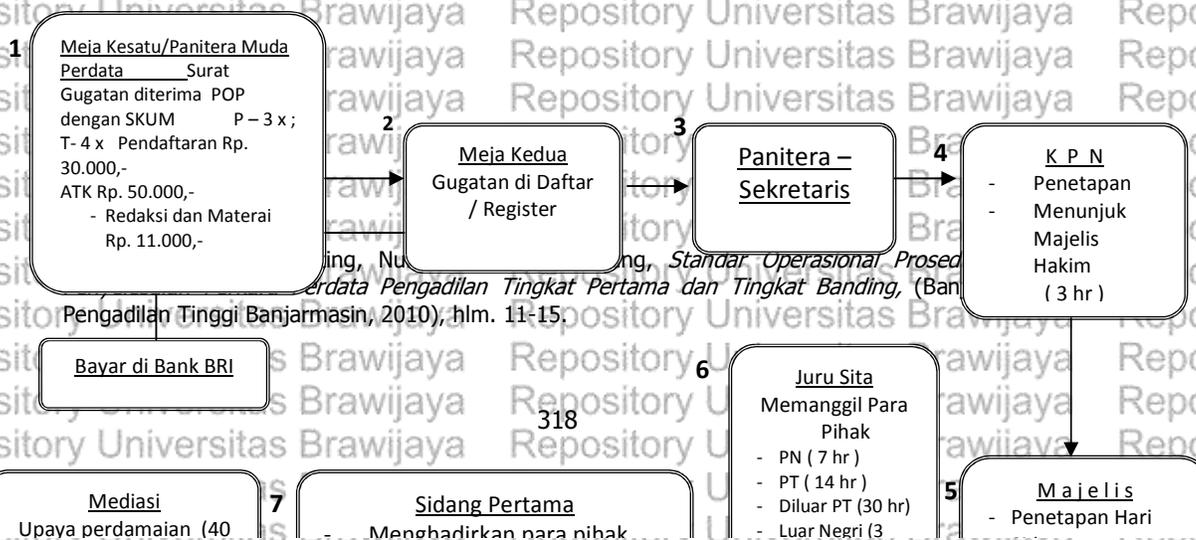
sebelum itu semua harus lebih dahulu melalui tahap-tahap proses beracara dimulai sejak pendaftaran perkara, untuk ke persidangan terlebih dahulu diupayakan dan dilakukan tahapan mediasi atau perdamaian diantara para pihak, dan apabila proses mediasi atau perdamaian tersebut tidak tercapai baru dilanjutkan ke persidangan untuk pembuktian yang akhirnya pada tahap pembacaan putusan. Tahap-tahap proses tersebut dilakukan di tingkat Pengadilan Negeri yang pada garis besarnya sudah diatur dalam hukum acara perdata dan berbagai peraturan perundang-undangan lainnya. Untuk mendapatkan suatu keserasian, ketepatan waktu, tertib biaya perkara maka perlu diatur dalam standar operasional prosedur (SOP) yang dapat dideskripsikan sebagai berikut di bawah ini.

Pembagian tahap-tahap hukum acara perdata pada umumnya dapat dibagi menjadi enam tahapan, yaitu: 1) tahap pra persidangan, yang di antaranya pendaftaran gugatan, pembayaran panjar (biaya) dan pemanggilan para pihak; 2) tahap persidangan, yang dimulai dari jawab menjawab, pembuktian dari masing-masing pihak dan putusan; 3) tahap pemberkasan; 4) tahap upaya hukum; 5) Banding; 6) Kasasi penyelesaian.

Untuk memudahkan persamaan persepsi tentang alur perkara dapat digambarkan dalam bentuk bagan-bagan, sebagai berikut:²⁴⁴

Bagan 2.

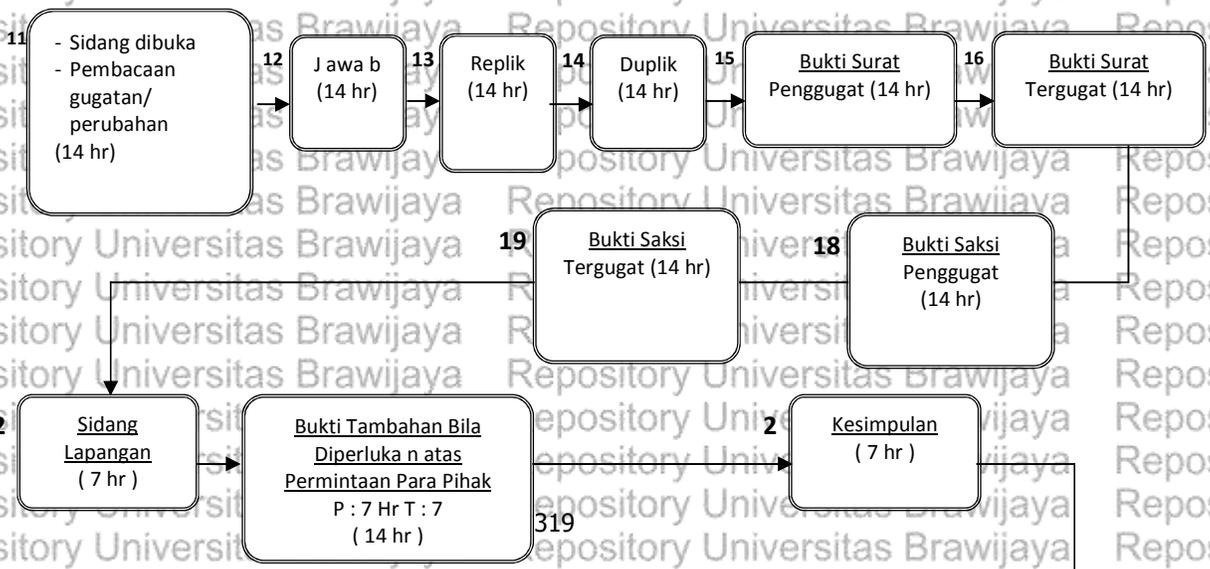
I. PROSEDUR DAN WAKTU PENERIMAAN PERKARA PERDATA





Bagan 3.

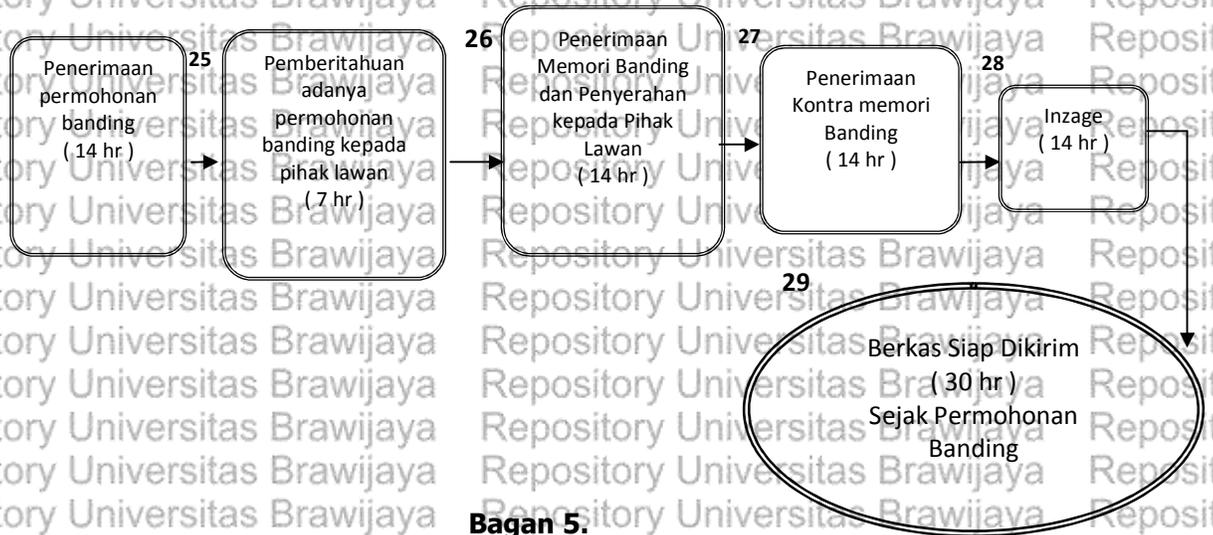
II. SIDANG DILANJUT KARENA MEDIASI GAGAL





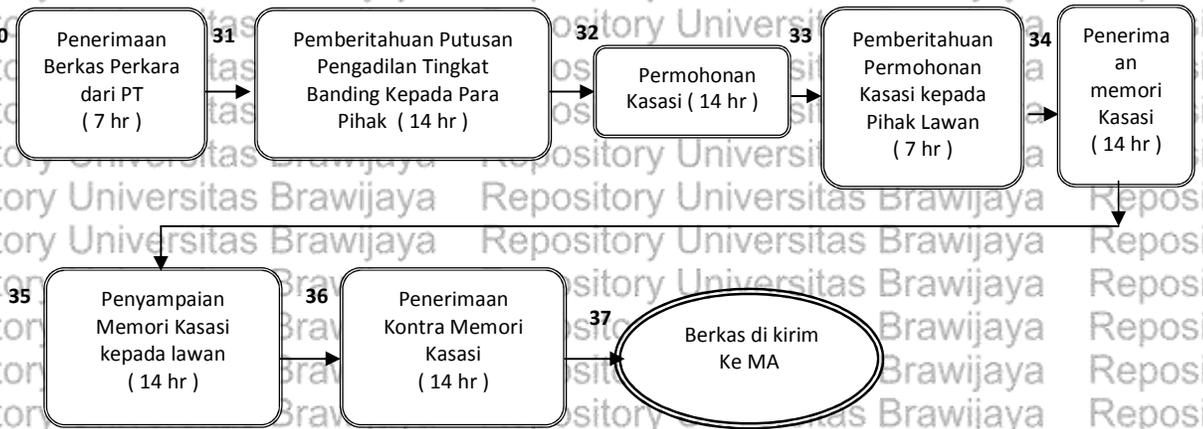
Bagan 4.

III. PEMBERKASAN PERKARA BANDING



Bagan 5.

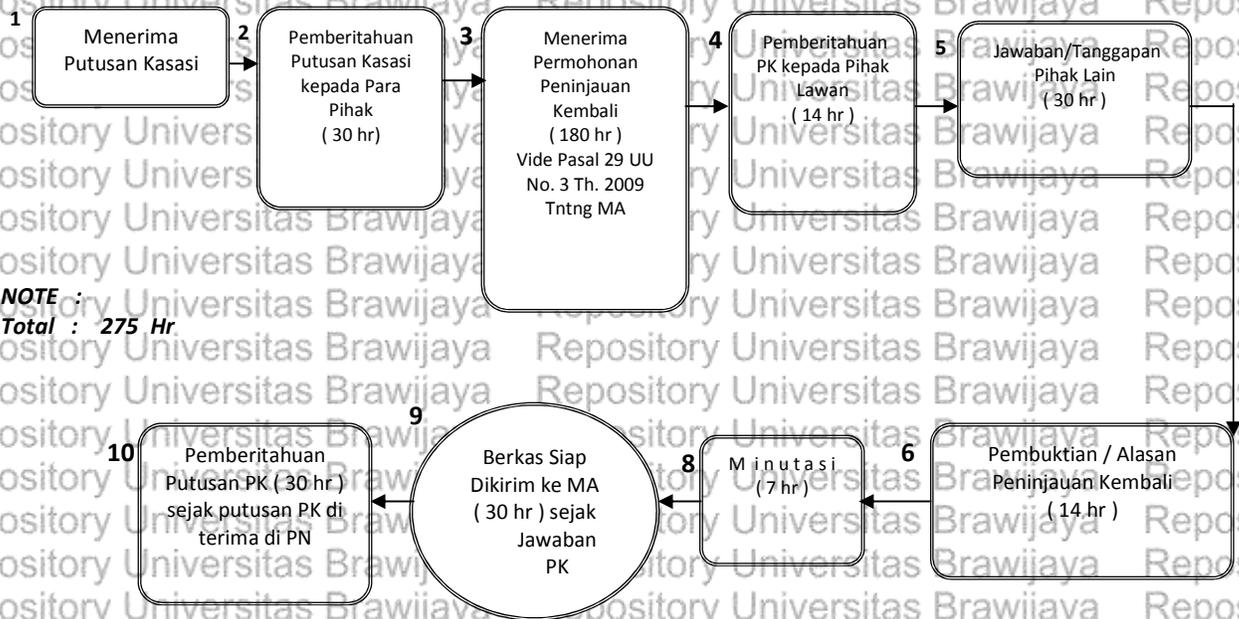
IV. PEMBERKASAN PERKARA KASASI





Bagan 6.

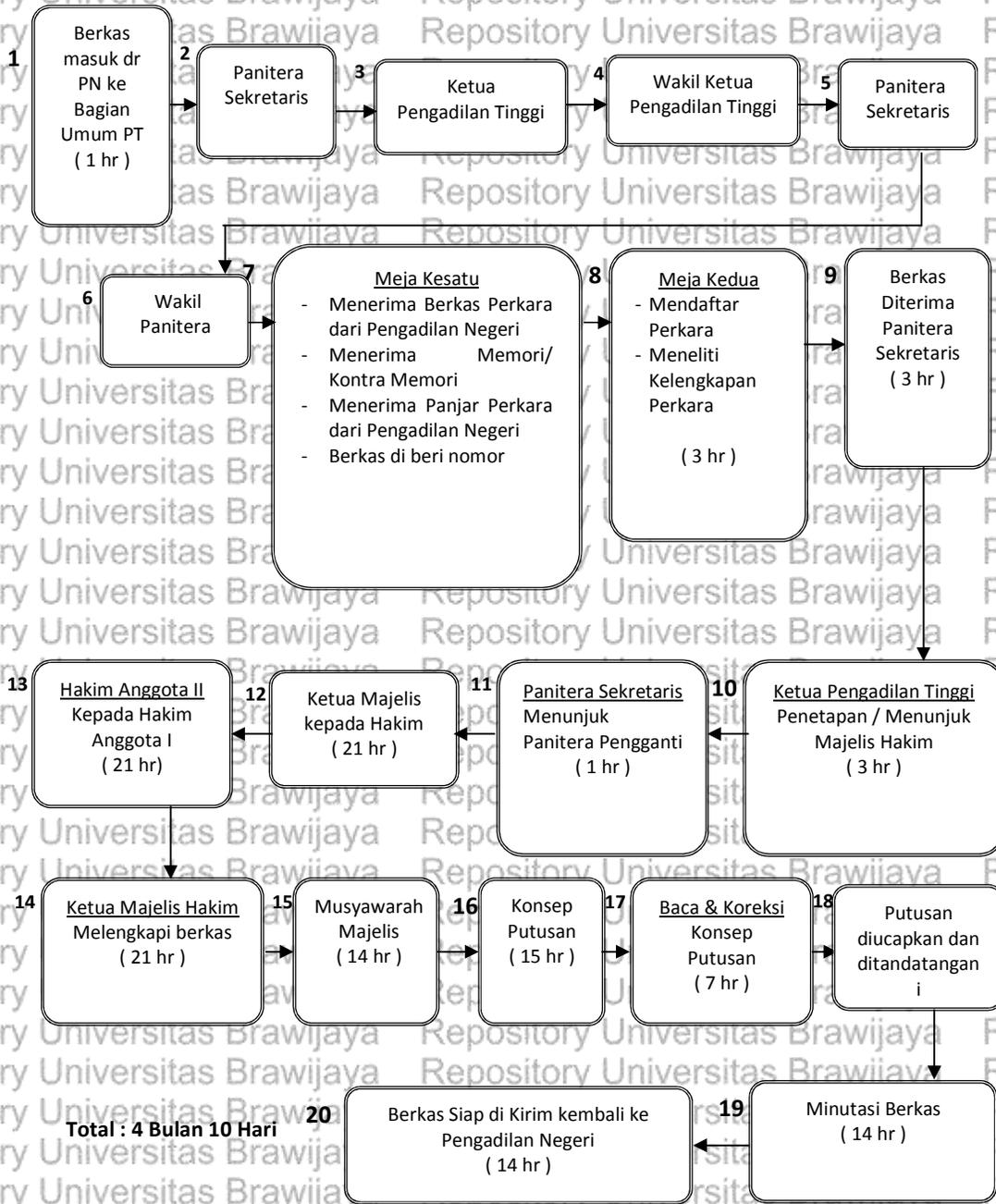
V. PENERIMAAN PEMBERKASAN PERKARA PENINJAUAN KEMBALI



NOTE :
Total : 275 Hr

Bagan 7.

PROSEDUR PERKARA PERDATA DI PENGADILAN TINGGI





Kegiatan hakim yang utama dan yang paling banyak adalah pada tahap persidangan yang merupakan rangkaian kegiatan hakim dalam melakukan penemuan hukum. Pada dasarnya apa yang dilakukan oleh hakim dalam persidangan adalah rangkaian proses yang dimulai dari mengkonstatasi peristiwa kongkrit, mengkualifikasi peristiwa kongkrit, atau memiliki arti untuk menetapkan peristiwa hukumnya, dan mengkonstituir atau memberi hukum atau keadilannya, yang pada dasarnya semua itu adalah suatu konflik yang harus diupayakan untuk dipecahkan (*legal problem identification, legal prolem solving dan dicision making*). Oleh karena itu, hakim selalu dihadapkan pada peristiwa kongkrit dan suatu kasus atau konflik, yang nantinya harus dicarikan hukumnya dan dipecahkan atau diselesaikan yang sesuai dengan rasa keadilan masyarakat.

Penemuan hukum melalui tahap persidangan tersebut adalah proses pembentukan hukum oleh hakim yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa kongkrit. Lebih kongkrit lagi menurut Sudikno Mertokusumo dapat dikatakan bahwa penemuan hukum oleh hakim adalah kongkretisasi, kristalisasi, atau individualisasi peraturan hukum atau das Sollen yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa kongkrit atau das Sein, sehingga peristiwa kongkrit tersebut perlu dicarikan hukumnya yang bersifat umum dan abstrsak. Peristiwa kongkrit tersebut harus dipertemukan dengan peraturan hukum dan harus dihubungkan dengan peraturan hukumnya agar dapat mencakup oleh peraturan hukum, sebaliknya peraturan hukum harus disesuaikan dengan peristiwa kongkretnya agar dapat diterapkan.



Hukumnya harus diketemukan oleh karena peristiwa atau konflik kongkret yang harus dipecahkan harus dikonversi lebih dahulu menjadi peristiwa hukum, peristiwa kongkretnya harus diterjemahkan dalam bahasa hukum lebih dahulu. Kecuali itu, hukumnya harus dicari ketika peraturan hukumnya tidak jelas atau tidak lengkap. Hukumnya wajib ditemukan juga oleh karena peraturan hukumnya harus disesuaikan dengan perkembangan keadaan. Apa yang dicari dalam menemukan hukum pada dasarnya adalah "pengertian-pengertian hukum" "berlaku tidaknya" dan "sah tidaknya".

Dalam menemukan hukumnya harus dicari lebih dahulu sumber hukum.²⁴⁵ Apabila hakim hendak menemukan hukum untuk suatu peristiwa atau konflik kongkret, maka terlebih dahulu dicari hukumnya dalam undang-undang. Sumber hukum yang tertinggi karena dibandingkan sumber-sumber hukumnya lainnya lebih menjamin kepastian hukum. Jika undang-undangnya tidak mengatur maka masih harus diupayakan menemukan hukumnya dengan penalaran atau argumentasi.

Sebagai contoh: Ada seorang duda yang mau nikah lagi. Ternyata Peraturan yang mengatur secara khusus peristiwa duda yang mau nikah lagi tidak ada. Dalam hal ini yang harus dicari adalah peraturan yang mengatur peristiwa yang mirip dengan duda yang mau kawin lagi, tetapi juga berbeda. Peraturan ini ada, yaitu yang mengatur janda yang mau nikah lagi. Dikatakan mirip karena sama-sama mau menikah, dikatakan berbeda karena yang satu perempuan yang masih harus menunggu masa

²⁴⁵ Sumber hukum atau sumber penemuan hukum meliputi undang-undang, kebiasaan, putusan pengadilan, traktat, doktrin dan perilaku serta kepentingan. Sumber hukum mengenal hierarki, yang berarti bahwa sumber-sumber hukum itu kedudukannya tidak sama, ada yang kedudukannya lebih tinggi dari yang lain. Hierarki ini membuka peluang terjadinya konflik antara sumber-sumber hukum tadi. Kalau terjadi konflik maka sumber hukum yang tertinggillah yang harus dimenangkan.



idah, dan yang lain laki-laki. Peraturan yang berlaku bagi janda itu diterapkan pada duda yang mau menikah, akan tetapi oleh karena berbeda maka diterapkannya peraturan itu kepada duda (karena duda tidak perlu menunggu masa idah) secara *à contrario* (secara kebalikannya).

Kalau peristiwa kongkretnya tidak diatur sama sekali dalam undang-undang maka perlu dipertanyakan "apakah peristiwa kongkretnya itu bertentangan dengan ketertiban umum, kesusilaan atau tidak?" Kalau tidak mengapa dilarang? Kalau tidak seyogyanya harus dilarang. Apakah poliandri itu diatur: dilarang atau dibolehkan. Peraturannya tidak ada, tetapi karena bertentangan dengan kesusilaan maka dilarang. Demikian pula dengan bayi tabung, karena meskipun peraturannya belum ada tetapi tidak bertentangan dengan ketertiban umum maupun kesusilaan maka dibolehkan. Kalau undang-undangnya tidak memberi jawaban atau solusi maka penelusurannya dilanjutkan ke bawah, ke kebiasaan, putusan pengadilan dan sebagainya.

Kalaupun masalah hukumnya berhasil diseleksi dan dirumuskan, masih perlu diketahui dan ditetapkan lagi termasuk bidang hukum apa, apakah itu hukum keluarga atau hukum yang lain (ingkar janji - perbuatan melawan hukum). Setelah masalah hukumnya dirumuskan atau peristiwa kongkretnya dikonstatasi, maka (peristiwa) hukumnya harus diketemukan dan ditetapkan serta kemudian hukumnya diterapkan terhadap peristiwa hukumnya dan kemudian diambillah keputusan. Hal tersebut dikarenakan hukumnya, terutama hukum tertulisnya, tidak jelas atau tidak lengkap, maka hukumnya perlu dicari perlu diketemukan. Oleh karena itu diperlukan penemuan hukum. Telah luas diketahui bahwa (peraturan) hukum itu tidak



jelas dan tidak lengkap. Tidak mungkin ada peraturan hukum yang lengkap selengkap-lengkapinya atau jelas sejelas-jelasnya. Hal ini memang wajar oleh karena kepentingan manusia itu tidak terhitung jumlah maupun jenisnya, sehingga tidak mungkin ada satu peraturan hukum yang dapat mengatur kepentingan manusia itu secara tuntas, lengkap dan jelas.

Kongkretisasi atau individualisasi hukum itu berhubungan dengan adanya peristiwa kongkret atau konflik. Kepada sarjana hukum yang bekerja dalam profesinya selalu dihadapkan pada peristiwa kongkret atau konflik yang harus dipecahkannya atau diselesaikannya. Peristiwa kongkret atau konflik itu harus dipecahkan dan untuk memecahkannya harus dicarikan (kaedah) hukumnya. Hukum atau das Sollen itu abstrak. Hukum yang abstrak itu tidak dapat secara langsung diterapkan pada peristiwanya yang kongkret. Oleh karena itu hukumnya harus dikongkretkan lebih dulu dengan menghubungkan dan menyesuaikan dengan peristiwa kongkretnya untuk kemudian dicari peristiwa hukumnya dan kemudian diterapkan hukumnya.

3.2.1. Putusan Hakim Sebagai Sarana Rekayasa Hukum

Salah satu fungsi dari hukum ialah sebagai alat untuk menciptakan kepastian dan keadilan tersebut. Upaya yang semestinya dilakukan guna menciptakan kepastian dan keadilan ialah hukum harus dilaksanakan secara layak. Selain itu, juga telah



dipahami bahwa hukum sebagai sarana pembaharuan,²⁴⁶ atau sebagai sarana rekayasa, sesuai dengan ungkapan bahwa hukum, "*law as a tool of social engineering*".²⁴⁷ Konsep Rescou Pound ini tidak terlepas dari prinsip "*judge made law*", dengan demikian makna law dalam "*law as a tool of social engineering*" adalah hukum yang dibuat oleh hakim atau dapat dikatakan konsep Pound ini dapat diartikan peran hakim dalam membuat dan atau menjatuhkan putusan dengan orientasi untuk melakukan pembaharuan masyarakat.²⁴⁸ Penerapannya di daerah penelitian, ditemukan adanya norma dalam keluarga masyarakat Karo atau keturunannya, mengatur bahwa semula hanya anak laki-laki yang dapat berkedudukan sebagai ahli waris. Setelah ada putusan hakim yang menyatakan anak laki-laki dan perempuan sama-sama dapat menjadi ahli waris. Putusan adanya norma hukum yang mengatur bahwa tidak hanya anak laki-laki yang dapat menjadi ahli waris, melainkan anak perempuanpun memiliki kedudukan sebagai ahli waris tertuang dalam yurisprudensi tetap. Dengan adanya putusan hakim yang menyatakan tidak hanya laki-laki yang dapat berkedudukan sebagai ahli waris, yang masuk dalam yurisprudensi tetap, hal ini menampakkan bahwa yurisprudensi ini telah

²⁴⁶ Dalam kaitannya dengan konsep "hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat" Mochtar Kusumaatmadja menyadari sumber utama kaidah hukum kita adalah undang-undang atau peraturan perundang-undangan, bukan putusan hakim (*civil law system*). Berdasarkan sistem laidah yang berbeda tersebut, maka Mochtar Kusumaatmadja dan para pemikir lain, memberi arti "hukum" pada hukum sebagai sarana pembaharuan sosial, lebih memberi perhatian terhadap undang-undang atau peraturan perundang-undangan, dalam Bagir Manan, *Op.Cit.* Hlm. 163.

²⁴⁷ Bagir Manan, *Op.cit.* hlm. 164.

²⁴⁸ *Ibid.*



melakukan rekayasa pada masyarakat setempat, khususnya bagi masyarakat Karo.

Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara damai, normal tetapi dapat terjadi pula karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar tersebut haruslah ditegakkan, dan diharapkan dalam penegakan hukum inilah hukum tersebut menjadikan kenyataan sehingga ketertiban berkeadilan terwujud.

Pada dasarnya, suatu hukum yang baik adalah hukum yang mampu mengakomodasi dan membagi keadilan pada orang-orang yang akan diaturnya. Kaitan erat antara hukum dan nilai-nilai sosial budaya masyarakat itu ternyata bahwa hukum yang baik adalah hukum yang mencerminkan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.²⁴⁹

Dalam hal penegakan hukum tersebut, setiap orang selalu mengharapkan dapat ditetapkannya hukum dalam hal terjadinya peristiwa kongkrit, dengan kata lain bahwa peristiwa tersebut tidak boleh menyimpang dan harus ditetapkan sesuai dengan hukum yang ada (berlaku), yang pada akhirnya nanti kepastian hukum dapat diwujudkan. Namun perlu diingat bahwa dalam penegakan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan guna mewujudkan hakikat dari fungsi dan tujuan itu sendiri, yaitu: kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeif*). Tanpa kepastian hukum orang tidak mengetahui apa yang harus diperbuat yang pada akhirnya akan

²⁴⁹ Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Sistem Hukum Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik*, A3 (Asah, Asih, Asuh) dan Nasa Media, Malang, 2010. Hlm. 189.



menimbulkan keresahan. Akan tetapi terlalu menitikberatkan pada kepastian hukum, terlalu ketat mentaati peraturan hukum akibatnya juga akan kaku serta tidak menutup kemungkinan akan dapat menimbulkan rasa ketidakadilan. Apapun yang terjadi peraturannya adalah demikian dan harus ditaati dan dilaksanakan.²⁵⁰

Kadangkala undang-undang itu sering terasa kejam apabila dilaksanakan secara ketat (*lex dura sed tamen scripta*). Berbicara tentang hukum pada umumnya, masyarakat umumnya hanya melihat kepada peraturan hukum dalam arti kaidah atau peraturan perundang-undangan, terutama bagi para praktisi. Sedang kita sadar bahwa undang-undang itu tidaklah sempurna, undang-undang tidaklah mungkin dapat mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada kalanya undang-undang itu tidak lengkap atau ada kalanya undang-undang tersebut tidak jelas. Dalam hal terjadinya pelanggaran undang-undang, penegak hukum (hakim) harus melaksanakan atau menegakkan undang-undang. Hakim tidak dapat dan tidak boleh menanggukhan atau menolak menjatuhkan putusan dengan alasan karena hukumnya tidak lengkap atau tidak jelas. Hakim dilarang menolak menjatuhkan putusan dengan dalih tidak sempurnanya undang-undang. Olehnya, karena undang-undang yang mengatur akan peristiwa kongkrit tidak lengkap ataupun tidak jelas, maka dalam hal ini penegak hukum (hakim) haruslah mencari, menggali dan mengkaji hukumnya, hakim harus menemukan hukumnya dengan jalan melakukan

²⁵⁰ Herman. "Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*)". <http://herman-notary.blogspot.com/2010/03/penemuan-hukum-rechtsvinding.html>. Selasa, 16 Maret 2010.



penemuan hukum (*rechtsvinding*). Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa hukum yang kongkrit.

Sebagaimana hasil penelitian terdapat beberapa Putusan di tingkat Kasasi pada Mahkamah Agung, di mana proses terbentuknya putusan oleh hakim melalui empat tahapan yang harus dilewati yakni mengkonstatasi fakta-fakta, mengkualifikasikan nama peristiwa dan mengkonstitusikan peristiwa hukum.²⁵¹ menerapkan aturan hukum dalam format putusan Putusan-putusan perkara perdata tersebut, antara lain:

1. Putusan Majelis Hakim Pengadilan Negeri Kabanjahe No. 2/Pdt.G/1999/PN.Kbj. tanggal 2 Maret 1999, tentang Keabsahan Perkawinan Adat Karo.
2. Putusan Nomor 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg. tanggal 8 Agustus 2006, tentang keabsahan perkawinan adat Cina di kota malang (dinyatakan sah)
3. Putusan PT. Surabaya No. 546/Pdt/2006/PT.Sby. tanggal 15 Maret 2007, keabsahan perkawinan adat cina di kota malang (dinyatakan tidak sah)
4. Putusan MA. No. 1776 K/Pdt/2007. tanggal 28 Juli 2008. keabsahan perkawinan dengan adat cina di kota malang (dinyatakan sah)

²⁵¹ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 33.



5. Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin No. 46/PDT/2010/PT.BJM. Tanggal 31 Agustus

2010 tentang perkara Perjanjian Pengikatan Jual Beli yang Cacat Hukum (uang muka tidak hangus).

6. Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 5096. K/PDT/1998, Tanggal 28 April 2000, tentang perkara Hutang

Piutang (dengan adanya penyerahan gillet giro bukti telah ada utang)

7. Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 3641.

K/PDT/2001, Tanggal 11 September 2002 tentang perkara pembatalan Perjanjian Akta pengakuan utang Akibat Penyalahgunaan Keadaan;

8. Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 3909.

K/PDT/1994, Tanggal 7 Mei 1997 ttg perkara pembatalan Perjanjian Kredit

9. Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 569.

K/Sip/1983, Tanggal 13 Juni 1983 tentang perkara Perjanjian Gadai Rumah;

10. Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 494.

K/Pdt/1995, Tanggal 12 Desember 1995 ttg pembatalan Akta Perdamaian;

11. Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 3704

K/Pdt/1991, Tanggal 25 Juni 1996 tentang pembatalan Hibah Wasiat.



Beberapa putusan hakim tersebut di atas sebagai produk hukum yang dilakukan oleh hakim sesuai prinsip "*judge made law*", dalam menjalankan fungsinya sebagai sarana pembaharuan, atau untuk melakukan upaya rekayasa sosial dan masyarakat, sesuai dengan ungkapan bahwa hukum, "*law as a tool of social engineering*".²⁵² Hakim memiliki tugas dan peran untuk membuat hukum atau dapat dikatakan konsep ini menunjukkan peran hakim dalam membuat dan atau menjatuhkan putusan dengan orientasi untuk melakukan pembaharuan hukum, sehingga masyarakat dapat direkayasa sesuai dengan nilai-nilai hukum yang hidup dan rasa keadilan masyarakat. Jadi menurut penulis hakim dalam kondisi demikian telah memiliki peran untuk melakukan pembaharuan hukum, dan jelas-jelas hakim telah membentuk hukum atau sesuai prinsip *judge made law*, sehingga disamping adanya peraturan perundang-undangan yang merupakan kaidah hukum, maka putusan hakim yang demikian juga dapat dikategorikan sebagai kaidah hukum, khususnya dalam makna 'hukum' sebagai sarana pembaharu masyarakat.

Hal ini dapat dipahami dari hasil kajian terhadap putusan Mahkamah Agung No. 1776 K/Pdt/2007, tanggal 28 Juli 2008 tentang keabsahan perkawinan dengan adat cina di kota malang (dinyatakan sah) yang di dalamnya juga memberikan hak waris kepada Tjia Mie Joeng alias Mimi sebagai Janda dari Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen untuk mewarisi harta peninggalan almarhum

²⁵² Bagir Manan, *Op.cit.* hlm. 164.



Yulianto. Putusan tentang Hak Janda Mimi tersebut mengikuti putusan Mahkamah Agung sebelumnya.

Mengingat putusan-putusan tersebut dibuat oleh hakim melalui upaya dengan melakukan pencarian hukum sesuai dengan norma-norma hukum yang berlaku atau hukum positif yang harus sesuai (direkayasa) dengan nilai-nilai hukum yang hidup dan rasa keadilan masyarakat yang tumbuh dan berkembang seiring dengan pertumbuhan dan perkembangan jaman, maka putusan hakim tersebut menjadi sarana untuk merubah pola pikir masyarakat dari pola pikir lama ke pola pikir baru sesuai keinginan masyarakat.

Terdapat faktor-faktor yang menunjukkan bahwa setiap putusan hakim adalah sebuah hasil rekayasa (*engineering*), dengan kata lain hakim tidak pernah benar-benar sebagai mulut undang-undang. Faktor-faktor tersebut adalah:²⁵³

1. Tidak pernah didapati suatu peristiwa hukum kongkret yang tepat sama dengan diskripsi suatu aturan hukum apalagi peraturan perundang-undangan.
2. Tidak pernah didapati dua buah peristiwa hukum apalagi lebih apa yang benar-benar identik satu sama lain.
3. Tidak pernah didapati keadaan subyek atau obyek suatu peristiwa hukum yang benar-benar identik, termasuk perbuatan yang dilakukan sekaligus dan bersamaan oleh dua orang atau lebih.

²⁵³ *Ibid*, hlm. 173.



4. Tidak pernah didapati konsep atau teori tunggal dalam memutuskan suatu peristiwa hukum. Putusan hakim akan selalu mengandung perpaduan berbagai konsep atau teori hukum untuk menemukan putusan yang memuaskan.

5. Kewajiban hakim memutuskan setiap perkara yang diajukan kepengadilan. Hakim dilarang menolak memutuskan suatu perkara karena alasan hukum tidak jelas, atau alasan hukum tidak cukup mengatur.

Selain dalam bentuk menemukan arti atau makna suatu ketentuan undang-undang atau peraturan perundang-undangan yang sudah ada, menemukan hukum meliputi juga menemukan hukum dari putusan hakim terdahulu, dan menemukan hukum yang hidup dalam masyarakat. Perluasan ini sekaligus berarti perluasan pengertian hukum, dari yang semata-mata undang-undang atau peraturan perundang-undangan diperluas yang meliputi pula kaidah-kaidah hukum yurisprudensi dan hukum tidak tertulis lainnya. Lebih luas meliputi pula kaidah-kaidah hukum yang lahir dari kesepakatan pihak-pihak seperti disebut Pasal 1338 KUHPerdota.²⁵⁴

Bahkan fungsi menemukan hukum meliputi pula ketentuan-ketentuan lain diluar hukum yaitu kesusilaan atau ketertiban umum seperti dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 1337 KUHPerdota tentang suatu sebab yang dilarang, yaitu sebab adalah terlarang

²⁵⁴ Maksudnya pihak-pihak yang telah melakukan kesepakatan atau persetujuan yang dibuat secara sah berlaku mengikat sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya, atau lebih dikenal dengan asas *pacta sunt servanda*, dalam R. Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Burgerlijk Wetboek dengan tambahan Undang-Undang Pokok Agraria dan Undang-Undang Perkawinan*, (Jakarta, Pradnya Paramita :1990), hlm. 285



apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum.²⁵⁵

Hal ini merupakan proses kongkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa kongkrit, melalui proses mencari dan menemukan hukum objektif untuk diterapkan pada peristiwa kongkret oleh hakim untuk kemudian dituangkan dalam putusan hakim, atau secara tidak langsung putusan hakim atas peristiwa kongkret yang telah dicarikan dan ditemukan serta diterapkan hukum objektif merupakan hasil rekayasa untuk mewujudkan kepastian hukum dan keadilan serta kemanfaatan.

3.2.2. Hakim Mengkonstatasi, Mengkualifikasi, Mengkonstitusi, Aturan Hukum pada peristiwa kongkrit, merumuskan dalam Format Putusan dan Menerapkan Hukum Apa Adanya

Putusan hakim yang menghasilkan norma baru sebagai hasil rekayasa dari menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, tidak otomatis mengikat sebagai aturan yang berlaku umum tetapi bersifat individual, dalam arti mengikat terhadap pihak-pihak yang berperkara yang harus dilaksanakan oleh para pihak dalam perkara dimaksud. Putusan hakim yang menghasilkan norma baru tersebut akan menjadi norma yang mengikat masyarakat secara umum, apabila dikemudian hari terjadi perkara yang fakta-fakta hukum dan

²⁵⁵ *Ibid.*



peristiwa konkritnya memiliki kesamaan dengan fakta-fakta hukum serta peristiwa konkrit pada perkara yang telah diputus tersebut, sehingga putusan yang menghasilkan norma baru tersebut dijadikan sebagai dasar pertimbangan dalam mengadili perkara yang baru terjadi, dalam arti mempertimbangkan adanya yurisprudensi dalam memutus perkara yang dihadapkan kepada hakim, karena fakta hukum dan peristiwa konkritnya memiliki kesamaan dan putusan yang menghasilkan norma baru tersebut menjadi yurisprudensi tetap.

