

## BAB I PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang Masalah

Mengkaji penemuan hukum oleh hakim, maka pembahasannya tidak dapat terlepas dari konsepsi negara hukum. Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945) menyebutkan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum.<sup>1</sup>

Negara hukum menghendaki segala tindakan penguasa memiliki dasar hukum yang jelas legalitasnya berdasarkan hukum tertulis maupun tidak tertulis. Suatu negara yang berdasarkan hukum harus menjamin persamaan (*equality*) individu, termasuk kemerdekaan individu untuk menggunakan hak asasinya. Hal ini merupakan *conditio sine qua non*, mengingat negara hukum sebagai akhir perjuangan. Individu untuk melepaskan diri dari keterikatan serta tindakan sewenang-wenang penguasa. Atas dasar itulah, penguasa tidak boleh bertindak sewenang-wenang terhadap individu, dan kekuasaannya juga dibatasi.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Beberapa ciri umum negara hukum adalah (1). Kehadiran sistem konstitusi, yaitu adanya pembatasan kekuasaan penyelenggara negara atau pemerintahan "*limited government*"; (2). Kehadiran pembagian atau pemisahan kekuasaan, misalnya antara cabang legislatif, eksekutif dan yudikatif; (3). Jaminan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia; (4). Kekuasaan kehakiman yang merdeka; (5). Tindakan negara atau pemerintah harus memiliki dasar hukum yang telah ada sebelum tindakan dilakukan "*law governs the government*" dan semua tindakan negara atau pemerintah tidak boleh bertentangan dengan hukum "*legality*" (7). Tindakan negara, pemerintah atau setiap orang harus dilakukan menurut tata cara yang diatur oleh hukum, negara hukum tidak membenarkan tujuan menghalalkan segala cara. Barry M. Hager menambahkan komponen lain yaitu (1). Hukum harus transparan dan dapat diakses oleh setiap orang "*law is transparent and accesible to all*", (2). Penerapan hukum harus efisien dan tepat waktu "*application of the law is efficient and timely*" (3). Perlindungan terhadap hak-hak milik dan ekonomi termasuk kontrak "*property and economic rights are protected, including contracts*" (4). Hukum atau undang-undang hanya dapat diubah melalui tata cara yang sudah diterapkan, diketahui dan diakses oleh setiap orang "*law can be changed by an established process which itself is transparent and accesible to all*". Sedangkan Nigel Foster-Stish Sule menambahkan yaitu pertama, asas kepastian hukum "*legal certainty*" yaitu kaidah hukum harus jelas, tepat "*precise*" dan kaidah hukum tidak lekas berubah (berubah secara mendadak) untuk menjamin *legitimate expectations*, kaidah hukum berlaku ke depan *prospective*, tidak *retroactive*. Kedua, asas proporsionalitas "*principles of proportionality*". Penerapan hukum tidak boleh berlebih-lebihan, melainkan harus wajar sesuai keperluan dan mempertimbangkan kepentingan yang bersangkutan. Ketiga, hak atas tujuan peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintah, lihat Bagir Manan, *Negara Hukum Indonesia (Berdasarkan UUD 1945)*, dalam Majalah Varia Peradilan Nomor 320, Juli 2012, hlm. 5).

<sup>2</sup> Sudargo Gautama, *Pengertian tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1983, hlm. 3.

Negara hukum pada dasarnya bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum bagi rakyat. Sehubungan dengan hal tersebut, Philipus Mandiri Hadjon, berpendapat bahwa perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindakan pemerintahan dilandasi oleh dua prinsip, yaitu prinsip hak asasi manusia dan prinsip negara hukum. Pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikatakan sebagai tujuan negara hukum. Sebaliknya, dalam negara totaliter tidak ada tempat bagi hak asasi manusia.<sup>3</sup>

Dalam negara hukum yang pokok adalah adanya pembatasan oleh hukum, dalam arti bahwa segala sikap, tingkah laku dan perbuatan yang dilakukan oleh penguasa maupun warga negara terbebas dari tindakan sewenang-wenang penguasa negara. Pembatasan kekuasaan pemerintah juga harus tunduk pada kehendak rakyat (demokrasi) dan harus dibatasi dengan aturan-aturan hukum yang pada tingkatan tertinggi disebut konstitusi. Salah satu ciri dan prinsip pokok dari negara hukum dan demokrasi adalah adanya lembaga peradilan yang bebas dari kekuasaan lain dan tidak memihak.<sup>4</sup> Eksistensi lembaga peradilan sebagai salah satu pendistribusi keadilan tidak dapat dilepaskan dari penerimaan dan penggunaan hukum modern di Indonesia. Hukum modern di Indonesia diterima dan dijalankan sebagai suatu institusi baru yang didatangkan atau dipaksakan (*imposed*) dari luar<sup>5</sup>, yakni melalui kebijakan kolonial di Hindia-Belanda.<sup>6</sup>

Dalam kehidupan hukum di masa Hindia-Belanda, bangsa Indonesia tidak

---

<sup>3</sup> Philipus Mandiri Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm. 71.

<sup>4</sup> Moh. Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1999, hlm. 5.

<sup>5</sup> Keadaan atau perkembangan seperti itu tidak hanya dialami oleh bangsa Indonesia, melainkan umumnya negara-negara di luar Eropa dan khususnya di Asia Timur, termasuk Indonesia. Keadaan seperti itu terjadi pula di China, Korea, Jepang dan lain-lain. Lihat Satjipto Rahardjo, "*Supremasi Hukum dalam Negara Demokrasi dari Kajian Sosio Kultural*", dalam Makalah Seminar Nasional, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 27 Juli 2000, hlm. 5-6.

<sup>6</sup> Kebijakan itulah yang kemudian dikenal dengan sebutan *de bewuste rechtspolitiek*. Kebijakan untuk membina tata hukum kolonial secara sadar memiliki efek di satu pihak mengontrol kekuasaan dan kewenangan raja dan aparat eksekutif atas daerah jajahan, dan di lain pihak akan ikut mengupayakan diperolehnya perlindungan hukum yang lebih pasti bagi seluruh lapisan penduduk yang bermukim dan/atau berusaha di daerah jajahan. Kebijakan ini khususnya yang bertalian dengan langkah-langkah tindakan yang diambil para politisi eksponennya di bidang perundang-undangan, pemerintahan dan pengadilan. Lihat Soetandyo Wignjosoebroto, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional - Dinamika Sosial Politik Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994, hlm. 19-20.

mengambil tanggung jawab sepenuhnya dalam masalah penegakan, pembangunan dan pemeliharaan hukumnya, melainkan hanya sekedar menjadi penonton dan objek kontrol oleh hukum. Sedangkan sejak hari kemerdekaan, bangsa Indonesia terlibat secara penuh ke dalam aspek penyelenggaraan hukum, mulai dari pembuatan sampai pelaksanaannya di lapangan.<sup>7</sup>

Padahal secara jujur, dilihat dari optik sosio kultural, hukum modern yang digunakan tetap merupakan semacam “benda asing dalam tubuh kita”. Oleh sebab itu, untuk menanggulangi kesulitan yang dialami bangsa Indonesia disebabkan menggunakan hukum modern, adalah menjadikan hukum modern sebagai kaidah positif menjadi kaidah kultural.<sup>8</sup> Sistem hukum<sup>9</sup> modern yang liberal ternyata tidak dirancang untuk memikirkan dan memberikan keadilan yang luas kepada masyarakat, melainkan untuk melindungi kemerdekaan individu. Selain itu, akibat sistem hukum liberal tidak dirancang untuk memberikan keadilan substantif, maka seseorang dengan kelebihan materiil akan memperoleh “keadilan” yang lebih daripada yang tidak.

Akibat berlangsungnya transplantasi sistem hukum asing (Eropa) ke tengah tata hukum (*legal order*) masyarakat pribumi yang otonom tersebut, maka ada konsekuensi yang harus ditanggung oleh bangsa Indonesia ketika harus terlibat penuh dalam penyelenggaraan hukum. Konsekuensi tersebut berupa keniscayaan untuk membangun dan mengembangkan perilaku hukum (*legal*

---

<sup>7</sup> Eman Suparman, *Arbitrase dan Dilema Penegakan Keadilan*, PT Fikahati Aneska, Jakarta, 2012, hlm. 120-121.

<sup>8</sup> Negara Jepang merupakan kasus studi yang sangat menarik karena kemampuannya untuk menggunakan dan menyerap hukum modern dan pada waktu yang sama menjaga kelangsungan tatanan sendiri. Permasalahannya, bagaimanapun juga hukum modern dan *Rule of Law* mengandung muatan kultural barat yang sangat kuat. Oleh karena itu, untuk menjadikan hukum modern suatu kaidah kultural bagi bangsa kita, diperlukan usaha terus menerus berupa suatu “*internal cultural discourse and cross-cultural dialogue*”, Satjipto Rahardjo, *Loc.Cit.*

<sup>9</sup> Mengenai sistem hukum, Adi Sulistiyono menguraikan bahwa, yang tertangkap tangan dalam pikiran masyarakat adalah hukum positif yang berlaku di suatu negara, atau para legislator yang membuat undang-undang, atau kegiatan-kegiatan yang dilakukan oleh para pejabat hukum. Padahal, sistem hukum tidak hanya berisi materi hukum, namun masih ada unsur lain yang selama ini kurang disadari oleh masyarakat. Lihat Adi Sulistiyono, *Mengembangkan Paradigma Penyelesaian Sengketa Non-Litigasi Dalam Rangka Pendayagunaan Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis/Hak Kekayaan Intelektual*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum, Universitas Diponegoro, Semarang, 2002, hlm. 4.