Dalam perkembangan selanjutnya suatu yurisprudensi tetap bisa saja dikesampingkan apabila hakim berpendapat yurisprudensi tersebut tidak sesuai lagi dengan kebutuhan masyarakat atau sudah tidak sesuai lagi dengan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, karena hakim dalam menyelesaikan perkara yang dihadapkan kepadanya tidak hanya mendasarkan pada putusan yang pernah dijatuhkan atau hakim tidak hanya melihat ke belakang, tetapi hakim juga harus mempertimbangkan kemajuan dan perkembangan jaman dengan melihat ke masa depan agar putusan yang akan dijatuhkannya tetap sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat. Jadi suatu yurisprudensi tetap juga tetap memiliki kelemahan dan bersifat rigid atau kaku, yang hanya sesuai pada masa dan kondisi masyarakat saat dijatuhkannya putusan tersebut, padahal masyarakatnya selalu berkembang secara dinamis.



Dalam menemukan hukum ada beberapa hal yang harus diperhatikan dan dikuasai, yaitu:

- a. adanya tata urutan dalam sumber (penemuan) hukum (hierarkhi),
- b. sistem hukum, dan
- c. metode penemuan hukum.

Perlu dikemukakan bahwa sumber (penemuan) hukum itu mengenal tata-urutan atau kewerdaan (hierarkhi). Seperti yang telah diketahui sumber (penemuan) hukum itu ialah peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional dan doktrin. Di samping itu perlu mendapatkan perhatian juga bahwa perilaku merupakan sumber hukum juga, oleh karena di dalam perilaku manusia itu terdapat hukumnya. Oleh karena kepentingan manusia itu yang mendorong perilakunya maka kepentingan merupakan sumber hukum juga. Undang-undang diprioritaskan atau didahulukan dari sumber-sumber hukum lainnya. Kalau hendak mencari arti sebuah istilah hukum misalnya maka haruslah dicari lebih dahulu di dalam undang-undang. Kalau ternyata di dalam undang-undang tidak ada maka barulah dicari dalam hukum kebiasaan, kemudian di dalam yurisprudensi. Kalau di dalam yurisprudensipun tidak ada maka baru dicari di dalam doktrin dan begitu selanjutnya. Kalau kita bicara tentang sumber hukum, maka hal itu tidak akan lepas dari kaedah hukum serta asas-asas hukum. Oleh karena itu dalam



menemukan hukum harus pula dikuasai mengenai sifat dan ciri-ciri kaedah dan asas-asas hukum.

Hukum merupakan suatu sistem, yaitu suatu kesatuan yang tidak menghendaki adanya konflik di dalamnya. Kalau sampai terjadi konflik maka konflik itu tidak akan dibiarkan berlangsung berlarut-larut. Oleh karena itu maka dalam menemukan hukum ciri-ciri sistem hukum itu harus diketahui.

Sistem hukum mengenal klasifikasi. Di samping itu sistem hukum bersifat konsisten. Konsisten dalam arti secara ajeg mengatasi konflik yang terjadi. Sering terjadi konflik antara undang-undang dengan undang-undang, antara undang-undang dengan putusan pengadilan, antara undang-undang dengan hukum kebiasaan.

Untuk mengatasi konflik-konflik itu tersedianlah asas-asas yang secara konsisten digunakan.²⁵⁶ Kalau peraturan perundang-undangannya tidak bersifat lengkap, maka sistem hukumnya lah yang sifatnya lengkap. Ketidak-lengkapan atau ketidak-jelasan itu dilengkapi dengan penemuan hukum. Setiap sistem hukum mempunyai konsep-konsep fundamental. Ciri-ciri sistem hukum seperti yang telah dikemukakan di atas harus diperhatikan dalam menemukan hukum.

²⁵⁶ Asas hukum yang secara konsisten digunakan dapat dibagi dua, yaitu asas hukum umum dan asas hukum khusus. Asas hukum umum, ialah asas hukum yang berhubungan dengan seluruh bidang hukum, seperti asas *restitutio in integrum*, *lex posteriori derogat legi priori*, *lex specialist derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferiori*, *asas keadilan*, *asas kepastian hukum*, *asas kemanfaatan*, *asas nebis in idem*. Asas hukum khusus, berfungsi dalam bidang yang lebih sempit, seperti dalam bidang hukum perdata, hukum pidana dan sebagainya, yang sering merupakan penjabaran dari asas hukum umum, seperti asas *pacta sunt servanda*, asas konsensual dalam Pasal 1977 *Burgerlijk Wetboek*, asas *presumptions of innocence* (praduga tak bersalah), asas *geen straf zonder schuld*, dan sebagainya, dalam Kusnu Goesnadhie, *Op.Cit.*, hlm. 35, 37.



Untuk menemukan hukum ada cara atau metodenya.

Metode penemuan hukum ini telah banyak diketahui, akan tetapi sering tidak disadari. Metode penemuan hukum itu adalah metode penafsiran (*interpretasi*), metode argumentasi dan metode eksposisi atau konstruksi hukum, yang pada akhirnya harus disesuaikan dengan rasa keadilan masyarakat, kepastian hukum dan kemanfaatan.

Prosedur penemuan hukum itu meliputi jawab menjawab yang tujuannya agar hakim mengetahui peristiwa kongkret apa yang sekiranya menjadi sengketa antara kedua belah pihak. Kalau sekiranya oleh hakim sudah diketahui peristiwa kongkretnya, maka peristiwa atau sengketa itu dibuktikan agar hakim dapat mengkonstatasi kebenaran peristiwa kongkret atau sengketa tersebut. Hakim tidak akan mengkonstatasi suatu sengketa tanpa mengadakan pembuktian lebih dulu. Setelah peristiwa kongkretnya dirumuskan atau dikonstatasi maka peristiwa kongkret itu harus diterjemahkan dalam bahasa hukum agar (peraturan) hukumnya dapat diterapkan, sebab (peraturan) hukumnya tidak dapat diterapkan secara langsung terhadap peristiwa kongkretnya. Jadi peristiwa kongkret yang telah dikonstatasi itu kemudian harus dikonversi atau diterjemahkan menjadi peristiwa hukum. Setelah peristiwa kongkretnya dikonversi menjadi peristiwa hukum barulah hukumnya dapat diterapkan dan kemudian dijatuhkan putusan hakim.



Penemuan hukum merupakan rangkaian kegiatan, sehingga pada hakekatnya penemuan hukum itu dimulai sejak jawab menjawab. Akan tetapi momentum dimulainya penemuan hukum adalah pada saat membuktikan dan kualifikasi peristiwa kongkretnya. Di sini dicarilah peristiwa kongkret yang relevan, untuk itu harus pula diketahui hukumnya. Langkah kedua adalah mengkualifikasi peristiwa kongkret: peristiwa kongkret harus diterjemahkan dalam bahasa hukum, yang dikualifikasi adalah peristiwa kongkret, untuk dijadikan peristiwa hukum agar hukumnya dapat diterapkan. Langkah ketiga adalah mencari atau menseleksi (peraturan) hukum dari sumber-sumber hukum: undang-undang, hukum kebiasaan, yurisprudensi dan doktrin serta perilaku manusia. Langkah keempat adalah menganalisis atau menginterpretasi (peraturan) hukum tersebut. Langkah kelima adalah menerapkan peraturan hukumnya terhadap peristiwa hukumnya dengan menggunakan silogisme. Langkah keenam adalah mengevaluasi dan mempertimbangkan argumentasinya.

Di sini harus diperhatikan *Idee des Rechts*, yaitu unsur-unsur yang harus diperhatikan dalam menjatuhkan putusan, yaitu putusan harus mengandung keadilan (*Gerechtigkeit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) dan kepastian hukum (*Rechtssicherheit*). Tiga unsur itu idealnya harus diupayakan ada dalam setiap putusan secara proporsional. Dalam prakteknya tidak mudah mengupayakan hadirnya ketiga unsur itu secara



proporsional, tetapi kalau salah satu unsur ditinggalkan maka unsur lain dikorbankan: kalau yang diperhatikan itu hanyalah keadilan saja maka kepastian hukumnya dikorbankan dan begitu selanjutnya. Jadi paling tidak ketiga unsur itu harus ada sekalipun tidak secara proporsional. Lain dari pada itu apa yang oleh Penggugat misalnya dianggap adil belum tentu dirasakan adil oleh Tergugat. Tidaklah mudah untuk memberi definisi tentang isi keadilan. Yang lebih mudah ialah untuk memberi batasan tentang hakekat keadilan. Permasalahan tentang keadilan baru muncul apabila terjadi konflik antara dua orang yang mempermasalahkan tentang hak masing-masing.

Pada hakekatnya keadilan adalah penilaian terhadap tindakan atau perlakuan seseorang pada orang lain, yang pada umumnya dilihat dari pihak yang terkena tindakan tersebut. Pada umumnya apa yang dinamakan adil itu mengandung unsur pengorbanan.²⁵⁷ Prosedur penemuan hukum bukanlah merupakan kegiatan yang terdiri dari langkah-langkah yang berurutan dari langkah pertama, diikuti oleh langkah kedua, ketiga dan selanjutnya sampai langkah terakhir. Kadang-kadang sampai pada langkah ketiga harus kembali ke langkah pertama dan begitu selanjutnya.

Selanjutnya, dalam upaya menyelesaikan suatu perkara yang disodorkan kepadanya, maka menurut Sudikno ada tiga tahapan yang harus dilewati seorang hakim, yakni mengkonstantir

²⁵⁷ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 33.



fakta-fakta, mengkualifikasikan peristiwa dan mengkonstitusikan peristiwa hukum.²⁵⁸

Menurut Hans Kelsen, pada dasarnya ada dua tindakan yudikatif dalam setiap kasus, karena biasanya di pengadilan ada perselisihan di antara dua pihak di mana satu pihak menuntut, satu norma perdata telah dilanggar oleh pihak lain dan pihak lain menyangkal tuntutan itu, maka keputusan pengadilan adalah keputusan tentang satu perselisihan, kemudian pengadilan menetapkan hak dan kewajiban dari pihak yang berselisih. Jadi dalam penyelesaian kasus atau perkara melalui tahapan, sebagai berikut:

1. Membuktikan keberadaan suatu fakta yang terjadi;
2. Menetapkan norma hukum yang dilanggar sebagai delik perdata berdasarkan norma umum yang harus diterapkan dalam kasus tertentu.
3. Menjatuhkan satu sangsi perdata yang kongkrit yang ditetapkan secara umum dalam norma yang harus diterapkan.²⁵⁹

Dari pernyataan Hans Kelsen tersebut, dapat dimaknai bahwa pengadilan (hakim) dalam menangani perkara yang diajukan kepadanya dimulai dengan cara bekerja yang sistematis yaitu membuktikan keberadaan suatu fakta adalah berkaitan dengan membuktikan yang dalam penelitian ini disebut mengkonstatasi

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Hans Kelsen, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, (*General Theory of Law and Satate*): Terjemahan Raisul Muttaqin, Nusamedia & Penerbit Nuansa, Bandung, 2006. Hlm. 388.



sebagai tahap awal dari pekerjaan hakim dalam membuat pertimbangan hukum terutama dalam hal hakim melakukan penemuan hukum. Dilanjutkan dengan tahap menjatuhkan sanksi berdasarkan norma yang telah ditetapkan secara umum, hal ini memberi makna adalah berkaitan dengan tahap mengkonstitusi atau mencari menetapkan dan menerapkan aturan hukum dalam peristiwa konkrit yang menjadi perselisihan para pihak.

Merevitalisasi nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dapat melalui teoretisi hukum dalam universitas tapi juga oleh kaum praktisi terutama hakim, bagi hakim yang dimaksud, *in the context of discovery* tentu menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.²⁶⁰ Hal tersebut sejalan dengan bunyi Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Secara normatif penggalan nilai nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dimulai dari pemahaman yang merujuk pada Pasal 22 AB. Hakim yang menolak untuk menyelesaikan suatu perkara dengan alasan bahwa peraturan perundang undangan yang bersangkutan tidak menyebutkan tidak jelas atau tidak lengkap maka ia dapat dituntut untuk dihukum karena menolak untuk mengadili. Menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dapat dilakukan dengan 3 pendekatan yaitu:

1. Pendekatan legalistik adalah model yang digunakan oleh hakim dalam menyelesaikan kasus konkrit yang undang-

²⁶⁰ Ade Saptomo. *Op.cit.*, hlm. 53.



undang-nya telah mengatur dengan jelas sehingga hakim mencari, memilah dan memilih unsur-unsur hukum dalam kasus hukum kongkret, kemudian dipertemukan dengan Pasal-Pasal yang relevan dalam undang-undang dimaksud atau dengan kata lain, hakim menerapkan Pasal-Pasal dalam undang-undang yang tepat untuk langsung diterapkan pada kasus hukum kongkret dimaksud.

Pendekatan legalistik demikian memang memenuhi aspek kepastian hukum (*rechtzekerheit*). Menterjemahkan asas *fiat justitia et perezat mundus* (meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan). Di sini yang ditegakkan hukum dalam arti undang-undang dan bukan keadilan yang ditegakkan. Putusan legalistik sering tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat, mengingat kondisi masyarakat Indonesia berbeda-beda, sementara putusan hakim secara formal berdasarkan asas legalistik pada hakekatnya menyeragamkan satu hukum untuk semua rakyat Indonesia yang berbeda-beda itu, sehingga pada daerah tertentu hilang tujuan hukum untuk kesejahteraan masyarakat.

2. Pendekatan interpretasi.

Jika aturan hukum normatif/undang-undang tidak jelas atau tidak lengkap maka hakim harus menemukan hukum dengan metode penafsiran, maka hakim mempunyai kewenangan



menemukan hukum, bahkan menciptakan hukum (*judge made the law*).

3. Pendekatan antropologis

Terhadap kasus hukum konkrit yang belum diatur dalam undang-undang maka hakim harus menemukan hukum dengan cara menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Dengan mendengar keterangan ahli atau tokoh-tokoh adat masyarakat setempat.

Nilai hukum yang hidup dalam masyarakat itu mungkin saja nilai yang bersumber dari agama, atau bersumber dari nilai-nilai adat istiadat yang masih terpelihara atau pun nilai sosial budaya masyarakat setempat.

Setelah nilai-nilai hukum tersebut ditemukan kemudian dirumuskan kemudian dituangkan sebagai dasar dan alasan putusan hakim untuk menyelesaikan kasus kongkret tersebut untuk menyelesaikan kasus kongkret yang sedang ditangani oleh hakim.

Hakim juga mempunyai kewenangan untuk menyimpang dari hukum yang hidup, untuk melakukannya hakim harus yakin dengan pertimbangan mata hati, rasionalitas, kemanfaatan yang jauh lebih besar dari masyarakat ketimbang kepastian hukum. Hakim juga mempunyai kewenangan menyimpangi hukum tertulis (*contra legem*), jika aturan hukum tertulis tersebut telah usang, karena norma tersebut telah ketinggalan jaman dan sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan dan



kemajuan masyarakat. Oleh karena itu, apabila hakim memutuskan perkara dengan hukum tertulis saja, atau dalam musyawarah hakim dengan jumlah suara terbanyak dari tiga anggota majelis hakim atau jumlah ganjil. Artinya keadilan itu dihitung secara matematis atau kuantitatif bukan kualifikasi padahal hukum itu tidak identik dengan keadilan matematis, sehingga putusan yang dijatuhkan tidak sesuai dengan rasa keadilan masyarakat maka wibawa hakim dan dunia peradilan semakin merosot.²⁶¹

Ketentuan Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009, juga memberikan landasan penemuan hukum bagi hakim, yang menyebutkan, "(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 Pasal 10 ayat (1) tersebut yang merujuk pada Pasal 22 AB. Hakim yang menolak untuk menyelesaikan suatu perkara dengan alasan bahwa peraturan perundang undangan yang bersangkutan tidak menyebutkan tidak jelas atau tidak lengkap maka ia dapat dituntut untuk dihukum karena menolak untuk mengadili. Ketentuan-ketentuan tersebut memberikan makna, walau bagaimanapun hakim wajib memeriksa dan menjatuhkan putusan. Namun ketentuan-ketentuan peraturan perundang-undangan tersebut

²⁶¹ *Ibid*, hlm. 54-56.



tidak memberikan penjelasan tentang tahap-tahap dalam pertimbangan hukum pada putusan hakim untuk melakukan penemuan hukum. Selanjutnya apabila ketentuan tersebut dihubungkan dengan pendapat doktrin-doktrin yang telah dipaparkan, serta dihubungkan dengan praktek hakim dalam menangani perkara dalam beberapa putusan yang diteliti, maka ditemukan beberapa persamaan tentang tahap-tahap penyusunan pertimbangan hukum dalam putusan hakim yang dianggap paling tepat, sebagaimana diuraikan dan dipaparkan berikut ini.

3.2.2.1. Hakim Mengkonstatasi pada Peristiwa Hukum

Mengkonstatasi atau sering juga disebut mengkonstatir adalah membuktikan atau menganggap telah terbukti suatu peristiwa kongkret yang didalilkan oleh para pihak di muka persidangan²⁶², maka peristiwa kongkret yang didalilkan itulah yang harus dibuktikan dengan alat bukti yang sah, tanpa pembuktian hakim tidak boleh menyatakan suatu peristiwa kongkret itu benar-benar terjadi. Dengan kata lain mengkonstatasi fakta-fakta berarti menilai benar tidaknya suatu peristiwa kongkret yang diajukan di persidangan, sehingga yang dibuktikan yaitu fakta atau peristiwa kongkret yang didalilkan oleh para pihak.

²⁶² Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Op.cit.*, hlm. 6.



Hakim dalam mengkonstatasi atau melihat peristiwa hukum berfungsi untuk membenarkan atau tidaknya suatu peristiwa yang diajukan kepadanya. Untuk memastikan hal tersebut, maka diperlukan pembuktian, dan oleh karena itu hakim harus bersandarkan pada alat-alat bukti yang sah menurut hukum untuk menghindari dugaan atau kesimpulan yang dangkal dan gegabah, dimana dalam perkara perdata,

sebagai mana dalam Pasal 164 HIR/Pasal 284 RBg/Pasal 1866 KUH Perdata, telah mengatur alat-alat bukti yaitu:

(1) bukti-bukti tulisan (termasuk di dalamnya tanda-tanda terima, kwitansi, bon kontan, surat-surat perjanjian dan berbagai macam surat lainnya yang dapat digunakan sebagai bahan pembuktian); (2) bukti-bukti kesaksian; (3) bukti-bukti persangkaan hakim; (4) bukti-bukti pengakuan; (5) bukti-bukti sumpah.²⁶³

Baik penggugat maupun tergugat dalam persidangan harus mengemukakan peristiwa-peristiwa dengan dalilnya masing-masing sebagai dasar untuk meneguhkan haknya yang juga sekaligus untuk membantah dalil-dalil pihak lawannya. Peristiwa-peristiwa yang dikemukakan oleh para pihak tentu saja tidak cukup sekedar disampaikan begitu saja secara lisan maupun tertulis, namun harus disertai dan didukung

²⁶³ R. Subekti dan Tjitrosudibio, *Op.Cit.* hlm. 397



dengan bukti-bukti yang sah menurut hukum agar dapat dipastikan kebenarannya. Dengan kata lain peristiwa-peristiwa itu harus disertai pembuktiannya secara yuridis. Adapun tujuan dari pembuktian yuridis adalah untuk mencari atau menemukan kebenaran peristiwa hukum yang diajukan oleh para pihak kemudian hakim menetapkan hukum dan keadilannya sebagai dasar putusannya yang mempunyai akibat hukum kepada para pihak.

Begitu juga dalam pembuktian perkara perdata, pada dasarnya satu pihak mendalilkan hak dan kepentingannya telah dilanggar oleh pihak yang lain dengan mengemukakan telah terjadi suatu peristiwa konkrit sedangkan pihak yang lain yang tersebut membantahnya yang juga dengan mengemukakan dalil, pihak-pihak yang berperkaralah yang berkewajiban membuktikan peristiwa-peristiwa yang dikemukakan.

Pihak-pihak yang berperkara tidak wajib memberitahukan dan membuktikan peraturan hukumnya tapi cukup mengemukakan fakta hukum secara jelas kemudian menuntut sesuatu kepada pihak yang dianggapnya telah mengganggu hak dan kepentingannya, sebab hakim menurut asas hukum acara perdata dianggap mengetahui akan hukumnya (*iuris*



curia novit),²⁶⁴ baik hukum yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Hakimlah yang bertugas mencari dan menerapkan hukum terhadap persoalan hukum dari para pihak yang berperkara.

Peristiwa-peristiwa yang dikemukakan oleh pihak-pihak yang berperkara belum tentu semuanya penting bagi hakim dalam menentukan titik sengketa dari persoalan hukum yang akan dicari hukumnya oleh hakim, sekaligus dijadikan alasan dan dasar hukum pertimbangan putusannya. Karena itu hakim harus lebih dahulu melakukan pengkajian terhadap peristiwa-peristiwa tersebut, kemudian memisahkan mana peristiwa yang penting (*relevant*) dan mana yang tidak penting (*irrelevant*). Peristiwa yang penting itulah yang harus dibuktikan, sedangkan peristiwa yang tidak penting tidak perlu dibuktikan. Sehingga prosedur kongkret dalam tahap mengkonstatasi pada peristiwa hukumnya adalah diawali dari hakim menerima dalil penggugat, dalil atau jawaban dari tergugat, dan bukti penggugat dengan cara membandingkan, kemudian hakim menguji dan mengadu dengan bukti tergugat, hal ini dilakukan untuk menemukan fakta-fakta yang benar dan sesungguhnya. Untuk mendapatkan fakta yang benar haruslah dari alat bukti yang sah yaitu alat bukti surat, alat bukti saksi, alat

²⁶⁴ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara.....Op.Cit.*, hlm. 33.



bukti pengakuan, alat bukti petunjuk dan alat bukti sumpah, dari alat bukti yang sah itu selanjutnya hakim menemukan dan merumuskan fakta-fakta hukumnya.

Dalam tahap mengkonstatasi hakim harus memperhatikan batas minimum nilai pembuktian dalam hukum acara perdata dimulai dari alat bukti surat, alat bukti saksi, alat bukti pengakuan, alat bukti petunjuk dan alat bukti sumpah, kecermatan hakim sangat dibutuhkan untuk menilai bukti bukti yang diajukan oleh para pihak yang diuji dengan adanya batasan alat bukti sempurna dan alat bukti yang tidak sempurna atau berdiri sendiri, jikalau para pihak mengajukan alat bukti sempurna misalnya akta otentik yang dibuat dihadapan notaris dari sudut formil harus diterima bahwa benar peristiwa itu telah terjadi karena notaris menjamin tanggal pembuatan, identitas orang yang menandatangani dan sebelum ditanda tangani lebih dulu dijelaskan isi akta notariil tersebut, akan tetapi secara materiil jikalau para pihak keberatan terhadap isinya maka hakim dapat masuk untuk menilai isi alat bukti akta notaris tersebut dari sudut cacat hukum yang dapat berupa adanya kedudukan yang tidak seimbang dan lainnya. Jika para pihak tidak mempersoalkannya dalam arti mengakui isinya, pengakuan adalah bukti paling sempurna, maka hakim sudah dapat menyimpulkan telah terbukti fakta



yang didalilkan yang kemudian dimasukkan dalam fakta fakta hukum perkara tersebut. Dalam hal para pihak hanya mengajukan alat bukti yang tidak sempurna atau berdiri sendiri tanpa adanya dukungan alat bukti lain maka hakim belum dapat mengkonstatasi bahwa peristiwa kongkret telah terbukti sehingga belum dapat dimasukkan kedalam fakta fakta hukum perkara tersebut. Tugas hakim dalam tahap mengkonstatasi pada akhirnya merumuskan dalam fakta-fakta hukum dalam perkara yang sedang diperiksanya.

Untuk mencapai transparansi dan akuntabilitas putusan hakim, maka setiap putusan haruslah memuat fakta-fakta hukum, fungsi fakta-fakta hukum agar para pihak dan masyarakat pada umumnya dapat mengetahui kelemahan alat buktinya maupun kekuatan alat bukti para pihak, sesuai dengan batas minimum nilai pembuktian, fakta-fakta hukum juga sangat penting bagi peradilan yang lebih tinggi dalam hal adanya upaya hukum untuk memudahkan memeriksa kebenaran peristiwa kongkret yang didalilkan oleh para pihak.

Demikian pentingnya pada tahap mengkonstatasi atau dalam tahap pembuktian untuk memperoleh kebenaran peristiwa, karena kegiatan yang dilakukan hakim bersifat logis, maka sudah selayaknya hakim harus menguasai hukum pembuktian. Jika hakim kurang



menguasainya hukum pembuktian maka akan menghambat jalannya peradilan dan menyebabkan peradilan tidak berfungsi sebagaimana mestinya.

Dengan kata lain, pemeriksaan seharusnya dalam persidangan sudah dapat diakhiri, tetapi pemeriksaan tetap diteruskan yang terkesan bertele-tele, yang sebenarnya telah melanggar asas dalam hukum acara yaitu asas peradilan cepat, sederhana dan biaya ringan (*constant justice*). Namun dalam implementasi

pelaksanaanya kondisi demikian tetap terjadi, misalnya dalam pemeriksaan saksi, semua majelis hakim dan pihak-pihak dalam persidangan baik pihak penggugat maupun pihak tergugat tetap mengajukan pertanyaan yang sama, sehingga seringkali membosankan bagi saksi yang diperiksa. Sebenarnya hal ini menunjukkan bahwa pihak-pihak yang melaksanakan persidangan kurang menguasai perspektif teknis peradilan dan hukum acara, khususnya kurang menguasai batas minimum nilai pembuktian, yang harus ada dalam setiap persidangan.²⁶⁵

Untuk memberikan uraian lebih jelas tentang bagaimana hakim mengkonstatasi peristiwa hukum dalam suatu perkara, maka dikemukakan melalui contoh putusan pengadilan sebagaimana hasil penelitian

²⁶⁵ Bandingkan dengan M.Yahya Harahap, *Op.cit.*, hlm. 539-540



terhadap Putusan Pengadilan Negeri Malang Nomor: 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg. tentang keabsahan perkawinan adat Cina di kota Malang (dinyatakan sah). Dalam amar putusan dijelaskan adanya perkawinan antara Tjia Mie Joeng alias Mimi dengan Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen dilangsungkan secara adat cina pada tanggal 26 Nopember 1996, yang kemudian dilanjutkan dengan upacara seremonial bertempat di Restoran New Hongkong Malang serta dihadiri baik oleh keluarga kedua belah pihak maupun rekan undangan dari kedua mempelai. Pada perkembangan berikutnya, dalam rumah tangga kedua suami ini telah hidup rukun dan dapat memiliki harta benda sebagai kekayaan keluarga, sampai pada hari jum'at, tanggal 31 Desember 2004 Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen wafat. Dengan wafatnya Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen, maka saudara-saudara dari Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen menguasai harta kekayaan dalam perkawinan karena menganggap perkawinan tersebut tidak sah karena dilakukan secara adat dan tidak dicatatkan (vide Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan), sehingga Tjia Mie Joeng alias Mimi menggugat atas penguasaan harta kekayaan yang ada dengan menganggap bahwa perkawinan tidak sah.²⁶⁶

²⁶⁶ Putusan Pengadilan Negeri Malang No. 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, hlm. 2-5.



Berdasarkan gugatan tersebut, majelis hakim Pengadilan Negeri Malang, dalam pertimbangan hukumnya menyatakan, apabila yang menjadi pegangan Tergugat adalah Pasal 2 ayat 2 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, maka hakim juga mempunyai kewenangan untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan hukum tertulis yang telah ada untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat (*contra legem*), hal ini didasarkan kewenangan yang diberikan oleh Pasal 22 A.B. Majelis hakim dapat menerima kebenaran adanya perkawinan Penggugat dengan Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen dan Penggugat adalah janda dari Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen.²⁶⁷

Pertimbangan hukum yang melakukan penemuan hukum tersebut, Majelis Hakim Pengadilan Negeri Malang dalam amar putusannya mengabulkan gugatan dari penggugat.

Atas putusan Pengadilan Negeri Malang No. 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, tanggal 8 Agustus 2006 tersebut

para Tergugat mengajukan upaya hukum banding ke Pengadilan Tinggi Surabaya, dan pada amar putusan

Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Surabaya menyatakan, bahwa pencatatan perkawinan menurut Undang-undang

No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan adalah bersifat imperative/keharusan dengan akibat apabila ada suatu perkawinan tidak dicatatkan, maka perkawinan tersebut

²⁶⁷ *Ibid.*, hlm 30-31.



tidak sah, oleh karena perkawinan antara penggugat dengan Liong Tjoeng Tjen hanyalah dilakuan secara adat

Cina dan tidak didaftarkan pada kantor Catatan Sipil setempat, maka perkawinan yang demikian adalah tidak sah menurut hukum. Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas, selanjutnya menyatakan putusan Pengadilan Negeri Malang No. 24/pdt.G/PN,MIg tanggal 08 Agustus 2006 sudah tidak dapat dipertahankan lagi dan harus dibatalkan.²⁶⁸

Selanjutnya dalam tingkat kasasi perkara Nomor 1776 K/Pdt/2007 tanggal 28 Juli 2008, Majelis Hakim Agung mempertimbangkan dan menyatakan bahwa, oleh karena *judex facti* Pengadilan Tinggi telah salah menerapkan hukum, dengan dasar pada adanya fakta hukum, telah terjadi pernikahan antara Mimi alias Tjia Mie Joeng dengan Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen dilangsungkan secara adat cina pada tanggal 26 Nopember 1996, bertempat di Restoran 'New Hongkong' Malang, kemudian menyatakan bahwa pertimbangan dan putusan Pengadilan tinggi tidak dapat dipertahankan, sehingga membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Surabaya No. 546/Pdt/2006/PT.Sby, Mahkamah Agung mengadili sendiri dengan pertimbangan hukum pada dasarnya melengkapi pertimbangan hukum putusan

²⁶⁸ Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya No. 546/PDT/2006/PT.Sby, hlm. 6-7.



Pengadilan Negeri Malang No.24/Pdt/2006/PN.Mlg
tanggal 8 Agustus 2006.²⁶⁹

Dalam persidangan di Pengadilan Negeri Malang,
sebelum Putusan tersebut dibuat dan setelah melalui
tahapan proses acara kemudian masuk ke dalam tahap
tahap pertimbangan hukum, dimulai dengan Hakim harus
menemukan peristiwa kongkrit dari suatu problem, yaitu
berdasarkan alat alat bukti yang diajukan oleh para pihak
dimuka persidangan maka dalam perkara *a quo* hakim
telah mengkonstatasi dengan menemukan Fakta-fakta
hukum sebagai berikut:

- Pada tanggal 26 September 1996, Yulianto alias Liong
Tjoeng Tjen dengan Mimi alias Tjia Mie Joeng telah
melangsungkan perkawinan secara adat Cina,
kemudian dilanjutkan dengan upacara seremonial di
New Hong Kong Restaurant Malang, dengan demikian
perkawinan tersebut dilangsungkan tanpa melalui
agama dan juga tidak dicatatkan di kantor catatan sipil.

- Pasangan tersebut hidup bersama, tinggal satu rumah,
telah mempunyai harta bersama serta bergaul dengan
keluarga dekat kedua belah pihak dan juga dengan
tetangganya, sebagai suatu keluarga yang utuh.

²⁶⁹ Putusan Mahkamah Agung No. 1776K/Pdt/2007, Tanggal Putusan 28 Juli 2008.



- Pada tanggal 31 Desember 2004, Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen meninggal dunia dan meninggalkan Mimi alias Tjia Mie Joeng dan harta perkawinan tersebut.

- Dengan meninggalnya yulianto maka telah terbuka warisan yang kemudian menjadi perkara antara Mimi alias Tjia Mie Joeng dengan saudara kandung almarhum Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen.

Setelah tahapan mengkonstatasi dalam perkara ini yang akhirnya dirumuskan dalam fakta fakta hukum perkara a quo kemudian dilanjutkan pada tahap mengkualifikasi pada peristiwa kongkret.

Hasil penelitian lain yaitu Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin No. 46/PDT/2010/PT.BJM. Tanggal Putusan 31 Agustus 2010 tentang perkara Perjanjian Pengikatan Jual Beli yang Cacat Hukum karena adanya kedudukan yang tidak seimbang atau tidak patut. Dalam Putusan ini dijelaskan bahwa pada awal bulan peberuari tahun 2009 telah terjadi kesepakatan antara para pihak, Pembanding - semula Penggugat, yang hendak membeli tanah dan bangunan di atasnya yang data lengkapnya sebagaimana termuat dalam duduk perkara ini seharga Rp. 2.000.000.000,-, milik Terbanding - semula Tergugat I dan II, dan kesepakatan tersebut tidak dituangkan dalam tulisan hanya secara lisan kemudian disepakati



Terbanding yang mencari Notaris untuk menuangkan kesepakatan tersebut dalam akta perjanjian pengikatan jual beli. Selanjutnya pada tanggal 19 Pebruari 2009 dihadapan Notaris yang ditunjuk telah dilakukan penandatanganan oleh para pihak dan pada tanggal 27 Pebruari 2009 Pembanding telah membayar uang muka sebesar Rp. 1.350.000.000,- Pada bulan April 2009, Pembanding mendatangi Terbanding untuk menyerahkan uang sisa harga pembelian tanah tersebut sebesar Rp. 650.000.000,- tapi ditolak oleh Terbanding, dengan alasan sisa bukan Rp. 650.000.000,- melainkan sebesar Rp.3.150.000.000,- karena harga bukan Rp.2.000.000.000,- tapi Rp. 4.500.000.000,- sesuai perjanjian pengikatan jual beli, yang ternyata tertulis harga sebesar Rp. 4.500.000.000,- pembayaran uang muka sebesar Rp. 1.350.000.000,- melalui Billet Giro BNI tertanggal 27 Pebruari 2009. Sisa harga pembayaran sebesar Rp. 3.150.000.000,- dan memuat ketentuan dalam Pasal 4, apabila dalam jangka waktu dua bulan tidak dilunasi dikenakan bunga 1% perbulan, apabila dalam jangka waktu 6 bulan tidak dilunasi maka Perjanjian menjadi batal dan uang muka yang telah diserahkan oleh Pembanding- semula Penggugat tidak dapat diminta kembali. Sebagaimana dikemukakan Pembanding bahwa Terbanding telah melakukan



perbuatan menyembunyikan data dan menyerahkan data yang lain dari kesepakatan awal, sehingga pada waktu sebelum penandatanganan, atas permintaan Pembanding untuk dibacakan akta lebih dahulu sebelum ditandatangani tapi dihalang halangi oleh Terbanding, ternyata Terbanding telah melakukan Penyesatan (*dwaling*) dan penipuan (*bedrog*) mengenai status tanah ternyata sedang dianggunkan, jumlah harga, tentang dalam waktu 6 bulan tidak dilunasi uang muka Rp.1.350.000.000,- menjadi tidak bisa diambil kembali oleh Pembading, yang sebetulnya tidak ada disepakati sebelumnya. Namun Pengadilan tingkat pertama dalam putusannya telah menolak gugatan Pembanding untuk seluruhnya didasari alasan-alasan bahwa perjanjian yang dibuat oleh para pihak adalah akta partai yang isinya kehendak kedua belah pihak dan perjanjian tersebut dibuat dihadapan Notaris serta telah lengkap ditandatangani maka sesuai Pasal 15 ayat 1 Undang-undang Nomor 30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris maka Majelis berpendapat isi perjanjian tersebut adalah kehendak para pihak bukan kehendak sepihak saja. Mengenai adanya pembujukan untuk menandatangani ternyata tidak terbukti sehingga perjanjian pengikatan jual beli tersebut mengikat kedua belah pihak. Tuntutan penggugat agar tergugat mengembalikan uang muka



sebanyak Rp.1.350.000.000,- oleh karena inti gugatan Penggugat tidak terbukti maka tuntutan tersebut harus ditolak. Terhadap putusan tersebut, pengadilan tingkat banding tidak dapat menerima dan tidak membenarkan pertimbangan hukum putusan pengadilan tingkat pertama tersebut, berdasarkan pertimbangan bahwa dari dari fakta hukum di atas, maka pokok persoalan yang menjadi titik sengketa dalam perkara ini, secara normatif akta perjanjian pengikatan jual beli aquo dari segi formil harus dianggap benar karena dibuat oleh pejabat umum, sedangkan dari segi materiil juga harus dianggap benar jikalau tidak dipersoalkan oleh salah satu pihak. Oleh karena dipersoalkan harus dipertimbangkan satu-persatu. Mengenai Status tanah yang ternyata sedang diagunan pada saat negosiasi tidak disebutkan oleh pihak penjual, tentang keberatan tersebut majelis hakim tingkat banding berpendapat, seorang pembeli tanah yang sudah bersertifikat seharusnya lebih dahulu mempelajari dan meneliti sertifikat tanah tersebut, dihubungkan dengan bentuk perjanjian jual beli yang dibuat dalam bentuk pengikatan jual beli, yang salah satu alasannya adalah jika sertifikat belum ditangan pihak penjual, hal itu tidak dapat membatalkan perjanjian pengikatan jual beli. Mengenai harga yang tertulis Rp.4.500.000.000,- yang menurut pembanding



pada waktu negosiasi kesepakatan lisan hanya Rp. 2.000.000.000,- setelah mencermati alat bukti yang diajukan oleh Terbanding yaitu berupa Akta Perjajian Pengkatan Jual Beli yang dilakukan oleh Terbanding dengan beberapa orang lain, yang obek jual belinya adalah tanah yang bersebelahan atau berada disekitar tanah dalam Perjanjian Pengkatan jual beli dalam perkara ini, ternyata harganya berkisar antara Rp.2.000.000.000,- hingga 2.150.000.000,- sehingga harga yang termuat dalam akta perjajian pengkatan jual beli *a quo* adalah tidak sebanding dengan harga pasaran, alasan pembandingan tentang perbedaan harga tanah, tidak dapat mengakibatkan batalnya perjanjian pengkatan jual beli. Mengenai uang muka sebanyak Rp.1.350.000.000,- sebagaimana termuat dalam Pasal 4 yang menyatakan, "Apabila pihak kedua sampai dengan batas waktu sisa pembayaran sebagaimana diatur dalam Pasal 3 perjanjian ini belum juga melunasi maka pihak kedua wajib membayar kepada pihak pertama denda atas keterlambatan pembayaran tersebut sebesar 1% (satu persen) perbulannya dari sisa harga pembayaran dengan jangka waktu maksimum 6 (enam) bulan terhitung sejak penandatanganan akta ini. Apabila ternyata Pihak Kedua tidak dapat membayar lunas atas harga pembelian 2 (dua) bidang tanah tersebut di atas,



maka perjanjian ini menjadi batal dan uang yang telah diterima oleh Pihak Pertama atau Terbanding tidak dapat diminta kembali oleh Pihak Kedua (Pembanding – semula Penggugat)”, secara formil bunyi Pasal 4 *a quo* telah ditulis dengan kata-kata yang jelas sehingga tidak diperlukan interpretasi. Selanjutnya akan dicermati dari sudut isinya yang dipersoalkan oleh para pihak, apakah dengan tidak dilanjutkannya pengikatan jual beli *a quo* ke dalam Akta Jual Beli PPAT, mengakibatkan uang muka tidak wajib dikembalikan, atau harus dikembalikan? Sejak semula Pembanding telah menaruh keberatan atas pencantuman isi Pasal tersebut, oleh karena tidak pernah dibicarakan pada waktu diadakan persetujuan lisan, sedangkan dipihak penjual menyatakan sebelumnya telah disetujui para pihak dan sudah dibacakan oleh Notaris. Perbedaan keterangan tersebut, secara materiil telah merugikan pihak pembeli yaitu Pembanding dan telah memberi keuntungan kepada pihak penjual yaitu terbanding, karena pihak penjual telah memanfaatkan modal pembanding sejak tanggal 27 Februari 2009, hingga sekarang, sedangkan pihak pembeli yaitu Pembanding belum menguasai tanah, karena tanah tetap dikuasai oleh pihak penjual, yaitu Terbanding.