*behavior*)<sup>10</sup> baru dan budaya hukum untuk mendukung perubahan status dari jajahan ke kemerdekaan.

Lembaga peradilan tidak sekedar hiasan bagi terpenuhinya unsur formal suatu negara hukum, namun demi tegaknya keadilan, kepastian hukum, persamaan di depan hukum dan perlindungan terhadap harkat kemanusiaan sebagai mahluk Tuhan Yang Maha Esa yang sama hak dan kewajiban asasinya. Lembaga peradilan merupakan satu institusi yang nampak sebagai suatu organisasi yang memiliki sifat *interdependensi* dengan banyak faktor kehidupan hukum dan sosial. Peradilan juga merupakan kesatuan konsep serta elemen, meliputi budaya hukum, norma-normanya serta gerak pelaksanaan dari lembaga peradilan itu sendiri, maupun faktor-faktor sosial lainnya.<sup>11</sup> Hakim<sup>12</sup> sebagai pelaksana lembaga peradilan memiliki fungsi untuk memberikan putusan konkret yang diajukan kepadanya untuk diadili sesuai kaidah hukum yang ditetapkan oleh pembentuk undang-undang.<sup>13</sup>

Ronald Dworkin menyatakan "*judges are its princes of law's empire*"<sup>14</sup>. Menurut John P. Dawson<sup>15</sup>, hakim merupakan anggota masyarakat setempat yang terkemuka dan terhormat, bahkan J.R. Spencer menyebutkan bahwa putusan yang dijatuhkan oleh hakim pengadilan diibaratkan seperti putusan Tuhan atau "*the judgement was that of God*". Pernyataan senada juga diungkapkan oleh Stewart

---

<sup>10</sup> Perilaku hukum (*legal behavior*) adalah perilaku yang dipengaruhi oleh aturan, keputusan, perintah atau undang-undang yang dikeluarkan oleh pejabat dengan wewenang hukum. Lihat Lawrence M. Friedman, *American Law an Introduction* ; Hukum Amerika Sebuah Pengantar (alih bahasa : Wisnu Basuki), Tatanusa, Jakarta, 2001, hlm. 280.

<sup>11</sup> Yos Johan Utama, *Membangun Peradilan Tata Usaha Negara yang Berwibawa*, Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum - Universitas Diponegoro, Semarang : Badan Penerbit Universitas Diponegoro, hlm. 4.

<sup>12</sup> Ketika kata hakim ditulis "*haakim*" berarti hakim atau pemutus, apabila ditulis panjang "*haakiim*" dalam bahasa Arab berubah artinya menjadi filsuf atau pemikir. Jadi, hakim sejatinya merupakan seorang filsuf dalam M. Fauzan, *Filsafat Hermeneutika Sebagai Metode Penemuan Hukum Yurisprudensi*, Varia Peradilan Nomor 290, Januari 2010, hlm. 38.

<sup>13</sup> R. Tresna, *Peradilan di Indonesia dari Abad ke Abad*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1978, hlm. 109.

<sup>14</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1986, hlm. 67.

<sup>15</sup> John P. Dawson, *Peranan Hakim di Amerika Serikat*, dalam Harold J. Berman, *Ceramah-Ceramah Tentang Hukum Amerika Serikat*. Terjemahan Gregory Churchill, PT Tatanusa, Jakarta, 1996, hlm. 22.

Macaulay et al., bahwa *“the judge is a more ubiquitous figure in legal history than the lawyer or any other legal professional.”*<sup>16</sup>

Hakim dalam menjalankan tugas yudikatifnya tidak hanya menjalankan atau menerapkan ketentuan dalam undang-undang saja, atau lebih dikenal sebagai corong undang-undang. Munir Fuady, berpendapat, mengingat adanya disparitas penerapan hukuman dan hal-hal lain yang bermuara pada penggunaan kebebasan hakim yang meskipun diakui oleh undang-undang dan memang diperlukan, namun sering digunakan secara kebablasan, maka para hakim dan penegak hukum lainnya sangat diharapkan untuk berlaku arif, sambil mencari dan menggali hukum yang hidup dalam masyarakat dan hukum modern. Dalam memutus suatu perkara, mereka diminta untuk tidak hanya melakukan pekerjaan rutin belaka, sebab rutinitas tersebut dapat menghambat kreatifitas.<sup>17</sup>

Mochtar Kusumaatmadja, mengemukakan bahwa hakim dalam memeriksa dan memutus perkara, bebas dari campur tangan masyarakat, eksekutif maupun legislatif. Dengan kebebasan yang dimilikinya, diharapkan hakim dapat mengambil putusan berdasarkan hukum yang berlaku dan keadilan, serta memberikan manfaat bagi masyarakat. Dengan demikian, hukum serta badan peradilan akan berfungsi sebagai penggerak masyarakat dalam pembangunan hukum dan pembinaan tertib hukum.<sup>18</sup>

Kranenberg memberikan peringatan agar hakim selalu sadar bahwa ia tidak boleh mendasarkan putusan atas pertimbangan subyektif mengenai nilai keadilan dari sesuatu kaidah hukum yang diletakkan di dalam undang-undang, namun harus mendasarkan atas alasan-alasan obyektif.<sup>19</sup> Untuk memberikan keadilan, maka hakim melakukan kegiatan dan tindakan yaitu menelaah lebih dahulu kebenaran peristiwa yang diajukan kepadanya, mempertimbangkan dengan memberikan penilaian atas peristiwa serta menghubungkannya dengan hukum

---

<sup>16</sup> Stewart Macaulay, Lawrence M. Friedmann et al., *Law in Action A Socio Legal Reader*, Foundation Press, United States of America, 2007, hlm. 729.

<sup>17</sup> Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis (Paradigma Ketidakberdayaan Hukum)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 49-50.

<sup>18</sup> Mochtar Kusumaatmadja dalam Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, 2006, hlm. 320.

<sup>19</sup> *Ibid.*, hlm. 116.

yang berlaku untuk selanjutnya memberikan suatu kesimpulan dengan menyatakan suatu hukum terhadap peristiwa dimaksud.<sup>20</sup>

Adi Sulistiyono mengemukakan, dalam hal hakim mampu menjalankan tugasnya dengan baik, maka kepercayaan masyarakat akan terpelihara. Sebaliknya, apabila hakim melakukan 'perbuatan kotor' pada saat menyelesaikan sengketa, akan merusak kepercayaan (*distrust*) pihak-pihak yang bersengketa pada pengadilan. Apabila hal tersebut berlangsung secara terus-menerus akan mengakibatkan 'krisis' yang mengganggu rutinitas praktik penyelesaian perkara di peradilan sehingga menyebabkan masyarakat tidak lagi mempercayai kredibilitas lembaga peradilan.<sup>21</sup>

Pada praktik peradilan, ternyata banyak peristiwa yang belum diatur dalam peraturan perundang-undangan, atau sudah diatur belum lengkap atau kurang jelas. Dalam rangka pembaharuan hukum, hakim tidak hanya terompot undang-undang, namun membentuk hukum melalui penemuan hukum, sekalipun dibatasi metode yang dapat dipertanggungjawabkan secara teori hukum. Pada hakikatnya semua perkara membutuhkan metode penemuan hukum agar aturan hukumnya dapat diterapkan terhadap peristiwa, sehingga dapat diwujudkan putusan yang mengandung aspek keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan.<sup>22</sup>

Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam Instruksi Nomor : KMA/015/INST/VI/1998 tertanggal 01 Juni 1998 menginstruksikan para hakim untuk memantapkan profesionalisme dalam mewujudkan peradilan berkualitas dengan menghasilkan putusan *executable*, berisikan *ethos* (integritas), *pathos* (pertimbangan yuridis), 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.

Antonius Sudirman, mengemukakan tidak dapat disangkal bahwa tidak

---

<sup>20</sup> K. Wantjik Saleh, *Kehakiman dan Peradilan*, Simbur Cahaya, Jakarta, 1976, hlm. 97.

<sup>21</sup> Adi Sulistiyono, *Krisis Lembaga Peradilan di Indonesia*, LPP dan UPT Universitas Sebelas Maret (UNS Press), Surakarta, hlm. 6.

<sup>22</sup> Sunaryati Hartono, *Peranan Pengadilan dalam Rangka Pembinaan dan Pembaharuan Hukum Nasional*, Penerbit Bina Cipta, Jakarta, 2015, hlm. 9.

ada undang-undang yang sempurna atau lengkap karena pasti ada kekurangan atau kelemahannya. Secara umum dapat dikatakan bahwa ada dua kelemahan pokok yang potensial terdapat dalam undang-undang. Pertama, dari segi perumusannya terkadang kurang lengkap, jelas dan konkret. Kedua, dari aspek muatan materinya terkadang tidak relevan lagi dengan realitas sosial.<sup>23</sup> Pendapat sama dikemukakan oleh Van Apeldorn, sesuai dengan keyakinan umum bahwa undang-undang tidak pernah lengkap, jelas dan tuntas mengatur kehidupan masyarakat.<sup>24</sup>

Menyadari akan kekurangan dari suatu undang-undang, John Rawls mengemukakan *“like wise laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust”* (undang-undang dan institusi betapapun efisien dan diatur amat baik harus direformasi atau dihapus apabila tidak adil).<sup>25</sup>

Hukum dan institusi, tidak peduli betapapun efisien dan rapinya, harus tetap direformasi atau dihapuskan jika tidak adil. Setiap orang memiliki kehormatan yang berdasar pada keadilan sehingga seluruh masyarakat sekalipun tidak dapat membatalkannya. Atas dasar hal ini, maka keadilan menolak untuk menyalakan kebebasan bagi sejumlah orang, meskipun hal itu dibenarkan oleh hal yang lebih besar yang didapatkan orang lain. Keadilan tidak membiarkan pengorbanan yang dipaksakan pada segelintir orang diperberat oleh sebagian besar keuntungan yang dinikmati orang lain.<sup>26</sup> Penerapan keadilan John Rawls ini mendasarkan pada aspek kepentingan dan kemanfaatan, sehingga dalam hal pembuatan peraturan perundang-undangan harus diarahkan untuk mencapai keadilan, dimana menurut Jeremy Bentham adalah mencapai kebahagiaan maksimal bagi masyarakat secara keseluruhan.

Beberapa persoalan dapat menjadi kendala untuk mewujudkan putusan berkualitas dalam proses penegakan hukum oleh badan peradilan, karena

---

<sup>23</sup> Antonius Sudirman, *Hati Nurani Hakim dan Putusannya Suatu Pendekatan dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku (Behavioral Jurisprudence) Kasus Hakim Bismar Siregar*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm. 57.

<sup>24</sup> J.L.J. Van Apeldorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993, hlm. 112.

<sup>25</sup> John Rawls, dalam Antonius Sudirman, *Op.cit.*, hlm. 62.

<sup>26</sup> John Rawls, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 3.

“menegakkan hukum berarti menegakkan undang-undang, namun menegakkan hukum tidak sama makna dengan menegakkan keadilan”. Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Bagaimanapun hukumnya itulah yang harus berlaku dan harus dilaksanakan serta tidak boleh menyimpang. Demikian menurut adagium *fiat justitia et pereat mundus* (meskipun dunia runtuh, hukum harus ditegakkan) atau *lex dura sedtamen scripta* (hukum adalah keras) dan memang itulah bunyi atau keadaannya, semua itu demi kepastian di dalam penegakannya. Dengan cara demikian, maka ada kepastian hukum yang akan menciptakan tertib masyarakat, karena menurut Sudikno Mertokusumo tujuan hukum adalah menciptakan kepastian hukum demi ketertiban masyarakat.<sup>27</sup>

Demi kepastian hukum<sup>28</sup>, maka ada yang berpendapat menegakkan hukum sama artinya dengan menegakkan undang-undang. Pendapat ini dipengaruhi oleh pandangan bahwa hukum tidak lain dari rangkaian norma-norma positif dalam sistem perundang-undangan. Kondisi ini tidak salah karena sistem hukum positif kita menganut atau dipengaruhi oleh sistem hukum Belanda yang sudah terbiasa dengan sistem tertulis, dan atas dasar konkordansi maka sistem hukum yang dibangun oleh negara Indonesia memang sangat dipengaruhi oleh positivisme hukum yang memandang hakikat hukum adalah norma-norma positif dalam sistem perundang-undangan.<sup>29</sup>

Positivisme hukum lahir bersamaan dengan lahirnya negara modern. Dalam pandangan Achmad Ali, paham *legalistik positivistik* telah melakukan penyederhanaan yang agak berlebihan. Menurut paham yang dicetuskan Austin,

---

<sup>27</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Jakarta, 1993, hlm. 2.

<sup>28</sup> Kepastian hukum didefinisikan sebagai keyakinan yang (seharusnya) dimiliki anggota masyarakat bahwa pemerintah akan memperlakukan dirinya berlandaskan pada aturan-aturan yang berlaku dan tidak secara sewenang-wenang tanpa membedakan (sejauh memungkinkan) kepastian tentang substansi dari aturan (muatan isi dan bagaimana aturan dimaknai dalam praktik). Dalam kalimat terakhir, kepastian hukum (*legal certainty*) merupakan satu persyaratan bagi pemberlakuan atau penerapan hukum. Di dalam diskursus hukum, konsep *legal certainty* dimaknai sebagai prinsip bahwa warga pencari keadilan boleh berharap dan yakin bahwa peraturan hukum akan diterapkan dan diinterpretasikan dengan cara yang terduga sebelumnya, Jan Michiel Otto, Adriaan W. Bedner, *Suatu Pendekatan Elementer Terhadap Negara Hukum*, dalam Adriaan W. Bedner, Sulistyowati Irianto dkk (ed), *Kajian Sosio-Legal*, Pustaka Larasan, Denpasar, 2012, hlm. 121.

<sup>29</sup> Anthon Freddy Susanto, *Hukum dari Consilience Menuju Paradigma Hukum Konstruktif-Transgresif*, Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 11.

hukum identik dengan keteraturan dan perintah yang bersumber dari otoritas berdaulat. Bagi paham ini menurut Achmad Ali, hukum positif berbeda jika dibandingkan dengan asas-asas lain, misalnya asas-asas yang didasarkan pada moralitas, religi, kebiasaan, konvensi ataupun kesadaran warga masyarakat. Lebih ekstrem lagi menurut Achmad Ali, bagi penganut positivisme adalah pernyataan *“a definition of law should exclude all rules that resemble law, but are not in the nature of commands of the sovereign authority”* yang berarti suatu definisi hukum harus melarang seluruh aturan yang mirip hukum, namun tidak bersifat perintah dari otoritas yang berdaulat.<sup>30</sup>

Brian Z. Tamanaha, memberikan catatan tentang positivisme hukum yaitu *“Legal positivism takes a realistic (though not Legal Realist) approach to law. What is law is a question of fact, whether or not we approve of the laws. Legal positivists were contesting the notion that only laws consistent with natural law dictates have the status of ‘law’. Thus, legal positivists focused on distinguishing what from moral oughts, whereas the social scientist focused on distinguishing what law is/does from legal oughts (from the norms cited as law but not lived or not enforced).”*<sup>31</sup>

Maksud pernyataan Brian Z. Tamanaha adalah pada dasarnya (meskipun bukan hukum yang nyata) pendekatan hukum. Apa yang dimaksud dengan hukum merupakan suatu pertanyaan apakah kita setuju dengan hukum yang ada. Pakar hukum positif menyatakan bahwa hukum-hukum yang konsisten dengan hukum-hukum alam yang mempunyai status hukum, dengan demikian pakar hukum berfokus pada membedakan dari kewajiban moral sedangkan ilmuwan sosial berfokus pada membedakan apakah hukum itu dari kewajiban-kewajiban hukum (dari norma yang diambil sebagai hukum tetapi tidak dilaksanakan secara hukum).

Bagi penganut paham positivis, hukum adalah perintah negara yang bersanksi. Hukum hanya terbatas pada produk negara yaitu hukum positif. Hukum positif memisahkan secara tegas antara hukum dan moral. Paham ini cenderung melihat hukum hanya sebatas kaidah dan tidak menerima hukum sebagai pranata sosial ataupun kultur. Positivisme melihat hukum sebagaimana yang seharusnya

---

<sup>30</sup> Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum di Indonesia Penyebab dan Solusinya*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2001, hlm. 39-40.

<sup>31</sup> Brian Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory Pragmatism and A Sosial Theory of Law*, Oxford University Press, 2009, hlm. 131.

dilakukan (*das sollen*) dan tidak mau melihat hukum sebagai suatu kenyataan (*das sein*).

Sebagaimana diketahui, hukum menurut John Austin yaitu “*Law is a command set, either directly or circuitously, by a sovereign individual or body, to a member or members of some independent political society in which his authority is supreme*”. Hukum adalah seperangkat perintah, baik langsung maupun tidak langsung dari pihak yang berkuasa kepada masyarakat yang merupakan masyarakat politik independen, yang otoritasnya (pihak yang berkuasa) merupakan otoritas yang tertinggi. Achmad Ali mencatat kelemahan definisi John Austin, yaitu (1). Hukum dilihat semata-mata sebagai kaidah bersanksi yang dibuat dan diberlakukan oleh negara, padahal dalam kenyataannya kaidah tersebut belum tentu berlaku ; (2). Bisa saja undang-undang yang dibuat oleh negara diterima sebagai sumber hukum, namun itu bukan satu-satunya ; (3). Austin hanya memfokuskan negara sebagai subjek hukum.<sup>32</sup>

Menurut FX Adji Samekto yang mengutip pendapat Santos, munculnya paradigma positivisme dalam epistemologi ilmu pengetahuan modern terjadi pada abad XVIII yang kemudian pada akhir abad XIX muncul saintifikasi hukum modern. Begitu kuatnya pengaruh hukum modern ini, maka berakibat terkikisnya tatanan kuno, terutama pengaruh teologi dan hukum menjadi sangat rasional. Pengaruh positivisme hukum ini kemudian melahirkan *school of jurisprudence* yang sering disebut *formalism* atau *conceptualism*.<sup>33</sup> Dalam pemahaman ajaran ini diyakini bahwa dalam menangani kasus, hakim akan mengidentifikasi prinsip-prinsip hukum yang relevan dan akan menerapkannya secara deduktif, sehingga ketentuan hukum tersebut akan menuntut penyelesaian perkara. FX Adji Samekto mengutip pendapat Herman J. Pietersen yang dimaksud dengan *legal formalism* adalah membangun prinsip-prinsip hukum, proposisi dan *justificatory structures* yang komprehensif dan ketat diaplikasikan pada praktek-praktek hukum dengan cara (metode) ilmu alam yang deduktif logis tanpa bantuan disiplin ilmu-ilmu

---

<sup>32</sup> Achmad Ali, *Op.cit.*, hlm. 25.