Sementara mengenai benar atau tidaknya dibacakan dan dijelaskan lebih dulu oleh Notaris maksud Pasal *a quo* adalah sulit dibuktikan oleh pihak pembeli karena kedudukan para pihak tidak seimbang yaitu pihak pembeli seorang diri disatu pihak, sedangkan di pihak lain yaitu penjual dua orang dan Notaris serta dua orang saksi pegawai kantor Notaris. Hal tersebut juga sulit dibuktikan oleh pihak penjual dan Notaris, karena ternyata Notaris tidak dapat menunjukkan alat bukti lain seperti konsep atau catatan Notaris yang diparaf oleh para pihak tentang kesepakatan tersebut, sehingga dalam hal ini dapat dinyatakan telah terjadi suatu keragu-raguan tentang isi perjanjian yaitu tentang uang muka dan tentang telah dibaca dan telah dijelaskan lebih dahulu oleh Notaris kepada para pihak sebelum ditandatangani. Dengan adanya suatu keragu-raguan tentang isi dalam suatu perjanjian maka isi tersebut haruslah diuji dengan menghubungkannya dengan menurut apa yang adil, yang patut dan menurut apa yang menjadi kebiasaan dalam negeri atau di tempat dimana perjanjian pengikatan jual beli telah dibuat.²⁷⁰

Hakim Pengadilan Tinggi Banjarmasin dalam Tahap konstataasi dapat dideskripsikan sebagai berikut: Setelah melalui tahapan proses acara kemudian masuk ke dalam

²⁷⁰ Amar Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin Nomor: 46/PDT/2010/PT.BJM. Tanggal Putusan 31 Agustus 2010.



tahap-tahap pertimbangan hukum hakim harus menemukan peristiwa kongkret dari suatu persoalan hukum, yaitu berdasarkan alat-alat bukti yang diajukan oleh para pihak di muka persidangan maka dalam perkara *a quo* hakim tingkat banding telah menemukan Fakta-fakta hukum sebagai berikut:

Menimbang, bahwa setelah mempelajari secara seksama berita acara persidangan dan pembuktian dari kedua pihak yang berperkara dan salinan resmi Putusan Pengadilan Negeri Martapura No. 11/Pdt.G/2009/PN.Mtp, tanggal 14 April 2010, yang dimohonkan banding, pengadilan tinggi menyimpulkan adanya fakta-fakta hukum sebagai berikut:

Pertama, pada bulan Februari 2009 terjadi kesepakatan lisan antara Pembanding- semula Penggugat selaku calon pembeli tanah milik Terbanding- semula Tergugat I dan II, selaku calon penjual.

Kedua, pada tanggal 19 Februari 2009 di hadapan Turut Terbanding- semula Turut Tergugat selaku Notaris yang ditunjuk oleh Terbanding- semula Tergugat I, telah dilakukan penandatanganan oleh Pembanding – semula Penggugat dan Terbanding- semula Tergugat I dan II.

Selanjutnya pada tanggal 27 Pebruari 2009 Pembanding – semula Penggugat telah membayar uang panjar sebanyak Rp.1.350.000.000,-;



Ketiga, pada bulan April 2009, Pembanding-semula

Penggugat akan melunasi harga pembelian tanah

tersebut sebesar Rp. 650.000.000,- tapi ditolak oleh

Terbanding – semula Tergugat I dan II, dengan alasan

telah lewat waktu berdasarkan Pasal 4, Akta Notaris

tentang pengikatan jual beli yang menyatakan, "Apabila

dalam jangka waktu dua bulan tidak dilunasi dikenakan

bunga 1% perbulan, apabila dalam jangka waktu 6 bulan

tidak dilunasi maka Perjanjian menjadi batal dan uang

muka yang telah diserahkan oleh Pembanding- semula

Penggugat tidak dapat diminta kembali";

Keempat, selain kepada pembanding juga terbanding

menjual tanah yang bersebelahan dengan tanah

terperkara kepada 4 (empat) orang pembeli yang lain;

yang dilakukan dengan akta notaris di depan notaris yang

sama, ternyata tidak ada satu pun termuat klausul uang

panjar/muka tidak dikembalikan jika jual beli tidak

terlaksana.

Kelima. Bahwa Pembanding – semula Penggugat

menuntut pengembalian uang muka dengan alasan

klausul Pasal 4 uang muka tidak dikembalikan jika tidak

terjadi jual beli, tidak disepakati sebelumnya dan

sebelum penanda tangan akta notaris tidak dilakukan

pembacaan, Terbanding- semula Tergugat I dan II



menyatakan demikian bunyi akta otentik yang telah ditanda tangani didepan notaris;

Setelah tahapan mengkonstataasi yang dirumuskan dalam fakta fakta hukum perkara inipun kemudian dilanjutkan pada tahap mengkualifikasi pada peristiwa kongkret.

3.2.2.2. Hakim Mengkualifikasi Peristiwa Kongkret

Tahap kedua, Mengkualifikasi yang berarti menemukan rumusan hukumnya terhadap peristiwa yang telah dikonstataasi dengan jalan menerapkan peraturan hukum terhadap peristiwa tersebut²⁷¹. Berarti juga menilai peristiwa yang telah dianggap benar-benar terjadi, termasuk hubungan hukum apa atau yang mana.

Dalam tahap ini, hakim mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa kongkret tersebut masuk dalam kelompok atau menggolongkan peristiwa kongkret tersebut masuk dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum apa dengan jalan menerapkan peraturannya yang sudah ada sebagai suatu kegiatan yang bersifat logis.

Pada tahap hakim mengkualifikasi peristiwa kongkret ini prosedur penemuan aturan hukumnya dimulai dari alat-alat bukti para pihak. Selanjutnya hakim mengkualifikasi fakta-fakta itu. Dari hasil kualifikasi-kualifikasi yang ditemukan, selanjutnya hakim memberikan

²⁷¹ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Loc.cit.*,



nama pada peristiwa hukumnya, fakta itu harus diberi nama. Setelah diketahui nama peristiwa hukumnya, barulah hakim dapat mencarikan undang-undang. Dengan kata lain, mengkualifikasi berarti mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa kongkret tersebut termasuk dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum apa yang telah dikualifikasi dalam undang-undang (apakah itu jual beli, hibah, hutang piutang, perjanjian tak bernama, warisan, sahnya perkawinan, harta perkawinan, bundel warisan dan sebagainya).

Dalam tahap mengkualifikasi hakim membentuk pengertian atau pemahamannya dalam dua bagian yaitu tentang fakta-fakta hukum dan tentang rumusan kualifikasi yang telah disediakan dalam teks undang-undang. Keduabagian tersebut harus disatukan agar hakim dapat merumuskan kualifikasi yang tepat dan benar dengan cara memahami fakta-fakta hukum yang dikaitkan dengan norma hukum dalam undang-undang, sebaliknya mengartikan norma dalam undang-undang harus dikaitkan dengan fakta-fakta hukum. Kedua bagian ini saling berhubungan kait terkait yang dapat dipilah-pilah tetapi tidak dapat dipisah-pisahkan, dengan kata lain dalam tahap kualifikasi kedua bagian ini merupakan satu kesatuan yang harus dipasangkan secara tepat dan benar, yang pada akhirnya ditemukan kualifikasi (diberi nama)



peristiwa konkrit tersebut. Dengan kata lain, dalam mengkualifikasi tidak boleh sampai melanggar asas hukum, jangan sampai karena salah mengkualifikasi seseorang yang berhutang menjadi tidak wajib membayar hutangnya.

Sebagai contoh dapat dikemukakan pada perkara adanya pembayaran yang belum lunas tetapi dikualifikasi sekedar sebagai pembayaran uang panjar.²⁷²

Namun, bila hakim belum dapat memberikan nama peristiwanya atau tidak jelas dan tidak tegas hukumnya, maka hakim tidak bisa mencari undang-undangnya secara jelas, karena dalam undang-undang memberi nama dalam peristiwa hukumnya seperti jual beli, hibah, hutang piutang, perjanjian tak bernama, warisan, harta perkawinan. Mengkualifikasi bisa dikatakan sebagai pekerjaan yang jauh lebih sulit dari pada mengkonstatasi peristiwa, karena pada tahap mengkualifikasi tidak sekedar mencari undang-undangnya untuk dapat diterapkan pada peristiwa kongkret yang dicarikan hukumnya, tetapi peristiwa kongkret itu sendiri bisa hal yang baru pertama kali terjadi sebagai akibat perkembangan pola hidup masyarakat tapi harus diarahkan kepada undang-undangnya agar undang-undang itu dapat diterapkan menyelesaikan peristiwanya. Undang-undang yang bersifat

²⁷² Amar Putusan Pengadilan Tinggi Banjarmasin No. 46/PDT/2010/PT BJM yang membatalkan Putusan Pengadilan Negeri Martapura Nomor: 11/Pdt.G/2009/PN.Mtp tanggal 14 April 2010.



umum itu harus sesuai dengan peristiwanya yang kongkret. Tugas hakim dalam tahap mengkualifikasi adalah memberikan nama terhadap peristiwa hukum yang telah terbukti yang sudah dirumuskan dalam fakta-fakta hukum dengan membuat pernyataan yaitu yang menjadi persoalan hukum yang menjadi titik sengketa antara para pihak adalah mengenai misalnya terlambat membayar dengan sebutan wanprestasi karena undang-undang hanya merumuskan beberapa peristiwa hukum dengan istilah yang umum.

Oleh karena itu hakim sering sulit dalam hal memberikan nama peristiwanya atau tidak jelas dan tidak tegas atau belum diatur hukumnya, maka hakim bukan lagi harus menemukan hukumnya saja melainkan juga harus menciptakan hukum yang selayaknya tidak boleh bertentangan dengan keseluruhan sistem perundang-undangan dan memenuhi pandangan serta kebutuhan masyarakat atau zamannya.

Seperti pada Putusan Pengadilan Negeri Malang Nomor 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, tanggal 8 Agustus 2006 setelah melalui tahap mengkonstatasi atau tahap membuktikan peristiwa hukum yang benar-benar telah terjadi berdasarkan alat bukti dan prinsip batas minimum nilai pembuktian dalam hukum acara perdata maka selanjutnya dirumuskan persoalan hukum yang menjadi



titik sengketa dalam perkara tersebut dengan memberi nama peristiwa kongkret yang menjadi titik sengketa tersebut yang dalam perkara ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

Pertama, bahwa nama peristiwa hukumnya adalah perbuatan hukum perkawinan, perkawinan berdasarkan adat tidak dicatatkan.

Kedua, peristiwa hukum meninggalnya Yulianto telah terbuka harta warisan dari harta bersama.

Ketiga, dengan adanya peristiwa hukum tersebut maka muncul persoalan hukum siapakah yang berhak atas harta warisan almarhum Yulianto?²⁷³

Pada putusan hakim tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin Nomor: 46/PDT/2010/PT-BJM, tanggal 31 Agustus 2010 mengacu pada putusan Pengadilan Negeri Martapura, setelah melalui tahap mengkonstatasi atau tahap membuktikan peristiwa hukum yang benar-benar telah terjadi berdasarkan alat bukti dan prinsip batas minimum nilai pembuktian dalam hukum acara perdata maka selanjutnya dirumuskan persoalan hukum yang menjadi titik sengketa dalam perkara tersebut dengan memberi nama peristiwa kongkret yang menjadi titik sengketa yang dalam perkara ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

²⁷³ Amar Putusan Pengadilan Negeri Malang Nomor 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, tanggal 8 Agustus 2006



Menimbang, bahwa dari fakta hukum tersebut di atas, maka pokok persoalan yang menjadi titik sengketa dalam perkara ini adalah:

1. Apakah isi perjanjian pengikatan jual beli Nomor 100 tanggal tanggal 19 Februari 2009 beralasan hukum untuk dinyatakan tidak sah sehingga tidak mengikat kedua belah pihak, atau sebaliknya sudah beralasan hukum untuk dinyatakan sah? Setelah dipertimbangkan maka dapat dikualifikasikan perkara tersebut tentang.

Keabsahan Akta Otentik Notaril (kualifikasi kesatu).

2. Apakah dengan tidak dilanjutkannya perjanjian pengikatan jual beli tersebut, ke tahap Akta Jual Beli, dihadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) mengakibatkan uang muka sebanyak Rp.1.350.000.000,- menjadi hangus atau tidak harus dikembalikan oleh Terbanding – semula Tergugat I dan II kepada Pemanding – semula Penggugat?. Titik sengketa ini dapat dikualifikasikan tentang pengembalian uang panjar (kualifikasi kedua).²⁷⁴

Tahapan berikutnya, hakim harus mengkonstitusi untuk menerapkan hukumnya untuk menyelesaikan titik sengketa pada peristiwa hukum kongkret tersebut.

²⁷⁴ Amar Putusan Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin Nomor: 46/PDT/2010/PT.BJM, tanggal 31 Agustus 2010



3.2.2.3. Hakim Mengkonstitusi Aturan Hukum pada Peristiwa Kongkret

Tahap ketiga, menetapkan aturan hukum pada peristiwa kongkret atau disebut Mengkonstitusi yaitu hakim menetapkan hukumannya dan memberi keadilan kepada yang bersangkutan.

Setelah hakim menemukan peristiwa hukumnya dan hakim mencari undang-undang kepada peristiwa hukum itu, apabila undang-udangnya tidak ada yang cocok atau undang-undang tidak sempurna hakim harus tetap menerapkan hukum, karena undang-undang adalah bagian dari hukum dan secara normatif undang-undang memerintahkan kepada hakim untuk mengadili menurut hukum sesuai dengan asas "hakim tidak boleh menolak untuk mengadili dengan alasan undang-udangnya tidak jelas atau undang-udangnya tidak ada, tetapi wajib mengadili."²⁷⁵

Kemudian dalam "Putusan hakim tersebut harus menyebutkan Pasal-Pasal dari undang-undang atau hukum tidak tertulis sebagai dasar mengadili."²⁷⁶ Ini berarti pertama-tama hakim mengadili menurut undang-undang; apabila undang-undang tidak ada maka hakim dapat

²⁷⁵ Bandingkan dengan Pasal 10 UU No 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

²⁷⁶ Bandingkan dengan Pasal 50 ayat (1) UU No 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.



mengadili menurut hukum yang tidak tertulis atau aturan-aturan di luar undang-undang.

Oleh karena itu dalam tahapan mengkonstitusi ini hakim menetapkan hukumnya terhadap peristiwa tersebut dan memberi keadilan kepada para pihak yang bersangkutan. Dalam mengadili suatu perkara, hakim harus menentukan hukumnya *in abstracto* terhadap peristiwa tertentu *in concreto*, sehingga putusan hakim tersebut dapat menjadi hukum atau hukum yang dibuat oleh hakim (*judge made law*).

Hakim dalam menjatuhkan putusan tentu tidak sembarangan, tetapi didasarkan pada alasan-alasan atau pertimbangan penemuan hukum secara objektif. Salah satu asas dalam hukum acara perdata, menyebutkan bahwa putusan harus disertai alasan-alasan (*motivierung plicht*). Dengan demikian semua putusan pengadilan harus memuat alasan-alasan yang dijadikan dasar untuk mengadili.

Pasal 53 ayat (1) UU No 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menegaskan "Hakim bertanggung jawab atas penetapan dan putusan yang dibuatnya".

Berarti hakim harus aktif membantu para pihak untuk menterjemahkan dalil para pihak dan fakta-fakta hukum yang telah dikonstatasi di persidangan telah didukung oleh alat-alat bukti yang sah, sehingga alasan dan dasar



hukum putusan bisa dipertanggung jawabkan kepada para pihak, peradilan yang lebih tinggi, segi ke ilmunan dan masyarakat umumnya.

Alasan-alasan atau argumentasi itu dimaksudkan sebagai pertanggungjawaban hakim dalam menjatuhkan putusnya, baik pertanggungjawaban kepada masyarakat, para pihak yang berperkara, pengadilan yang lebih tinggi dan ilmu hukum, sehingga mempunyai

nilai objektif. Pada alasan-alasan itulah putusan yang mempunyai wibawa dan bukan karena hakim tertentu yang menjatuhkannya. Betapa pentingnya alasan-alasan sebagai dasar putusan tersebut dapat terlihat dari

beberapa putusan Mahkamah Agung yang menetapkan bahwa putusan yang tidak lengkap atau kurang cukup dipertimbangkan (*onvoldoende gemotiveerd*) merupakan alasan untuk kasasi dan putusan tersebut harus dibatalkan. Tugas hakim dalam tahap megkonstitusi

adalah mencari rumusan titik sengketa perkara di dalam peraturan perundang undangan, apakah peristiwa kongkret perkara tersebut ada diatur dalam peraturan perundang undangan jikalau ada hakim dapat langsung menunjuknya untuk kemudian diterapkan.

Kedudukan penemuan hukum ada dalam tahap mengkonstitusi yaitu dalam hal mencari undang-undang untuk diterapkan dalam peristiwa kongkret yang ternyata



rumusan undang-undang tidak jelas atau tidak lengkap, atau sudah usang ataupun undang-undang belum mengaturnya serta undang-undang sudah mengatur akan tetapi terjadi pertentangan dengan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat maka hakim harus menjelaskan undang-undang itu baru bisa menerapkannya, atau hakim lebih dulu melakukan konstruksi ataupun hakim lebih dahulu menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian dapat dikatakan tahap mengkonstatasi telah selesai. Setelah itu barulah disusul kemudian dengan menerapkan dalam format putusan yang telah ditentukan oleh Mahkamah Agung.

Untuk lebih jelas tahap Mengkonstitusi ini, menindaklanjuti hasil penelitian dalam pembahasan sebelumnya dapat dikemukakan, sebagai berikut:

Pada Putusan Pengadilan Negeri Malang Nomor 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, tanggal 8 Agustus 2006. Setelah ditetapkan fakta-fakta hukumnya dan diberi nama peristiwa hukum yang menjadi titik sengketa selanjutnya dalam tahap ini adalah kewajiban hakim untuk menemukan hukum dengan mencari, menggali, merumuskan aturan hukum yang dijadikan sebagai alasan dan dasar hukum putusnya untuk memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan perkara yang



tanganinya dengan memperhatikan metode penemuan hukum. Metode Penemuan hukum yang dilakukan hakim tentang keabsahan perkawinan.

Setelah melalui tahap konstataasi, kualifikasi dan konstitusi yaitu mencari menemukan dan menjelaskan aturan hukum untuk menyelesaikan persoalan hukum dari peristiwa kongkret tersebut selanjutnya hakim merumuskan aturan hukum yang telah ditemukan tersebut dalam format pertimbangan hukum putusan kemudian secara keseluruhan atau secara lengkap dirumuskan dalam format putusan.

Pada Putusan Pengadilan Negeri Malang Nomor 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, tanggal 8 Agustus 2006 hakim telah melakukan penemuan hukum setelah menemukan fakta-fakta hukum dan menemukan nilai-nilai hukum yang berkembang di masyarakat khususnya masyarakat keturunan Tionghoa yang berada di Malang, serta mengetahui peristiwa hukum kongkretnya untuk kemudian dilakukan penerapan hukum yang telah ditemukan terhadap peristiwa hukum kongkretnya.

Sebagaimana diketahui bahwa definisi penemuan hukum yang dirumuskan oleh para ahli hukum di Indonesia masih bervariasi dalam beberapa bagian akan tetapi pada intinya adalah sama atau dapat ditarik persamaan. Berkaitan dengan judul penelitian ini maka



definisi penemuan hukum dapat dirumuskan sebagai berikut: "Penemuan hukum adalah kewajiban hakim untuk mencari menemukan dan menjelaskan aturan hukum dalam hal hukum tidak sempurna, yang kemudian dijadikan sebagai alasan dan dasar hukum putusan yang sesuai dengan nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat".²⁷⁷

Putusan Pengadilan Negeri Malang Nomor 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, tanggal 8 Agustus 2006 tentang keabsahan perkawinan adat Cina, pola penemuan hukumnya apabila dianalisis, sebagai berikut:

Hakim Pengadilan Negeri Malang dalam memeriksa dan menyelesaikan perkara tentang keabsahan perkawinan adat Cina telah mencari, menemukan dan menjelaskan aturan hukum tentang keabsahan perkawinan maka pertama-tama ditujukan pada Undang undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan sebagaimana termuat dalam Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2), yang menegaskan bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, ditafsirkan bagaimana jika ketentuan Pasal itu langsung diterapkan dalam kasus perkara tersebut, apakah sesuai atau tidak dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, maka hakim

²⁷⁷ Bandingkan dengan pendapat Utrecht, Van Eekmen Hommes dalam Yuda Bhakti Adhiwisastra, *Op.cit.*, hlm. 21.



melakukan penemuan hukum dengan metode interpretasi teleologis/sosiologis.

Dalam melakukan interpretasi gramatikal terhadap Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, hakim telah mencermati kata dalam kalimat ternyata sangat gamblang dinyatakan bahwa sahnya suatu perkawinan bila dilaksanakan menurut agama dan kepercayaan masing-masing. Kata dalam kalimat tersebut menyatakan bahwa perkawinan sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu. Kalimat tersebut bisa ditafsirkan bersifat memaksa kepada tiap-tiap orang yang ingin melaksanakan perkawinannya agar perkawinan mereka sah secara hukum harus diselenggarakan sesuai hukum agama dan kepercayaan masing-masing.

Hakim Pengadilan Negeri Malang yang kemudian disempurnakan Hakim Agung mempertimbangkan bahwa pada pokoknya apabila bunyi Pasal tersebut langsung diterapkan menyelesaikan persoalan hukum perkara tersebut dianggap tidak mencerminkan rasa keadilan dalam masyarakat, maka hakim melakukan metode penemuan hukum yang lain yaitu interpretasi teleologis (sosiologis) setelah dicermati ternyata hakim juga menafsirkan fakta-fakta hukum tersebut.



Metode teleologis/sosiologis digunakan oleh hakim karena menurut norma-norma yang ada di dalam masyarakat, perkawinan tersebut diakui sebagai suatu keluarga yang utuh, sekalipun dilangsungkan secara adat dan tidak dicatatkan. Apabila perkawinan tersebut dinyatakan tidak sah maka hubungan yang dilakukan oleh sepasang insan tersebut adalah tidak sah dan akan melahirkan anak-anak yang tidak sah karena istri bukan istri sah suami bukan suami sah. Secara sosiologis Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen dan Mimi alias Tjia Mie Joeng telah melangsungkan perkawinan secara adat Cina pada hari Selasa tanggal 26 September 1996, yang kemudian dilanjutkan dengan upacara seremonial di New Hong Kong Restaurant Malang. Setelah melangsungkan prosesi perkawinan secara adat Cina yang kemudian dilanjutkan dengan upacara seremonial resepsi perkawinan, pasangan suami-istri ini kemudian hidup dan membina rumah tangga di sebuah rumah di Jl. Sulfat Agung XII/19 RT/RW 02/21 Kelurahan Purwantoro, Kecamatan Blimbing, Kota Malang. Keluarga dekat dan masyarakat telah bergaul dan memperlakukan mereka sebagai suatu keluarga sama seperti keluarga atau tetangga-tetangga lainnya.²⁷⁸

²⁷⁸ Amar Putusan Pengadilan Negeri Malang Nomor 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, tanggal 8 Agustus 2006 tentang keabsahan perkawinan adat Cina.



Setelah tahapan tersebut dilakukan, hakim menemukan adanya persoalan hukum, yaitu persoalan hukum tentang pencatatan perkawinan. Dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menegaskan, "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku".

Hakim melakukan interpretasi melalui interpretasi gramatikal. Kalimat tersebut bersifat fakultatif tidak memaksa, sebab tidak ada klausul yang menyatakan sah atau tidaknya, maka menjadi ketentuan yang bersifat imperatif. Bersifat fakultatif adalah tidak memaksa. Dalam arti kalimat tersebut tak ada satu pun klausul yang menyatakan perkawinan tidak sah bila tidak dicatatkan atau perkawinan sah apabila dicatatkan. Tidak ditemukan kalimat ini pada Pasal di atas. Berbeda dengan Pasal 2 ayat (1) dengan tegas menyatakan sahnya perkawinan itu bila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya.

Setelah tahapan-tahapan tersebut dilakukan hakim dapat menyimpulkan tentang adanya keabsahan perkawinan menurut adat Cina, di mana berdasarkan pertimbangan tersebut maka dapat ditarik kesimpulan bahwa sah atau tidaknya suatu perkawinan bukan ditentukan oleh pencatatan, melainkan disyaratkan dengan dilangsungkan secara hukum dan agama



masing-masing.²⁷⁹ Seperti yang dinyatakan oleh Bagir Manan, pencatatan merupakan sesuatu yang penting saja, tidak mengurangi keabsahan perkawinan bila tidak dicatatkan.²⁸⁰ Dari kata-kata beliau dapat ditarik kesimpulan bahwa, sahnya perkawinan tidak disangkut pautkan dengan pencatatan. Berarti hukum positif Indonesia memandang perkawinan yang tidak dicatatkan adalah sah. Konsekuensi dari perkawinan yang sah adalah suami dan isteri yang sah, anak yang dilahirkan dalam perkawinan yang sah adalah anak sah, suami istri yang sah saling mewarisi.

Secara aksiologi demi keamanan dan mempermudah pembuktian adanya perkawinan ke depan alangkah baiknya perkawinan yang dilangsungkan dicatatkan pada Kantor Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil. Hingga saat ini masih ada perbedaan pendapat tentang urgensi pencatatan perkawinan dalam menentukan sah atau tidaknya perkawinan. Salah satu direkomendasikan sehubungan dengan pencatatan perkawinan ini agar terus menerus dilakukan sosialisasi alternatif lain dengan memberdayakan aparat informal seperti pendeta atau pemuka agama agar dapat diangkat menjadi pembantu pegawai pencatat perkawinan

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 8.



masing-masing di wilayah kerjanya sesuai dengan peraturan Menteri Dalam Negeri No. 68 Tahun 1978.

Selanjutnya dari hasil simpulan atas analisa terhadap perkara tersebut, dipahami adanya persoalan hukum yang muncul yaitu dalam hal adanya persoalan hukum terkait harta perkawinan yang diperoleh dalam perkawinan adat Cina tersebut.

Pemahaman tersebut diperoleh dari fakta-fakta hukum yang ditemukan hakim ternyata seluruh harta perkawinan tersebut diperoleh setelah mereka melangsungkan perkawinan pada tanggal 26 September 1996 hingga meninggalnya Yulianto pada tanggal 31 Desember 2004, atau pun adanya penambahan hasil usaha hingga didaftarkan perkara ini. Harta yang diperoleh Yulianto sebelum perkawina berupa satu rumah tinggal telah dijadikan sebagai mas kawin kepada Mimi alias Tjia Mie Joeng dibawa kedalam perkawinan maka setatusnya telah menjadi harta perkawinan atau harta gono gini.

Disamping adanya persoalan harta perkawinan juga diketahui adanya persoalan hukum tentang harta warisan dan pembagian harta warisan yang ditinggalkan oleh suami.

Dalam perkara ini diketahui adanya fakta hukum bahwa perkawinan dilangsungkan pada tanggal 26



September 1996 hingga meninggalnya Yulianto. Pada tanggal 31 Desember 2004, dengan meninggalnya Yulianto dengan meninggalkan Mimi yang sebelumnya telah dipertimbangkan sebagai istri yang sah, oleh karena telah pula dipertimbangkan harta tersebut sebagai harta bersama maka telah terbuka warisan dari harta peninggalan almarhum Yulianto. Berdasarkan kebiasaan yang berlaku di daerah setempat harta warisan yang berasal dari harta bersama diwarisi oleh suami atau istri yang masih hidup kecuali yang ditinggalkan tersebut menikah lagi. Oleh karena ternyata Mimi alias Tjia Mie Joeng pada saat perkara ini diperiksa tidak menikah lagi, sehingga harta peninggalan almarhum Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen diwarisi oleh Mimi alias Tjia Mie Joeng sebagai istri sah, maka saudara kandung almarhum Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen tidak mempunyai hak atau tidak mendapat bagian dari harta warisan almarhum Yulianto. alias Liong Tjoeng Tjen. Dalam menentukan harta warisan dan pembagian harta warisan *a quo* hakim mendasarkan putusannya kepada yurisprudensi tetap Mahkamah Agung RI.

Pertimbangan hukum yang melakukan penemuan hukum tersebut, majelis hakim Pengadilan Negeri Malang dalam amar putusannya mengabulkan gugatan dari Penggugat. Atas putusan Pengadilan Negeri Malang No.



24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, 8 Agustus 2006 tersebut para Tergugat mengajukan upaya hukum banding ke Pengadilan Tinggi Surabaya, dan pada amar putusan majelis hakim Pengadilan Tinggi Surabaya menimbang, bahwa pencatatan perkawinan menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah bersifat imperatif/keharusan dengan akibat apabila ada suatu perkawinan tidak dicatatkan, maka perkawinan tersebut tidak sah, dan oleh karena perkawinan antara Penggugat dengan Liong Tjoeng Tjen hanyalah dilakuan secara adat Cina dan tidak didaftarkan pada Kantor Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil setempat, maka perkawinan yang demikian adalah tidak sah menurut hukum. Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas, maka putusan Pengadilan Negeri Malang No. 24/pdt.G/PN.Mlg tanggal 8 Agustus 2006 sudah tidak dapat dipertahankan lagi dan harus dibatalkan.²⁸¹ Dalam hal ini putusan Pengadilan Tinggi Surabaya No. 546/PDT/2006/PT.Sby tanggal 15 Maret 2007 telah berbeda dengan putusan Pengadilan Negeri Malang No. 24/pdt.G/PN.Mlg tanggal 8 Agustus 2006, maka perlu dikaji pola pikir hakim pengadilan tinggi dalam menjatuhkan putusan tersebut.

²⁸¹ Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya No. 546/PDT/2006/PT.Sby, hlm. 6-7.



Dalam pertimbangan putusan Pengadilan Tinggi Surabaya antara lain dipertimbangkan: berdasarkan fakta-fakta hukum dalam perkara ini adalah mengenai sah atau tidaknya perkawinan antara Yulianto dengan Mimi, ternyata bahwa perkawinan *a quo* hanya dilangsungkan secara adat Cina tidak dilakukan berdasarkan agama mereka dan juga tidak dicatatkan di Kantor Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil adalah tidak mengikuti ketentuan Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) yang pada pokoknya menyatakan perkawinan sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya serta dicatatkan. Perkawinan tersebut ternyata syarat-syarat di atas tidak dipenuhi maka untuk kepastian hukum perkawinan tersebut dinyatakan tidak sah.

Menimbang, bahwa oleh karena perkawinan dinyatakan tidak sah maka Penggugat Mimi bukanlah istri yang sah, sehingga tidak berhak atas harta peninggalan almarhum Yulianto.

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan tersebut maka putusan Pengadilan tingkat pertama harus dibatalkan dan gugatan Penggugat (Mimi) harus ditolak untuk seluruhnya.



Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan majelis hakim Pengadilan Tinggi Surabaya tersebut, maka dapat dipahami bahwa hakim menerapkan undang-undang *a quo* sebagai alasan dan dasar hukum putusannya berpikir secara positif legalistik semata-mata untuk kepastian hukum, tanpa melakukan atau menghubungkan ketentuan peraturan tersebut dengan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat sebagaimana diperintahkan dalam Pasal 5 UU No 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya tersebut dapat dimaknai norma hukum yang dibuat secara tertulis dalam undang-undang atau dalam kodifikasi dengan tujuan adanya kepastian hukum, artinya satu norma hukum diberlakukan kepada seluruh masyarakat dengan tidak memandang latar belakang juga tidak memperhatikan dalam lingkungan mana masyarakat itu berada, tetapi diharuskan menttaati isi undang-undang tersebut. Pola pikir demikian adalah *positivisme legalistik*, kenyataannya

bangsa Indonesia terdiri dari berbagai suku yang telah memelihara adat istiadatnya masing-masing yang berbeda satu dengan yang lain (masyarakat homogen). Dalam masalah tertentu, ternyata sulit diberlakukan penyamarataan terhadap masyarakat yang homogen, lebih-lebih apabila masyarakatnya heterogen (seperti di



Indonesia) maka jelas akan menemui kesulitan untuk menerapkan suatu norma yang seharusnya diberlakukan untuk seluruh warga masyarakat dengan cara penyamarataan tersebut.

Merubah pola pikir hakim yang melihat hukum dalam makna kontekstual ke dalam pola pikir yang melihat hukum dalam arti sosiologis diperlukan hakim yang baik dan bijaksana untuk memberikan keseimbangan dan keadilan dalam masyarakat seperti yang telah diputuskan oleh Pengadilan Negeri Malang yang kemudian disempurnakan oleh Majelis Hakim Agung, sebagaimana Putusan Mahkamah Agung di bawah ini.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 1776 K/Pdt/2007 tanggal 28 Juli 2008, ternyata Majelis Hakim Agung berbeda pendapat dengan pendapat majelis hakim Pengadilan Tinggi Surabaya ternyata dalam pertimbangan hukumnya menyatakan bahwa *judex facti* (pengadilan tinggi) telah salah menerapkan hukum karena tidak mempertimbangkan adanya fakta-fakta hukum, yaitu telah terjadi perkawinan antara Tjia Mie Joeng alias Mimi dengan Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen dilangsungkan secara adat Cina pada tanggal 26 Nopember 1996, bertempat di Restoran 'New Hongkong' Malang, dan kemudian pasangan suami istri tersebut



tinggal bersama di dalam suatu rumah, telah memiliki usaha sendiri, telah memiliki harta perkawinan yang didapat selama perkawinan tersebut dan yang paling penting mereka telah bergaul dengan masyarakat setempat juga telah bergaul dengan keluarga kedua belah pihak, sehingga majelis hakim agung membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Surabaya No. 546/Pdt/2006/PT.Sby, dan mengadili sendiri.²⁸²

Penyelesaian kasus tersebut dapat dianalisa sebagai berikut, putusan Pengadilan Negeri Malang yang kemudian disempurnakan oleh Mahkamah Agung melalui putusannya dalam perkara *a quo* hakim agung telah melakukan penemuan hukum dengan berbagai metode:

1. Dengan cara melakukan interpretasi gramatikal terhadap Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang berkesimpulan bahwa Pasal tersebut tidak jelas, karena tidak ada ketentuan (klausul) yang menyatakan secara tegas, jika perkawinan tidak dicatat maka perkawinan tidak sah atau sebaliknya perkawinan dianggap sah haruslah dicatatkan. Mahkamah Agung berpendapat pencatatan perkawinan bersifat fakultatif atau tidak memaksa, sehingga sekalipun perkawinan Yulianto

²⁸² Putusan Mahkamah Agung No. 1776K/Pdt/2007, Tanggal Putusan 28 Juli 2008.



dengan Mimi tidak dicatat di Kantor Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil tetap dianggap sah.

2. Dengan cara melakukan interpretasi teleologis-sosiologis terhadap Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang

No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan berpendapat bahwa norma tersebut bersifat memaksa (imperatif)

artinya suatu perkawinan haruslah dilangsungkan secara agama barulah dianggap sah perkawinan

tersebut. Akan tetapi apabila norma tersebut diterapkan apa adanya terhadap peristiwa kongkret

perkara ini, maka akan menimbulkan masalah baru yaitu istri bukan istri sah, suami bukan suami sah,

dihubungkan dengan fakta sosial kemasyarakatan yang mengakui mereka sebagai satu keluarga yang

utuh sama seperti keluarga lain. Nilai keadilan masyarakat tersebutlah yang diambil alih oleh

Mahkamah Agung sebagai alasan dan dasar hukum putusannya sehingga perkawinan dinyatakan sah.

3. Dengan cara melakukan penggalian pemahaman nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam

masyarakat, yang artinya nilai-nilai hukum itu diyakini adalah memang dirasakan adil oleh masyarakat

setempat dan kemudian sesuai dengan yurisprudensi tetap janda adalah juga ahli waris yang berhak

mewarisi harta peninggalan almarhum suaminya,



dengan kata lain Mahkamah Agung telah mengambil selain nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat juga mengambil yurisprudensi tetap yang masih sesuai dengan rasa keadilan masyarakat.

Tahap mengkonstitusi dalam perkara tentang Keabsahan Akta Otentik Notaril (kualifikasi kesatu) dan tentang Kedudukan uang panjar atau uang muka (kualifikasi kedua), di Pengadilan Negeri Martapura, pada putusan Pengadilan Martapura Nomor: 11/Pdt.G/2009/PN.Mtp tanggal 14 April 2010 dan di Pengadilan Tinggi Banjarmasin, pada Putusan Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin Nomor: 46/PDT/2010/PT.BJM tanggal 31 Agustus 2010, sebagai berikut:

Tahap mengkonstitusi yang dilakukan oleh Majelis Pengadilan Negeri Martapura, dilakukan setelah ditetapkan fakta-fakta hukumnya dan diberi nama peristiwa hukum yang menjadi titik sengketa selanjutnya dalam tahap ini adalah kewajiban hakim untuk menemukan hukum dengan mencari, menggali, merumuskan aturan hukum yang dijadikan sebagai alasan dan dasar hukum putusnya untuk memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan perkara yang sedang ditanganinya dengan memperhatikan metode penemuan



hukum. Metode penemuan hukum yang dilakukan hakim tentang keabsahan akta pengikatan jual beli sebagaimana diuraikan dalam pola penemuan hukum dalam paragraf berikutnya. Hakim Pengadilan Negeri Martapura dalam mengadili perkara *a quo* tidak melakukan penemuan hukum tapi langsung menerapkan hukum tertulis tentang akibat perjanjian kepada para pihak yang kemudian dijadikan sebagai alasan dan dasar hukum putusannya dapat dideskripsikan sebagai berikut:

- Bahwa perjanjian yang dibuat oleh para pihak adalah akta partai yang isinya kehendak kedua belah pihak dan perjanjian tersebut dibuat dihadapan Notaris serta telah lengkap ditandatangani maka sesuai Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris maka majelis berpendapat isi perjanjian tersebut adalah kehendak para pihak bukan kehendak sepihak saja. Mengenai adanya pembujukan untuk menandatangani ternyata tidak terbukti sehingga perjanjian pengikatan jual beli tersebut mengikat kedua belah pihak. Tentang tuntutan penggugat agar tergugat mengembalikan uang muka sebanyak Rp.1.350.000.000, oleh karena inti gugatan Penggugat tidak terbukti maka tuntutan tersebut harus ditolak.

Mencermati pertimbangan majelis hakim Pengadilan Negeri Martapura tersebut, maka dapat diketahui pola



pikir hakim dalam menilai akta notaris tersebut sebagai undang-undang yang mengikat kepada para pihak sehingga langsung menerapkan isi akta notaris tentang perjanjian pengikatan jual beli tersebut sebagai alasan dan dasar hukum putusannya. Hakim tidak berupaya untuk menyesuaikan isi perjanjian tersebut dengan kebiasaan dan rasa keadilan masyarakat setempat atau hakim berpikir positif legalistik lebih mengutamakan kepastian hukum daripada keadilan.

Sementara tahap mengkonstitusi oleh hakim Pengadilan Tinggi Banjarmasin, dilakukan setelah ditetapkan fakta fakta hukumnya dan diberi nama peristiwa hukum yang menjadi titik sengketa selanjutnya dalam tahap ini adalah kewajiban hakim untuk menemukan hukum dengan mencari, menggali, merumuskan aturan hukum yang dijadikan sebagai alasan dan dasar hukum putusannya untuk memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan perkara yang tangannya dengan memperhatikan metode penemuan hukum. Metode penemuan hukum yang dilakukan hakim tentang keabsahan akta notaris tentang pengikatan jual beli. Pengadilan Tingkat Banding tidak dapat menerima dan membenarkan pertimbangan hukum putusan pengadilan tingkat pertama tersebut, didasari alasan-alasan sebagai berikut:



Pertama, tentang keabsahan akta notariil dari sudut formil dan sudut materiiil (kualifikasi kesatu);

Menimbang, bahwa secara normatif akta perjanjian pengikatan jual beli *a quo* dari segi formil harus

dianggap benar karena dibuat oleh pejabat umum, sedangkan dari segi materiiil juga harus dianggap benar

jikalau tidak dipersoalkan oleh salah satu pihak, tapi oleh karena dipersoalkan maka harus dipertimbangkan satu-

persatu. Hal-hal yang dipersoalkan oleh para pihak tersebut sebagai berikut: Menimbang, bahwa mengenai

status tanah yang ternyata sedang dalam agunan sedangkan pada saat negosiasi tidak disebutkan oleh

pihak penjual, tentang keberatan tersebut majelis hakim tingkat banding berpendapat, seorang pembeli tanah

yang sudah bersertifikat seharusnya lebih dahulu mempelajari dan meneliti sertifikat tanah tersebut,

dihubungkan dengan bentuk perjanjian jual beli yang dibuat dalam bentuk pengikatan jual beli, yang salah

satu alasannya adalah jika sertifikat belum di tangan pihak penjual sehingga hal itu tidak dapat membatalkan

perjanjian pengikatan jual beli tersebut.

Menimbang, bahwa mengenai harga yang tertulis sebanyak Rp.2.250.000.000,- satu persil yang menurut

pembanding – semula Tergugat pada waktu negosiasi kesepakatan lisan hanya Rp. 2.000.000.000,- bahwa



setelah mencermati alat bukti yang diajukan oleh Terbanding- semula Tergugat I, II dan Turut Terbanding – semula Turut Tergugat yaitu berupa Akta Perjajian Pengikatan Jual Beli yang dilakukan oleh Terbanding – semula Tergugat I, dan II dengan beberapa orang lain, yang objek jual belinya adalah tanah yang bersebelahan atau berada di sekitar tanah dalam perjanjian pengikatan jual beli dalam perkara ini, ternyata harganya berkisar antara Rp.2.000.000.000,- hingga Rp.2.150.000.000,- sehingga harga yang termuat dalam akta perjajian pengikatan jual beli *a quo* adalah sebanding dengan harga pasaran, maka alasan pembandingan- semula penggugat tentang perbedaan harga tanah, tidak dapat mengakibatkan batal perjanjian pengikatan jual beli *a quo* dengan demikian maka petitum gugatan Pembanding – semula Penggugat poin kesatu harus dinyatakan ditolak.

Kedua, tentang uang panjar atau uang muka (kualifikasi kedua). Menimbang, bahwa secara formil bunyi Pasal 4 *a quo* telah ditulis dengan kata-kata yang jelas sehingga tidak diperlukan interpretasi. Selanjutnya akan dicermati dari sudut isinya yang dipersoalkan oleh para pihak, apakah dengan tidak dilanjutkannya pengikatan jual beli *a quo* ke dalam Akta Jual Beli PPAT, mengakibatkan uang muka tidak wajib dikembalikan, atau harus



dikembalikan oleh Terbanding-semula Tergugat I, dan II kepada Pembanding – semula Penggugat maka dipertimbangkan sebagai berikut:

Menimbang, bahwa Pembanding – semula Penggugat telah menaruh keberatan atas pencantuman isi Pasal tersebut, karena tidak pernah dibicarakan pada waktu diadakan persetujuan lisan, sedangkan di pihak penjual menyatakan sebelumnya telah disetujui para pihak dan sudah dibacakan oleh Notaris, perbedaan keterangan tersebut, secara materiil telah merugikan pihak pembeli yaitu Pembanding – semula Penggugat dan telah memberi keuntungan kepada pihak penjual yaitu Terbanding- semula Tergugat I dan II, karena pihak penjual telah memanfaatkan modal pembanding-semula Penggugat sejak tanggal 27 Pebruari 2009, hingga sekarang, sedangkan pihak pembeli yaitu Pembanding-semula Penggugat belum menguasai tanah, karena tanah tetap dikuasai oleh pihak penjual, yaitu Terbanding- semula Tergugat I dan II.

Menimbang, bahwa mengenai benar atau tidaknya dibacakan dan dijelaskan lebih dulu oleh Notaris maksud Pasal, *a quo* adalah sulit dibuktikan oleh pihak pembeli karena kedudukan para pihak tidak seimbang yaitu pihak pembeli seorang diri disatu pihak, sedangkan di pihak lain yaitu penjual dua orang dan Notaris serta dua orang



saksi pegawai kantor Notaris, selanjutnya hal tersebut juga sulit dibuktikan oleh pihak penjual dan Notaris, karena ternyata Notaris tidak dapat menunjukkan alat bukti lain seperti konsep atau catatan notaris yang diparaf oleh para pihak tentang kesepakatan tersebut, karena terbukti yang menghadap dan memberikan informasi tentang kesepakatan awal kepada Turut – Terbanding-semu Turut – Tergugat untuk dimasukkan kedalam akta, adalah Terbanding- semula Tergugat I,II, sendiri, tanpa ikut sertanya pihak Pembanding-semula Penggugat, sehingga dalam hal ini dapat dinyatakan telah terjadi suatu keragu-raguan tentang isi perjanjian yaitu tentang uang muka dan tentang telah dibaca dan telah dijelaskan lebih dahulu oleh Notaris kepada para pihak sebelum ditandatangani.

Menimbang, bahwa mengenai adanya suatu keragu-raguan tentang isi dalam suatu perjanjian maka isi tersebut haruslah diuji dengan menghubungkannya dengan menurut apa yang adil, yang patut dan menurut apa yang menjadi kebiasaan dalam negeri atau di tempat di mana perjanjian pengikatan jual beli telah dibuat.

Menimbang, bahwa para pihak mengajukan alat bukti yang sama yaitu:

1. Akta Perjajian/Pengikatan Jual Beli Nomor 126 tanggal 24 Agustus 2009, antara Terbanding- semula



Tergugat I, II sebagai pihak penjual dengan Charles Leonardo sebagai pihak pembeli. Dalam Pasal 4 alinea 2 menyatakan, Uang yang telah diterima oleh pihak pertama wajib dikembalikan kepada Pihak Kedua dan segala biaya yang timbul dari akibat dari perjanjian ini menjadi kewajiban pihak Kedua;

2. Akta Perjanjian Pengikatan Jual Beli Nomor 14 tanggal 7 Oktober 2009 antara Terbanding – semula

Tergugat I, II sebagai Pihak Penjual dengan Ganiawan Rachmad sebagai pihak pembeli, Pasal 4 uang yang telah diterima oleh pihak pertama akan dikembalikan 50% dari Rp. 100.000.000,- kepada pihak kedua dan segala biaya yang timbul akibat perjanjian ini menjadi kewajiban pihak kedua. Apabila pihak pertama membatalkan jual beli ini karena sebab apapun, maka Pihak Pertama wajib mengembalikan seluruh uang yang telah diterimanya kepada Pihak Kedua.

3. Perjanjian tentang ikatan jual beli tanah dan bangunan tanggal 6 November 2009, antara Terbanding-semula Tergugat I, II sebagai Pihak Penjual dengan Kaspul Anwar, (butir 6 akta pengikatan jual beli tersebut). Pada pokoknya, apabila pihak kedua tidak melunasi dalam waktu yang ditentukan maka uang panjar dikembalikan oleh



pihak penjual kepada pihak pembeli sebanyak Rp. 200.000.000,- dan sebanyak Rp. 350.000.000,- menjadi milik pihak Kesatu.

4. Akta Perjanjian/Pengikatan Jual Beli Nomor 102

tanggal 15 Desember 2009 antara Terbanding semula Tergugat I, II pihak pertama sebagai Penjual dengan Hartadi Taufik, Pihak Kedua sebagai Pembeli, Pasal 4 menyatakan uang yang telah diterima oleh pihak pertama wajib dikembalikan kepada Pihak Kedua dan segala biaya yang timbul dari akibat dari perjanjian ini, menjadi kewajiban pihak kedua;

Menimbang, bahwa hal-hal yang telah menjadi pengetahuan umum maka tidak perlu dibuktikan lagi, selanjutnya dari empat Akta Perjanjian Pengikatan jual beli tanah tersebut di atas telah terbukti yaitu; Pihak Penjual adalah Terbanding – semula Tergugat I, II kepada empat orang yang berbeda satu dengan yang lain. Lokasi tanah adalah berdekatan dengan lokasi tanah dalam perkara ini, dan tempat diadakan perjanjian sama-sama dihadapan Notaris di Banjarmasin, waktu diadakan perjanjian dalam tahun yang sama tahun 2009.

Dihubungkan dengan fakta-fakta hukum tersebut di atas, dapat diambil kesimpulan bahwa kebiasaan yang hidup dalam masyarakat setempat tentang uang muka, apabila perjanjian jual beli tidak dilaksanakan karena perjanjian



dibatalkan, maka uang muka wajib dikembalikan seluruhnya oleh pihak penjual kepada pihak pembeli, jika tidak terlaksananya dari pihak pembeli karena tidak dapat melunasi pada waktu disepakati maka uang muka juga tetap dikebalikan tapi biaya pembuatan akta perjanjian menjadi kewajiban pihak pembeli yang menyebabkan tidak terlaksana jual beli, atau pada intinya jika jual beli tidak terlaksana baik disebabkan oleh pihak penjual maupun oleh pihak pembeli, maka uang muka harus dikembalikan, tidak ada yang menjadi hangus ataupun dengan sendirinya mejadi milik pihak penjual tanah.

Menimbang, bahwa Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman telah memerintahkan, bahwa hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, sehingga suatu peristiwa hukum kongkret tidak boleh hanya dilihat dari konstruksi literal – yuridis suatu undang-undang atau perjanjian, tapi juga harus diteropong dalam konteks yang utuh dan komprehensif baik undang-undang atau suatu perjanjian maupun konteks peristiwa hukum itu sendiri, sehingga majelis hakim tingkat banding, tidak hanya mengandalkan undang-undang atau perjanjian tapi juga



menghubungkannya dengan kebiasaan dan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat setempat mana kala telah ada persengketaan tentang isinya;

Menimbang, bahwa isi yang dimuat dalam perjanjian pengikatan jual beli *a quo* ternyata tidak sama dengan kebiasaan yang hidup dalam masyarakat setempat, yaitu jika perjanjian pengikatan jual beli batal maka uang muka yang telah diterima pihak penjual harus dikembalikan oleh pihak penjual kepada pihak pembeli, sehingga dapat diartikan ketentuan tersebut hanya bersifat efek psikologis oleh karena tidak biasa dilakukan oleh masyarakat juga tidak dilakukan oleh Terbanding- semula Tergugat I dan II kepada pembeli yang lain, maka telah membuktikan adanya penyalahgunaan kedudukan yang tidak seimbang, karena isi Pasal tersebut hanya menguntungkan salah satu pihak dan merugikan pihak lain, yaitu kewajiban dan resiko yang terlalu besar telah dibebankan kepada Pembanding – semula Penggugat selaku pembeli, sedangkan kepada penjual yaitu Terbanding – semula Tergugat I dan II, dapat mendatangkan keuntungan yang besar dan tidak dibebani kewajiban dan resiko yang seperti itu, sedangkan penyebab tidak dilanjutkannya perjanjian tersebut bukan semata-mata dari pihak pembeli, maka



dinilai tidak adil dan tidak patut, sehingga isi perjanjian tersebut harus diartikan sebagai suatu sebab yang tidak legal.

Menimbang, bahwa Turut Terbanding semula Turut

Tergugat, tidak dapat menunjukkan alat bukti yang menyatakan bahwa Pemanding – semula Penggugat

telah sepakat tentang uang muka tersebut baik berupa catatan atau konsep akta untuk dimasukkan kedalam

akta, ketiadaan konsep tersebut telah membuktikan

bahwa Pemanding- semula Penggugat tidak datang ke

kantor notaris atau tidak pernah memberikan masukan

kepada notaris tentang hal-hal yang disepakati untuk

dimuat dalam Akta, *a quo* sehingga telah terbukti pula

yang datang menghadap notaris untuk memberikan

konsep kesepakatan tersebut hanyalah Terbanding –

semula Tergugat I, II, memperhatikan premis pada akta

notaris tersebut, tertulis para pihak datang menghadap

dan menyatakan kehendaknya seharusnya notaris

mengkonfrontir lebih dulu kehendak kepada seluruh

pihak, dengan dimasukkannya ketentuan yang berbeda

dengan kebiasaan sebagaimana tersebut di atas, maka

telah memberikan petunjuk bahwa adalah benar,

Terbanding – semula Tergugat I, II, menganjurkan agar

Notaris tidak perlu membacakan isi akta tersebut

sebelum ditandatangani oleh para pihak, sudah menjadi



pengetahuan umum apabila pihak pembeli mengetahui ketentuan yang berbeda dengan kebiasaan tersebut, yaitu apabila dalam waktu tersebut tidak dilunasi maka uang muka sebesar Rp. 1.350.000.000,- tidak dikembalikan oleh Penjual, maka pihak pembeli tentu akan keberatan, sehingga unsur- unsur dalam Pasal 1320 KUH Perdata tidak terpenuhi seluruhnya, berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut maka Majelis Hakim Tingkat Banding berpendapat bahwa isi Akta Perjanjian Pengikatan Jual Beli dalam perkara ini adalah cacat hukum. sehingga harus dinyatakan tidak mengikat kepada para pihak.

Menimbang, bahwa oleh karena telah dinyatakan isi yang termuat dalam Akta Perjanjian Pengikatan jual Beli tanggal 19 Februari 2009 Nomor 100, telah cacat hukum karena unsur-unsur yang diharuskan dalam Pasal 1320 KUH Perdata tidak terpenuhi, sehingga Perjanjian *a quo* harus dinyatakan tidak mengikat kepada para pihak dan telah merugikan Pembanding – semula Penggugat sehingga telah memenuhi unsur-unsur perbuatan melawan hukum, oleh karena itu maka petitum gugatan pembanding- semula penggugat dalam poin ke tiga dan poin keempat harus dikabulkan.

Menimbang, bahwa oleh karena Akta Pengikatan Jual Beli *a quo* telah dinyatakan tidak mengikat kepada kedua



belah pihak, maka uang muka yang telah diterima oleh Terbanding-semula Tergugat I, II harus dikembalikan kepada Pembanding – semula Penggugat, seluruhnya sebesar Rp. 1.350.000.000,- sehingga petitum gugatan pembanding-semula penggugat dalam poin ke lima harus dikabulkan.

Pertimbangan-pertimbangan tersebut, apabila dikaji dapat dipahami bahwa hakim pengadilan tinggi, pertama-tama mendasarkan pada akta notariil tentang pengikatan jual beli, secara formil dapat dibenarkan. tapi secara materil (isi) karena dipersoalkan maka hakim pengadilan tinggi melakukan penemuan hukum dengan cara menggali, memahami kebiasaan yang berlaku dalam masyarakat setempat dijelaskan dan kemudian dijadikan sebagai alasan dan dasar hukum putusannya.

Selanjutnya dilakukan tahap merumuskan dalam format putusan. Setelah melalui tahap konstataasi, kualifikasi dan konstitusi yaitu mencari menemukan dan menjelaskan aturan hukum untuk menyelesaikan persoalan hukum dari peristiwa kongkret tersebut selanjutnya hakim merumuskan aturan hukum yang telah ditemukan tersebut dalam format pertimbangan hukum putusan kemudian secara keseluruhan atau secara lengkap dirumuskan dalam format putusan.



Mencermati Amar Putusan Hakim Pengadilan Tinggi Banjarmasin tersebut, maka dapat diketahui bahwa telah ditemukan aturan hukum oleh Hakim Pengadilan Tinggi, sebagai berikut:

Pertama, tentang Keabsahan Akta Notaril.

Ditinjau dari perspektif Formalitas, baik Hakim Pengadilan negeri martapura maupun hakim pengadilan tinggi Banjarmasin, mengkonstruksi dengan Undang-Undang Nomor 30 tahun 2004 tentang Peraturan Jabatan Notaris harus dianggap benar tentang tanggal penandatanganan, orang yang menandatangani yaitu para pihak dalam perkara *a quo*.

Sementara bila ditinjau dari perspektif isi akta (substansi hukumnya) hakim mengkonstruksi dari KUHPerduta tentang syarat syarat perjanjian .

Kedua, terkait dengan klausul Pasal 4 tentang akta perjanjian bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat.

Akta Notaril tentang pengikatan jual beli yang memuat klausul Pasal 4 tentang uang panjar tidak dikebalikan oleh penjual kepada pembeli apabila jual beli tidak terlaksana, hakim melakukan penemuan hukum sebagai terobosan dengan metode mengali memahami dan menerapkan kebiasaan dan rasa keadilan dan kepatutan



berpendapat bertentangan dengan kebiasaan dan rasa keadilan masyarakat setempat. Maka hakim telah melakukan penggalian nilai-nilai hukum dan rasa adil dalam masyarakat.

Sementara tentang Isi Akta Perjanjain tidak seimbang Hak dan kewajiban para pihak. Hakim pengadilan tinggi juga menilai isi perjanjian tersebut adalah tidak seimbang, karena pihak penjual telah diarahkan mendatangkan keuntungan yang sangat besar yaitu tidak wajib mengemabilan uang panjar dan tetap menguasai tanah miliknya sedangkan pihak pembeli telah dibebani resiko yang sangat besar yaitu telah kehilangan modal sejak diserahkan uang panjar/uang muka resiko hilangnya uang panjar/uang muka tersebut. Sehingga menyimpulkan kedudukan para pihak tidak seimbang antara hak dan kewajiban masing-masing pihak.

Pola penemuan hukum yang digunakan oleh hakim pengadilan tinggi adalah menggali memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Putusan Pengadilan Negeri Martapura No. 11/Pdt.G/2009/PN.Mtp tanggal 14 April 2010 yang dianalisa dari Putusan Pengadilan tinggi Banjarmasin *a quo*.



Analisa pola pikir hakim pengadilan martapura.

Hakim menilai akta notaris tersebut sebagai undang-undang yang mengikat kepada para pihak sehingga langsung menerapkan isi akta perjajian notaril tersebut sebagai alasan dan dasar hukum putusannya, hakim tidak berupaya untuk menyesuaikan isi perjajian tersebut dengan kebiasaan dan rasa keadilan masyarakat setempat atau hakim berpikir positif legalistik lebih mengutamakan kepastian hukum daripada keadilan.

Demikian pentingnya pada tahap-tahap dalam penemuan hukum tersebut, maka harus dikuasai dan dipahami oleh hakim dalam menyelesaikan perkara yang dihadapkan kepadanya, sehingga dapat dijatuhkan putusan yang sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat.

3.2.2.4. Hakim Menerapkan Aturan Hukum dalam Format Putusan

Tahap akhir adalah hakim menerapkan hukum yang telah ditemukan dan telah dijelaskan dari hasil penemuan hukum ke dalam format putusan dengan lebih dahulu menerapkannya dalam pertimbangan hukum putusan dapat dideskripsikan bahwa prinsip yang harus diindahkan oleh hakim dalam tahap ini, bahwa sebelum menerapkan aturan hukum yang ditemukan



kedalam format putusan, hakim terlebih dahulu memperhatikan ketentuan-ketentuan yang telah dirumuskan dalam hukum acara yang sifatnya memaksa, hal ini berarti jika dilanggar peraturan beracara akan merugikan para pihak sendiri ataupun peraturan dilanggar oleh hakim maka putusan tersebut tidak sah menurut hukum. Mengingat pertimbangan hukum dalam putusan merupakan dasar dari putusan yang memuat alasan-alasan hakim mengapa hakim mengambil putusan demikian karena itu mempunyai nilai objektif.

Setiap putusan harus memuat ringkasan yang jelas dari tuntutan dalam gugatan dan jawaban, sebagai konsekuensi hakim karena jabatannya wajib melengkapi segala alasan yang mungkin tidak dikemukakan oleh para pihak. Hal ini sesuai dengan yurisprudensi Mahkamah Agung RI Nomor 638/sip/1969, tanggal 22 juli 1970, yang menyatakan putusan yang tidak lengkap atau kurang lengkap ataupun kurang cukup dipertimbangkan merupakan alasan tingkat kasasi untuk membatalkannya.

Peraturan hukum tersebut di atas memberi makna bahwa setelah ditempuh seluruh proses acara hingga hakim menemukan hukum dalam hal aturan hukum tidak sempurna untuk menyelesaikan persoalan hukum



dari perkara yang sedang diperiksa dan diadili oleh hakim, maka selanjutnya hakim merumuskan dalam pertimbangan hukum dengan prinsip mengadili semula bagian dari tuntutan dalam gugatan.

Putusan hakim atas tuntutan dalam gugatan dikenal ada 3 (tiga) bentuk, yaitu Pertama, menolak petitum gugatan penggugat jikalau penggugat tidak berhasil membuktikan dalil-dalil petitum gugatannya;

misalnya jika penggugat mendalilkan tergugat telah melakukan perbuatan melawan hukum sedangkan setelah dilakukan pemeriksaan alat bukti atau dalam proses pembuktian, ternyata keseluruhan alat bukti

tidak terbukti atau tidak dapat dibuktikan oleh penggugat bahwa tergugat telah melakukan perbuatan melawan hukum. Kedua, Petitum tuntutan dalam gugatan penggugat dikabulkan sebagian atau seluruhnya sebagaimana tertulis dalam petitum

gugatannya, putusan demikian akan dijatuhkan oleh hakim jika penggugat telah berhasil membuktikan dalil-dalil gugatannya. Ketiga, Petitum tuntutan dalam

gugatan penggugat dinyatakan tidak dapat diterima (*Niet ontvankelijk verklaard: n.o*), jika gugatan tidak bersandarkan hukum, yaitu apabila peristiwa-peristiwa



sebagai dasar tuntutan tidak membenarkan tuntutan.²⁸³

Bisa juga karena syarat formil tidak terpenuhi.

Pernyataan hakim terkait dengan petitem gugatan penggugat atau petitem gugatan reconvensi yang

diajukan penggugat reconvensi, yang tertuang dalam pertimbangan hukum untuk mengadili petitem gugatan

penggugat tersebut, harus menjadi acuan dan atau pedoman dalam amar putusan atau dalam hal hakim

menerapkan hukum dalam format putusan yang dapat dibagi ke dalam 5 (lima) bagian yaitu:

1. Kepala Putusan;
2. Duduk Perkara;
3. Pertimbangan hukum, yang di dalamnya terdapat tahapan yang meliputi: Mengkonstatasi (fakta-fakta hukum), Mengkualifikasi (memberi nama peristiwa), Mengkonstitusi (menetapkan hukumnya) dan Merumuskan dalam pertimbangan hukum putusan;
4. Amar putusan; dan
5. Penutup.

Dalam hasil penelitian dapat dideskripsikan penerapan aturan hukum sebagai hasil penemuan

hukum ke dalam format putusan, sebagaimana dituangkan dalam format Amar putusan di bawah ini:

²⁸³ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 150

M E N G A D I L I :

-----Menerima permohonan banding dari

Pembanding-semula Penggugat ;-----

-----Membatalkan putusan Pengadilan Negeri

Martapura tanggal 14 April 2010, Nomor

11/Pdt.G/2009/PN.Mpu, yang dimohonkan banding

tersebut ;-----

M E N G A D I L I S E N D I R I :

DALAM KONVENSI ;-----

DALAM EKSEPSI ;-----

-----Menolak eksepsi Terbanding - semula Tergugat I

Tergugat II, dan Turut Terbanding- semula Turut

Tergugat ;-----

DALAM POKOK PERKARA :-----

-----Mengabulkan gugatan Pembanding

semula- Penggugat untuk sebagian;-----

-----Menyatakan Terbanding – semula Tergugat I dan

Tergugat II telah melakukan perbuatan melawan hukum

berupa tindakan penyesatan (*dwaling*) informasi



kepada Turut Terbanding- semula Turut Tergugat untuk
dimuat kedalam Akta yang telah merugikan

Pembanding- semula Penggugat;-----

-----Menyatakan Akta Perjanjian/Pengikatan jual beli
tanggal 19 Pebruari 2009 Nomor 100, yang dibuat
di hadapan Turut Terbanding - semula Turut Tergugat
tidak berlaku dan tidak mengikat kedua belah pihak;-----

-----Menghukum Terbanding- semula Tergugat I dan
Tergugat II untuk mengembalikan seluruh uang muka
/tanda jadi atas pembayaran harga jual beli bidang
tanah sebesar Rp.1.350.000.000.(satu miliar tiga ratus
lima puluh juta rupiah) secara kontan dan tunai;-----

-----Menghukum Terbanding- semula Tergugat I dan
Tergugat II untuk membayar ganti kerugian kepada
Pembanding- semula Penggugat sebesar 16 % dari
Rp.1.350.000.000. (satu miliar tiga ratus lima puluh juta
rupiah) setiap tahun terhitung sejak putusan ini
didaftarkan di Kepaniteraan Pengadilan Negeri
Martapura;-----



Menolak gugatan Pembanding-semula penggugat untuk selain dan selebihnya;

DALAM REKONVENSI ;

Menolak Gugatan Penggugat Rekonsensi/ Terbanding- semula Tergugat I dan Tergugat II dalam konvensi untuk seluruhnya;

DALAM KONVENSI DAN REKONVENSI;

Menghukum Terbanding- semula Tergugat I dan Tergugat II dalam konvensi/penggugat dalam rekonsensi untuk membayar ongkos perkara di kedua tingkat peradilan yang untuk tingkat banding sebesar Rp.150.000.-

Demikian diputuskan dalam rapat permusyawaratan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin pada hari Selasa tanggal Tigapuluh satu Bulan Agustus Tahun 2010.

3.2.2.5. Hakim Menerapkan Aturan Hukum Apa Adanya

Selanjutnya tahap setelah mengkonstitusi atau memberi konstitusinya, yakni hakim menentukan



hukumnya, memberi keadilan, yakni menentukan hukum dari suatu hubungan hukum antara peristiwa hukum yang menjadi titik sengketa para pihak.

Kewenangan hakim dalam menjalankan kekuasaan kehakiman sangat strategis pasca reformasi dengan kemendiriannya semakin baik melalui putusan yang sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Fungsi utama bagi hakim adalah menegakkan hukum dan keadilan. Terkait dengan penegakan hukum dalam hal hakim memeriksa dan mengadili perkara yang dimajukan kepadanya haruslah mendasarkan putusannya pada undang-undang yang sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat.

Hakim tidak selamanya melakukan penemuan hukum tapi dalam peristiwa-peristiwa hukum kongkret tertentu adakalanya hakim justru harus menerapkan hukum dalam arti undang-undang telah mengatur secara jelas dan lengkap.

Dalam hal hakim menerapkan hukum tetap juga diawali dengan mengkonstataasi, yaitu tahap para pihak membuktikan dalil-dalil gugatannya atau dalil-dalil jawabannya hakim menilai dengan alat-alat bukti yang sah dengan menerapkan berbagai prinsip yang telah ditentukan dalam undang-undang, kemudian hasil



penilaian dari mengkonstatasi dirumuskan dalam fakta-fakta hukum perkara yang sedang diperiksa dan diadilinya tersebut. Berikutnya tahap mengkualifikasi dengan mengelompokkan, mengklasifikasi dan memberi nama peristiwa hukum yang terbukti dengan nama yang telah dicantumkan dalam peraturan perundang-undangan, mencari dan mengambil ketentuan undang-undang tersebut untuk diterapkan ke dalam peristiwa kongkret untuk dijadikan sebagai alasan dan dasar hukum putusnya. Hal ini sesuai dengan pola pikir aliran silogisme. Di sini hakim dengan penggunaan hukum-hukum logika (silogisme) sebagai dasar utamanya dan memperluas undang-undang berdasarkan rasio sesuai dengan perkembangan teori hukum berupa sistem pengertian-pengertian hukum (konsep-konsep yuridis) sebagai tujuan – bukan sebagai sarana, sehingga hakim dapat mewujudkan kepastian hukum.²⁸⁴

Patut diketahui bahwa terdapat perspektif lain yang masih kaku dalam penerapan hukum oleh hakim melalui tahap persidangan selain penemuan hukum oleh hakim dan penciptaan hukum oleh hakim, perspektif tersebut yaitu hakim menerapkan hukum apa adanya.

Makna tersirat dalam konteks hakim menerapkan hukum apa adanya adalah menempatkan hakim semat-

²⁸⁴ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 42-46



mata "menempelkan" atau "memberikan tempat" suatu peristiwa hukum dengan ketentuan-ketentuan yang ada, dengan kata lain setelah hakim menemukan fakta, maka hakim mencarikan undang-undangnya untuk menyelesaikan peristiwa kongkret kemudian memutuskannya sebagaimana adanya dan fakta hukumnya, dalam hal menerapkan hukum dalam peristiwa kongkret ini hakim sudah termasuk melakukan penemuan hukum. Memang tidak dapat dipungkiri ternyata perbedaan pendapat dari para ahli hukum masih asaja terjadi dalam hal ini, karena sebagian berpendapat dalam hal demikian hakim belum melakukan penemuan hukum tapi hanya menerapkan aturan hukum undang-undang kedalam peristiwa kongkretnya karan dalam hal ini hakim tidak mandiri, tapi hanya menjalankan undang-undang.

Namun demikian, hakim dalam hal menerapkan hukum apa adanya seperti penjahit yang semata-mata melekatkan dengan jahitan bagian-bagian dari kain yang sudah dipotong sesuai dengan tempatnya masing-masing. Tidak ada kreasi, karena kreasi ada pada perancang. Dalam hal ketentuan hukum, kreasi sepenuhnya ada pada pembentuk undang-undang atau pembentuk peraturan perundang-undangan. Kalau ada ketidakcocokan antara peristiwa hukum dengan



ketentuan yang ada, hakim tidak dibenarkan untuk melakukan rekayasa, bahkan pada suatu saat berkembang teori kalau hakim tidak menemukan ketentuan yang cocok dengan peraturan yang ada hakim harus minta pendapat pembentuk undang-undang atau pembentuk peraturan, perundang-undangan, keadaan seperti ini akan menimbulkan kesulitan karena hakim dilarang menolak memeriksa dan memutus perkara dengan alasan tidak ada hukum atau hukum kurang jelas.²⁸⁵

Menerapkan hukum apa adanya dalam konteks penegakan hukum dapat dimaknai sebagai bentuk yang menekankan pada keadilan prosedural, dimana hakim masih menekankan pada aspek regularitas dan penerapan formalitas legal semata. Keadilan substantif sebagai sumber keadilan prosedural masih bersifat parsial dan belum menjangkau seutuhnya ide-ide dan realitas yang seharusnya menjadi bagian intrinsik dari konsep penegakan keadilan, akibatnya penegakan hukum menjadi kurang atau bahkan tidak mampu menyelesaikan ini persoalan sebenarnya. Keadaan seperti ini menjadikan suara orang atau masyarakat tertindas sebagai subjek yang sangat memerlukan keadilan, bahkan nyaris terabaikan sama sekali.

²⁸⁵ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 168.



Realitas semacam ini menjadikan penegakan keadilan perspektif hakim menerapkan hukum apa adanya dapat mencerminkan hakim yang kurang bertanggungjawab, dan mengakibatkan terjadinya ketidak pastian hukum. Para pencari keadilan (*justiciabellen*) tentu sangat mendambakan perkara-perkara yang diajukan ke pengadilan dapat diputus oleh hakim yang profesional dan memiliki integritas moral yang tinggi. Sehingga dapat melahirkan putusan-putusan yang tidak saja mengandung aspek prosedural belaka, tetapi juga berdimensi *legal justice*, *moral justice* dan *social justice*. Karena keadilan itulah yang menjadi tujuan utama yang hendak dicapai dari proses penyelesaian sengketa di pengadilan. Tidak terpenuhinya nilai keadilan terutama keadilan masyarakat (*social justice*), bisa dikatakan bahwa hakim tidak sungguh-sungguh menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat dengan alasan terikat dengan aturan formal yang sebenarnya kaku bahkan dalam beberapa hal justru melenceng.

Putusan hakim yang langsung menerapkan undang-undang yang ada ke dalam peristiwa kongkret dari perkara yang sedang diperiksa dan diadilinya dapat dijelaskan dalam putusan Pengadilan Tinggi Surabaya No. 546/PDT/2006/PT.SBY, tanggal 15 Maret 2007.



Pada tahap Konstituir, yaitu mencari menemukan menjelaskan aturan hukum dalam persoalan hukum perkara tersebut menyatakan;

Menimbang bahwa, berdasarkan fakta-fakta hukum dalam perkara ini adalah mengenai sah atau tidaknya perkawinan antara Yulianto dengan Mimi, ternyata bahwa perkawinan *a quo* hanya dilangsungkan secara adat cina tidak dilakukan berdasarkan agama mereka dan juga tidak dicatatkan adalah bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2), yang pada pokoknya menyatakan perkawinan sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya serta dicatatkan, kenyataannya perkawinan tersebut dilakukan tidak sesuai atau tidak memenuhi ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, maka untuk kepastian hukum perkawinan tersebut adalah tidak sah.