<sup>33</sup> FX. Adji Samekto, *Studi Hukum Kritis Kritik Terhadap Hukum Modern*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 48.

lain, seperti filsafat ataupun ilmu sosial.<sup>34</sup> Lebih lanjut menurut FX Adji Samekto, *formal justice* yang ditegakkan dengan mengatasnamakan *rule of law* belum mampu mewujudkan keadilan substansial. Penyebabnya, karena terbentur prosedur yang harus dipenuhi untuk memenuhi legalitas sistem hukum modern. Melalui undang-undang menurut Adji, pihak-pihak tertentu dapat merusak hati nurani atau akal sehat yang bersifat *genuine* di balik pernyataan “semua harus sesuai dengan prosedur hukum”, namun ketika formalitas yang justru diciptakan oleh hukum modern<sup>35</sup> itu sendiri.<sup>36</sup>

Hukum dalam negara modern secara umum selalu berkaitan dengan sesuatu yang bersifat formal atau diformalkan, yaitu dibuat menjadi formal oleh lembaga yang memiliki kekuasaan, formal juga menunjuk pada prosedur yang harus dilalui dalam setiap pembuatan aturan, termasuk kegiatan penafsiran dan makna yang dihasilkan. Terhadap hukum yang diformalkan ini secara garis besar (ditemukan dalam banyak literatur) ada dua kajian yang dapat dibedakan. Pertama, kajian akademis yaitu kajian yang bertujuan mengembangkan hukum positif merupakan teks yang terbuka. Kedua, kajian profesional yaitu melihat hukum sebagai teks yang tertutup. Sebagai teks yang terbuka maka hukum positif tidak hanya dilihat, diterima dan dimaknai sebagai dogma yang kebenarannya tidak diragukan lagi, namun dipandang sebagai sesuatu yang senantiasa dapat diragukan dan dipertanyakan kebenarannya. Sebagai teks yang tertutup, hukum

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, hlm. 49.

<sup>35</sup> Mac Galanter sebagaimana dikutip oleh Soerjono Soekanto, ciri-ciri hukum modern adalah 1. Sistem hukum tersebut terdiri dari peraturan-peraturan yang seragam baik dari segi isi maupun dari segi pelaksanaannya ; 2. Sistem hukum tersebut bersifat transaksional, artinya bahwa hak-hak dan kewajiban timbul dari perjanjian yang tidak dipengaruhi oleh faktor-faktor usia, kelas, agama ataupun perbedaan kelamin ; 3. Sistem hukum modern bersifat universal, artinya dapat dilaksanakan secara umum ; 4. Adanya hierarki peradilan yang tegas ; 5. Birokratis, artinya melaksanakan prosedur sesuai dengan peraturan-peraturan yang telah ditetapkan ; 6. Rasional ; 7. Pelaksanaan sistem hukum tersebut terdiri dari orang-orang yang sudah berpengalaman ; 8. Dengan berkembangnya spesialisasi dalam masyarakat yang kompleks harus ada penghubung antara bagian-bagian yang ada sebagai akibat adanya sistem pengkotakan ; 9. Sistem ini mudah diubah untuk menyesuaikan diri dengan perkembangan kebutuhan masyarakat ; 10. Lembaga-lembaga pelaksana dan penegak hukum adalah lembaga-lembaga kenegaraan, oleh karena negaralah yang memonopoli kekuasaan ; dan 11. Pembedaan yang tegas antara tugas eksekutif, legislatif dan yudikatif (R. Otje Salman, *Beberapa Aspek Sosiologi Hukum Kritis*, ctk. Pertama, Alumni, Bandung, 2013, hlm. 91-92).

<sup>36</sup> FX Adji Samekto (M. Tasyirul Afkar), *Justice Not For All*, Kritik terhadap Hukum Modern Dalam Perspektif Studi Hukum Kritis, ctk. Pertama, Genta Press, Yogyakarta, 2008, hlm. 37.

positif dipandang atau dipahami sebagai teks yang berlaku, mengikat secara formal dan harus dipatuhi atau ditaati sebagai layaknya dogma.<sup>37</sup>

Dalam doktrin legalistik formalistik atau paham positivisme, logika yang digunakan adalah logika deduktif. Aparat penegak hukum tinggal mencari persamaan perbuatan seseorang dengan unsur yang ada dalam undang-undang. Apabila pada keduanya terdapat kesamaan, maka orang tersebut dianggap melanggar hukum.

Berkaitan dengan penemuan hukum, hukum sebagai sub sistem dalam masyarakat tidak dapat terlepas dari perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi serta perubahan dalam masyarakat yang begitu kompleks. Sebagaimana dikemukakan Adi Sulistiyono, memasuki abad teknologi informasi, kemajuan ilmu dan teknologi, maka perubahan-perubahan dalam masyarakat akan terjadi dengan sangat cepat dan kompleks, bahkan perubahan tersebut sering terjadi tanpa direncanakan lebih dahulu atau tidak dapat diramalkan sebelumnya (*unpredictable*). Demikian hukum sebagai salah satu sub sistem dalam masyarakat akan terkena imbas perubahan tersebut.<sup>38</sup>

Hukum tidak dapat dilepaskan dari sejarah manusia, oleh karena itu sudah sangat jelas perkembangan dan perubahan hukum tidak lepas dari dinamika sosial dengan segala kepentingan yang sesungguhnya berada di belakang hukum. Hukum tidak dapat dielakkan selalu berkembang, dan perkembangannya tidak dapat dipastikan berkembang kepada arah-arrah tertentu, namun yang jelas pada akhirnya, juga membawa perubahan setelah bersenyawa dengan bertarungnya berbagai kepentingan yang berada di belakang hukum itu sendiri, hukum berseerat dengan masyarakat, dan apabila masyarakat berubah hukum juga harus berubah. Masyarakat Indonesia sudah merdeka dari bangsa jajahan, maka hukumnya juga harus berjalan dengan perubahan tersebut.<sup>39</sup> Dalam kaitan tersebut, maka tugas hakim menjadi semakin berat, dan oleh karena itu hakim tidak hanya sekedar

---

<sup>37</sup> Anthon Freddy Susanto, *Op.cit.*, hlm. 124-125.

<sup>38</sup> Adi Sulistiyono, *Menggugat Dominasi Positivisme dalam Ilmu Hukum*, Sebelas Maret University Press, Surakarta, 2004, hlm. 51.

<sup>39</sup> Sabian Utsman, *Menuju Penegakan Hukum Responsif*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2008, hlm. 3-4.

penerap undang-undang dalam masyarakat. Hakim diharapkan lebih aktif dalam tugasnya, kreatif dan inovatif, agar peristiwa konkret yang telah diatur (kurang atau tidak jelas) hakim dapat menemukan hukumnya. Perubahan yang terjadi di masyarakat, karena pengaruh berbagai kemajuan dan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, mengharuskan hakim mengambil langkah untuk mengadakan lompatan dalam penerapan undang-undang terhadap peristiwa konkret, yaitu dengan penemuan hukum.

Terkait adanya kewajiban<sup>40</sup> hakim untuk menggali hukum dan rasa keadilan masyarakat disebabkan hukum sebagai suatu skema dinamis yang terus bergerak. Sebagaimana pendapat Satjipto Rahardjo bahwa hukum bukanlah suatu skema yang final "*finite scheme*" namun terus bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia. Oleh karena itu, hukum harus terus dibedah dan digali melalui upaya-upaya progresif untuk menggapai terang cahaya kebenaran dalam menggapai keadilan.<sup>41</sup>

Dalam upaya menemukan, menerapkan keadilan dan kebenaran sebagaimana terurai tersebut, harus sesuai dengan tujuan asasi dari suatu putusan pengadilan. Adapun tujuan putusan pengadilan sebagaimana dikemukakan oleh Artidjo Alkostar adalah : (1). Harus melakukan solusi *autoritatif* artinya memberikan jalan keluar dari masalah hukum yang dihadapi oleh para pihak, (2). Harus mengandung efisiensi yaitu cepat, sederhana dan biaya ringan karena keadilan yang tertunda merupakan ketidakadilan "*justice delayed is justice denied*", (3). Harus sesuai dengan tujuan undang-undang yang dijadikan dasar putusan pengadilan tersebut, (4). Harus mengandung aspek stabilitas yaitu ketertiban sosial dan ketentraman masyarakat, (5). Harus ada *fairness*, yaitu memberikan kesempatan yang sama bagi pihak yang berperkara.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Kata wajib memiliki makna harus (1). melakukan, (2). harus melaksanakan, (3). sudah semestinya, lihat dalam Kamus Bahasa Indonesia yang diterbitkan oleh Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional Republik Indonesia, 2008.

<sup>41</sup> Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2010, hlm. 1.

<sup>42</sup> Artidjo Alkostar, *Dimensi Kebenaran dalam Putusan Pengadilan*, Varia Peradilan, Nomor 281, April 2009, hlm. 37.

Mahkamah Agung Republik Indonesia sebagai pemegang kekuasaan peradilan tertinggi ternyata masih berpedoman bahwa hukum acara merupakan hukum yang mengatur bagaimana caranya melaksanakan hukum perdata materiil sebagai aturan main (*spelregels*) dalam melaksanakan tuntutan hak. Hukum acara khususnya hukum acara perdata memiliki fungsi penting, sehingga harus bersifat *strict, fixed, correct*, tidak boleh disimpangi, tidak boleh bebas menafsirkannya dan bersifat imperatif (memaksa) bagi hakim. Dengan demikian, hakim dilarang untuk menggunakan atau mengadopsi hukum acara dari luar.<sup>43</sup>

Hakim peradilan umum dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara perdata menghadapi kenyataan bahwa hukum tertulis ternyata tidak selalu dapat menyelesaikan masalah yang dihadapi, mengingat kodifikasi undang-undang meskipun tampak lengkap namun tidak pernah sempurna, sebab ribuan permasalahan yang tidak terduga akan diajukan kepada hakim.

Selama ini kuat anggapan yang menyatakan bahwa hakim perdata harus selalu bersikap pasif, sedangkan yang aktif hanya pihak-pihak berperkara atau kuasanya. Anggapan demikian, tidak sepenuhnya tepat. Dalam hukum acara perdata, hakim tidak semata-mata harus selalu bersikap pasif, melainkan dalam hal-hal tertentu hakim dimungkinkan, bahkan diwajibkan untuk bersikap aktif. Dalam hal-hal yang lain, hakim dibatasi untuk tetap bersikap pasif. Prinsip hakim bersikap aktif dalam perkara perdata tidak bertentangan dengan asas hakim bersikap pasif. Dalam hal yang bagaimana hakim harus tetap bersikap pasif, sedangkan dalam hal yang bagaimana pula hakim justru harus bersikap aktif, masing-masing menyangkut tindakan yang berbeda antara satu sama lain. Sifat pasif tersebut bermakna bahwa hakim tidak dapat menentukan luasnya sengketa dan hanya para pihak yang bersengketa yang menentukan kapan perkara akan diajukan dan kapan perkara akan diakhiri.

Prinsip hakim bersikap aktif di dalam perkara perdata dimaksudkan untuk menjamin kelancaran jalannya proses persidangan, meminimalisir terjadinya gugatan tidak dapat diterima (*niet onvankelijke verklaard*) dan untuk menjamin

---

<sup>43</sup> Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, ctk. Kesatu, Edisi Ketujuh, Liberty, Yogyakarta, 2006, hlm. 21.

agar putusan yang dijatuhkan tersebut dapat dilaksanakan (*executable*).<sup>44</sup>

Beberapa bentuk penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim untuk menyelesaikan peristiwa konkret yang menjadi sengketa<sup>45</sup> perdata sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat hingga kini masih menemui hambatan karena adanya pro kontra berkaitan dengan sistem hukum *civil law* di Indonesia yang menganggap hukum sempurna, tugas hakim hanya menerapkan undang-undang pada peristiwa konkret, sehingga hakim dianggap telah menyerobot kewenangan pembuat undang-undang, sementara di pihak lain menyatakan hakim bukanlah membuat undang-undang dari tidak ada menjadi ada, sebab hukum sendiri sudah ada dalam perilaku kehidupan masyarakat. Hakim hanya mengangkat ke permukaan bagaikan seorang menimba air dari sumur kemudian menyajikannya, demikian juga hakim hanya menggali, merumuskan, menjelaskan kemudian menjadikannya sebagai dasar dan alasan putusan. Keberatan lain dianggap hakim telah melanggar asas ultra petita karena

<sup>44</sup> Sunarto, *Peran Aktif Hakim Dalam Perkara Perdata*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2014, hlm. 15.

<sup>45</sup> Menurut Henry Campbel Black, *Black Law Dictionary ; Definition of The Terms and Phrases of America and English Jurisprudence Ancient and Modern*, Sixth Edition, Paul.minn, West Publishing, hlm. 471, "Dispute, A Conflict or controversy ; a conflict of claims or right ; an assertion, claimor demand one side, met by contrary claims or allegation or the other. The subject of litigation". Berdasarkan kamus online, sengketa didefinisikan sebagai sesuatu yang menyebabkan (1) perbedaan pendapat ; pertengkar ; perbantahan ; perkara yang kecil dapat juga menimbulkan perkara besar ; (2) pertikaian ; perselisihan ; (3) perkara (pengadilan) ; tidak ada yang tidak dapat diselesaikan <http://www.artikata.com/arti-350210-sengketa.php>. Diunduh 12 Desember 2015 jam 20.22 Wib. Sengketa adalah perbedaan pendapat yang telah mencapai eskalasi tertentu atau mengemuka. Yusuf Sofie, *Penyelesaian Sengketa Konsumen Menurut UUPK Teori dan Praktik Penegakan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 12. Kata sengketa (*conflict ; dispute*) mestinya tidak hanya bersifat merusak (*destructive*) dan merugikan (*harmfull*), melainkan membangun (*constructive*), menarik/menantang (*challenging*) serta dinamis sebagai katalisator perubahan (*a catalyst for change*). Takdir Rahmadi, *Mediasi Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm. 1-2. Ada dua hal dapat terjadi dalam kehidupan sehari-hari, yang pertama adalah konflik (*conflict*) hanya disadari oleh pihak yang bertikai dan sengketa (*dispute*) adalah perselisihan yang terjadi lama dan mengemuka serta melibatkan/disadari pihak lain adanya suatu masalah. Handy Sobandi, *Penyelesaian Sengketa Bisnis* (tidak dipublikasikan) dalam bahan ajar Mata Kuliah "Aspek Hukum Dalam Bisnis", Program Studi Magister Manajemen, Program Pascasarjana Universitas Parahyangan - Bandung, Semester Ganjil Tahun Akademik 2005/2006, hlm. 1. Konflik dapat diartikan "pertentangan" di antara para pihak untuk menyelesaikan masalah yang jika tidak diselesaikan dengan baik dapat mengganggu hubungan di antara mereka. Sepanjang para pihak tersebut dapat menyelesaikan masalahnya dengan baik, maka sengketa tidak akan terjadi. Namun, jika para pihak tidak dapat mencapai kesepakatan mengenai solusi pemecahan masalahnya maka sengketa yang timbul. Jacques Attali, *Millenium Ketiga* (dalam Adi Sulistiyono, *op.cit.*, hlm. 3). Sengketa pada dasarnya merupakan suatu pencerminan dari watak dan kemauan manusia yang tidak bisa seragam.

mengabulkan lebih dari yang dituntut, sementara pihak lain menyatakan hal tersebut hanya dalam rangka menjalankan tugas dan fungsi hakim untuk memberikan keseimbangan dan keadilan dalam masyarakat.

Pengadilan berfungsi amat vital dalam menopang ide-ide hukum (*das sollen*) menjadi kenyataan hukum (*das sein*). Hakim memiliki kewajiban untuk mewujudkan keadilan sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat yang berkembang dinamis melalui kegiatan penemuan hukum. Sebagaimana dikemukakan oleh Eman Suparman, tidaklah tepat alasan *klise* seorang hakim dalam menghadapi masalah disebabkan belum atau tidak adanya peraturan perundang-undangan yang dapat langsung digunakan untuk menyelesaikan perkara tersebut. Persoalan utama yang dihadapi lembaga peradilan adalah cara pandang hakim terhadap hukum yang amat kaku dan normatif-prosedural dalam melakukan konkretisasi hukum. Hakim hanya menangkap apa yang disebut “keadilan hukum” (*legal justice*), namun gagal menangkap “keadilan masyarakat” (*social justice*). Hakim telah meninggalkan pertimbangan hukum yang berkeadilan dalam putusannya. Akibat, kinerja pengadilan sering disoroti karena sebagian besar dari putusan-putusan pengadilan masih menunjukkan lebih kental “bau formalisme-prosedural” daripada kedekatan pada “rasa keadilan warga masyarakat”.<sup>46</sup>

Putusan hakim yang berkualitas ditentukan oleh pola pikir dan pola tindak hakim. Sebagaimana pendapat Benjamin Cardozo, “*there is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call it philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action*”.<sup>47</sup> Oleh karena itu, hakim wajib memahami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat. Selanjutnya dikatakan bahwa “*my duty as judge may be to objectify in law, not my own aspiration and convictions and philosophies, but the aspirations and convictions and philosophies of the men and women of my time. Hardly shall I do*

---

<sup>46</sup> Eman Suparman, *Sistem dan Restrukturisasi Badan Peradilan*, makalah disampaikan pada perkuliahan “Sistem Peradilan Indonesia” pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Sebelas Maret, Surakarta pada hari Jum’at tanggal 21 November 2014.

<sup>47</sup> Benjamin N. Cardozo, *The Nature of The Judicial Process*, The USA, Wildside Press LLC, tanpa tahun, hlm. 12.

*this well if my own sympathies and beliefs and passionate to devotions are with a time that is past”.*

Menghadapi realita proses penyelesaian perkara pada peradilan umum sebagaimana diuraikan tersebut, maka hakim peradilan umum dalam membangun model penemuan hukum dalam menyelesaikan perkara-perkara perdata harus melakukan perubahan yang signifikan. Membangun dalam arti mampu memperbaiki atau menggeser cara-cara berpikir berhukum yang lama yang mengandalkan undang-undang sebagai produk legislatif. Memperbaiki atau menggeser cara berpikir dalam penemuan hukum yang mengandalkan logika deduktif semata dengan cara-cara menyelesaikan sengketa mengedepankan hati nurani, empati dan perasaan. Hakim turut merasakan penderitaan penggugat, hakim aktif dan kreatif. Hakim berupaya membiasakan dan membudayakan cara berikir yang lebih mengedepankan hati nurani, empati, perasaan serta berpandangan ke depan. Hal tersebut dimaksudkan agar pengadilan dapat berfungsi sebagaimana mestinya, menumbuhkan kepercayaan masyarakat kepada lembaga pengadilan sebagai instansi yang dapat menyelesaikan permasalahan. Membangun model penemuan hukum oleh hakim peradilan umum melalui putusan yang dituangkan dalam argumentasi penalaran hukum atau *ratio decidendi*, dengan tidak hanya mengeja atau berkutat pada teks undang-undang, melainkan dengan melihat realitas dalam masyarakat agar putusannya dapat menumbuhkan kembali kepercayaan masyarakat kepada pengadilan.<sup>48</sup>