Menimbang, bahwa oleh karena perkawinan dinyatakan tidak sah maka Penggugat Miami bukanlah istri yang sah, sehingga tidak berhak atas harta peninggalan almarhum Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen.

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan tersebut maka putusan Pengadilan tingkat pertama harus



dibatalkan dan gugatan penggugat Mimi alias Tjia Mie Joeng harus ditolak untuk seluruhnya.

Pertimbangan-pertimbangan hakim Pengadilan Tinggi Surabaya tersebut dapat dikaji dan dianalisa seputar pola pikir dari hakim yang menjatuhkan putusan dan atau menerapkan aturan hukum apa adanya tersebut. Hakim Pengadilan Tinggi Surabaya dalam menerapkan undang-undang *a quo* sebagai alasan dan dasar hukum putusannya berpikir secara positif legalistik semata mata untuk kepastian hukum, tanpa menghubungkan ketentuan atau peraturan tersebut dengan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat sebagaimana diperintahkan dalam Pasal 5 Undang-Undang No 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Oleh karena itu, menegakkan keadilan bukanlah sekedar menjalankan prosedur formal dalam peraturan hukum yang berlaku di suatu masyarakat, sebagai suatu proses atau tahapan yang bertanggungjawab dan sampai pada putusan hakim yang baik maka salah satu aspek terpenting adalah dengan menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, yang akan dipaparkan pada pembahasan selanjutnya.



3.2.3. Kewajiban Hakim Untuk Menggali, Mengikuti dan Memahami Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan yang Hidup dalam Masyarakat

Bagi seorang hakim memiliki keharusan dalam melaksanakan peran dan tugasnya dalam mengadili perkara atas peristiwa kongkret yang terjadi yaitu harus menyesuaikan Undang-undang dengan fakta kongkret dan menamban Undang-undang apabila perlu, dengan cara menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dalam kondisi tertentu, maka hakim harus membuat undang-undang yang khusus diberlakukan terhadap para pihak yang berperkara dan atau warga masyarakat guna memeriksa dan mengadili peristiwa kongkret yang terjadi.

Hakim membuat undang-undang karena undang-undang tertinggal dari perkembangan masyarakat. Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan yang juga berfungsi sebagai penemu yang dapat menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang bukan hukum. Seolah-olah hakim berkedudukan sebagai pemegang kekuasaan legislatif yaitu badan pembentuk perundang-undangan.

Pasal 21 AB menyatakan bahwa hakim tidak dapat memberi keputusan yang akan berlaku sebagai peraturan umum. Sebenarnya hukum yang dihasilkan hakim tidak sama dengan produk legislatif. Hukum yang dihasilkan hakim tidak diundangkan dalam Lembaran Negara; Keputusan hakim tidak berlaku bagi masyarakat umum melainkan hanya berlaku bagi pihak-pihak yang berperkara. Sesuai



Pasal 1917 (2) KUHPerdara yang menentukan "bahwa kekuasaan keputusan hakim hanya berlaku tentang hal-hal yang diputuskan dalam keputusan tersebut". Akan tetapi para ahli hukum mengetahui bahwa Undang-undang tidak akan pernah lengkap. Disitulah letak peran Hakim untuk menyesuaikan peraturan undang-undang dengan kenyataan yang berlaku dalam masyarakat agar dapat mengambil keputusan hukum yang sungguh-sungguh adil sesuai tujuan hukum.

Hakim harus mencari dan menemukan hukum sebagai kegiatan utama dalam melaksanakan Undang-undang apabila terjadi peristiwa kongkret. Undang-undang sebagai kaedah umumnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia. Oleh sebab itu harus dilaksanakan/ditegakkan. Agar dapat memenuhi azas bahwa setiap orang dianggap tahu akan undang-undang maka undang-undang harus disebar luaskan dan harus jelas. Kalaupun undang-undang itu jelas tidak mungkin lengkap dan tuntas, tidak mungkin undang-undang mengatur segala kehidupan manusia secara lengkap dan tuntas karena kegiatan manusia sangat banyaknya. Selain itu undang-undang sebagai hasil karya manusia yang sangat terbatas kemampuannya. Setiap peraturan hukum itu bersifat abstrak dan pasif. Abstrak karena sangat umum sifatnya dan pasif karena tidak akan menimbulkan akibat hukum apabila tidak terjadi peristiwa kongkret.

Peristiwa hukum yang abstrak memerlukan rangsangan agar dapat aktif, agar dapat diterapkan kepada peristiwanya.



Interpretasi (penafsiran) adalah salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan mengenai teks undang-undang agar ruang lingkup kaedah tersebut diterapkan kepada peristiwanya. Carl Von Savigny memberi batasan tentang penafsiran yaitu rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam undang-undang. Ini bukan metode penafsiran yang dapat dipergunakan semuanya tetapi pelbagai kegiatan yang semuanya harus dilaksanakan bersamaan untuk mencapai tujuan yaitu penafsiran undang-undang yang memerlukan penafsiran ialah terutama perjanjian dan Undang-undang. Dalam hal bunyi atau kata-kata dalam perjanjian itu cukup jelas kiranya tidak perlu dijelaskan. Bahwa penjelasan itu tidak boleh ditafsirkan menyimpang dari bunyi (isi) perjanjian, azas ini disebut "*Sens Clair*" tercantum dalam Pasal 1342 KUHPerdara yang berbunyi "Apabila kata-kata dalam perjanjian itu tegas maka tidak dibenarkan untuk menyimpang dari padanya dengan jalan penafsiran". Adapun cara penafsiran ditentukan oleh: materi peraturan perundang-undangan yang bersangkutan; Tempat dimana perkara tersebut timbul yaitu memperhatikan kebiasaan setempat dan waktu yaitu berlaku tidaknya peraturan hukum tersebut.

Hal tersebut menegaskan bahwa dalam melaksanakan peran dan tugas untuk mengadili perkara perdata yang dihadapkan kepadanya sesuai dengan peristiwa kongkret yang terjadi, maka langkah awal hakim mencari dan mengidentifikasi serta berusaha menemukan hukumnya yang sesuai dengan peristiwa kongkret,



apabila telah ditemukan norma hukum yang berlaku atau hukum positif dan cocok diterapkan terhadap peristiwa kongkret maka ketentuan tersebut langsung diterapkan dengan memperhatikan tempat dan waktu terjadinya peristiwa kongkret, yaitu dengan menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan khususnya bagi para pihak yang berperkara, dan secara umum bagi masyarakat pada tempat dan waktu terjadinya peristiwa kongkret tersebut.

3.2.3.1. Kewajiban Hakim Untuk Menggali, Mengikuti dan Memahami Nilai-Nilai Hukum

Tugas pokok hakim adalah menerima, memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya. Yang dimaksud menerima di sini, bukanlah hakim yang mencari-cari perkara dan yang dimaksud dengan memeriksa adalah memeriksa fakta atau peristiwa kejadian yang tentu saja fakta atau kejadian tersebut harus didukung dengan bukti-bukti yang kuat dan sempurna.

Menerima dan memeriksa, dua sisi yang berbeda dan keduanya memiliki asas yang berbeda pula. Ketika hakim dinyatakan menerima maka ia harus pasif dan menunggu masuknya perkara di pengadilan, akan tetapi ketika hakim dinyatakan memeriksa perkara itu, maka hakim mulai melakukan pemeriksaan dari awal sampai



putusnya perkara bahkan sampai pada penyelesaian perkara tersebut.

Makna 'mengadili menurut hukum' mengandung maksud sebagai salah satu asas yang harus diterapkan dalam menyelenggarakan peradilan. Namun dalam penerapan asas ini, apabila tidak tepat dapat menimbulkan kecaman dari masyarakat di bidang administrasi negara, penerapan asas memutus menurut hukum dapat dikendorkan melalui atau dengan menggunakan asas "doelmatigheid" (asas manfaat). Demi suatu manfaat yang lebih besar atau karena suatu keterpaksaan (*a necessary of compelling end*), asas memutus menurut hukum (*rechtratigheid*) dapat dikendorkan, bahkan tidak diterapkan. Tidak demikian dalam proses peradilan. Hakim wajib mengadili menurut hukum. Suatu peradilan yang dilakukan tidak menurut hukum adalah batal demi hukum (*null and void, van rechtswege nietig*).²⁸⁶

Dengan demikian, dalam pelaksanaan tugas hakim, terdapat paradigma yang bersifat limitatif dalam pengambilan putusan yang harus didasarkan pada aturan hukum yang berlaku. Di mana paradigma ini memang telah berkembang sebagai suatu keharusan bagi pengadilan melalui hakim yang bertugas dalam pengambilan putusan untuk mendasarkan pada pemahaman terhadap hukum

²⁸⁶ *Ibid*, hlm. 1.



yang berlaku (aktual), "*the Receive View thus understands the trial as the institutional device for the actualization of the Rule of Law*".²⁸⁷

Dalam proses penegakkan hukum sebagian besar orang menghendaki agar hakim dapat membumikan hal-hal yang selama ini pada tataran filsafat dan teori hukum, menjadi sesuatu yang kongkret dalam wujud putusan yang mampu mencerminkan rasa keadilan. Hakim apabila perlu dapat mengesampingkan atau meninggalkan aturan hukum (norma hukum), demi tegaknya rasa keadilan masyarakat. Tetapi ada pula kecaman lain terhadap hakim. Hakim didakwa menjadi sumber ketidakpastian hukum, antara lain karena tidak ada konsistensi dalam penerapan hukum. Kepastian hukum antara lain adalah kepastian yang berdasar pada aturan (norma hukum), lagi-lagi penerapan hukum dihadapkan pada hal-hal yang pada tingkatan tertentu dapat bertentangan satu sama lain.

Disamping itu, asas mengadili menurut hukum, seringkali dipersoalkan oleh masyarakat pencari keadilan, karena asas mengadili menurut hukum sekaligus memuat aspek aspek substantif (hukum materiil) dan prosedural (hukum formil atau hukum acara), yang sudah dirumuskan dalam bunyi Pasal-Pasal dalam undang-undang.

²⁸⁷ Robert P. Burn, *A Theory of the Trial*. Princeton, (New Jersey: Princeton University Press, 1999), p. 23.



Radbruch mengatakan bahwa hukum itu harus memenuhi berbagai karya disebut sebagai nilai dasar dari hukum. Nilai dasar hukum tersebut adalah: keadilan, kegunaan dan kepastian hukum.²⁸⁸ Sekalipun ketiganya itu merupakan nilai dasar dari hukum, namun di antara mereka terdapat suatu *spannungsverhältnis* (ketegangan), oleh karena di antara ketiga nilai dasar hukum tersebut masing-masing mempunyai tuntutan yang berbeda satu sama lainnya, sehingga ketiganya mempunyai potensi untuk saling bertentangan.

Seandainya kita lebih cenderung berpegang pada nilai kepastian hukum atau dari sudut peraturannya, maka sebagai nilai ia segera menggeser nilai-nilai keadilan dan kegunaan karena yang penting pada nilai kepastian itu adalah peraturan itu sendiri. Tentang apakah peraturan itu telah memenuhi rasa keadilan dan berguna bagi masyarakat adalah di luar pengutamaan nilai kepastian hukum. Begitu juga jika kita lebih cenderung berpegang kepada nilai kegunaan saja, maka sebagai nilai ia akan menggeser nilai kepastian hukum maupun nilai keadilan, karena yang penting bagi nilai kegunaan adalah kenyataan apakah hukum tersebut bermanfaat atau berguna bagi masyarakat. Demikian juga halnya jika kita hanya berpegang pada nilai keadilan saja, maka sebagai nilai ia

²⁸⁸ Satjipto Rahardjo, "Ilmu Hukum", (Bandung: Alumni, 1986), hlm. 21.



akan menggeser nilai kepastian dan kegunaan, karena nilai keadilan tersebut tidak terikat kepada kepastian hukum ataupun nilai kegunaan, disebabkan oleh karena sesuatu yang dirasakan adil belum tentu sesuai dengan nilai kegunaan dan kepastian hukum.²⁸⁹ Dengan demikian kita harus dapat membuat kesebandingan di antara ketiga nilai itu atau dapat mengusahakan adanya kompromi secara proporsional serasi, seimbang dan selaras antara ketiga nilai tersebut.

Keabsahan berlakunya hukum dari segi peraturannya barulah merupakan satu segi, bukan merupakan satu-satunya penilaian, tetapi lebih dari itu sesuai dengan potensi ketiga nilai-nilai dasar yang saling bertentangan. Apa yang sudah dinilai sah atas dasar persyaratan yang harus dipenuhi oleh suatu peraturannya, bisa saja dinilai tidak sah dari kegunaan atau manfaat bagi masyarakat.

Dalam menyesuaikan peraturan hukum dengan peristiwa kongkret atau kenyataan yang berlaku dalam masyarakat (*Werkelijkheid*), bukanlah merupakan hal yang mudah, karena hal ini melibatkan ketiga nilai dari hukum itu. Oleh karena itu dalam praktek tidak selalu mudah untuk mengusahakan kesebandingan antara ketiga nilai tersebut. Keadaan yang demikian ini akan memberikan

²⁸⁹ *Ibid.*



pengaruh tersendiri terhadap efektivitas bekerjanya peraturan hukum dalam masyarakat.

Dalam makna yang terbatas, asas menurut hukum sebagai perwujudan dari asas legalitas sebagai salah satu unsur pokok paham negara berdasarkan atas hukum. Hukum dalam asas legalitas yang mengandung makna, bahwa setiap putusan hakim, harus didasarkan pada ketentuan hukum yang sudah ada (yang berlaku).

Keharusan adanya hukum sebagai dasar memutus dimaksudkan untuk mencegah hakim atau pejabat pemutus lainnya berlaku sewenang-wenang yaitu memutus menurut kehendak sendiri yang pada gilirannya akan menimbulkan ketidakpastian hukum. Jadi asas ini berhubungan dengan paham kodifikasi. Berkembang teori bahwa hukum hanyalah hukum tertulis. Bahkan lebih sempit, hukum tidak lain dari pada undang-undang. Hukum tertulis sekarang sudah menjadi pedoman bagi hukum perundang-undangan.²⁹⁰ Hakim dipandang hanyalah sebagai mulut atau corong undang-undang".

Hukum dimaknai dalam pengertian normatif.

Sebagian besar orang menghendaki agar hakim dapat membumikan hal-hal yang selama ini pada tataran filsafat dan teori hukum, menjadi sesuatu yang kongkret dalam wujud putusan yang mampu mencerminkan rasa

²⁹⁰ *Ibid*, hlm. 71.



keadilan. Hakim apabila perlu dapat mengesampingkan atau meninggalkan aturan hukum (norma hukum), demi tegaknya rasa keadilan masyarakat, yang tentu saja hakim harus menggunakan metode konstruksi hukum dengan beberapa macam bentuk penafsiran antara lain penafsiran *a contrario* atau penafsiran analogis atau mungkin penafsiran ekstensif, tetapi ada pula kecaman lain terhadap hakim. Hakim didakwa menjadi sumber ketidakpastian hukum, antara lain karena tidak ada konsistensi dalam penerapan hukum. Kepastian hukum antara lain adalah kepastian yang berdasar pada aturan (norma hukum), lagi-lagi penerapan hukum dihadapkan pada hal-hal yang pada tingkatan tertentu dapat bertentangan satu sama lain.

Tuntutan keadilan pada tingkat tertentu dapat bertentangan dengan tuntutan kepastian hukum dan mungkin pula dapat bertentangan dengan kemanfaatan hukum. Walaupun demikian perlu disadari oleh hakim meskipun tiga aspek yang dalam tingkat tertentu dapat bertentangan satu sama lain tersebut, sama-sama mengandung kebenaran. Hakim harus mampu mengartikan kepastian hukum sebagai kepastian yang adil dan keadilan tidak lain dari keadilan yang berkepastian. Demikian pula kepastian hukum sebagai kepastian yang



bermanfaat dan kemanfaatan tidak lain dari kemanfaatan yang berkepastian dengan berkeadilan.

Perkataan "hukum dalam" asas memutus menurut hukum, diartikan sangat luas, yaitu baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Dalam suatu hubungan khusus tertentu, hukum diartikan lebih luas dari hukum tertulis dan tidak tertulis, seperti hukum yang lahir dari suatu perjanjian (sebagai undang-undang bagi pihak-pihak). Bahkan lebih luas lagi yaitu keharusan memperhatikan kepatutan (BW. Pasal 1339), kesusilaan dan ketertiban umum (BW. Pasal 1337).

Asas mengadili menurut hukum adalah perwujudan asas legalitas sebagai salah satu unsur pokok paham negara berdasarkan atas hukum. Asas legalitas mengandung makna, bahwa setiap putusan hakim, harus didasarkan pada ketentuan hukum yang sudah ada (yang berlaku). Pengertian hukum yang sudah ada meliputi baik hukum materiil (substantif) maupun hukum formal (prosedural). Keharusan adanya hukum sebagai dasar memutus dimaksudkan untuk mencegah hakim atau pejabat pemutus lainnya berlaku sewenang-wenang yaitu memutus menurut kehendak sendiri yang pada gilirannya akan menimbulkan ketidakpastian hukum.

Paham normatif mengenai hukum tidak boleh dilaksanakan dengan paham "legisme" yang membatasi



hukum dalam bentuk undang-undang atau kalau diakui undang-undang. Bagaimana dengan pandangan sosiologis tentang hukum? Menurut pandangan ini, hukum bukan sekedar gejala normatif tetapi sebagai gejala sosial. Hukum sebagai fenomena sosial merupakan hukum yang sebenarnya. Sedangkan hukum dalam arti normatif, terutama dalam bentuk peraturan perundang-undangan dapat dikatakan sekedar bayang-bayang dari hukum yang sesungguhnya.

Sementara, pandangan sosiologis tentang hukum dapat dipertalikan dengan aliran hukum kesejarahan (*Historische School*) yang dipelopori oleh Von Savigny. Baik paham sosiologis maupun paham kesejarahan, sama-sama berpangkal tolak dari hukum sebagai gejala sosial. Perbedaannya, aliran kesejarahan bersifat "*metafisis*" karena yang dijadikan asal hukum adalah "kesadaran hukum masyarakat (*sociale rechtsbewastzijn*). Kesadaran bersifat rohaniah atau batin. Hukum menurut aliran kesejarahan adalah sesuatu yang tumbuh, bukan sesuatu yang dibuat. Hukum tumbuh dan berkembang mengikuti pertumbuhan dan perkembangan masyarakat. Berbeda dengan kaum sosiologis yang mengartikan hukum sebagai sesuatu yang nyata ada dalam kegiatan sehari-hari masyarakat. Hukum menurut paham sosiologis bersifat empirik. Hukum dapat dilihat secara kongkret, misalnya



dalam kegiatan pelaksanaan akad nikah, di sana telah lahir kesepakatan-kesepakatan antara seorang calon suami dan calon istri dan di sana telah lahir pula hubungan hukum dalam bentuk hak dan kewajiban. Dalam bentuk yang ekstrim, pengertian hukum yang secara sosiologis hidup itu tidak selalu hukum yang diharapkan atau hukum yang baik. Misalnya kenyataan masyarakat yang menjalankan perkawinan secara sirri atau perkawinan yang dilakukan di bawah tangan. Apakah hukum semacam itu harus diteruskan semata-mata karena dipandang sebagai "*The living law*", pandangan sosiologis tentang hukum mengandung "*contradiction in terminis*", karena kemungkinan hukum yang hidup secara sosiologis adalah hukum yang telah usang dan harus diperbaharui. Segi lain yang perlu diperhatikan adalah mencampuradukkan antara "*the living law*" dan "*hukum in concreto*". Hukum *in concreto* berkaitan dengan penerapan hukum *ini abstracto*. Contoh umum hukum *in concreto* adalah putusan hakim. Hukum *ini concreto* bersifat individual. Kalau menggunakan ajaran *Kelsen*, hukum *in concreto* tidak lain adalah "*individual norms*". Sebaliknya "*the living law*" adalah hukum yang berlaku umum yang hidup yang didapati dan hidup dalam pergaulan masyarakat. Jadi ada persamaan dan sekaligus perbedaan antara "*the living law*" dan "*the law in books*". Keduanya



bersifat dan berlaku secara umum. Perbedaannya "*the living law*" adalah hukum yang tetap, sedangkan "*the law in books*" mungkin hidup atau hidup dalam kenyataan. Pada saat "hukum *in books*" mungkin hidup atau tidak hidup dalam kenyataan. Pada saat "hukum *in books*" hidup dan dijalankan oleh masyarakat, maka "*the law in books*" sekaligus adalah "*the living law*". Lebih lanjut dapat dikemukakan, hukum *in concreto* meliputi hukum yang dibentuk hakim dan "*the living law*".

Ada aneka ragam pemikiran sosiologis tentang hukum mulai dari aliran yang hanya menginginkan agar penerapan hukum diberikan dengan kenyataan sosial sampai kepada yang berpandangan bahwa hukum adalah segala tingkah laku yang didapati sebagai kenyataan masyarakat. Semata-mata menggantikan hukum sebagai tingkah laku yang hidup dalam masyarakat dapat menyesatkan, karena kemungkinan hukum-hukum tersebut bertentangan dengan tuntutan dengan kondisi masyarakat baru, sehingga diperlukan pembaharuan.

Dengan demikian, hukum dalam pengadilan menurut hukum harus diartikan lebih luas melebihi pengertian hukum tertulis dan tidak tertulis. Hukum dalam kasus atau keadaan tertentu meliputi pengertian-pengertian yang mengikat pihak-pihak, kesusilaan yang baik dan ketertiban umum. Hukum yang hidup dalam masyarakat adalah



hukum yang dipertimbangkan dalam putusan hakim, tetapi tidak selalu harus diikuti karena kemungkinan "*the living law*" justru harus dikesampingkan karena tidak sesuai dengan tuntutan sosial baru. Selanjutnya sesuai dengan kondisi hukum yang berlaku, hakim wajib mengutamakan penerapan hukum tertulis, kecuali kalau akan menimbulkan ketidakadilan, bertentangan dengan kesilaan dan ketertiban umum serta asas-asas hukum.

Hakim itu bukanlah mulut dan corong undang-undang, melainkan mulut atau corong keadilan.

3.2.3.2. Kewajiban Hakim Untuk Menggali, Mengikuti dan Memahami Rasa Keadilan yang Hidup dalam Masyarakat

Tugas dan kewajiban untuk mencari dan menemukan hukum objektif untuk diterapkan pada peristiwa kongkret yang dihadapkan kepada hakim, maka secara tidak langsung hakim sebelum menjatuhkan putusan harus menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, namun hal ini bukan sesuatu yang mudah dipahami, apalagi dalam praktek. Karena betapa banyak kasus yang dihadapi oleh hakim tetapi ia tidak mampu dan tidak dapat mengerti dan memahami bahwa kasus tersebut sudah merupakan sesuatu yang harus dikaji



secara mendalam sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Dari sudut pandang teori atau filsafat hukum, nilai hukum dan rasa keadilan bukan saja aneka ragam tapi

dapat bertentangan satu sama lain. Misalnya nilai kepastian hukum yang menuntut keseragaman dapat

bertentangan dengan rasa keadilan yang menuntut ketidakseragaman karena perbedaan status atau peran

sosial pencari keadilan dan lain-lain. Sebagai contoh, suami istri memiliki harta bersama selama mereka terikat dalam

perkawinan. Menurut nilai kepastian sesuai aturan (norma), yang telah diatur di dalam aturan perundang-

undangan, harta bersama tersebut harus dibagi dua artinya suami mendapatkan $\frac{1}{2}$ (seperdua) bagian dan $\frac{1}{2}$

(seperdua) lagi merupakan bagian istri. Akan tetapi nilai keadilan akan berkata lain bahwa apakah itu adil? Karena

sesuai fakta di persidangan, istri lebih memiliki peran ganda dalam mengumpulkan harta benda dalam

perkawinan daripada suami. Sebagai misal istri ikut menjahit baju dan celana. Lalu ia ikut turut serta

memasarkan (menjual) di pasar, sementara suami hanya ikut menemani istri menjual barang-barang tersebut. Di

sini hakim diperlukan kearifan dan kebijaksanaannya dalam menerapkan hukum dalam peristiwa tersebut.



Terdapat beberapa prinsip yang tertuang di dalam Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan

Kehakiman yang harus diperhatikan oleh hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya. Prinsip-prinsip tersebut, yaitu:

- Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.

- Peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.

- Peradilan dilakukan "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA".

- Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan.

- Segala campur tangan dalam urusan peradilan oleh pihak lain di luar kekuasaan kehakiman dilarang, kecuali dalam hal-hal sebagaimana disebut dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

- Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang.

- Pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat



tercapainya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan.

- Tidak seorang pun dapat dihadapkan di depan pengadilan selain daripada yang ditentukan oleh undang-undang.

- 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.

- Semua pengadilan memeriksa, mengadili, dan memutus dengan sekurang-kurangnya 3 (tiga) orang hakim, kecuali undang-undang menentukan lain.

- Pengadilan memeriksa, mengadili, dan memutus perkara pidana dengan hadirnya terdakwa, kecuali undang-undang menentukan lain. Dalam hal tidak hadirnya terdakwa sedangkan pemeriksaan dinyatakan telah selesai, putusan dapat diucapkan tanpa dihadiri terdakwa.

- Sidang pemeriksaan pengadilan adalah terbuka untuk umum, kecuali undang-undang menentukan lain.

- Semua putusan pengadilan hanya sah dan mempunyai kekuatan hukum bila diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum.



- Terhadap putusan pengadilan tingkat pertama dapat dimintakan banding kepada pengadilan tinggi oleh pihak-pihak yang bersangkutan, kecuali undang-undang menentukan lain.

- Terhadap putusan pengadilan dalam tingkat banding dapat dimintakan kasasi kepada Mahkamah Agung oleh pihak-pihak yang bersangkutan, kecuali undang-undang menentukan lain.

- Terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, pihak-pihak yang bersangkutan dapat mengajukan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung, apabila terdapat hal atau keadaan tertentu yang ditentukan dalam undang-undang.

Terhadap putusan peninjauan kembali tidak dapat dilakukan peninjauan kembali.

- Segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan tersebut, memuat pula Pasal tertentu dan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.

- Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

- Pihak yang diadili mempunyai hak ingkar terhadap hakim yang mengadili perkaranya. Hak ingkar adalah



hak seseorang yang diadili untuk mengajukan keberatan yang disertai dengan alasan terhadap seorang hakim yang mengadili perkaranya.

- Seorang hakim wajib mengundurkan diri dari persidangan apabila terikat hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai derajat ketiga, atau hubungan suami atau istri meskipun telah bercerai, dengan ketua, salah seorang hakim anggota, jaksa, advokat, atau panitera.

- Ketua majelis hakim, anggota, jaksa atau panitera wajib mengundurkan diri dari persidangan apabila terikat hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai derajat ketiga, atau hubungan suami atau istri meskipun telah bercerai dengan pihak yang diadili atau advokat.

- Seorang hakim atau panitera wajib mengundurkan diri dari persidangan apabila ia mempunyai kepentingan langsung atau tidak langsung dengan perkara yang sedang diperiksa, baik atas kehendaknya sendiri maupun atas permintaan pihak yang berperkara.

Oleh sebab itu nilai hukum mengenai bagaimana semestinya peranan hukum dalam masyarakat, nilai baik dan buruk dan lain sebagainya sangat bergantung pada cara pandang mengenai hukum dan aliran hukum yang dianut. Salah satu indikator pelaksanaan kewajiban hakim



memperhatikan nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat adalah upaya membuat putusan yang mampu memberi kepuasan kepada para pencari keadilan. Namun kepuasan tersebut tidak boleh mengorbankan kewajiban mengadili menurut hukum dan kepastian hukum.

Bahwa keadilan merupakan salah satu tujuan dari hukum selain dari kepastian hukum itu sendiri dan juga kemanfaatan hukum. Sedangkan makna keadilan itu sendiri masih menjadi perdebatan. Namun keadilan itu terkait dengan pendistribusian yang merata antara hak dan kewajiban.²⁹¹ Demikian sentral dan dominan kedudukan dan peranan dari nilai keadilan bagi hukum, sehingga keadilan dinyatakan sebagai "*rechct ist wille zur gerechtigkeit*" (hukum adalah kehendak demi untuk keadilan).²⁹² Sedangkan Soejono K.S mendefinisikan Keadilan adalah keseimbangan batiniah dan lahiriah yang memberikan kemungkinan dan perlindungan atas kehadiran dan perkembangan kebenaran yang beriklim toleransi dan kebebasan.²⁹³

Penegakan hukum oleh Hakim pada hakekatnya adalah pelaksanaan atau pengamalan hukum yang menurut Soejono K.S. termasuk obyek telaah filsafat

²⁹¹ Theo Huijbers OSC, "*Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*", (Yogyakarta: Kanisius, 1982), hlm. 10.

²⁹² Soeyono Koesoemo Sisworo, "*Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*", (Semarang: Universitas Diponegoro). Hlm. 8.

²⁹³ *Ibid*, hlm. 55.



hukum. Dalam melaksanakan tugas menerapkan hukum yang dilandasi dengan penafsiran hukum secara filsafati itulah dinamakan Hakim telah melakukan penemuan hukum. Jadi penemuan hukum itu adalah salah satu wujud dari penegakan hukum oleh Hakim.

Dari sudut pandang mengadili menurut hukum, upaya menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dilakukan pertama-tama dengan menemukan hukum (*rechtsvinding*). Apabila dipandang perlu hakim menciptakan hukum. Menemukan hukum bertolak dari asumsi hukumnya sudah ada, sedangkan menciptakan hukum bertolak dari asumsi hukumnya belum ada. Tetapi keduanya memiliki peran yang sama yaitu menemukan hukum sebagai dasar untuk memutus. Agar dipenuhi syarat mengadili atau memutus menurut hukum.

Dalam berbagai kepustakaan menemukan hukum terutama dikaitkan dengan metode penafsiran, konstruksi hukum dalam penghalusan hukum. Secara lebih luas menemukan hukum termasuk pekerjaan yang semata-mata melekatkan kaidah hukum pada suatu peristiwa hukum (*triloring*), sedangkan membentuk hukum (*rechtschepping*) pekerjaan yang harus dilakukan dengan berbagai jenis penafsiran atau interpretasi pada suatu peristiwa hukum.

Apakah hakim itu menemukan hukum atau membentuk hukum ataukah menciptakan hukum, sebaiknya hakim



lebih awal berada dalam tataran norma hukum karena hakim memiliki peran sebagai pelaksana hukum. Berbeda dengan pihak legislatif dan eksekutif, kedua lembaga ini dalam tatanan kenegaraan keduanya adalah pembentuk undang-undang (boleh dibaca hukum).

Dari uraian di atas dapat dipahami bahwa hakim dalam memutus perkara selalu dihadapkan pada persoalan keadilan, artinya Hakim selalu dituntut berlaku adil dalam memutuskan suatu perkara yang dihadapinya. Persoalan yang dihadapi hakim untuk menuju suatu keadilan adalah menghadapi suatu kasus yang dilatar belakangi oleh perbedaan latar belakang, motivasi terjadinya suatu kasus dan lain-lain sekalipun persoalan hukum dari beberapa kasus yang sama. Oleh karena itu untuk menuju suatu keadilan tersebut diperlukan standar norma hukum sebagai patokan bagi para hakim dalam memutus perkara.

3.2.3.3. Putusan Hakim yang Mencerminkan Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan yang Hidup dalam Masyarakat

Berdasarkan Keputusan Mahkamah Agung No. 015/INS/VI/1998 tanggal 1 Juni 1998 menginstruksikan agar para hakim memantapkan profesionalisme dalam mewujudkan peradilan yang berkualitas, dengan menghasilkan putusan hakim yang *eksekutabel*, berisikan



ethos (integritas), *pathos* (pertimbangan yuridis yang utama), *filosofis* (berintikan rasa keadilan dan kebenaran), *sosiologis* (sesuai dengan tata nilai budaya yang berlaku dalam masyarakat), serta *logos* (dapat diterima akal sehat) demi terciptanya kemandirian para penyelenggara kekuasaan kehakiman.

Keputusan Mahkamah Agung tersebut merupakan dasar hakim untuk membuat putusan. Dalam tataran ideal, untuk mewujudkan putusan hakim yang memenuhi harapan pencari keadilan, yang mencerminkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat, ada beberapa unsur yang harus dipenuhi dengan baik. Gustav Radbruch mengemukakan idealnya dalam suatu putusan harus memuat *idee des recht*, yang meliputi 3 unsur yaitu: keadilan (*Gerechtigkeit*), Kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), dan kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*).²⁹⁴ Ketiga unsur tersebut semestinya harus dipertimbangkan dan diakomodir oleh hakim sehingga pada gilirannya dapat dihasilkan putusan yang berkualitas dan memenuhi harapan pencari keadilan.

Kualitas dan kredibilitas seorang hakim ditentukan oleh putusan-putusan yang dibuatnya, selain itu mahkota kewibawaan hakim terletak pada putusannya dan pertimbangan hukumnya dan kewibawaan hakim akan

²⁹⁴ Gustav Radbruch sebagaimana dikutip oleh Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2004), hlm. 15



luntur dengan sendirinya jika putusan-putusannya tidak berpihak lagi kepada nilai-nilai kebenaran dan keadilan.

Sebagaimana dapat diketahui dari kepala putusan hakim berbunyi "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa" jika dicermati maka pertimbangan keadilan sesungguhnya lebih dikedepankan dalam memutus suatu perkara.

Para penganut teori hukum positif menyatakan bahwa kepastian hukum sebagai tujuan hukum. Karena ketertiban atau keteraturan tidak mungkin terwujud tanpa adanya garis-garis perilaku kehidupan yang pasti. Keteraturan hanya akan ada jika ada kepastian dan untuk adanya kepastian hukum haruslah dibuat dalam bentuk yang pasti pula (tertulis). Sedangkan menurut para penganut aliran hukum alam, tujuan hukum adalah untuk mewujudkan keadilan yang merupakan tujuan utama hukum. Karena hukum ada atau diadakan adalah untuk mengatur dan menciptakan keseimbangan atau harmonisasi kepentingan manusia.

Tujuan hukum dalam kenyataannya tidak hanya berassaskan pada keadilan dan kepastian, tetapi juga untuk mewujudkan kesejahteraan yang sebesar-besarnya bagi rakyat negara, sebagaimana diungkapkan oleh penganut aliran utilitarian dengan teori *welfare state*-nya. Karena itu, menurut Gustav Radbruch bahwa hukum itu bertumpu



pada tiga nilai dasar, yaitu kepastian, keadilan, dan kemanfaatan. Penganut aliran sosiologis selalu menempatkan hukum dari segi kemanfaatannya bagi kehidupan masyarakat. Alasannya, hukum dibuat adalah untuk mencapai kesejahteraan masyarakat. Dengan kata lain, hukum bersumber dari masyarakat dan untuk masyarakat. Oleh karena itu, setiap masyarakat mempunyai pandangan moralnya masing-masing, maka dalam konteks inilah sebenarnya hukum harus dikesampingkan ketika ia bertentangan dengan pandangan moral masyarakat yang melingkupinya.

Terciptanya masyarakat yang harmonis, adil, dan makmur merupakan salah satu wujud pengejawantahan hakim yang menjunjung tinggi asas dasar negara, dengan menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Oleh karena itu, hakim dalam memberikan putusan hukum dituntut senantiasa mensinergikan berdasarkan atas fakta hukum, norma hukum, moral hukum, dan doktrin hukum yang hidup, demi tegaknya keadilan, kepastian, dan ketertiban hukum dalam masyarakat.

Pembahasan Menarik ungkapan Taverne yang menyatakan, "berikanlah kepadaku seorang hakim yang jujur dan seorang jaksa yang cerdas, maka dengan



undang-undang yang paling buruk sekalipun, aku akan menghasilkan putusan yang adil".²⁹⁵

Oleh karena itu penulis berkesimpulan bahwa putusan hakim yang mencerminkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat adalah putusan yang mempunyai karakteristik penemuan hukum progresif dimana dalam konteks penemuan hukum bersifat visioner dan berani dalam melakukan suatu terobosan (*rule breaking*) dengan melihat perkembangan masyarakat ke depan, tetapi tetap berpedoman pada kebenaran dan keadilan serta memihak dan peka terhadap nasib dan keadaan bangsa dan negaranya, sehingga dapat membawa kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat dan juga dapat membawa bangsa dan negara keluar dari keterpurukan dan ketidak stabilan sosial. Dan diantara putusan hakim yang sesuai dengan metode penemuan hukum yang progresif menurut Ahmad Rifa'i, adalah:²⁹⁶

1. Putusan hakim tidak hanya semata-mata bersifat legalistik, yakni hanya sekedar menjadi corong undang-undang (*la bouche de la loi*) meskipun memang seharusnya hakim selalu hares legalistik karena putusannya tetap berpedoman pada peraturan perundang-undangan yang berlaku.

²⁹⁵ Muladi, *Hak Asasi Manusia, Hakekat, Konsep dan Implikasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, (Bandung: Refika Aditama, 2007), hlm. 47.

²⁹⁶ Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 137-138.



2. Putusan hakim tidak hanya sekedar memenuhi formalitas hukum atau sekedar melihat ketertiban saja, tetapi putusan hakim harus berfungsi mendorong perbaikan dalam masyarakat dan membangun harmonisasi sosial dalam pergaulan.

3. Putusan hakim yang mempunyai visi pemikiran kedepan (*visioner*), yang mempunyai keberanian moral untuk melakukan terobosan hukum (*rule breaking*), dimana dalam hal suatu ketentuan undang-undang yang ada bertentangan dengan kepentingan umum, kepatutan, peradaban, dan kemanusiaan, yakni nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, maka hakim bebas dan berwenang melakukan tindakan *contra legem*, yaitu mengambil putusan yang bertentangan dengan Pasal undang-undang yang bersangkutan, dengan tujuan untuk mencapai kebenaran dan keadilan.

4. Putusan hakim yang memihak dan peka pada nasib dan keadaan bangsa dan negaranya, yang bertujuan pada peningkatan kesejahteraan untuk memakmurkan masyarakat serta membawa bangsa dan negaranya keluar dari keterpurukan dalam segala bidang kehidupan.

Putusan hakim yang berkarakteristik progresif di atas merupakan cerminan atas ketentuan Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 Pasal 5 ayat (1) yang mewajibkan



hakim untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, yang bertujuan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Selain itu juga diharapkan dapat mendorong pada perbaikan dalam masyarakat dan membangun harmonisasi sosial dalam pergaulan antar anggota masyarakat, serta dapat digunakan sebagai sumber pembaruan hukum, perkembangan hukum dan ilmu hukum, dan dapat juga digunakan sebagai bahan kajian dalam ilmu hukum.

Secara faktual banyak putusan dihasilkan oleh para hakim, untuk dapat lebih memahami di bawah ini akan dijelaskan contoh putusan hakim yang dapat diklasifikasikan sebagai putusan hakim yang mencerminkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, yaitu: putusan Pengadilan Negeri Kabanjahe No. 2/Pdt.G/1999/PN.kbj tanggal 2 Maret 1999 yang menyatakan perkawinan antara penggugat dengan tergugat yang dilangsungkan secara adat-istiadat karol adalah sah menurut hukum.

Di daerah Tanah Karo pada umumnya, masih merupakan hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat tentang perkawinan secara adat, dimana jika perkawinan telah dilangsungkan secara adat maka perkawinan tersebut sudah sah, selain itu bila seorang



janda akan menikah lagi, maka perkawinan yang terdahulu harus terlebih dahulu putus dengan keluarga suaminya, walaupun suaminya telah meninggal dunia, maka perceraianya haruslah ada persetujuan dari keluarga yang paling dekat dari suami si janda.

Terhadap pertimbangan hukum dan amar putusan hakim Pengadilan Negeri Kabanjahe No. 2/Pdt.G/1999/PN.kbj tanggal 2 Maret 1999 dapat diperjelas

bahwa ternyata hakim Pengadilan Negeri Kabanjahe bermaksud menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, yang pada saat ini diatur dalam Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang

Kekuasaan Kehakiman yang pada intinya menyebutkan: "Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat Pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili."

Pendapat para hakim yang dituangkan dalam putusannya sebagaimana diuraikan di atas adalah sama dengan pendapat pasangan suami istri yang melangsungkan perkawinan secara Adat Karo yang menyatakan bahwa perkawinan tersebut adalah sudah sah karena sudah diakui oleh masyarakat sebagai suami istri yang sah dan juga anak-anak yang lahir dari perkawinan



tersebut dianggap masyarakat sebagai anak yang sah dari pasangan suami istri.

Pertimbangan hakim tersebut memberikan alasan-alasan dan dasar hukum putusannya yaitu undang-undang atau hukum tertulis, hakim Pengadilan Negeri Kabanjahe telah mengangkat hukum yang tidak tertulis juga sebagai alasan, dasar hukum, pertimbangan hukum putusannya dengan mengenyampingkan hukum tertulis yaitu Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang menyebutkan "Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu", apabila perkawinan adat karo tersebut dinyatakan sebagai perkawinan yang tidak sah, maka dari sisi keadilan dapat diperkirakan muncul masalah baru terutama dalam menentukan status keperdataan anak-anak yang lahir dari perkawinan tersebut dan berkaitan pula dengan harta benda yang dihasilkan dari perkawinan.

Dari sudut pandang keadilan, amar putusan hakim Pengadilan Negeri Kabanjahe di atas dapat menyelesaikan konflik sosial yang terkandung di balik perkara tersebut.

Hal ini dalam kehidupan nyata merupakan hal yang sangat penting karena pada hakikatnya mengadili adalah menyelesaikan konflik sosial dan hakim memberi solusi



pada konflik sosial yang terkandung dalam suatu perkara yang diadilinya.

Menurut pendapat penulis, terhadap putusan hakim tersebut juga tetap dalam kerangka menjalankan kewajiban hakim untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, yang saat ini diatur dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Pasal 5 ayat (1).

Sehubungan dengan tulisan ini telah tergambar bahwa hukum yang hidup dalam masyarakat merupakan sumber hukum bagi hakim dalam menemukan hukum, karena hakim tersebut telah memberi alasan putusannya berdasarkan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat untuk menyatakan sah perkawinan yang dilangsungkan secara Adat Karo dan mengenyampingkan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang seharusnya dipergunakan sebagai pangkal tolak untuk bisa sampai kepada putusan disahkannya perkawinan yang dilangsungkan secara Adat.

3.3. Pola Penemuan Hukum Oleh Hakim Yang Tepat Untuk Digunakan

dalam Penyelesaian Perkara Perdata Agar Sesuai dengan Rasa Keadilan Masyarakat

Berbicara mengenai peranan hakim, maka tidak dapat dilepaskan dari pembicaraan hubungan antara hukum dengan hakim, dalam mencipta



keadilan dan ketertiban dalam dan bagi masyarakat. Antara Undang-undang dengan hakim/pengadilan terdapat hubungan yang erat dan harmonis antara satu dengan lainnya.

Dalam hubungan tugas hakim dan perundang-undangan terdapat beberapa aliran. Aliran Legis (pandangan Legalisme), menyatakan bahwa hakim tidak boleh berbuat selain daripada menerapkan undang-undang secara tegas. Hakim hanya sekedar terompet undang-undang (*bouche de la loi*). Menurut ajaran ini, undang-undang dianggap kramat karena merupakan peraturan yang dikukuhkan Allah sendiri dan sebagai suatu sistem logis yang berlaku bagi semua perkara, karena sifatnya rasional.

Disamping aliran Legisme juga terdapat Aliran Penemuan Hukum Oleh Hakim. Yang terdiri dari Aliran *Begriffsjurisprudenz* mengajarkan bahwa sekalipun benar undang-undang itu tidak lengkap, namun undang-undang masih dapat menutupi kekurangan-kekurangannya sendiri, karena undang-undang memiliki daya meluas, dan hukum sebagai sistem tertutup.

Kekurangan undang-undang menurut aliran ini hendaknya diisi oleh hakim dengan penggunaan hukum-hukum logika (silogisme) sebagai dasar utamanya dan memperluas undang-undang berdasarkan rasio sesuai dengan perkembangan teori hukum berupa sistem pengertian-pengertian hukum (konsep-konsep yuridik) sebagai tujuan bukan sebagai sarana, sehingga hakim dapat mengwujudkan kepastian hukum. (b) Aliran

Interessenjurisprudenz (Freirechtsschule), menyatakan hakim dan pejabat lainnya mempunyai kebebasan yang seluas-luasnya untuk melakukan penemuan hukum, tidak sekedar menerapkan undang-undang, tetapi juga mencakupi memperluas, mempersempit dan membentuk peraturan dalam



putusan hakim dari tiap-tiap perkara kongkret yang dihadapkan padanya, agar tercapai keadilan yang setinggi-tingginya, dan dalam keadaan tertentu hakim bahkan boleh menyimpang dari undang-undang, demi kemanfaatan masyarakat. Jadi yang diutamakan bukanlah kepastian hukum, karena peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional dan doktrin hanyalah sebagai "pengantar" atau "Pembuka jalan", "pedoman" dan "bahan inspirasi" atau sarana bagi hakim untuk membentuk dan menemukan sendiri hukumnya yang dinyatakan dalam putusannya atas suatu perkara yang diadilinya dan dihadapkan padanya itu, (c) Aliran *Soziologische Rechtsschule*, mengajarkan bahwa Hakim seyogianya mendasarkan putusannya sesuai dengan dan memperhatikan kesadaran hukum dan perasaan hukum serta kenyataan-kenyataan masyarakat, yang sedang hidup dan berkembang di dalam masyarakat ketika putusan itu dijatuhkan, dan (d) Ajaran Paul Scholten: Sistem hukum itu tidak statis, melainkan sistem terbuka, *open system van het recht* karena sistem hukum itu membutuhkan putusan-putusan (penetapan-penetapan) dari hakim atas dasar penilaian dan hasil dari penilaian itu menciptakan sesuatu yang baru dan senantiasa menambah luasnya sistem hukum tersebut.

Dalam mencari hukum yang tepat dalam rangka penyelesaian suatu perkara yang dihadapkan kepadanya tersebut, hakim yang bersangkutan harus melakukan penemuan hukum. Terdapat beberapa istilah yang berkaitan dengan istilah "penemuan hukum", yaitu ada yang mengartikannya sebagai "pelaksanaan hukum", "penerapan hukum", "pembentukan hukum" atau "penciptaan hukum". Pelaksanaan hukum



dapat diartikan menjalankan hukum tanpa adanya sengketa atau pelanggaran. Penerapan hukum berarti menerapkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang abstrak sifatnya pada peristiwa kongkret. Pembentukan Hukum adalah merumuskan peraturan-peraturan yang berlaku umum bagi setiap orang. Sedangkan Penciptaan hukum ini memberikan kesan bahwa hukum itu hanya semata peraturan tertulis saja, sehingga kalau tidak diatur dalam peraturan tertulis, maka kewajiban hakimlah untuk menciptakannya. Dalam mencari hukum yang tepat dan melakukan Penemuan hukum, guna memberikan putusan atas dan terhadap peristiwa kongkret yang dihadapkan padanya tersebut, hakim akan mengolah sumber-sumber hukum baik yang telah tersedia maupun yang belum tersedia, dengan cara mengambil rujukan utama dari sumber-sumber tertentu yang secara hirarkis berturut dan bertingkat dimulai dari hukum tertulis (peraturan perundang-undangan) sebagai sumber utama; apabila tidak ditemukan barulah ke hukum kebiasaan atau hukum tidak tertulis, kemudian yurisprudensi, begitu seterusnya dilanjutkan pada perjanjian internasional barulah doktrin dan ilmu pengetahuan. Hakim menerapkan peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) sebagai sumber utama dalam rangka melakukan pembentukan hukum, mencari hukum yang tepat dan penemuan hukum terhadap suatu perkara tersebut, dihadapkan dalam beberapa keadaan, yaitu dengan cara dan sesuai dengan keadaan yang ditemuinya sebagai berikut:

- a. Bilamana materi ketentuan dari peraturan perundang-undangan yang mengatur perkara yang dihadapkan pada Hakim tersebut, telah ada dan telah jelas, maka hakim menerapkan ketentuan tersebut;



b. Bilamana materi ketentuan dari peraturan perundang-undangan yang mengatur perkara yang dihadapkan pada hakim tersebut, telah ada, akan tetapi tidak jelas arti dan maknanya, maka hakim yang bersangkutan melakukan interpretasi atas materi ketentuan peraturan perundang-undangan tersebut.

c. Bilamana materi ketentuan dari peraturan perundang-undangan yang mengatur perkara yang dihadapkan pada hakim tersebut, tidak atau belum ada pengaturannya, maka usaha yang ditempuh oleh hakim yang bersangkutan adalah mengisi kekosongan tersebut dengan melakukan penalaran logis.

Penyusunan peraturan perundang-undangan baik oleh legislatif maupun eksekutif pada kenyataannya memerlukan waktu yang lama, sehingga pada saat peraturan perundang-undangan itu dinyatakan berlaku maka hal-hal atau keadaan yang hendak diatur oleh peraturan tersebut kadang sudah berubah. Keadaan seperti ini berakibat pada kekosongan undang-undang yang dapat terjadi karena hal-hal atau keadaan yang terjadi belum diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan, atau sekalipun telah diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan namun tidak jelas atau bahkan tidak lengkap. Hal ini sebenarnya selaras dengan pameo yang menyatakan bahwa "terbentuknya suatu peraturan perundang-undangan senantiasa tertinggal atau terbelakang dibandingkan dengan kejadian-kejadian dalam perkembangan masyarakat".

Dapatlah dikatakan bahwa peraturan perundang-undangan (hukum positif) yang berlaku pada suatu negara dalam suatu waktu tertentu merupakan suatu sistem yang formal, yang tentunya agak sulit untuk



mengubah atau mencabutnya walaupun sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat yang harus diatur oleh peraturan perundang-undangan tersebut.

Dengan demikian, eksistensi undang-undang harus ditempatkan secara proposional dan atau dijadikan sebagai alat atau sarana dalam penemuan hukum,²⁹⁷ disamping alat atau sarana lain dengan orientasi keberpihakannya pada terpenuhinya rasa keadilan masyarakat.

Namun demikian, untuk dipahami bahwa undang-undang memiliki sifat yang rigid (kaku) dan cenderung statis, maka makin tua umur undang-undang akan semakin terbuka kemungkinan adanya kekurangjelasan atau kekurang lengkapan dalam pengaturan, bahkan banyak membuka kemungkinan terdapat Kekosongan undang-undang. Untuk itu, untuk mengangkat supremasi hukum sekaligus mendedikasikan citra hakim termasuk dalam lembaga peradilan, maka diperlukan hakim-hakim yang baik yang dapat menemukan hukum dengan berorientasi pada undang-undang atau menurut hukum dan nilai-nilai hukum yang hidup sesuai dengan rasa keadilan masyarakat.

Akibat yang ditimbulkan dengan adanya Kekosongan undang-undang, perundang-undangan tidak jelas atau tidak lengkap itu dapat menjadikan ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) atau ketidakpastian peraturan perundang-undangan di masyarakat, bahkan lebih jauh lagi akan berakibat pada kekacauan hukum (*rechtsverwarring*), dalam arti bahwa selama tidak diatur berarti boleh, selama belum ada tata cara yang jelas dan diatur berarti bukan tidak boleh. Hal inilah yang menyebabkan

²⁹⁷ Bandingkan dengan Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 29



kebingungan (kekacauan) dalam masyarakat mengenai aturan apa yang harus dipakai atau diterapkan. Dalam masyarakat menjadi tidak ada kepastian aturan yang diterapkan untuk mengatur hal-hal atau keadaan yang terjadi.

Oleh karena itu kebutuhan akan penemuan hukum sangat penting guna mengatasi keadaan hukum yang kurang jelas, yang didasarkan pada ketentuan Undang-undang No. 48 Tahun 2009 Pasal 10 yang menyebutkan: "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". Kegunaan dari penemuan hukum adalah mencari dan menemukan kaidah hukum yang dapat digunakan untuk memberikan keputusan yang tepat atau benar, dan secara tidak langsung memberikan kepastian hukum juga di dalam masyarakat. Sementara itu, dalam keadaan yang menunjukkan bahwa:

a. Adakalanya pembuat Undang-undang sengaja atau tidak sengaja menggunakan istilah-istilah atau pengertian-pengertian yang sangat umum sifatnya, sehingga dapat diberi lebih dari satu pengertian atau pemaknaan;

b. Adakalanya istilah, kata, pengertian, kalimat yang digunakan di dalam peraturan perundang-undangan tidak jelas arti atau maknanya, atau tidak dapat diwujudkan lagi dalam kenyataan sebagai akibat adanya perkembangan-perkembangan masyarakat.



c. Adakalanya terjadi suatu masalah yang tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengatur masalah tersebut.²⁹⁸

Selain itu penemuan hukum termasuk kegiatan sehari-hari para hakim, dan terjadi pada semua bidang hukum, dalam proses pengambilan keputusan hukum, seorang hakim pada dasarnya dituntut untuk melaksanakan dua tugas atau fungsi utama, yaitu:

a. Hakim senantiasa harus mampu menyesuaikan kaidah-kaidah hukum yang kongkret (perundang-undangan) terhadap tuntutan nyata yang ada di dalam masyarakat, dengan selalu memperhatikan kebiasaan, pandangan-pandangan yang berlaku, cita-cita yang hidup didalam masyarakat, serta perasaan keadilannya sendiri. Hal ini perlu dilakukan oleh seorang ahli hukum karena peraturan perundang-undangan hanya dibuat untuk mengatur hal-hal tertentu secara umum saja.

b. Seorang hakim senantiasa harus dapat memberikan penjelasan, penambahan, atau melengkapi peraturan perundang-undangan yang ada, dikaitkan dengan perkembangan yang terjadi di dalam masyarakat. Hal ini perlu dijalankan sebab adakalanya pembuat undang-undang (*wetgever*) tertinggal oleh perkembangan-perkembangan dalam masyarakat.²⁹⁹

Sejalan dengan hal tersebut, menurut Bagir Manan, kewajiban menemukan hukum didorong oleh beberapa faktor, diantaranya: Pertama; hampir semua peristiwa hukum kongkret tidak sepenuhnya terlukis secara tepat dalam suatu undang-undang atau peraturan perundang-undangan.

²⁹⁸ <http://www.blogger.com/post-edit>.

²⁹⁹ *Ibid*.



Kedua; karena ketentuan undang-undang atau peraturan perundang-undangan tidak jelas atau bertentangan dengan ketentuan lain, yang

memerlukan "pilihan" agar dapat diterapkan secara tepat, benar, dan adil.

Ketiga; akibat dinamika masyarakat, terjadi peristiwa hukum baru yang tidak tertulis dalam undang-undang atau peraturan perundang-undangan.

Keempat; kewajiban menentukan hukum juga timbul karena ketentuan atau asas hukum yang melarang hakim menolak memutus suatu perkara atau permohonan atas alasan ketentuan tidak jelas atau undang-undang kurang mengatur.³⁰⁰

Proses penemuan hukum pada dasarnya sendiri terdiri dari 2 fase, yaitu: fase *heuristik*/pencarian (*context of discovery*) dan fase legitimasi (*context of justification*) yang merupakan konstruksi pembenaran yuridis kemudian setelah diperoleh kesan pribadi yang membentuk pra putusan.

Prakteknya, hakim menemui aturan yang ada tidak selalu jelas dan lengkap, tetapi kadang tidak jelas/tidak lengkap, usang/kosong, atau bahkan tidak ada hukum yang mengaturnya, disamping kebiasaan yang hidup tidak selalu merupakan kebiasaan yang baik atau mencerminkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat maka hakim harus melakukan penemuan hukum. Selanjutnya praktek terdapat pola penerapan hukum oleh hakim dalam arti menerapkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang abstrak sifatnya pada peristiwa kongkret, di dalamnya terdapat pola penemuan hukum, sebagaimana bagan di bawah ini:

Bagan 8

³⁰⁰ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 55.



yang dihadapkan kepadanya, sesuai kewenangan dan kemandiriannya hakim melakukan penemuan hukum, guna memberikan putusan atas dan terhadap peristiwa kongkret yang dihadapkan padanya tersebut, Hakim akan mengolah sumber-sumber hukum baik yang telah tersedia maupun yang belum tersedia, dengan cara mengambil rujukan utama dari sumber-sumber tertentu yang secara hirarkis berturut dan bertingkat dimulai dari hukum tertulis (peraturan perundang-undangan) sebagai sumber utama, apabila tidak ditemukan barulah ke hukum kebiasaan atau hukum tidak tertulis, kemudian yurisprudensi, begitu seterusnya dilanjutkan pada perjanjian internasional barulah doktrin dan ilmu pengetahuan.

Mengacu pada beberapa keadaan yang mungkin terjadi dalam penyelesaian perkara yang dihadapkan kepada hakim tersebut, sehingga hakim harus melakukan penemuan hukum, maka dapat dipahami bahwa untuk menerapkan hukum dan melakukan penemuan hukum terdapat suatu pola³⁰¹ yang dilakukan oleh hakim dalam membentuk dan mencirikan hukum dalam kerangka penemuan hukum.

Hakim dalam menyelesaikan perkara yang dihadapkan kepadanya apabila setelah menkonstatasi dan mengkualifikasi ternyata ketentuan dari peraturan perundang-undangan telah mengatur dan telah jelas, maka Hakim menerapkan ketentuan tersebut.

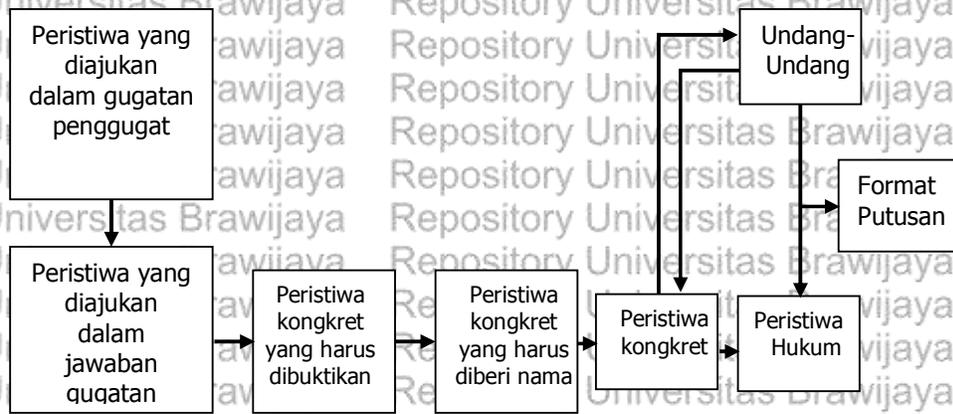
³⁰¹ **Pola** adalah bentuk atau model (atau, lebih abstrak, suatu set peraturan) yang bisa dipakai untuk membuat atau untuk menghasilkan suatu atau bagian dari sesuatu, khususnya jika sesuatu yang ditimbulkan cukup mempunyai suatu yang sejenis untuk pola dasar yang dapat ditunjukkan atau terlihat, yang mana sesuatu itu dikatakan memamerkan pola. Dalam <http://www.wikipedia.com> diakses pada tanggal 25 Oktober 2010, Dalam Kamus Umum Bahasa Indonesia, disebutkan bahwa pola adalah gambar yang dipakai untuk contoh, W.JS Poerwodarminto, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, (Jakarta: PN Balai Pustaka, 1991), hlm. 763. Sementara oleh Sudikno Mertokusumo, digunakan istilah Prosedur penemuan hukum oleh hakim dalam memeriksa perkara, *Op.cit.* hlm. 30-31.



Dalam peristiwa kongkret yang sudah diatur dan telah jelas dalam ketentuan peraturan perundang-undangan maka hakim melakukan penerapan hukum, yang dapat dideskripsikan dalam bagan berikut ini:

Bagan 9.

Penerapan Hukum Oleh Hakim Pada Perkara Perdata yang telah diatur dan jelas dalam perundang-undangan



Berdasarkan deskripsi bagan tersebut, dapat dijelaskan bahwa Hakim dalam memeriksa perkara sebagaimana gugatan yang diajukan penggugat, maka harus mengidentifikasi peristiwa-peristiwa yang terdapat dalam gugatan perkara perdata tersebut untuk dikonstruksikan ke dalam peristiwa-peristiwa yang dipandang telah terjadi berdasarkan bukti-bukti yang diajukan, sehingga dapat dikonstataasi duduk perkara pada peristiwa kongkret tersebut. Pada giliran berikutnya hakim dapat mendiskripsikan dan mengkontruksi secara jelas tentang peristiwa kongkret yang terjadi. Selanjutnya hakim melakukan identifikasi norma-norma hukum berdasar pada ketentuan-ketentuan yang diatur dalam undang-undang terkait kejelasan dan kelengkapan pengaturannya, sehingga hakim dapat



menemukan secara jelas dan lengkap tentang peristiwa hukum yang terjadi untuk dipertimbangkan dalam menentukan status hukum dan kedudukan hukum para pihak yang berperkara sebagai pertimbangan hukum dalam menjatuhkan putusan. Mengingat peristiwa hukum yang terjadi telah secara jelas dan lengkap dalam mengungkap status hukum dan kedudukan hukum para pihak yang berperkara maka dapat dipastikan putusan yang dijatuhkan oleh hakim telah mencerminkan asas-asas kepastian, keadilan dan kemanfaatan.

Dalam kenyataan praktek peradilan tidak semua gugatan perkara perdata selalu jelas dan lengkap diatur dalam ketentuan undang-undang, kadang kala peristiwa yang terjadi dan diidentifikasi ke dalam peristiwa kongkret serta peristiwa hukumnya ternyata ketentuan-ketentuan undang-undang tidak jelas atau tidak lengkap atau bahkan terdapat kekosongan undang-undang, sehingga diperlukan pola penemuan hukum yang tepat pula bagi hakim dalam memeriksa, mencari dan menemukan hukumnya.

Dalam rangka melakukan penemuan hukum, hakim harus memahami dan menguasai teori-teori penemuan hukum, khususnya yang berkaitan dengan metode penafsiran hukum (interpretasi), baik interpretasi gramatikal (interpretasi bahasa), interpretasi sistematis (logis), Interpretasi historis, interpretasi teleologis (sosiologis), interpretasi komparatif, interpretasi futuritis, interpretasi restriktif (membatasi), interpretasi ekstensif (memperluas). Disamping itu, hakim dalam melakukan penafsiran suatu materi peraturan perundang-undangan terhadap perkara yang dihadapkan padanya, harus memahami isi dari peraturan perundang-undangan tersebut, mengetahui tempat dan waktu terjadinya peristiwa



hukum kongkret yang dihadapkan kepadanya, sehingga hakim dapat menjatuhkan putusan yang sesuai aturan hukum, yang mencerminkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

3.3.1. Pola Penemuan Hukum Akibat Peraturan Perundang-undangan Tidak Jelas

Penemuan hukum merupakan kegiatan utama dari Hakim dalam melaksanakan undang-undang apabila terjadi peristiwa kongkret. Undang-undang sebagai kaedah umumnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia. Oleh sebab itu harus dilaksanakan/ditegakkan. Agar dapat memenuhi azas bahwa setiap orang dianggap tahu akan undang-undang maka undang-undang harus disebarluaskan dan harus jelas.

Kalaupun undang-undang itu jelas tidak mungkin lengkap dan tuntas, tidak mungkin undang-undang mengatur segala kehidupan manusia secara lengkap dan tuntas karena kegiatan manusia sangat banyaknya. Selain itu undang-undang sebagai hasil karya manusia yang sangat terbatas kemampuannya. Setiap peraturan hukum itu bersifat abstrak dan pasif. Abstrak karena sangat umum sifatnya dan pasif karena tidak akan menimbulkan akibat hukum apabila tidak terjadi peristiwa kongkret.

Peristiwa hukum yang abstrak memerlukan rangsangan agar dapat aktif, agar dapat diterapkan kepada peristiwanya. Interpretasi (penafsiran) adalah salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan mengenai teks Undang-undang agar ruang lingkup kaedah tersebut diterapkan kepada peristiwanya. Carl Von



Savigny memberi batasan tentang penafsiran yaitu rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam Undang-undang. Ini bukan metode penafsiran yang dapat dipergunakan semaunya tetapi pelbagai kegiatan yang semuanya harus dilaksanakan bersamaan untuk mencapai tujuan yaitu penafsiran Undang-undang.

Yang memerlukan penafsiran ialah terutama perjanjian dan Undang-undang. Dalam hal bunyi atau kata-kata dalam perjanjian itu cukup jelas kiranya tidak perlu dijelaskan. Bahwa penjelasan itu tidak boleh ditafsirkan menyimpang dari bunyi (isi) perjanjian, azas ini disebut "*Sens Clair*" tercantum dalam Pasal 1342 KUHPerdata yang berbunyi "Apabila kata-kata dalam perjanjian itu tegas maka tidak dibenarkan untuk menyimpang dari padanya dengan jalan penafsiran".³⁰²

Dalam penelitian ini diperoleh contoh Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 5096. K/PDT/1998, Tanggal Putusan 28 April 2000, tentang perkara Hutang Piutang. Hakim dalam memeriksa perkara ini melaukan interpretasi (penafsiran) bahwa pembayaran/pemberian dengan bilyet giro diinterpretasikan dan dianggap sama dengan pengakuan hutang, karena tergugat telah memberi bilyet giro kepada penggugat maka dengan demikian Tergugat telah mengakui mempunyai hutang kepada penggugat karenanya gugatan Penggugat dapat dikabulkan.³⁰³

Pada perkara perdata hutang piutang ini, hakim tetap mendasarkan pada ketentuan hukum yang berlaku (menurut

³⁰² C. Asser, Mr/Paul Scholtes, *Penuntun Dalam Mempelajari Hukum Perdata Belanda*, (Gajah Mada University Press, 1986),

³⁰³ Putusan Mahkamah Agung No. Reg: 5096. K/PDT/1998, Tanggal Putusan 28 April 2000



hukum) yaitu tetap mengacu dan mendasarkan pada ketentuan Pasal-Pasal dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (selanjutnya disebut KUHPerdata), khususnya Pasal 1268, Pasal 1271, Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUHPerdata untuk selanjutnya dalam pelaksanaannya hakim melakukan penafsiran teleologi sosiologis,³⁰⁴ terhadap ketentuan perundang-undangan yang ada tersebut.

Di dalam perkara ini tergugat diinterpretasikan telah melakukan pemberian/pembayaran yang dilakukan dengan bilyet giro kepada seseorang dapat disamakan dengan pengakuan hutang, dengan demikian terbukti si Pemberi bilyet giro, mengakui mempunyai hutang. Di sisi lain, walaupun diperjanjikan dalam akta perjanjian hutang piutang bahwa ganti rugi atas hilangnya keuntungan yang diharapkan dalam perjanjian *a quo* sebesar 10% perbulan, namun agar sesuai rasa keadilan masyarakat dan tidak membeda-bedakan orang maka dalam perkara ini, ganti rugi dimaksud oleh hakim diputuskan menjadi 10% pertahun.³⁰⁵

Adapun metode penafsiran/interpretasi akibat perundang-undangan tidak jelas dapat digunakan metode interpretasi Gramatikal, sejarah, sistematis, teleologi sosiologis, autentik (resmi).

Metode interpretasi menurut bahasa (gramatikal) yaitu suatu cara penafsiran undang-undang menurut arti kata-kata (istilah)

³⁰⁴ Penafsiran Teleologi Sosiologi, maksudnya makna Undang-undang itu ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan artinya peraturan perUndang-undangan disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru. Dalam perkara ini ketentuan ganti rugi yang diperjanjikan harus disesuaikan dengan nilai-nilai yang hidup dan rasa keadilan masyarakat.

³⁰⁵ *Ibid.*



yang terdapat pada undang-undang. Hukum wajib menilai arti kata yang lazim dipakai dalam bahasa sehari-hari yang umum.

Metode interpretasi secara historis yaitu menafsirkan undang-undang dengan cara melihat sejarah terjadinya suatu undang-undang. Penafsiran historis ini ada 2 yaitu:

a. Penafsiran menurut sejarah hukum (*rechts historische interpretatie*) adalah suatu cara penafsiran dengan jalan menyelidiki dan mempelajari sejarah perkembangan segala sesuatu yang berhubungan dengan hukum seluruhnya. Contoh: KUHPperdata (BW) yang dikodifikasikan pada tahun 1848 di Hindia Belanda. Menurut sejarahnya mengikuti code civil Perancis dan di Belanda (Nederland) di kodifikasikan pada tahun 1838.

b. Penafsiran menurut sejarah penetapan suatu undang-undang (*Wethistoirsche interpretatie*) yaitu penafsiran undang-undang dengan menyelidiki perkembangan suatu undang-undang sejak dibuat, perdebatan-perdebatan yang terjadi dilegislatif, maksud ditetapkannya atau penjelasan dari pembentuk undang-undang pada waktu pembentukannya.

Metode interpretasi secara sistematis yaitu penafsiran yang menghubungkan pasal yang satu dengan pasal yang lain dalam suatu perundang-undangan yang bersangkutan, atau dengan Undang-undang lain, serta membaca penjelasan undang-undang tersebut sehingga kita memahami maksudnya. Contohnya:

a. Dalam Pasal 1330 KUHPperdata menyatakan "Tidak cakap membuat persetujuan/perjanjian antara lain orang-orang yang



belum dewasa". Timbul pertanyaan: "Apakah yang dimaksud dengan orang-orang yang belum dewasa". Untuk hal tersebut harus dikaitkan pada Pasal 330 KUHPPerdata yang mengatur batasan orang yang belum dewasa yaitu belum berumur 21 tahun.

b. Apabila hendak mengetahui tentang sifat pengakuan anak yang dilahirkan diluar perkawinan orang tuanya, tidak cukup hanya mencari ketentuan-ketentuan didalam KUHPPerdata (BW) saja melainkan harus dihubungkan juga dengan Pasal 278 KUHP. (tidak boleh merugikan ahli waris lain).

Metode interpretasi secara teleologis/sosiologis yaitu makna Undang-undang itu ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan artinya peraturan perundang-undangan disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru. Ketentuan Undang-undang yang sudah tidak sesuai lagi disesuaikan dengan keadaan sekarang untuk memecahkan/menyelesaikan sengketa dalam kehidupan masyarakat. Peraturan yang lama dibuat aktual. Penafsiran seperti ini yang harus dimiliki lebih banyak pada hakim-hakim di Indonesia mengingat negara Indonesia yang pluralistik dan kompleks. Peraturan perundang-undangan dalam tatanan hukum nasional harus diterjemahkan oleh para hakim sesuai kondisi sosial suatu daerah. Umpamanya: Di daerah suku Dayak di Kalimantan, tanah dianggap seperti ibu yang dapat dimiliki oleh setiap orang dan harus dijaga/dirawat layaknya menjaga/merawat seorang ibu. Dalam hal ini hakim harus mensesuaikan pandangan sosial kemasyarakatannya



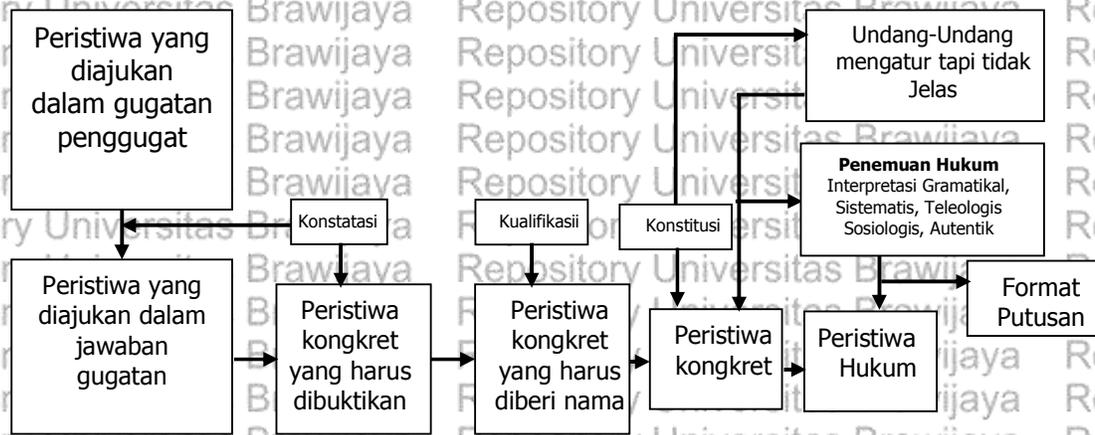
dengan Undang-undang No. 5 tahun 1960 tentang Pokok-pokok Agraria.

Metode Interpretasi secara autentik (resmi) yaitu penafsiran yang resmi yang diberikan oleh pembuat Undang-undang tentang arti kata-kata yang digunakan dalam Undang-undang tersebut. Contoh: Dalam Titel IX Buku I KUHP memberi penjelasan secara resmi (autentik) tentang arti beberapa kata/sebutan didalam KUHP. Seperti dalam Pasal 97 KUHP yang dimaksud "sehari" adalah masa yang lamanya 24 jam, "sebulan" adalah masa yang lamanya 30 hari. Tetapi tafsiran dalam Titel IX Buku I KUHP ini tidak semestinya berlaku juga untuk kata-kata yang dipergunakan oleh peraturan pidana diluar KUHP artinya Hakim tidak hanya bertindak sebagai corong hukum saja melainkan harus aktif mencari dan menemukan hukum itu sendiri dan mensosialisasikannya kepada masyarakat.

Berdasarkan uraian tersebut, maka pola penemuan hukum, yang seharusnya ditempuh oleh hakim dalam memeriksa perkara perdata, apabila peristiwa kongkret telah diatur dalam undang-undang tetapi tidak jelas, dapat dideskripsikan dalam bagan berikut ini:



Bagan 10.
Pola Penemuan Hukum Oleh Hakim Pada Perkara Perdata yang diatur dalam perundang-undangan tetapi tidak jelas.



Pada bagan tersebut, dapat dijelaskan bahwa Hakim dalam memeriksa perkara sebagaimana gugatan yang diajukan penggugat, maka tetap akan mengidentifikasi peristiwa-peristiwa yang terdapat dalam gugatan perkara perdata tersebut untuk dikonstruksikan ke dalam peristiwa-peristiwa yang dipandang telah terjadi berdasarkan bukti-bukti yang diajukan, sehingga dapat dikonstatasi duduk perkara pada peristiwa kongkret tersebut. Pada giliran berikutnya hakim dapat mendiskripsikan dan mengkonstruksi secara jelas tentang peristiwa kongkret yang terjadi. Selanjutnya hakim melakukan identifikasi norma-norma hukum berdasar pada ketentuan-ketentuan yang diatur dalam undang-undang terkait kejelasan dan kelengkapan pengaturannya, dan apa bila ternyata undang-undang telah mengatur tetapi tidak atau kurang jelas maka hakim akan melakukan interpretasi (gramatikal, sistematis, teleologis sosiologis, autentik/resmi) agar dapat diterapkan pada peristiwa kongkret



tersebut dan diketahui peristiwa hukumnya secara tepat sesuai rasa keadilan di masyarakat untuk dipertimbangkan dalam menentukan status hukum dan kedudukan hukum para pihak yang berperkara sebagai pertimbangan hukum dalam menjatuhkan putusan.