Contoh putusan hakim yang mengandung kriteria penemuan hukum (*rechtsvinding*) untuk dijadikan dasar penelitian ini adalah Putusan *Hoge Raad* tanggal 31 Januari 1919, sebagai pijakan awal dalam menyelesaikan perkara perdata bahwa hakim dalam menafsirkan undang-undang tidak lagi bersifat sempit namun diperluas. Dalam kasus ini, Lindenbaum yang menggugat ganti rugi terhadap Cohen yang telah mendapat rahasia percetakan milik Penggugat dengan cara membujuk pegawai Penggugat sehingga telah menimbulkan adanya kerugian Penggugat. Pengadilan tingkat pertama (*Rechts Bank*) mengabulkan gugatan,

---

<sup>48</sup> Soehartono, *Membangun Konstruksi Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Penyelesaian Sengketa Tata Usaha Negara* (Disertasi), Program Doktor Ilmu Hukum, Universitas Sebelas Maret, Surakarta, 2012, hlm. 25.

namun di tingkat banding oleh Pengadilan Tinggi (*Gerechtshof*), gugatan ditolak. Kemudian di tingkat kasasi (*Hoge Raad*) dalam petitumnya mengabulkan gugatan Penggugat dan menghukum Cohen untuk membayar ganti rugi kepada Penggugat (Lindenbaum) dengan didasarkan alasan bahwa Pengadilan Tinggi (*Gerechtshof*) telah menafsirkan arti perbuatan melawan hukum dalam arti sempit yaitu melawan undang-undang, seharusnya diartikan memperkosa hak orang lain dan bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat atau kesusilaan atau kepatutan dalam masyarakat baik terhadap diri atau benda orang lain. Putusan tersebut juga memperluas kriteria Pasal 1365 BW yaitu 1. Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku ; 2. Melanggar hak subyektif orang lain ; 3. Bertentangan dengan asas kepatutan, ketelitian serta kehati-hatian.<sup>49</sup>

Di Indonesia juga terdapat beberapa perkara yang menunjukkan adanya perubahan pola pikir hakim peradilan umum yang mengharuskan untuk melakukan penemuan hukum yang dapat dijadikan model dalam disertasi ini, antara lain :

Adanya penetapan perdata yang mengabulkan permohonan seorang pria bernama Iwan Rubianto Iskandar untuk mengubah statusnya menjadi wanita dengan memperoleh identitas baru sebagai Vivian Rubyanti Iskandar. Peristiwa tersebut merupakan kejadian yang pertama di Indonesia serta belum ada yurisprudensi maupun aturan hukum positif yang menjadi dasar pertimbangan hakim. Untuk mengisi kekosongan undang-undang, setelah mempelajari pokok perkara tersebut maka hakim memanggil ahli dari pihak kedokteran dan ahli dari agama Kristen Protestan sesuai agama yang dipeluk oleh pemohon dan hakim mengabulkan permohonan yang diajukan pemohon melalui Penetapan Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Barat Nomor 546/73.P tertanggal 14 November 1973. Dalam kasus ini hakim telah melakukan penemuan hukum dengan menggunakan metode konstruksi hukum dan berubahnya pola pikir hakim dalam menyelesaikan perkara yang tidak hanya berdasar undang-undang namun penafsiran secara luas.

Dalam kasus pembebasan tanah untuk dijadikan waduk di Kedung Ombo

---

<sup>49</sup> R. M. Suryodiningrat, *Perikatan-Perikatan Bersumber Undang-Undang*, Tarsito, Bandung, 2001, hlm. 29-32.

pada proses kasasi terdapat penemuan hukum yang didasarkan pada rasa keadilan masyarakat, dimana pada tahun 1985 pemerintah merencanakan untuk membangun waduk baru di Jawa Tengah untuk pembangkit tenaga listrik berkekuatan 22,5 megawatt yang dapat menampung air untuk kebutuhan 70 hektare sawah di sekitarnya. Waduk ini dinamakan Waduk Kedung Ombo dibiayai USD 156 juta dari Bank Dunia, USD 25,2 juta dari Bank Exim Jepang dan APBN dimulai tahun 1985 sampai dengan dialiri pada tanggal 14 Januari 1989 yang menenggelamkan 37 desa, 7 kecamatan di 3 kabupaten yaitu Sragen, Boyolali dan Grobogan. Sebanyak 5268 keluarga kehilangan tanah 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 perlawanan mereka terhadap proyek tersebut, akibatnya warga yang bertahan kemudian terpaksa tinggal di tengah genangan air. Atas dasar kondisi tersebut, warga mengajukan gugatan untuk menuntut ganti rugi tanah secara layak.<sup>50</sup>

Putusan lain mengenai keabsahan perkawinan di Kota Malang antara Tjia Mie Joeng alias Mimi dengan Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen secara adat Tionghoa pada tanggal 26 November 1996 yang kemudian dilanjutkan dengan upacara seremonial bertempat di Restoran New Hongkong, Kota Malang serta dihadiri oleh kedua belah pihak maupun rekan undangan dari kedua mempelai. Pada perkembangan berikutnya, kedua mempelai ini hidup rukun serta 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 dari Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen menguasai harta kekayaan dalam perkawinan dan menganggap perkawinan

---

<sup>50</sup> Setelah melalui persidangan pada tingkat kasasi di Mahkamah Agung, maka Majelis Hakim yang terdiri diketuai oleh Prof. Askin Kusumah Atmadja telah mengabulkan lebih daripada yang diminta yaitu memutuskan ganti-rugi tanah sebesar Rp. 50.000,00 (Lima Puluh Ribu Rupiah) per meter persegi. Padahal menurut Ketua Mahkamah Agung saat itu, penduduk meminta Rp. 10.000,00 (Sepuluh Ribu Rupiah). Para Hakim Agung juga memberikan ganti-rugi immateriil sebesar Rp. 2 milyar. Padahal warga tidak menuntutnya sehingga Ketua Mahkamah Agung yang juga Ketua Majelis Peninjauan Kembali menilai putusan Mahkamah Agung dalam Kasus Kedung Ombo bertentangan dengan undang-undang.

tidak sah karena dilakukan secara adat dan tidak dicatitkan sebagaimana dimaksud Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Tjia Mie Joeng alias Mimi menggugat atas penguasaan harta kekayaan yang ada dengan menganggap bahwa perkawinan tidak sah.

Berdasarkan gugatan tersebut, maka majelis hakim Pengadilan Negeri Kota Malang menyatakan, apabila yang menjadi pegangan Tergugat adalah Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, maka hakim juga memiliki kewenangan untuk menyimpang 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, sehingga majelis hakim mengabulkan gugatan penggugat Tjia Mie Joeng alias Mimi.<sup>51</sup>

Atas putusan Pengadilan Negeri Kota Malang tersebut, tergugat mengajukan upaya hukum banding ke Pengadilan Tinggi Surabaya dan pada amar putusannya menyatakan bahwa pencatatan perkawinan menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah bersifat imperative dengan segala akibat apabila ada suatu perkawinan yang tidak dicatitkan maka perkawinan tersebut tidak sah. Oleh karena perkawinan antara Tjia Mie Joeng alias Mimi dengan Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen dilakukan secara adat Tionghoa dan tidak didaftarkan pada Kantor Catatan Sipil setempat, maka perkawinan adalah tidak sah menurut hukum. Berdasarkan pertimbangan tersebut maka putusan Pengadilan Negeri Kota Malang tertanggal 08 Agustus 2006 Nomor : 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg sudah tidak dapat dipertahankan dan harus dibatalkan.<sup>52</sup>

Selanjutnya dalam tingkat kasasi berdasarkan Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor : 1776 K/Pdt.G/2007 tertanggal 28 Juli 2008, Majelis Hakim Agung mempertimbangkan dan menyatakan bahwa oleh karena *judex factie* Pengadilan Tinggi Jawa Timur di Surabaya telah salah dalam menerapkan hukum karena tidak didasarkan fakta-fakta hukum bahwa telah terjadi perkawinan

---

<sup>51</sup> Putusan Pengadilan Negeri Malang Nomor 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg, hlm. 2-31.

<sup>52</sup> Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya Nomor : 546/Pdt.G/2006/PT.Sby, hlm. 6-7.

antara Tjia Mie Joeng alias Mimi dengan Yulianto alias Liong Tjoeng Tjen dan Majelis Hakim Agung menyempurnakan pertimbangan hukumnya Pengadilan Negeri Kota Malang dan membatalkan Pengadilan Tinggi Jawa Timur di Surabaya Nomor : 546/Pdt.G/2006/PT.Sby, kemudian Mahkamah Agung mengadili sendiri perkara dengan menyempurnakan pertimbangan hukum Putusan Pengadilan Negeri Kota Malang Nomor : 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg.<sup>53</sup>

Di samping itu, juga dikaji putusan perkara lain yang telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) dan memiliki relevansi dengan pokok permasalahan, yaitu :

- Putusan perkara nomor register 5096 K/Pdt.G/1998 tentang perkara hutang piutang dimana dalam pertimbangan hukumnya disebutkan bahwa keberatan kasasi dapat dibenarkan sebab *judex factie* salah menerapkan hukum mengenai pembayaran atau pemberian dengan Bilyet Giro adalah sama dengan pengakuan hutang, karena Tergugat telah memberi Bilyet Giro kepada Penggugat. Dengan demikian, Tergugat memiliki hutang kepada Penggugat sehingga gugatan Penggugat dikabulkan.<sup>54</sup>
- Putusan perkara nomor register 3641 K/Pdt.G/2001 tentang perjanjian akibat penyalahgunaan keadaan. Kasus posisi perkara dimulai ketika Penggugat berada di Rutan Polda Metro Jaya, Tergugat IV (Notaris) menyodorkan Akta Nomor 41 dan Nomor 42 untuk ditandatangani yang isinya Penggugat memiliki hutang kepada Tergugat I sebesar Rp. 215.837.852.000,00 dan menandatangani permohonan membuka rekening pada Tergugat I berupa Bilyet Giro senilai Rp. 20.000.000.000,00 dan Rp. 15.000.000.000,00. Akta-akta tersebut merugikan Penggugat karena ditandatangani dalam keadaan terpaksa dan terlaksana di sel tahanan Polda Metro Jaya.<sup>55</sup>
- Putusan perkara nomor register 3909 K/Pdt.G/1994 tentang perkara perjanjian kredit (sahnya perjanjian). Adapun duduk perkaranya disebutkan bahwa Tergugat telah mengajukan surat permohonan kredit kepada

---

<sup>53</sup> Putusan Mahkamah Agung Nomor : 1776 K/Pdt.G/2007, tertanggal 28 Juli 2008.

<sup>54</sup> Putusan Mahkamah Agung Nomor : 5096 K/Pdt/1998, tertanggal 28 April 2000.

<sup>55</sup> Putusan Mahkamah Agung Nomor Register : 3641 K/Pdt.G/2001 tertanggal 11 September 2002.

Penggugat dan sesuai surat permohonan *Consumer Loan* untuk diberikan fasilitas dari bank yang akhirnya ditandatangani perjanjian kredit nomor 538/BDMLG/IV/1991 tertanggal 11 April 1991. Tergugat mengaku telah berhutang kepada Penggugat sebesar Rp. 72.450.000,00 dan berdasarkan surat *accept* tertanggal 11 April 1991 yang ditandatangani oleh Tergugat dengan diketahui oleh PT Varia Abadi sebagai avalist maka Tergugat sanggup membayar di kantor Penggugat uang sebesar Rp. 72.450.000,00 ditambah bunga pada tanggal 11 April 1994, ternyata blanko yang diberikan kepada Tergugat adalah kosong dan ditandatangani oleh Tergugat tanpa kehadiran Penggugat dan ternyata pula tidak ada bukti bahwa PT Varia Abadi bertindak sebagai avalist.<sup>56</sup>

- Putusan yang bersumber dari gugatan *Citizen Lawsuit*<sup>57</sup> oleh Munir Cs atas penelantaran negara terhadap Tenaga Kerja Indonesia (TKI) Migran yang dideportasi di Nunukan. Ini merupakan Gugatan *Citizen Lawsuit* pertama yang muncul di Indonesia. Dalam kasus tersebut dikabulkan oleh majelis hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, namun berdasarkan Putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta pada proses banding sesuai Putusan Nomor 480/PDT/2005/PT DKI yang diputuskan pada tanggal 4 April 2006. Pengadilan Tinggi DKI Jakarta menyatakan oleh karena Para Tergugat tidak

---

<sup>56</sup> Putusan Mahkamah Agung Nomor Register : 3909 K/Pdt.G/1994 tertanggal 07 Mei 1997.

<sup>57</sup> *Citizen Lawsuit* atau gugatan warga negara terhadap penyelenggara negara sebenarnya tidak dikenal dalam sistem *civil law* sebagaimana yang diterapkan di Indonesia. *Citizen Lawsuit* sendiri lahir di negara-negara yang menganut sistem hukum *common law* dan dalam sejarahnya *Citizen Lawsuit* pertama kali diajukan terhadap permasalahan lingkungan hidup, namun pada perkembangannya *Citizen Lawsuit* tidak lagi hanya diajukan dalam perkara lingkungan hidup, namun pada semua bidang dimana negara dianggap melakukan kelalaian dalam memenuhi hak warga negaranya. Karakteristik *Citizen Lawsuit* adalah sebagai berikut :

1. *Citizen Lawsuit* merupakan akses orang perorangan atau warga negara mengajukan gugatan di pengadilan untuk dan atas nama kepentingan seluruh warga negara atau kepentingan publik ;
2. *Citizen Lawsuit* dimaksudkan untuk melindungi warga negara dari kemungkinan terjadinya kerugian sebagai akibat dari tindakan atau pembiaran negara atau otoritas negara ;
3. *Citizen Lawsuit* memberikan kekuatan kepada warga negara untuk menggugat negara dan institusi pemerintah yang melakukan pelanggaran undang-undang atau yang melakukan kegagalan dalam memenuhi kewajibannya untuk mengimplementasikan undang-undang ;
4. Orang atau warga negara yang menjadi penggugat dalam *Citizen Lawsuit* tidak perlu membuktikan adanya kerugian langsung yang bersifat riil dan *tangible* ;
5. Secara umum, peradilan cenderung *reluctant* terhadap tuntutan ganti rugi kerugian jika diajukan dalam gugatan *Citizen Lawsuit*.

terbukti telah melakukan perbuatan melawan hukum, maka gugatan Para Penggugat harus ditolak seluruhnya. Meskipun, perkara gugatan *Citizen Lawsuit* terhadap TKI Migran mengalami kegagalan di tingkat banding, namun ternyata ada dampaknya setelah diputus oleh majelis hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat berdasarkan Putusan Nomor 28/Pdt.G/2003/PN.Jkt.Pst yang dibacakan pada tanggal 8 Desember 2003 yaitu dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia.

- Adanya gugatan *Citizen Lawsuit* atas penyelenggaraan Ujian Nasional (Unas) oleh Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Jakarta yang dikabulkan sebagian oleh majelis hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat pada tanggal 21 Mei 2007 dan Pemerintah (Tergugat) diminta untuk meninjau ulang kebijakan penyelenggaraan Ujian Nasional. Pemerintah (Tergugat) kemudian mengajukan upaya hukum banding dan pada tanggal 6 Desember 2007 melalui putusannya Pengadilan Tinggi menguatkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, dan pada tingkat kasasi yang diajukan oleh pihak Tergugat melalui Putusan Nomor 2596 K/PDT/2008 maka Mahkamah Agung Republik Indonesia menguatkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sehingga telah berkekuatan hukum tetap.

Berdasarkan putusan tersebut terlihat adanya keaktifan dan keberanian dari hakim untuk melepaskan diri dari ketentuan perundang-undangan (*judicial activism*).<sup>58</sup> Adapun pengertian *judicial activism* adalah suatu filosofi dari pembuatan putusan peradilan dimana para hakim mendasarkan pertimbangan-pertimbangan putusan, antara lain pada pandangan hakim terhadap perkembangan baru atau kebijakan publik yang berkembang dan sebagainya. Pertimbangan tersebut menjadi arahan bagi hakim dalam memutuskan suatu kasus yang bersangkutan karena adanya perkembangan baru atau berbeda dengan putusan-putusan sebelumnya dalam kasus yang sama. Istilah *judicial activism* sebenarnya sangat populer di negara-negara dengan tradisi *common law*, namun dalam

---

<sup>58</sup> Lihat ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi "Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

perkembangannya juga dianut dalam negara-negara dengan tradisi bukan *common law*. Pengertian ini dapat dilihat dalam *Black's Law Dictionary* sebagai berikut :

*“Judicial activism as a philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy among other factors to guide their decisions. Judicial activism describes judicial rulings suspected of being based on personal or political considerations rather than on existing law. It is sometimes used as an antonym of judicial restraint”*.<sup>59</sup>

Hakim dalam melaksanakan tugas selain diharapkan lebih aktif atau proaktif dalam tugas, juga kreatif dan inovatif. Oleh karena itu, tugas hakim menjadi lebih kompleks tidak hanya sekedar penerap undang-undang.<sup>60</sup>

Peran aktif hakim dilakukan melalui pertimbangan-pertimbangan dalam putusan untuk mewujudkan keadilan sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat yang berkembang dinamis. Pelaksanaan *judicial activism* oleh hakim dilakukan dengan melakukan penemuan hukum yang merupakan proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret (*das sein*) tertentu. Dengan demikian, problematik yang berhubungan dengan penemuan hukum pada umumnya melekat pada profesi hakim. Selain itu, hasil penemuan hukum oleh hakim merupakan hukum karena memiliki kekuatan mengikat sebagai hukum karena dituangkan dalam bentuk putusan dan merupakan sumber hukum.<sup>61</sup>

Lebih lanjut Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa hakim merupakan “garda” terdepan dalam penegakan hukum untuk secara progresif berani menguji sejauh mana batas kemampuan undang-undang itu “*testing the limit of law*”. Beliau membagi penggolongan hakim di Indonesia menjadi dua tipe, yaitu pertama, tipe hakim yang apabila memeriksa terlebih dahulu menanyakan hati nuraninya atau mendengarkan putusan hati nuraninya dan kemudian mencari

<sup>59</sup> Bryan A. Garner (ed), *Black's Law Dictionary*, Eighth edition, Thomson West, 2004.

<sup>60</sup> Istilah hakim harus proaktif didasarkan pada pemikiran realisme dalam ilmu hukum yang meyakini meskipun hukum adalah sesuatu yang dihasilkan melalui proses yang dapat dipertanggungjawabkan secara logika imperatif, namun *the life of law has not been logic, it is (socio-psychological) experience*. Hakim yang bekerja harus “proaktif” membuat putusan untuk menyelesaikan perkara dengan memperhatikan kenyataan sosial. Dengan demikian, putusan hakim selalu dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat, lihat dalam Sulistyowati Irianto, *Hukum yang Bergerak Tinjauan Antropologi Hukum*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2009, hlm. 80.