Mengingat peristiwa hukum yang terjadi telah ditemukan secara tepat dengan mendasarkan pada ketentuan undang-undang yang telah diinterpretasikan oleh hakim, maka hakim dapat menentukan status hukum dan kedudukan hukum para pihak yang berperkara dengan sendirinya dapat dipastikan putusan yang dijatuhkan oleh hakim telah mencerminkan asas-asas kepastian, keadilan dan kemanfaatan.

3.3.2. Pola Penemuan Hukum Akibat Peraturan Perundang-undangan Sudah Usang

Perkembangan masyarakat bersifat dinamis dan bergerak selalu lebih cepat dari perkembangan peraturan perundang-undangan. Karena sifat dari peraturan perundang-undangan yang statis dan cenderung selalu ketinggalan akibat kemajuan jaman dan teknologi serta komunikasi yang berlangsung secara cepat.

Peraturan perundang-undangan sebenarnya dibuat sebagai panduan bersikap tindak masyarakat yang dapat menentukan mana yang boleh dan mana yang tidak boleh.

Hukum yang stabil dan ajeg dapat menjadi ukuran yang pasti di masyarakat, namun hukum yang berjalan ditempat pada kenyataannya akan menjadi hukum yang usang yang tertinggal jauh oleh perkembangan masyarakat yang acapkali peraturan



perundang-undangan yang ada ternyata sudah usang atau ketinggalan jaman. Peraturan undang-undangan yang mengatur secara objektif sebenarnya ada tetapi isinya sudah tidak sesuai lagi atau sudah usang dan ketinggalan jaman, sehingga peraturan (perundang-undangan) terhadap hal-hal atau keadaan yang berkembang dalam masyarakat yang pastinya belum diatur atau jika sudah diatur, namun sudah usang. Untuk itu sangat diperlukan suatu hukum yang stabil dan fleksibel dan mampu mengikuti perkembangan tersebut.

Upaya yang dapat dilakukan dalam mengatasi terjadinya peraturan perundang-undangan yang ada ternyata sudah usang, maka dapat digunakan metode penafsiran atau metoda interpretasi, diantaranya metode interpretasi eksentif, retriktif Kekosongan undang-undang yaitu melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim Meski terjadi Kekosongan undang-undang, terdapat suatu usaha interpretasi atau penafsiran peraturan perundang-undangan bisa diberlakukan secara positif. Usaha penafsiran terhadap hukum positif yang ada bisa diterapkan pada setiap kasus yang terjadi, karena ada kalanya UU tidak jelas, tidak lengkap, atau mungkin sudah tidak relevan dengan zaman (*out of date*). Dalam kondisi UU tidak lengkap atau tidak jelas maka seorang hakim harus melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Penemuan hukum diartikan sebagai sebuah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas hukum lainnya terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang kongkret. Atau dengan



bahasa lain penemuan hukum adalah upaya kongkretisasi peraturan hukum yang bersifat umum dan abstrak berdasarkan peristiwa yang real terjadi. Dengan perkataan lain, hakim harus menyesuaikan UU dengan hal-hal yang kongkret, oleh karena peraturan-peraturan yang ada tidak dapat mencakup segala peristiwa yang timbul dalam masyarakat. Selain itu apabila suatu peraturan perundang-undangan isinya tidak jelas atau sudah saya, maka hakim berkewajiban untuk menafsirkan sehingga dapat diberikan putusan yang sungguh-sungguh adil dan sesuai dengan maksud hukum, yakni mencapai kepastian hukum.

Adapun metode penemuan hukum apabila terjadi peraturan perundang-undangan yang ada ternyata sudah usang diantaranya metode interpretasi/penafsiran secara ekstentif, restriktif, dan futuristik, penghalusan hukum (*rechtverfijning*).

Metode interpretasi secara ekstentif yaitu penafsiran dengan cara memperluas arti kata-kata yang terdapat dalam Undang-undang sehingga suatu peristiwa dapat dimasukkan kedalamnya.

Metode interpretasi restriktif yaitu penafsiran yang membatasi/mempersempit maksud suatu Pasal dalam Undang-undang seperti: Putusan Hoge Road Belanda tentang kasus Per Kereta Api "Linden baum" bahwa kerugian yang dimaksud Pasal 1365 KUHPerdara juga termasuk kerugian immateriil yaitu pejalan kaki harus bersikap hati-hati sehingga pejalan kaki juga harus menanggung tuntutan ganti rugi separuhnya (orang yang dirugikan juga ada kesalahannya).



Interpretasi antisipatif (*futurisitis*), hakim menjelaskan undang-undang yang berlaku sekarang (*ius constitum*) guna mencari pemecahan kasus yang dihadapkan padanya, dengan berpedoman pada kaedah-kaedah hukum yang terdapat dalam suatu atau beberapa peraturan perundang-undangan yang belum mempunyai kekuatan berlaku dan belum mempunyai daya kekuatan yang mengikat (*ius constituendum*), misalnya rancangan undang-undang.

Metode Penghalusan hukum (*rechtverfijning*) atau penyempitan hukum (penghalusan hukum) atau *determinatie* (pengkhususan) atau Pengkongkretan hukum (*Refinement of the law*). Jadi hakim bukan membenarkan rumusan peraturan perundang-undangan secara langsung apa adanya, melainkan hakim melakukan pengecualian-kecualian (penyimpangan-penyimpangan) baru terhadap peraturan perundang-undangan, karena rumusan undang-undang terlalu luas dan bersifat umum, maka perlu dipersempit dan diperjelas oleh hakim untuk dapat diterapkan terhadap suatu peristiwa kongkret tertentu yang dihadapkan padanya.

(4) fiksi hukum (*fictio juris*), yaitu dengan cara menambahkan fakta-fakta yang baru, guna mengatasi benturan antara tuntutan-tuntutan yang baru dan sistem yang ada, sehingga tampil suatu personifikasi baru di hadapan kita, yang bukan kenyataan. Apabila ia telah diterima dalam kehidupan hukum, misalnya melalui keputusan hakim, maka iapun sudah berubah menjadi bagian dari hukum positif dan tidak boleh lagi disebut-sebut sebagai fiksi.



Salah satu contoh fiksi hukum yang penting yang masih diakui oleh dan digunakan dalam hukum modern adalah "adopsi", dimana seseorang yang sebetulnya bukan merupakan anak kandung dari orang tua yang mengadopsinya, diterima sebagai demikian melalui fiksi hukum dengan segala akibat yang mengikutinya.

Dengan demikian, Hakim berfungsi melengkapi ketentuan-ketentuan hukum tertulis atau membuat hukum baru (*creation of new law*) dengan cara melakukan pembentukan hukum (*rechtsvorming*)

baru dan penemuan hukum (*rechtsvinding*), guna mengisi kekosongan dalam hukum dan mencegah tidak ditanganinya suatu perkara dengan alasan karena hukum tertulisnya sudah ada tetapi belum jelas, atau sama sekali hukum tertulisnya tidak ada untuk

kasus in kongkreto. Dalam penegakan hukum, Hakim senantiasa dalam putusannya memperhatikan dan menerapkan serta mencerminkan tiga unsur atau asas yaitu Kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) dan Keadilan (*Gerechtigkeit*) dengan mengusahakan kompromi secara proporsional

seimbang diantara ketiga unsur tersebut. Sehingga hakim yang bersangkutan itu tidak boleh hanya mengutamakan atau menonjolkan

salah satu unsur saja sedangkan dua unsur lainnya dari ketiga unsur penegakan hukum tersebut dikorbankan atau dikesampingkan begitu

saja. Karenanya dalam suatu sengketa bisnis, pengadilan perlu memperhatikan lingkungan bisnis Pemohon dan Termohon Pailit yang

bersangkutan dan memperhatikan asas kemanfaatan dengan memperhitungkan untung rugi (*cost benefit analysis*) yang timbul



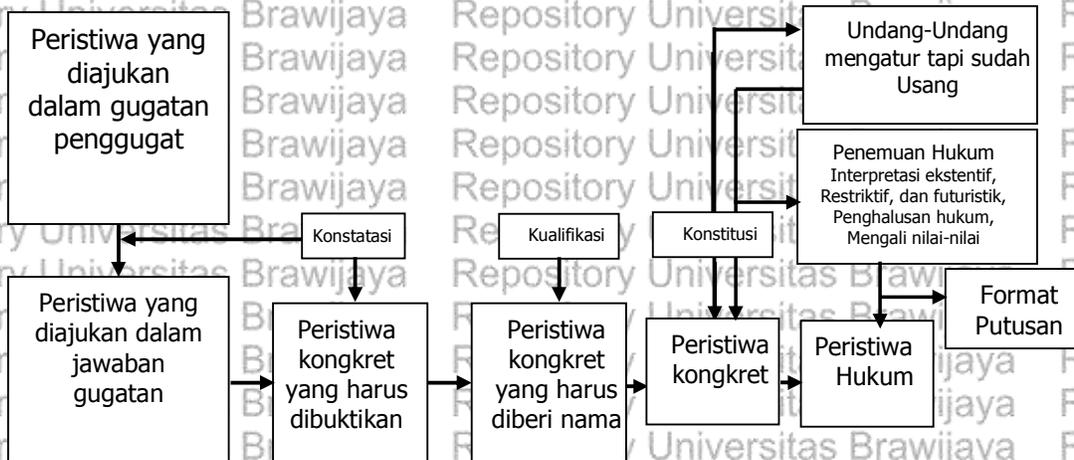
sebagai akibat dari putusannya. Misalnya, apakah putusannya tersebut akan memperlancar ataukah menghambat proses ekonomi.

Oleh karenanya, dapatlah dikatakan bahwa suatu putusan hakim adalah merupakan hukum dalam arti sebenarnya, karena putusan tersebut di dasarkan pada suatu perkara kongkret yang diadili, diperiksa dan diputus oleh hakim yang bersangkutan yang kepadanya dihadapakan perkara tersebut.

Adapun pola penemuan hukum, yang seharusnya ditempuh oleh hakim dalam memeriksa perkara perdata, apabila peristiwa kongkret telah diatur dalam undang-undang tetapi ternyata ketentuan-ketentuan tersebut sudah ketingggalan jaman, atau ketentuan-ketentuan tersebut sudah usang, maka dapat dideskripsikan pola penemuan hukumnya sebagaimana dalam bagan berikut ini:

Bagan 11.

Pola Penemuan Hukum Oleh Hakim Pada Perkara Perdata yang diatur dalam perundang-undangan tetapi Sudah Usang





Pada deskripsi bagan tersebut, dapat dijelaskan bahwa hakim dalam memeriksa perkara sebagaimana gugatan yang diajukan penggugat, maka tetap akan mengidentifikasi peristiwa-peristiwa yang terdapat dalam gugatan perkara perdata tersebut untuk dikonstruksikan ke dalam peristiwa-peristiwa yang dipandang telah terjadi berdasarkan bukti-bukti yang diajukan, sehingga dapat dikonstatasi duduk perkara pada peristiwa kongkret tersebut. Pada giliran berikutnya hakim dapat mendiskripsikan dan mengkonstruksi secara jelas tentang peristiwa kongkret yang terjadi. Selanjutnya hakim melakukan identifikasi norma-norma hukum berdasar pada ketentuan-ketentuan yang diatur dalam undang-undang terkait kejelasan dan kelengkapan pengaturannya, dan apabila ternyata undang-undang telah mengatur tetapi sudah usang maka hakim akan melakukan interpretasi (ekstentif, restriktif, dan futuristik; penghalusan hukum (*rechtverfijning*) agar dapat diterapkan pada peristiwa kongkret tersebut dan diketahui peristiwa hukumnya secara tepat sesuai rasa keadilan di masyarakat untuk dipertimbangkan dalam menentukan status hukum dan kedudukan hukum para pihak yang berperkara sebagai pertimbangan hukum dalam menjatuhkan putusan. Mengingat peristiwa hukum yang terjadi telah ditemukan dan di *up date* atau diperbaharui sehingga tidak usang dengan menyesuaikan pada kondisi perkembangan masyarakat dan kemajuan jaman dengan tetap mendasarkan pada ketentuan undang-undang yang telah diinterpretasikan oleh hakim, maka hakim dapat menentukan status hukum dan kedudukan hukum para pihak yang



berperkara dengan sendirinya dapat dipastikan putusan yang dijatuhkan oleh hakim telah mencerminkan asas-asas kepastian, keadilan dan kemanfaatan.

3.3.3. Pola Penemuan Hukum Akibat adanya Kekosongan Undang-Undang

Penegakan dan penerapan hukum khususnya di Indonesia seringkali menghadapi kendala berkaitan dengan perkembangan masyarakat. Berbagai kasus yang telah terjadi menggambarkan sulitnya penegak hukum atau aparat hukum mencari cara agar hukum dapat sejalan dengan norma masyarakat yang ada. Namun perkembangan masyarakat lebih cepat dari perkembangan aturan perundang-undangan, sehingga perkembangan dalam masyarakat tersebut menjadi titik tolak dari keberadaan suatu peraturan. Dalam kehidupan bermasyarakat memang diperlukan suatu sistem hukum untuk menciptakan kehidupan masyarakat yang harmonis dan teratur. Kenyataannya hukum atau peraturan perundang-undangan yang dibuat tidak mencakup seluruh perkara yang timbul dalam masyarakat sehingga menyulitkan penegak hukum untuk menyelesaikan perkara tersebut. Asas legalitas yang kerap dianggap sebagai asas yang memberikan suatu kepastian hukum dihadapkan oleh realita bahwa rasa keadilan masyarakat tidak dapat dipenuhi oleh asas ini karena masyarakat yang terus berkembang seiring kemajuan teknologi. Perubahan cepat yang terjadi tersebut menjadi masalah berkaitan dengan hal yang tidak atau belum diatur dalam



suatu peraturan perundang-undangan, karena tidak mungkin suatu peraturan perundang-undangan dapat mengatur segala kehidupan manusia secara tuntas sehingga adakalanya suatu peraturan perundang-undangan tidak jelas atau bahkan tidak lengkap yang berakibat adanya Kekosongan undang-undang (*wetsvacuum*),³⁰⁶ di masyarakat.

Dalam penyusunan peraturan perundang-undangan baik oleh legislatif maupun eksekutif pada kenyataannya memerlukan waktu yang lama, sehingga pada saat peraturan perundang-undangan itu dinyatakan berlaku maka hal-hal atau keadaan yang hendak diatur oleh peraturan tersebut sudah berubah. Selain itu Kekosongan undang-undang dapat terjadi karena hal-hal atau keadaan yang terjadi belum diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan, atau sekalipun telah diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan namun tidak jelas atau bahkan tidak lengkap. Hal ini sebenarnya selaras dengan *pameo* yang menyatakan bahwa "*terbentuknya suatu peraturan perundang-undangan senantiasa tertinggal atau terbelakang dibandingkan dengan kejadian-kejadian dalam perkembangan masyarakat*".³⁰⁷

³⁰⁶ Menurut Kamus Besar bahasa Indonesia (KBBI) cetakan kedua tahun 1989, "*Kekosongan adalah perihal (keadaan, sifat, dan sebagainya) kosong atau kehampaan*", yang dalam Kamus Hukum diartikan dengan *wetsvacuum* (Bld) yang diterjemahkan atau diartikan sama dengan "*kosong atau lowong*". Dari penjelasan di atas maka secara sempit "Kekosongan undang-undang" dapat diartikan sebagai "*suatu keadaan kosong atau ketiadaan peraturan perundang-undangan (hukum) yang mengatur tata tertib (tertentu) dalam masyarakat*", sehingga Kekosongan undang-undang dalam Hukum Positif lebih tepat dikatakan sebagai "kekosongan undang-undang/peraturan perundang-undangan". Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), (Jakarta: Balai Pustaka, 1989), hlm. 784.

³⁰⁷ Andi Maulana Mustamin, *Urgensi Penemuan Hukum di Indonesia*, dalam <http://fajii.blogspot.com>, diakses tanggal 20 Oktober 2010.



Dapatlah dikatakan bahwa peraturan perundang-undangan (hukum positif) yang berlaku pada suatu negara dalam suatu waktu tertentu merupakan suatu sistem yang formal, yang tentunya agak sulit untuk mengubah atau mencabutnya walaupun sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat yang harus diatur oleh peraturan perundang-undangan tersebut.

Apabila terjadi kekosongan undang-undang atas perkara yang diajukan ke pengadilan atau yang dihadapkan kepada hakim, akibat yang ditimbulkan terhadap hal-hal atau keadaan yang tidak atau belum diatur itu dapat terjadi ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) atau ketidakpastian peraturan perundang-undangan di masyarakat yang lebih jauh lagi akan berakibat pada kekacauan hukum (*rechtsverwarring*), dalam arti bahwa *selama tidak diatur berarti boleh, selama belum ada tata cara yang jelas dan diatur berarti bukan tidak boleh*. Hal inilah yang menyebabkan kebingungan (kekacauan) dalam masyarakat mengenai aturan apa yang harus dipakai atau diterapkan. Dalam masyarakat menjadi tidak ada kepastian aturan yang diterapkan untuk mengatur hal-hal atau keadaan yang terjadi.

Sebagaimana telah diungkapkan sebelumnya bahwa perkembangan masyarakat selalu lebih cepat dari perkembangan peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan sebenarnya dibuat sebagai panduan bersikap tindak masyarakat yang dapat menentukan mana yang boleh dan mana yang tidak boleh. Hukum yang stabil dan ajeg dapat menjadi ukuran yang pasti



di masyarakat, namun hukum yang berjalan ditempat pada kenyataannya akan menjadi hukum yang usang yang tertinggal jauh oleh perkembangan masyarakat yang acapkali menimbulkan Kekosongan undang-undang (kekosongan peraturan perundang-undangan) terhadap hal-hal atau keadaan yang berkembang dalam masyarakat yang pastinya belum diatur atau jika sudah diatur, namun tidak jelas bahkan tidak lengkap atau sudah usang. Untuk itu sangat diperlukan suatu hukum yang stabil dan fleksibel dan mampu mengikuti perkembangan tersebut.

Upaya yang dapat dilakukan dalam mengatasi terjadinya Kekosongan undang-undang yaitu melakukan Penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim. Meski terjadi Kekosongan undang-undang, terdapat suatu usaha interpretasi atau penafsiran peraturan perundang-undangan bisa diberlakukan secara positif. Usaha penafsiran terhadap hukum positif yang ada bisa diterapkan pada setiap kasus yang terjadi karena ada kalanya UU tidak jelas, tidak lengkap, atau mungkin sudah tidak relevan dengan zaman (*out of date*). Dalam kondisi UU tidak lengkap atau tidak jelas maka seorang hakim harus melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Adapun metode penemuan hukum apabila terjadi Kekosongan undang-undang dapat dilakukan metode interpretasi/penafsiran Analogi dan metode interpretasi/penafsiran *argumentus a contrario*. Metode interpretasi analogi yaitu memberi penafsiran pada sesuatu peraturan hukum dengan memberi kias pada kata-kata dalam peraturan tersebut sesuai dengan azas



hukumnya sehingga suatu peristiwa yang sebenarnya tidak termasuk kedalamnya dianggap sesuai dengan bunyi peraturan tersebut. Contoh penafsiran penjualan dalam Pasal 1576 KUHPerdota yaitu "Penjualan barang yang disewa tidak memutuskan sewa menyewa kecuali apabila diperjanjikan". Apabila misalnya seseorang menghibahkan rumah miliknya kepada orang lain.

Sedangkan rumah tersebut dalam keadaan disewakan kepada orang lain, bagaimana? Berdasarkan persamaan yang ada dalam perbuatan memberi (hibah), menukar, mewariskan dengan perbuatan menjual, dan persamaan itu adalah perbuatan yang bermaksud mengasingkan suatu benda maka hakim membuat suatu pengertian "bahwa pengasingan (menukar, mewariskan) tidak memutuskan (mengakhiri) sewa menyewa. Pasal 1576 KUHPerdota walau hanya menyebut kata "menjual" masih juga dapat diterapkan pada peristiwa hibah, menukar mewariskan. Oleh konstruksi hukum seperti itu. Hakim dapat menyempurnakan sistem formil hukum.

Contoh lain pada penyelesaian perkara perdata dalam memeriksa kasus permohonan ganti kelamin, yang diajukan oleh Agus Widiyanto (Nadia Ilmira Arkadea) dan telah dikabulkan oleh Hakim Pengadilan Negeri Batang.³⁰⁸ Pada perkara tersebut dijelaskan oleh Humas Pengadilan Negeri Batang bahwa Pengadilan Negeri Batang berani mengabulkan permohonan Nadia berdasarkan landasan hukum. Meski tidak dikenal di KUHPerdota, PN

³⁰⁸ www.idrus.web.id, <http://idrusfirmansyah.multiply.com>, diakses tanggal 25 Oktober 2010.



mengabulkan permohonan ganti kelamin berdasarkan UU Hak Asasi Manusia. Undang-undang ini bisa digunakan karena sudah disepakati masyarakat internasional. Selanjutnya oleh Djohansjah Marzoeki dokter yang memeriksa dan mengoperasi kelamin, menandakan bahwa dia melakukan operasi ganti kelamin semata-mata untuk meringankan derita manusia. "Ada yang menderita karena mengalami transeksual. Jadi ada manusia yang merasa badan tidak sesuai dengan perasaannya atau sebaliknya merasa perasaannya tidak sesuai badannya,". Djohansjah yang mengoperasi Nadia 2005 silam mengaku baru akan mau melakukan operasi pergantian kelamin jika pasien mengalami kondisi tersebut. Jika tidak mengalami hal itu dia akan tegas menolak. Djohansjah juga mendasari tindakannya dengan indikasi dan kontraindikasi. "Selama diperbolehkan dan tidak dilarang, dokter boleh melakukan suatu operasi," bahwa tindakan yang dia lakukan adalah meringankan penderitaan orang lain. Itu moral tinggi dengan menolong penderita transeksual bagi Djohansjah merupakan perbuatan dengan etika moral tinggi. Aspek kedokteran itu berpijak pada etika kedokteran, undang-undang kedokteran, dan sebagainya. Teori etika kedokteran tidak hanya didasarkan pada perbuatan, tapi juga akibat yang baik bagi orang bersangkutan atau diistilahkan teleologi. Artinya, operasi ganti kelamin diperkenankan jika akibatnya baik bagi yang bersangkutan. Kalau sudah dikonfirmasi bahwa memang secara psikologis perasaan dia sebagai wanita dan orientasi seksualnya secara etis diyakini 'berbeda', lalu



sudah dilakukan, tetapi ternyata tidak berhasil, maka berganti kelamin mungkin malah menolong.³⁰⁹

Konstruksi hukum seperti di atas menurut Scholten tidak boleh dilakukan secara sewenang-wenang. Konstruksi itu harus meliputi bahan-bahan yang positif (*Constructive moet de positive stof dekken*). Yang dimaksud dengan bahan-bahan positif adalah sistem materiil undang-undang yang sedang berlaku. Konstruksi itu harus didasarkan atas pengertian-pengertian hukum yang memang ada dalam undang-undang yang bersangkutan dan menjadi dasar undang-undang yang bersangkutan.

Konstruksi tidak boleh didasarkan atas anasir-anasir (elemen-elemen) diluar sistem materiil positif. Didalam hukum pidana analogi dilarang sedangkan metode interpretasi ekstensif dibolehkan (contoh Kasus penyambungan/penyadapan aliran listrik) Hukum di Inggris yang sebagian tertulis (*statute law*) dan sebagian tidak tertulis (*common law*) mengenal analogi. Hakim dalam rangka melakukan penemuan hukum, menerapkan sesuatu ketentuan hukum, bagi suatu keadaan yang pada dasarnya sama dengan suatu keadaan yang secara eksplisit telah diatur dalam ketentuan hukum tersebut tadi, tetapi penampilan atau bentuk perwujudannya (bentuk hukum) lain.

Sementara terkait dengan, metode interpretasi *argumentum a contrario* yaitu suatu penafsiran yang memberikan perlawanan pengertian antara peristiwa kongkret yang dihadapi dengan peristiwa

³⁰⁹ *Ibid.*



yang diatur dalam Undang-undang. Berdasarkan perlawanan ini ditarik suatu pemahaman bahwa perkara yang dihadapi tidak termasuk kedalam Pasal tersebut melainkan diluar peraturan perundang-undangan. Scolten mengatakan bahwa tidak hakekatnya pada perbedaan antara menjalankan Undang-undang secara analogi dan menerapkan Undang-undang secara *argumentum a contrario* hanya hasil dari ke 2 menjalankan Undang-undang tersebut berbeda-beda, analogi membawa hasil yang positif sedangkan menjalankan undang-undang secara *argumentus a contrario* membawa hasil yang negatif. Contoh: Dalam Pasal 34 KUHPerdata menyatakan bahwa seorang perempuan tidak dibenarkan menikah lagi sebelum lewat suatu jangka waktu tertentu yaitu 300 hari sejak perceraian dengan suaminya. Berdasar *argumentus a contrario* (kebalikannya) maka ketentuan tersebut tidak berlaku bagi lelaki/pria. Menurut azas hukum perdata (Eropa) seorang perempuan harus menunggu sampai waktu 300 hari lewat sedangkan menurut Hukum Islam dikenal masa iddah yaitu 100 hari atau 4 x masa suci karena dikhawatirkan dalam tenggang waktu tersebut masih terdapat benih dari suami terdahulu. Apabila ia menikah sebelum lewat masa iddah menimbulkan ketidakjelasan status anak yang dilahirkan dari suami berikutnya. Hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara yang tidak ada aturan hukumnya maka dengan mendasarkan pada pengertian sebaliknya dari suatu peristiwa kongkret yang dihadapi dengan suatu peristiwa kongkret yang telah diatur dalam undang-undang. Hakim mengatakan "peraturan ini saya terapkan pada peristiwa yang tidak diatur ini,

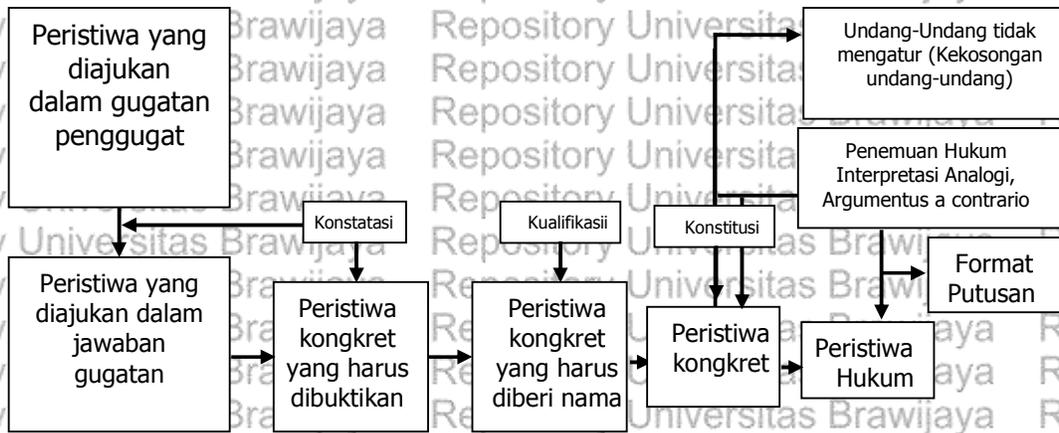


tetapi secara kebalikannya. Jadi pada *a contrario* titik berat diletakkan pada ketidak-samaan peristiwanya.

Berdasarkan uraian tersebut, maka pola penemuan hukum, yang seharusnya ditempuh oleh hakim dalam memeriksa perkara perdata, apabila terdapat Kekosongan undang-undang atau tidak diatur dalam undang-undang dapat dideskripsikan dalam bagan berikut ini:

Bagan 12.

Pola Penemuan Hukum Oleh Hakim Pada Perkara Perdata yang tidak diatur dalam perundang-undangan atau terdapat Kekosongan undang-undang



Atas dasar paparan bagan tersebut, dapat dijelaskan bahwa Hakim dalam memeriksa perkara sebagaimana gugatan yang diajukan penggugat, maka tetap akan mengidentifikasi peristiwa-peristiwa yang terdapat dalam gugatan perkara perdata tersebut untuk dikonstruksikan ke dalam peristiwa-peristiwa yang dipandang telah terjadi berdasarkan bukti-bukti yang diajukan, sehingga dapat dikonstatasi duduk perkara pada peristiwa kongkret tersebut. Pada giliran berikutnya hakim dapat mendiskripsikan dan mengkonstruksi secara jelas tentang peristiwa kongkret yang terjadi. Selanjutnya hakim melakukan identifikasi norma-norma hukum berdasar pada



ketentuan-ketentuan yang diatur dalam undang-undang terkait kejelasan dan kelengkapan pengaturannya, dan apabila ternyata undang-undang tidak mengatur maka hakim akan menggali nilai-nilai hukum yang hidup sesuai rasa keadilan di masyarakat sehingga hakim dapat menemukan dasar filosofi tentang peristiwa hukum yang terjadi sesuai dengan nilai-nilai hukum yang hidup dan rasa keadilan masyarakat untuk dipertimbangkan dalam menentukan status hukum dan kedudukan hukum para pihak yang berperkara sebagai pertimbangan hukum dalam menjatuhkan putusan. Mengingat peristiwa hukum yang terjadi telah memiliki dasar filosofi dari nilai-nilai hukum yang hidup dan rasa keadilan masyarakat, maka hakim dapat menentukan status hukum dan kedudukan hukum para pihak yang berperkara dengan sendirinya dapat dipastikan putusan yang dijatuhkan oleh hakim telah mencerminkan asas-asas kepastian, keadilan dan kemanfaatan.

3.3.4. Pola Penemuan Hukum Karena Peraturan Perundang-undangan yang ada bertentangan dengan Rasa Keadilan Masyarakat

Sebagaimana telah dipahami bahwa dalam pembentukan suatu undang-undang haruslah tuntas, dan seharusnya tidak hanya berhenti sampai disahkan atau diundangkannya suatu peraturan perundang-undangan saja tetapi sampai sosialisasi dan dilakukan uji publik. Hal tersebut dimaksudkan agar meminimalisasi adanya resistensi atau penolakan dari sebagian masyarakat, yang



dikarenakan masyarakat menganggap bahwa undang-undang tersebut tidak sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat itu. Di mana keberadaan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup tersebut, telah mendapat pengakuan dan penghormatan dalam UUD Negara RI Tahun 1945, sebagaimana dituangkan dalam ketentuan Pasal 18 ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945, yang menyatakan "Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang".

Untuk itu, seharusnya setelah undang-undang disahkan dan diundangkan maka dalam implementasinya masih terbuka kemungkinan untuk dilakukannya revisi agar sesuai atau mencerminkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Walaupun telah dilakukan upaya-upaya demikian, sudah menjadi sifat dari suatu undang-undang ternyata sulit untuk menjadi sempurna, kadangkala norma-norma atau kaidah-kaidah yang diatur didalamnya tidak jelas atau karena tidak lengkap atau tidak sesuai bahkan bertentangan dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang ada di masyarakat. Disamping itu, kata-kata dalam undang-undang bersifat dinamis dalam arti kalimat-kalimat atau kata-kata dalam Pasal-Pasal undang-undang yang dirumuskan menyesuaikan dengan perilaku kehidupan masyarakat pada saat undang-undang disusun dan hanya sekedar membayangkan kondisi pada waktu mendatang,



sementara dalam kenyataannya masyarakat yang akan terkena aturan dalam undang-undang ternyata bersifat dinamis dan terus berubah, berkembang sesuai dengan perubahan dan perkembangan jaman.

Dalam konteks penegakkan hukum, undang-undang tersebut merupakan salah satu sarana bagi hakim yang bersifat membatasi dalam memutuskan suatu perkara yang dihadapkan kepadanya.³¹⁰

Apabila ternyata aturan dalam undang-undang tidak jelas atau tidak lengkap atau bertentangan dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat, barulah hakim berusaha untuk mencari dan menemukan dengan menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dan diakui keberadaannya oleh masyarakat atau menggali dalam adat kebiasaan atau dalam hukum adat³¹¹ pada masyarakat tertentu tersebut sesuai dengan perkara kongkret yang sedang diselesaikannya.

Maknanya hakim menerapkan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai alasan dan dasar hukum putusannya. Dengan demikian, nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat dapat menjadi hukum melalui putusan hakim kemudian menjadi yurisprudensi apabila putusan tersebut telah berkekuatan hukum tetap dan sudah berulang-ulang diikuti oleh hakim yang lain dalam perkara yang sama, dan juga nilai-nilai hukum dan rasa keadilan itu dapat membentuk hukum atau hukum tertulis kalau diangkat oleh pembuat undang-undang ke dalam suatu

³¹⁰ Bandingkan dengan A. Pontier menyatakan, *Op.cit.*, hlm. 54.

³¹¹ R. Soepomo, *Op.cit.*, hlm. 11.



peraturan perundang-undangan. Sehubungan dengan pembuatan undang-undang, pembuat undang-undang harus dapat membayangkan seluas-luasnya kegiatan kehidupan masyarakat dalam masa yang akan datang.

Di lain pihak untuk membentuk suatu undang-undang memerlukan proses dan waktu yang lama, apabila terjadi benturan kepentingan dalam masyarakat sehingga terjadi perkara diajukan kepada hakim, maka hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak jelas atau tidak lengkap ataupun tidak ada hukumnya, melainkan harus memeriksa dan memutus perkara itu. Di samping kewajiban hakim tersebut di atas, diwajibkan pula dalam setiap putusan hakim harus menyebutkan alasan dan dasar putusannya dengan menyebutkan Pasal-Pasal undang-undang atau hukum tidak tertulis mana hakim mengambil putusannya tersebut. Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan harus menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya. Di samping itu berupaya untuk menyelesaikan segala persoalan dibalik perkara itu yang mungkin timbul persoalan baru setelah selesai perkara yang sedang ditangani tersebut, maka hakim wajib menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat dengan mendatangkan ahli-ahli di depan persidangan sebagai alasan dan dasar hukum putusan perkara yang dimasukkan kepadanya. Sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 48 Tahun

2009 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman Pasal 5 ayat (1)



menegaskan: "Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat". Konsekuensi dari ketentuan tersebut, hakim harus memahami bahwa dalam masyarakat yang masih mengenal hukum tidak tertulis serta berada dalam masa pergolakan dan peralihan, hakim merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai hukum yang hidup di kalangan rakyat. Untuk itu ia harus terjun ke tengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian hakim dapat memberi keputusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Terdapat hasil penelitian terkait dengan Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung No. Reg: 3641. K/PDT/2001, Tanggal Putusan: 11 September 2002 tentang perkara Perjanjian Akibat Penyalahgunaan Keadaan. Di mana pada waktu penggugat berada di Rutan Polda Metro Jaya diminta menandatangani beberapa akta dan surat. Karena dalam kondisi terpaksa maka penggugat menandatangani akta-akta dan surat tersebut, padahal patut diduga bahwa akta-akta dan surat tersebut merugikan penggugat karena ditandatangani secara terpaksa dan terlaksana di sel tahanan Polda Metro Jaya.³¹²

Dalam memeriksa dan menyelesaikan perkara ini hakim mempertimbangkan tentang posisi hukum para pihak untuk menilai kebebasan dalam membuat perjanjian dengan pertimbangan bahwa

³¹² Amar Putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung: No. Reg: 3641. K/PDT/2001, Tanggal Putusan: 11 September 2002.



azas kebebasan berkontrak tidak bersifat mutlak yang berarti dalam keadaan tertentu hakim berwenang melalui tafsiran hukum untuk meneliti serta menyatakan bahwa kedudukan para pihak dalam suatu perjanjian berada dalam keadaan yang tidak seimbang, sehingga salah satu pihak dianggap tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya seolah-olah perjanjian terjadi secara sepihak. Mengingat sistem hukum perjanjian yang bersifat terbuka, maka pada saat terjadi perjanjian yang berlaku tidak hanya KUHPerdata atau hukum adat, tetapi nilai-nilai hukum lainnya yang hidup di kalangan rakyat lainnya sesuai dengan kepatutan, keadilan, dan kemanusiaan, seperti penyalahgunaan keadaan atau larangan penyalahgunaan ekonomi yang berlaku secara berdampingan dan saling mengisi, sehingga merupakan suatu kesatuan. Oleh karena itu, nilai-nilai yang dimaksud mempunyai pengaruh yang dapat dipakai sebagai upaya terhadap ketentuan-ketentuan yang telah disepakati. Dengan demikian, penandatanganan perjanjian tersebut dilakukan ketika ia berada dalam tahanan dapat dipandang telah bertentangan dengan kepatutan karena adanya penyalahgunaan keadaan atau kesempatan sehingga tergugat sebagai salah satu pihak dalam perjanjian-perjanjian yang telah disepakati dalam keadaan tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya. Berarti akibat hukum yang dibuat sebagaimana tersebut dalam perjanjian harus dibatalkan. Keberatan ini dapat dibenarkan karena pengadilan tinggi salah dalam menerapkan hukum, karena Pasal 1338 KUHPerdata menentukan semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-



undang bagi mereka yang membuatnya, sehingga dalam perjanjian dimana disepakati dalam keadaan tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya adalah tidak sah maka pemohon kasasi tidak terikat oleh perjanjian tersebut.

Pada putusan tersebut di atas, hakim dalam menerapkan ketentuan undang-undang tidak bersikap mekanik, yaitu walaupun telah ditentukan dalam Pasal 1338 KUHPdata, tetapi karena saat terjadinya dengan disertai penyalahgunaan keadaan atau kesempatan, sehingga salah satu pihak dalam membuat kesepakatan dalam kondisi terpaksa maka apabila perjanjian yang disepakati dengan terpaksa tersebut diberlakukan maka dapat dianggap telah bertentangan dengan nilai-nilai kepatutan (ketertiban) dan rasa keadilan. Jadi di sini hakim tidak hanya menjadi mulut atau corong undang-undang tetapi tetap memeriksa dan menilai keberlakuan dari ketentuan undang-undang yang akan diterapkan.

Dalam rangka pembaharuan hukum, hakim tidak hanya merupakan mulut atau terompet undang-undang, tapi hakim harus membentuk hukum (*judge made the law*) melalui penemuan hukum (*rechtsvinding*), sekalipun dibatasi oleh metode yang dapat dipertanggungjawabkan secara ilmu hukum sehingga hakim disamping fungsinya sebagai penegak hukum dan keadilan sekaligus juga berfungsi sebagai pembaharu hukum.³¹³

Hakim dalam menyelesaikan perkara yang dihadapkan kepadanya, apabila peristiwa kongkret sebenarnya telah diatur dalam

³¹³ Sunaryati Hartono, *Op.cit.*, hlm. 9.



undang-undang tetapi ternyata ketentuan-ketentuan tersebut bertentangan dengan rasa keadilan atau ketertiban umum, di sini hakim dapat dikatakan telah melakukan kajian hermeneutika hukum, hakim lebih dahulu memahami atau mengetahui norma-norma hukum yang ada, sehingga dapat melakukan penafsiran secara tepat. Di sini hakim tidak hanya mendasarkan pada norma-norma hukum yang tertuang dalam undang-undang saja, tetapi juga melakukan kajian terhadap kondisi masyarakat dan perkembangan serta kemajuan masyarakatnya, dengan menggali dan meneliti makna-makna hukum yang dilihat dari sudut pandang para pihak yang berperkara.³¹⁴

Jadi, penemuan hukum oleh hakim apabila peristiwa kongkret sebenarnya telah diatur dalam undang-undang tetapi ternyata ketentuan-ketentuan tersebut bertentangan dengan rasa keadilan atau ketertiban umum, tidak semata-mata menyangkut penerapan peraturan hukum terhadap peristiwa kongkret, tetapi juga penciptaan hukum dan pembentukan hukumnya sekaligus.³¹⁵

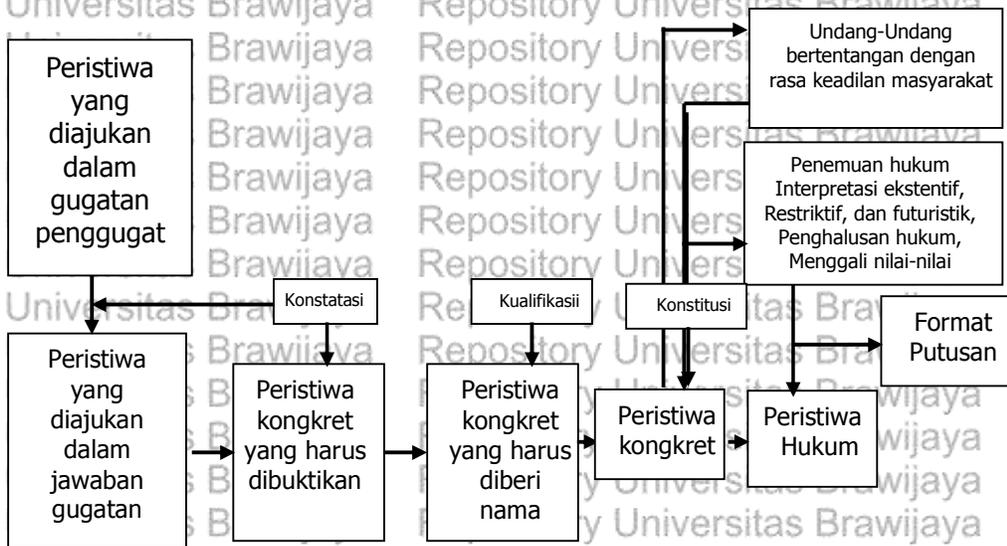
Adapun pola penemuan hukum, yang seharusnya ditempuh oleh hakim dalam memeriksa perkara perdata, apabila peristiwa kongkret telah diatur dalam undang-undang tetapi ternyata ketentuan-ketentuan tersebut bertentangan dengan rasa keadilan atau ketertiban umum, maka dapat dideskripsikan pola penemuan hukumnya sebagaimana bagan berikut ini:

³¹⁴ Jazim Hamidi, *Op.cit.*, hlm.35.

³¹⁵ *Ibid.*, hlm. 39.

Bagan 13.

Pola Penemuan Hukum Oleh Hakim Pada Perkara Perdata yang diatur dalam perundang-undangan tapi bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat



Pada deskripsi bagan tersebut, dapat dijelaskan bahwa Hakim dalam memeriksa perkara sebagaimana gugatan yang diajukan penggugat, maka tetap akan mengidentifikasi peristiwa-peristiwa yang terdapat dalam gugatan perkara perdata tersebut untuk dikonstruksikan ke dalam peristiwa-peristiwa yang dipandang telah terjadi berdasarkan bukti-bukti yang diajukan, sehingga dapat dikonstataasi duduk perkara pada peristiwa kongkret tersebut. Pada giliran berikutnya hakim dapat mendiskripsikan dan mengkonstruksi secara jelas tentang peristiwa kongkret yang terjadi. Selanjutnya hakim melakukan identifikasi norma-norma hukum berdasar pada ketentuan-ketentuan yang diatur dalam undang-undang terkait kejelasan dan kelengkapan pengaturannya, dan apabila ternyata undang-undang telah mengatur tetapi ternyata bertentangan



dengan rasa keadilan dan ketertiban umum maka hakim akan melakukan penggalan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat serta melakukan interpretasi (ekstentif, restriktif, dan futuristik, penghalusan hukum (*rechtverfijning*) agar dapat diterapkan pada peristiwa kongkret tersebut dan diketahui peristiwa hukumnya secara tepat sesuai rasa keadilan di masyarakat untuk dipertimbangkan dalam menentukan status hukum dan kedudukan hukum para pihak yang berperkara sebagai pertimbangan hukum dalam menjatuhkan putusan. Mengingat peristiwa hukum yang terjadi telah ditemukan dan disesuaikan dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat sehingga telah tepat dengan menyesuaikan pada kondisi perkembangan masyarakat dan kemajuan jaman dengan tetap mendasarkan pada ketentuan undang-undang yang telah diinterpretasikan oleh hakim, maka hakim dapat menentukan status hukum dan kedudukan hukum para pihak yang berperkara dengan sendirinya dapat dipastikan putusan yang dijatuhkan oleh hakim telah mencerminkan asas-asas kepastian, keadilan dan kemanfaatan.

Pertentangan Undang-Undang dengan nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat dalam arti kebiasaan dalam masyarakat sering ditemui oleh hakim seperti dalam kasus putusan Pengadilan Negeri Kabanjahe No. 2/Pdt.G/1999/PN.Kbj Tanggal 2 Maret 1999. Tentang keabsahan perkawinan secara Adat Karo dan Gugatan Janda terhadap keluarga dekat almarhum suaminya agar Perkawinannya dengan almarhum suaminya



dinyatakan putus dengan jalan perceraian karena kematian, majelis hakim dalam mengkonstatasi perkara menemukan fakta fakta hukum yaitu: Pada tanggal 10 Juni 1983 bertempat di Desa Kutambaru Kabupaten Karo, Penggugat telah melangsungkan perkawinan dengan sumainya secara Adat Karo, tidak meneurut agama dan karena itu pula tidak dapat didaftarkan di Kantor Catatan sipil setempat. Setelah melangsungkan perkawinan tersebut mereka hidup membina rumah tangga dan bergaul dengan masyarakat setempat, telah mempunyai anak kandung dari perkawinan tersebut, juga telah mempunyai harta bersama, kemudian pada tanggal 25 Juni 1998. Sumami penggugat telah meninggal dunia dengan meninggalkan penggugat beserta anaknya dan harta perkawinan mereka. Pada tahun 1999 Penggugat mengajukan gugatan perceraian ke Pengadilan Negeri Kabanjahe, dengan petutun pada pokoknya agar perkawinan penggugat dengan almarhum suaminya dinyatakan putus dengan jalan perceraian kerena kematian.

Majelis hakim telah mengkualifikasi Peristiwa konkrit perkara tersebut yaitu; 1.Kedudukan *Anak Beru Tua*. Yang ditarik sebagai pihak Tergugat. 2.Keabsahan Perkawinan secara Adat Karo tanpa melalui agama dan tidak dicatatkan dan 3.Alasan perceraian.

Majelis hakim dalam pertimbangan hukumnya menyatakan: bahwa tergugat selaku keluarga terdekat dan paling bertanggung jawab dari almarhum suami penggugat yang dikenal dengan *Anak Beru Tua*, sedangkan saudara kandung dan orang tua almarhum



semuanya telah meninggal dunia, maka tergugatlah satu satunya yang paling patut untuk digugat. Bahwa di Tanah Karo pada umumnya masih merupakan hukum yang hidup di dalam masyarakat tentang perkawinan secara Adat, jika perkawinan dilakukan secara adat maka sudah sah karena itu meskipun perkawinan penggugat dengan suaminya yang dilangsungkan menurut adat pada tahun 1983 adalah sah menurut hukum. Suami penggugat telah meninggal pada tanggal 25 Juni 1998, menurut adat istiadat karo walaupun almarhum suami penggugat telah meninggal dunia namun secara kekerabatan (clan) masih terikat kedalam keluarga almarhum suaminya. Berdasarkan Undang-Undang Perkawinan No 1 Tahun 1974 Pasal 38 sub a, menyatakan perkawinan putus karena kematian sehingga dengan demikian yang bertentangan dengan undang-undang harus dipertimbangkan.

Majelis hakim setelah menemukan aturan hukum yang diyakininya adil dan tepat diterapkan untuk menyelesaikan peristiwa konkrit perkara a quo, dengan menapsirkan pasal 2 ayat (1) dengan penapsiran Gramatikal, kata dan kalimat jelas suatu adalah keharusan secara hukum positif, kemudian Majelis Hakim melihat kedalam kesadaran hukum masyarakat melalui penapsiran Teleologis/sosiologis, aturan hukum tersebut dikaitkan dengan kebutuhan masyarakat jika apabila langsung diterapkan apa adanya akan menimbulkan persoalan baru dalam masyarakat setempat, sehingga majelis Hakim mengambil alih nilai nilai dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat tersebut, sebagai



alasan dan dasar hukum putusannya, setelah menggali, memahami dan mengikutinya sebagai mana diperintahkan dalam pasal 5 ayat

(1) Undang Undang No.48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman. Aturan hukum yang ditemukan dan telah dijelaskan kemudian dirumuskan dalam Format putusan. Amar putusan Pengadilan Negeri Kabanjahe Nomor 2/Pdt.G/ 1999/ PN.Kbj.

1.Menyatakan gugatan penggugat dikabulkan untuk seluruhnya

2.Menyatakan bahwa perkawinan Penggugat dengan almarhum suaminya yang dilangsungkan secara adat istiadat Karo pada tanggal 10 Juni 1983 di Desa Kutambaru Kabupaten Karo sah menurut hukum. 3. Memenyatakan perkawinan penggugat dengan almarhum suaminya yang dilangsungkan secara Adat Karo pada tanggal 10 Juni 1983 di Desa Kutambaru Kabupaten Karo putus dengan jalan perceraian kerna kematian. 4. Menyatakan dst.

Pertimbangan hukum Putusan Pengadilan Negeri Kabanjahe tersebut dapat dianalisa sebagai berikut; Mengenai pihak tergugat dalam perkara tersebut adalah *Anak Beru Tua* (keluarga terdekat dari almarhum sumai penggugat), lazimnya pihak dalam perkara gugatan adalah seseorang yang dianggap oleh penggggat telah mengganggu hak atau kepentinganya atau yang berkepentingan langsung dalam perkara tersebut, ataupun pihak yang ditarik oleh salah satu pihak untuk menjadi pihak dalam perkara. Majelis hakim, menerima *Anak Beru Tua* sebagai pihak tergugat dalam perkara ini, didasari adanya kepentingan tergugat yang paling bertanggung jawab terhadap almarhum suami penggugat yang hanya ada



berdasarkan adat karo³¹⁶. Ketentuan Pasal 38 sub a, UU No 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dihubungkan dengan petitum gugatan penggugat yang dikabulkan oleh hakim dalam amar putusannya yang menyatakan. Perkawinan putus dengan jalan perceraian karena kematian yang telah dipertimbangkan oleh hakim, walaupun almarhum suami penggugat telah meninggal dunia namun secara kekerabatan (*klan*) penggugat masih terikat dalam keluarga marga almarhum suaminya sebagai konsekuensi perkawinan *Patrilineal chart* dengan bentuk kawin jujur dalam Adat Karo, yaitu sejak dilangsungkan perkawinan maka penggugat telah masuk kedalam kerabat keluarga (*klan*) suaminya, dengan meninggalnya suami penggugat tidak otomatis putus hubungan kekerabatan antara penggugat dengan kekerabatan (*klan*) almarhum suaminya, yang telah dipertimbangkan oleh majelis hakim sehingga dapat dipahami bahwa hakim telah menggali, memahami dan mengikuti nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat setempat.³¹⁷ Dalam hal ini penulis berpendapat yang diinginkan oleh penggugat mengajukan gugatan ke Pengadilan adalah agar penggugat bisa lepas atau keluar dari (*klan*) kerabat keluarga almarhum suaminya sehingga dalam amar putusan seperti itu perlu dicantumkan "Menyatakan Tergugat telah keluar dari Kekerabatan (*klan*) almarhum suaminya. Putusan tersebut menunjukkan bagaimana upaya yang dilakukan oleh hakim dalam hal Undang-

³¹⁶ Garis keturunan dari *Anak Beru Tua* adalah dalam hubungan istimewa terhadap satu keturunan pendiri di *Tanah Karo*. Rehngena Purba, *Op.Cit*: hlm.13.

³¹⁷ Pasal 5 ayat (1) UU No 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.



BAB IV

KESIMPULAN DAN REKOMENDASI

5.1. Kesimpulan

Berdasarkan paparan latar belakang, hasil penelitian dan analisis yang telah diuraikan pada bab-bab terdahulu dalam penelitian disertai ini, maka dapat diperoleh pemahaman terhadap permasalahan yang ada dan dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut:

1. Dasar hukum bagi hakim untuk melakukan penemuan hukum sudah diatur di dalam hukum positif Indonesia (Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Peradilan Umum, Undang-Undang Mahkamah Agung), yaitu: hakim merdeka dan mandiri, tidak boleh menolak untuk mengadili, dan wajib membuat pertimbangan hukum putusan dengan menyebutkan pasal peraturan perundang-undang atau hukum tidak tertulis sebagai dasar mengadili, dengan menerapkan makna mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang sehingga dihasilkan putusan perkara perdata yang sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian dapat dipahami bahwa hakim dalam menjatuhkan putusan berdasarkan hukum tertulis atau hukum yang hidup. Sebagai manifestasi pelaksanaan tugas hakim yang baik dalam membuat putusan dapat dikaji dari perspektif (sudut pandang) intelektual, perspektif etik, perspektif hukum, perspektif kesadaran beragama dan perspektif teknik peradilan.



2. Tahap-tahap pertimbangan hukum putusan hakim dalam melakukan penemuan hukum untuk menyelesaikan perkara perdata harus melewati tahap mengkonstatasi, mengkualifisir, mengkonstitusi atau mencari, menemukan dan menjelaskan aturan hukum yang tepat untuk menyelaskan peristiwa kongkret dengan memperhatikan pola penemuan hukum, serta tahap menerapkan aturan hukum yang ditemukan pada peristiwa kongkret serta merumuskan aturan hukum dalam format putusan, sehingga hakim bersifat *otonom*. Di samping itu tahap-tahap penerapan hukum atau menerapkan hukum apa adanya, tetap juga melalui tahap mengkonstatasi, mengkualifikasi, mengkonstitusi dan langsung menerapkan hukum tertulis tersebut ke dalam peristiwa hukum dengan merumuskan dalam format putusan tanpa melakukan penemuan hukum sehingga hakim bersifat *heteronom*.

3. Terdapat 4 (empat) pola penemuan hukum oleh hakim dalam perkara perdata, yaitu:

- 1). Pola penemuan hukum, yang seharusnya ditempuh oleh hakim dalam memeriksa perkara perdata, apabila peristiwa kongkret telah diatur dalam undang-undang tetapi tidak jelas, maka hakim melakukan interpretasi (gramatikal, sistematis, teleologis/sosiologis, autentik/resmi) agar dapat diterapkan pada peristiwa kongkret tersebut sebagai alasan dan dasar pertimbangan hukum oleh hakim dalam mengadili dan menyelesaikan titik sengketa para pihak.



2). Pola penemuan hukum, yang seharusnya ditempuh oleh hakim dalam memeriksa perkara perdata, apabila peristiwa kongkret telah diatur dalam undang-undang tetapi ternyata ketentuan-ketentuan tersebut sudah ketinggalan jaman, atau sudah usang, maka hakim melakukan interpretasi (ekstentif, restriktif, dan futuristik, penghalusan hukum (*rechtverfijning*) agar dapat diterapkan pada peristiwa kongkret tersebut sebagai alasan dan dasar pertimbangan hukum oleh hakim dalam mengadili dan menyelesaikan titik sengketa para pihak.

3). Pola penemuan hukum, yang seharusnya ditempuh oleh hakim dalam memeriksa perkara perdata, apabila terdapat kekosongan hukum atau tidak diatur dalam undang-undang maka hakim akan melakukan penemuan dengan menggunakan metode interpretasi/penafsiran analogi dan metode interpretasi/penafsiran *argumentus a contrario*, serta menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, sebagai alasan dan dasar hukum untuk mengadili dan menyelesaikan titik sengketa para pihak.

4). Pola penemuan hukum oleh hakim pada perkara perdata yang diatur dalam perundang-undangan tapi bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat atau ketertiban umum, maka hakim melakukan penggalan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat atau melakukan interpretasi (ekstentif, restriktif, dan futuristik, penghalusan hukum (*rechtverfijning*) atau pun dengan asas hukum, agar dapat diterapkan pada peristiwa



kongkret sebagai alasan dan dasar hukum dalam mengadili dan menyelesaikan titik sengketa para pihak.

5.2. Rekomendasi

Memahami hasil penelitian dan analisis hasil penelitian serta kesimpulan yang telah dipaparkan dalam penelitian disertasi ini, maka dapat direkomendasikan beberapa hal, sebagai berikut:

1. Kemandirian dan kebebasan hakim yang telah diatur dalam undang-undang, sekaligus melalui kekayaan intelektual dan kematangan jiwa serta etika, tetap disempurnakan, karena melalui kebebasan dan kemandirian hakim dapat menemukan hukum yang sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat yang merupakan salah satu bentuk tuntutan reformasi. Dasar putusan hakim yang utama adalah hukum tertulis, kecuali undang-undang tidak sempurna (tidak jelas, tidak mengatur, sudah usang atau ada pertentangan norma hukum), maka hakim wajib melakukan penemuan hukum dengan menerapkan makna mengadili menurut hukum dan tidak membeda-bedakan orang (*equality before the law*). Mengingat saat ini sudah tidak pada tempatnya lagi apabila hakim sebagai corong undang-undang tetapi harus menjadi corong keadilan.
2. Perlu dipertegas dan disosialisasikan melalui surat edaran Mahkamah Agung agar setiap pertimbangan hukum putusan hakim harus melalui tahap mengkonstatasi, mengkualifikasi, mengkonstitusi dan menerapkan aturan hukum itu pada peristiwa kongkret serta merumuskannya dalam format putusan. Tahapan ini haruslah dibuat



secara benar dan tepat baik urutannya maupun isinya, untuk memenuhi transparansi publik dan akuntabilitas putusan hakim khususnya kepada para pihak dan akademisi agar dapat memberikan masukan.

3. Agar Mahkamah Agung mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung tentang pedoman penemuan hukum bagi hakim di Indonesia supaya tidak ada keraguan dalam melakukan penemuan hukum dengan masukan pola penemuan hukum hasil penelitian ini. Mahkamah Agung diharapkan mempertegas kedudukan yurisprudensi tetap sebagai sumber hukum bagi hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara perdata. Selain itu diharapkan kepada akademisi agar dapat melakukan penelitian lanjutan untuk penyempurnaan penelitian penemuan hukum ini.

**DAFTAR PUSTAKA****Buku dan Hasil Penelitian**

A. Masyhur Effendi. Dimensi dan Dinamika Hak Asasi Manusia. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994.

A. Mukthie Fadjar. "Peran "The Rule of Law" Dalam Penguatan "Civil Society", dalam IDEA Kumpulan Makalah "Konstitusi dan Demokrasi", Jakarta: IDEA, 2001.

Abdulkadir Muhammad. Etika Profesi Hukum. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001.

_____. Hukum dan Penelitian Hukum. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004.

Ade Maman Suherman. Pengantar Perbandingan Sistem Hukum. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2008.

Ade Saptomo. Hukum dan Kearifan Lokal, Revitalisasi Hukum Adat Nusantara, Jakarta: PT. Grasindo Persada, 2010.

Ahmad Rifai. Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif. Jakarta: Sinar Grafika, 2010.

Ahmad Kamil dan M. Fauzan. Kaedah-kaedah hukum Yurisprudensi. Jakarta: Penerbit Pranada Media Group, 2008.

Amirudin dan Zainal Asikin. Pengantar Metode Penelitian Hukum. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2003.

Arief Sidharta. Refleksi Tentang Hukum. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999.

Bagir Manan. Kekuasaan Kehakiman Indonesia dalam UU No. 4 Tahun 2004. Yogyakarta: FH UII Press, 2007.

_____. Menegakkan Hukum Suatu Pencarian. Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia, 2009.

Bambang Sutiyo. Reformasi Keadilan dan Penegakan Hukum Di Indonesia. Yogyakarta: UII Press, 2010.

C. Asser, Mr. Paul Scholtes. Penuntun Dalam Mempelajari Hukum Perdata Belanda. Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 1986.

C.S.T. Kansil. Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia. Jakarta: Balai Pustaka, 1979.

_____. Cristine S.T. Kansil. Pengantar Ilmu Hukum Indonesia. Jakarta: Rineka Cipta, 2011.



Chidir Ali. Teori-Teori Hukum Dewasa Ini. Bandung: Chidir Ali Memory Book, 1976.

Darji Darmodiharjo dan Shidarta. Pokok-Pokok Filsafat Hukum Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1999.

Darwan Prinst. Batak Karo. Medan: Bina Media Printist, 2004.

Esmi Warassih. Pranata Hukum: Sebuah Telaah Sosiologis, Semarang: Suryandaru Utama, 2005.

Friedman, Lawrence M. The Legal System: A Social Science Perspective, Russell Sage Foundation, New York, 1975.

Hans Kelsen. Teori Umum tentang Hukum dan Negara, (General Theory of Law and Satate): Terjemahan Raisul Muttaqin, Bandung: Nusamedia & Penerbit Nuansa, 2006.

Iskandar Kamil. "Kode Etik Profesi Hakim," dalam Pedoman Perilaku Hakim (Code of Conduct), Kode Etik Hakim dan Makalah Berkaitan. Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2006.

J.A Pontier, terj. B. Arief Sidharta. Penemuan Hukum (Rechtvinding). Bandung: Unika Parahiyangan, 2000.

J.J. H. Bruggink, Arief Sidharta. Refleksi Tentang Hukum. Bandung: Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, 1999.

Jazim Hamidi. Revolusi Hukum Indonesia. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.

_____. Hermeneutika Hukum, Sejarah-Filsafat dan Metode Tafsir, Malang: UB Press, 2011.

Jimly Assiddiqie. Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2011.

Johnny Ibrahim. Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif. Malang: Bayu Media Publising, 2005.

Khudzaifah Dimiyati, Dkk. Potret Profesionalisme Hakim Dalam Putusan. Komisi Yudisial: Jakarta, 2010.

Kusnu Goesniadhie, Harmonisasi Sistem Hukum Mewujudkan Tata Pemerintahan Yang Baik, Malang: Asah Asih Asuh, 2010

Lily Rasyidi. Dasar-Dasar Filsafat Hukum". Bandung: Alumni, 1982.



Lily Rasyidi dan LB Wijata Putra. Hukum Sebagai Suatu Sistem. Bandung: Remaja Rasdakarya, 1993.

Lilik Mulyadi. Putusan Hakim Dalam Hukum Acara Perdata. Teori, Praktik, Teknik Membuat dan Permasalahannya, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2009.

M. Arsyad Sanusi. Konvergensi Hukum & Teknologi Informasi, (Sebuah Torehan Empiris – Yuridis). Jakarta: The Indonesian Rearch, 2007.

M. Yahya Harahap. Kekuasaan Mahkamah Agung Pemeriksaan Kasasi dan Peninjauan Kembali Perkra Perdata, Sinar Grafika: Jakarta, 2008.

_____. Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan. Sinar Grafika: Jakarta, 2005.

Mahadi. Sumber-Sumber Hukum. Jakarta: N.V. Soeroengan, 1958.

Maria Farida Indrati Soeprapto. Ilmu Perundang-Undangan. Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 1998.

_____. Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan. Yogyakarta: Kanisius, 2007.

Marwan Mas. Pengantar Ilmu Hukum. Ghalia Indonesia: Jakarta, 2003.

Mochtar Kusumaatmadja. Pembinaan Hukum dalam Kerangka Pembangunan Nasional, Binacipta: Bandung, 1986.

Muladi. Hak Asasi Manusia, Hakekat, Konsep dan Implikasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat. Bandung: Refika Aditama, 2007.

Padmo Wahyono, Dkk. Kerangka Landasan Pembangunan Hukum. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1989.

Paulus Hadi Suprpto., Dkk. Menemukan Substansi dalam Keadilan Prosedural. Jakarta: Komisi Yudisial Republik Indonesia, 2010.

Peter Mahmud Marzuki. Penelitian Hukum. Jakarta: Prenada Media, 2005.

Philipus M. Hadjon. Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia. Surabaya: Peradaban, 2007.

Purwoto S. Ganda Subrata. Renungan Hukum. Jakarta: IKAHI Cabang Mahkamah Agung, 1998.

Puslitbang Mahkamah Agung RI. Rencana Kerja Bidang Hukum. Jakarta: MARI, 1995.

R. M. Suryodiningrat. Perikatan-Perikatan Bersumber Undang-Undang. Bandung: Tarsito, 1980.



R. Soepomo. Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri. Jakarta: Pradnya Paramita, 1993.

_____. Bab-Bab Tentang Hukum Adat. Jakarta: Pradnya Paramita, 1998.

Radbruch, Gustav. Einführung in die Rechtswissenschaft. Stuttgart: KF. Kohler, 1961.

Rawls, John. A Theory of Justice (Revised Edition). Harvard University Press: Cambridge-Massachusetts, 2003.

Raz, Joseph. The Concept of Legal System, An Introduction to the Theory of the Legal System. London: Oxford University Press, 1973.

Rehngena Purba. Runggu dan Peranannya dalam Masyarakat Karo. Medan: Penerbit Intan Dirja Lela, 1996.

Robert P. Burn. A Theory of the Trial. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

Ronny Hanitijo Soemitro. Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1999.

Rosa Agustina. Perbuatan Melawan Hukum. Jakarta: Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.

Rusli Muhammad. Kemandirian Pengadilan Indonesia. Yogyakarta: FH-UII Press, 2010.

Satjipto Rahardjo. Hukum Dalam Jagat Ketertiban. Jakarta: UKI Press, 2006.

_____. Ilmu Hukum. Bandung: Almunir, 1993.

_____. Penegakkan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologi Hukum. Bandung: Sinar Baru, 1983.

Soedjono Dirjosisworo. Pengantar Ilmu Hukum. Jakarta: Rajawali, 1998.

Sunaryati Hartono. Peranan Pengadilan Dalam Rangka Pembinaan dan Pembaharuan Hukum Nasional. Jakarta: Penerbit Bina Cipta, 1975.

Subekti. Dasar-dasar Hukum dan Pengadilan. Jakarta: Penerbit Soeroengan, tanpa tahun.

Sudikno Mertokusumo. Penemuan Hukum Suatu Pengantar. Yogyakarta: Liberty, 2001.



_____. Hukum Acara Perdata Indonesia. Yogyakarta: Liberty, 1998.

_____. Teori Hukum. Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2011.

_____. dan A. Pitlo. Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum. Jakarta: Citra Aditya Bakti, 1993.

Soetandyo Widjosebroto. Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional, Dinamika Sosial Politik dalam Perkembangan Hukum di Indonesia. Jakarta: Rajawali Press, 1994.

_____. Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya. Jakarta: Huma, 2002.

Soerjono Soekanto. Fungsi Hukum dan Perubahan Sosial. Bandung: Citra Aditia Bakti, 1991.

_____. Mengenai Sosiologi Hukum. Bandung: Alumni, 1981.

Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji. Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1995.

Soerodjo Wignjodipoero. Pengantar Ilmu Hukum. Jakarta: Gunung Agung, 1985.

Soeyono Koesoemo Sisworo. Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum. Semarang: Universitas Diponegoro, 1998.

Solly M. Lubis. Sistem Hukum. Medan: Universitas Sumatera Utara, 1988.

Sugijanto Darmaji. Kedudukan Hukum dalam Ilmu dan Filsafat. Jakarta: Mandar Maju, 1998.

Theo Huijbers OSC. Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah, Yogyakarta: Yayasan Kanisius, 1982.

Tim UJM FH UB. Pedoman Penyusunan Proposal Penelitian dan Penulisan Tesis dan Disertasi. Malang: Universitas Brawijaya Press (UB Press), 2009.

W. Friedmann. Teori dan Filsafat Hukum Idealisme Filosofis & Problema Keadilan. Jakarta: Rajawali Pers, 1990.

W.J.S. Poerwodarminto. Kamus Umum Bahasa Indonesia. Jakarta: PN Balai Pustaka, 1991.

Yakup Ginting. Penerapan Nilai-nilai Hukum yang Hidup Dalam Masyarakat oleh Hakim Dalam Perkara Perceraian dari Perkawinan yang tidak Dicatatkan di Kantor Catatan Sipil. Tesis Program Pascasarjana Universitas Sumatera Utara. Medan, 2002.



Nurhaida Betty Aritonang, Standar Operasional Prosedur (SOP) Penyelesaian Perkara Perdata Pengadilan Tingkat Pertama dan Tingkat Banding, (Pengadilan Tinggi Banjarmasin, Banjarmasin ; 2010

Yudha Bhakti Ardihiwisastra, Penafsiran dan Kontruksi Hukum, Alumni, Bandung, 2000.

Jurnal dan Makalah

Marzuki Darusman, Penegakkan Hak Asasi Manusia dalam Negara Hukum (Berdasarkan) Pancasila. Makalah dalam Seminar Nasional Pelaksanaan Hak-Hak Asasi Manusia Berdasarkan Pancasila Dalam Era Globalisasi, IKIP Malang, 10 Juli 1995; Malang, 1995.

Philipus M. Hadjon, "Ide Negara Hukum Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", Makalah dalam Simposium tentang Politik, Hak Asasi Manusia dan Pembangunan, Unair-Surabaya, 3 November 1994,

Setiawan. Hakim di Tengah Konflik Sosial. Majalah Forum Keadilan. No. 19 Tahun VI, tanggal 19-11-1997, Jakarta, 1997.

Setiawan. Artikel atau Menemukan Hukum. Majalah Forum Keadilan No. 18 Tahun IV tanggal 15 Desember 1997, Jakarta, 1997.

Siahaan, Lintong O. "Peran Hakim Agung dalam Penemuan Hukum (Rechtsvinding) dan Penciptaan Hukum (Rechtsschepping) pada Era Reformasi dan Transformasi", Artikel dalam Varia Peradilan, No. 252 November 2006. Jakarta, 2006.

Varia Peradilan No. 252 November 2006, Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta 2006

Yakup Ginting. Menyamakan Presepsi Tentang Pertimbangan Hukum Putusan Hakim Dalam Menyelesaikan Perkara Perdata Di Kalimantan Selatan, Makalah Bimbingan Teknis Untuk KPN, WkPN, Hakim Pengadilan Negeri Di Lingkungan Pengadilan Tinggi Banjarmasin, Banjarmasin Tanggal 17 Maret 2011

Temuan Hakim Tinggi Pengawas Pn. Banjarbaru. Makalah Disampaikan Dalam Rapat Di Pn. Banjarbaru. Tanggal 28-9-2010.

Internet

Bagir Manan, Putusan Hakim yang Baik, Post by on Mei, 20, 2009, diakses pada Juli 2009, <http://www.blogger.com/post-create>.

<http://catatansangpengadil.blogspot.com/2010/04/selintas-tentang-etika-profesi-hakim>.



Bambang Sutiyoso. "Metode Penemuan Hukum: Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti dan Adil. <http://id.shvoong.com/books/1902522-metode-penemuan-hukum-upaya-mewujudkan/>. 02/06/2009.

Herman. "Penemuan Hukum (Rechtsvinding)". <http://herman-notary.blogspot.com/2010/03/penemuan-hukum-rechtsvinding.html>. Selasa, 16 Maret 2010.

<http://catatansangpengadilan.blogspot.com/2010/04/selintas-tentang-etika-profesi-hakim>.

Mohammad Aldyan. "Macam-Macam Penemuan Hukum". Diakses tanggal 15 Oktober 2009. <http://masyarakathukum.blogspot.com/2008/03/macam-macam-penemuan-hukum.html>. Maret 2008.

Muliadi Nur. "Perbandingan Metode Penemuan Hukum". <http://www.pojokhukum.blogspot.com/2008/03/perbandingan-metode-penemuan-hukum.html>. 24/03/2008.

Patawari. "Proses Penemuan Hukum" diakses tanggal 20 Nopember 2010. <http://patawari.wordpress.com/2009/03/12/proses-penemuan-hukum/>. 12/03/2009.

_____, http://greasy.com/dansur/peranan_hakim_dalam_penemuan.html

_____, <http://www.infoskripsi.com/Table/Proposal/ProposalPenelitianKualitatif.html>

_____, http://www.infoskripsi.com/Resource/Jenis-jenis_Penelitian_Ilmiah.html

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945, Amandemen pertama 1999 sampai amandemen keempat 2002.

Republik Indonesia. Ketetapan MPR Tentang Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN) Republik Indonesia .Tap MPR Nomor II/MPR/1973 .

Republik Indonesia. Ketetapan MPR Tentang Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN) Republik Indonesia .Tap MPR Nomor IV/MPR/1978 .

Republik Indonesia. Undang-Undang Tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman Nomor 14 Tahun 1970 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Republik Indonesia Tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman Nomor 35 Tahun 1999 (dicabut dengan Undang-Undang Republik Indonesia Tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman Nomor 04 Tahun 2004).



Republik Indonesia Undang-undang Tentang Perubahan kedua Atas Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung. UU Nomor 3 Tahun 2009. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 3 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4958.

Republik Indonesia Undang-Undang Tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman Nomor 04 Tahun 2004. (dicabut dengan Undang-Undang Republik Indonesia tentang Kekuasaan Kehakiman Nomor 48 Tahun 2009).

Republik Indonesia Undang-Undang Tentang Kekuasaan Kehakiman. UU Nomor 48 Tahun 2009. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157. Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076.

Republik Indonesia. Undang-Undang Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum. UU Nomor 49 Tahun 2009. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 158. Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5077.

Republik Indonesia Undang-Undang Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. UU Nomor 10 Tahun 2004. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 53. Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4389.

Republik Indonesia Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan perubahan atas Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Republik Indonesia Undang-Undang Tentang Perkawinan. UU Nomor 1 Tahun 1974

Burgelijk Wetboek (B.W) atau lebih dikenal dengan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata),

Republik Indonesia. Herzaiene Inlands Reglement (H.I.R) atau lebih dikenal dengan Reglemen Indonesia yang diperbaharui (R.I.B). Tentang Hukum Acara Perdata untuk Daerah Jawa dan Madura. Stbl.1941 Nomor 44.

Republik Indonesia. R.Bg.(Rechtsreglement Voor de Buitengewesten) Tentang Hukum Acara Perdata untuk Daerah Luar Jawa dan Madura .Stbl 1927 Nomor 227.

Republik Indonesia. Peraturan Mahkamah Agung Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2003



Republik Indonesia. Peraturan Mahkamah Agung Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008.

Republik Indonesia. Surat Edaran Mahkamah Agung Tentang Pemberdayaan Pengadilan Tingkat Pertama Untuk Menerapkan Lembaga Damai (Pasal 130 HIR/154 R.Bg.). Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2002.

Putusan Mahkamah Agung, Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri

Putusan Mahkamah Agung Nomor. 1776 K/Pdt/2007. Tanggal 28 Juli 2008

Putusan Mahkamah Agung No. Reg: 5096. K/PDT/1998, Tanggal Putusan 28 April 2000

Putusan Mahkamah Agung No. Reg: 3641. K/PDT/2001, Tanggal Putusan: 11 September 2002

Putusan Mahkamah Agung No. Reg: 3909. K/PDT/1994, Tanggal Putusan: 7 Mei 1997

Putusan Mahkamah Agung No. Reg: 5096. K/PDT/1998, Tanggal Putusan 28 April 2000

Putusan Mahkamah Agung No. Reg: 1076. K/PDT/1996, Tanggal Putusan 9 Maret 2000

Putusan Mahkamah Agung No. Reg: 3641. K/PDT/2001, Tanggal Putusan: 11 September 2002

Putusan Mahkamah Agung No. 3191 K/Pdt./1984 dalam perkara Janji Nikah.

Putusan Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin Nomor 46/PDT/2010/PT.BJM. Tanggal Putusan: 31 Agustus 2010

Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya Nomor 546/PDT/2006/PT.Sby. tanggal 15 Maret 2007

Putusan Pengadilan Negeri Malang Nomor 24/Pdt.G/2006/PN.MLG tanggal 8 Agustus 2006

Putusan Pengadilan Negeri Kabanjahe No. 02/Pdt.G/1999/PN.Kbj. tanggal 2 Maret 1999