<sup>61</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2014, hlm. 118.

pasal-pasal dan peraturan untuk mendukung putusan tersebut. Kedua, tipe hakim yang apabila memutus terlebih dahulu berkonsultasi dengan kepentingan perutnya dan kemudian mencari pasal-pasal untuk memberikan legitimasi terhadap putusan perutnya.<sup>62</sup>

Penemuan hukum dikenal dalam praktek peradilan setelah perundang-undangan yang mengatur kekuasaan kehakiman secara substansial memungkinkan kegiatan penemuan hukum dilakukan.<sup>63</sup>

Realitas dan fenomena putusan tersebut menimbulkan kontroversi dalam masyarakat dan menarik untuk dikaji secara lebih dalam terhadap realitas empiris atau fenomena di balik fakta-fakta tersebut. Ratio decidendi hakim, pola pikir serta model penemuan hukum dalam menyelesaikan sengketa perdata merupakan objek penelitian dalam disertasi ini.

Kajian dalam disertasi ini berangkat dari asumsi adanya pengaruh atau dominasi yang kuat dari aliran positivisme hukum dalam proses penerapan undang-undang oleh hakim peradilan umum dalam menyelesaikan yang hanya berkuat kepada peraturan perundang-undangan tertulis saja, sehingga hakim terbelenggu oleh aturan normatif, lebih mengedepankan aturan-aturan formal dan mengolahnya melalui logika, cara berhukum yang substantif, *serial thinking*, hakim terjebak oleh kekakuan perundang-undangan, hakim hanya membunyikan

---

<sup>62</sup> M. Syamsudin, *Rekonstruksi Perilaku Etik Hakim Dalam Menangani Perkara Berbasis Hukum Progresif*, dalam Jurnal Hukum, Nomor Edisi Khusus Vol. 18, Oktober 2011, hlm. 132.

<sup>63</sup> Pasal-pasal yang berkaitan dengan tugas dan kewajiban seorang hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutuskan suatu perkara yaitu Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yaitu :

- a. Pasal 1 butir 1 : Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.
- b. Pasal 2 ayat (1) : Peradilan dilakukan "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA".
- c. Pasal 2 ayat (2) : Peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.
- d. Pasal 3 ayat (1) : Dalam menjalankan tugas dan fungsinya, hakim dan hakim konstitusi wajib menjaga kemandirian peradilan.
- e. Pasal 4 ayat (1) : Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang.
- f. Pasal 5 ayat (1) : Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.
- g. Pasal 10 ayat (1) : Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

ketentuan dalam undang-undang, hakim tidak keluar dari makna undang-undang yang membuat kerdil pemikirannya, mematikan kreatif dan keaktifan hakim.<sup>64</sup>

Dalam praktek persidangan perdata, terutama perkara perdata yang memerlukan ketelitian dalam pembuktian, maka kepeloporan para hakim yang merupakan kelakuan aktual hakim (*pattern of behaviour*) dalam menjalankan, mempertimbangkan dan memutuskan kasus konkret merupakan hal yang utama dan penting, jadi bukan hanya berdasarkan aturan tertulis saja yang harus dipahami dan dijadikan patokan. Berdasarkan kepeloporan hakim menerapkan hukum yang tidak tertulis dan faktor-faktor lain seperti ekonomi, sosial, budaya, psikologi, moral hidup pribadi hakim melalui metode penafsiran dan konstruksi hukum maka hakim-hakim peradilan umum memiliki kompetensi mengubah dan menerobos aturan undang-undang yang berlaku, seperti halnya membuat model penemuan hukum dalam penyelesaian perkara perdata.

Setiap hakim, khususnya di peradilan umum yang memperoleh tugas menyelesaikan suatu perkara harus memerhatikan dan berpedoman pada asas-asas umum peradilan yang baik. Adapun asas-asas umum peradilan yang baik meliputi:

1. Menjunjung tinggi hak seseorang untuk mendapatkan putusan (*right to a decision*) ;
2. Setiap orang berhak mengajukan perkara sepanjang memiliki kepentingan (*no interest, no action*) ;
3. Larangan menolak untuk mengadili kecuali ditentukan lain oleh undang-undang ;
4. Putusan harus dijalankan dalam waktu yang pantas dan tidak terlalu lama ;
5. Asas imparsialitas (tidak memihak) ;
6. Asas kesempatan untuk membela diri (*audi et alteram partem*) ;
7. Asas objektivitas (*no bias*), tidak ada kepentingan pribadi-pribadi atau pihak lain ;
8. Menjunjung tinggi prinsip "*nemo iudex in re sua*" yaitu hakim tidak boleh mengadili perkara dimana ia terlibat dalam perkara *a quo* ;
9. Penalaran hukum (*legal reasoning*) yang jelas dalam isi putusan ;
10. Akuntabilitas (dapat dipertanggungjawabkan) ;
11. Transparansi (keterbukaan) ;

---

<sup>64</sup> Satjipto Rahardjo, "Hukum Progresif : Hukum yang Membebaskan", artikel pada Jurnal Hukum Progresif, Volume I, Nomor 1, April 2005, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, hlm. 3.

12. Kepastian hukum dan konsistensi ;
13. Menjunjung hak-hak asasi manusia ;<sup>65</sup>

Dalam penyelesaian perkara perdata yang lebih berorientasi pada aspek kebendaan dan mendorong pada sifat materialistis maka dalam penyelesaiannya harus mempertimbangkan dasar akhlak yang tinggi dalam kerangka tetap menjaga keintiman hubungan manusia. Putusan hakim dalam perkara perdata yang diajukan kepadanya harus sesuai dengan nilai-nilai hukum yang merupakan anggapan masyarakat tentang sesuatu hukum yang seharusnya sesuai dengan isi peraturan perundang-undangan yang sedang berlaku, namun dalam kenyatannya dapat juga tidak sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang ada.

Hal tersebut, menurut penulis disebabkan adanya dominasi positivisme yang dibawa kolonial Belanda yang memengaruhi sistem hukum Indonesia. Dalam ajaran positivisme hukum, hakim ditempatkan sebagai corong undang-undang, tidak memberi ruang hakim sebagai subyek hak karena bersandar pada bunyi undang-undang atau yurisprudensi, yang sesungguhnya tidak obyektif. Di samping undang-undang sendiri tidak netral dan sarat dengan kepentingan, sehingga interpretasi hakim selalu bias dan dipengaruhi kepentingan ideologi, latar belakang pendidikan, politik dan sebagainya.

Fokus utama disertasi ini adalah faktor hakim di pengadilan umum sebagai aktor dalam menggunakan pertimbangan untuk memeriksa dan mengadili perkara perdata yang belum jelas atau tidak ada dasar hukumnya. Berdasarkan pemahaman bahwa norma hukum merupakan sesuatu yang abstrak, maka hanya hakim pengadilan yang memiliki otoritas atau kewenangan untuk menerjemahkan dan menafsirkan setiap norma hukum yang akan diterapkan pada kasus-kasus yang dihadapkan kepadanya.

Untuk merespon realitas dan fenomena tersebut ada 2 (dua) perspektif yaitu perspektif internal (*internal perspective*) dan perspektif eksternal (*external perspective*).<sup>66</sup> Dilihat dari perspektif internal memang tidak tampak adanya hal-

---

<sup>65</sup> Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan dalam Empat Lingkungan Peradilan, Buku II, Edisi 2007, Mahkamah Agung Republik Indonesia, 2009, hlm. 860-861.

<sup>66</sup> Brian Z. Tamanaha, *A Social Legal Approach to The Internal-External Distinction ; Juriprudential and Legal Ethics Implications*, University Press, Cambridge, hlm. 161.

hal penting untuk dipermasalahkan atas realitas empiris dari suatu putusan hakim, artinya hakim sah-sah saja dan tidak ada larangan untuk menolak atau menerima suatu gugatan. Hal ini merupakan ranah kewenangan hakim dalam memeriksa dan menjatuhkan putusan. Hakim tidak keliru asalkan sesuai dengan kaidah-kaidah formal dan prosedural yang telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan. Sementara dalam perspektif eksternal, bekerjanya hukum tidak hanya terbatas pada dipenuhinya prosedur formal semata. Bekerjanya hakim memang ditentukan dan dibatasi oleh aturan formal yang ada dalam rumusan berbagai undang-undang, namun hal ini jauh dari cukup untuk dapat menjelaskan tingkah laku para aktor yang terlibat tanpa memasukkan unsur-unsur lainnya seperti politik, ekonomi dan kultur (budaya).<sup>67</sup> Setiap aktifitas penegakan hukum terlibat nilai-nilai, gagasan, sikap dan perilaku yang terkait dengan hukum.

Dengan melakukan kajian putusan-putusan hakim di tingkat pertama hingga Mahkamah Agung Republik Indonesia akan tergali dan terungkap nilai-nilai gagasan, keyakinan, pola perilaku hakim dalam membangun model penemuan hukum oleh hakim peradilan umum dalam menyelesaikan perkara perdata berdasar asas peradilan yang baik.<sup>68</sup>

## **B. Perumusan Masalah**

Kajian atau fokus utama dalam disertasi ini adalah faktor hakim di peradilan umum sebagai aktor atau manusia dalam menyusun pertimbangan suatu putusan terhadap perkara perdata yang diperiksanya. Suatu pemikiran hakim dalam menghadapi berbagai alternatif atau pilihan, kemudian hakim menentukan pilihan atas dasar pertimbangan yang berkeadilan dan memiliki nilai manfaat bagi kehidupan masyarakat dengan tidak meninggalkan unsur kepastian hukumnya.

---

<sup>67</sup> Lawrence M. Friedman, *The Legal System, a Social Science Perspective*, Russel Safe Foundation, New York, 2009, hlm. 15. Kultur hukum adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum-kepercayaan, nilai, pemikiran serta harapannya. Jadi, kultur hukum adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari atau disalahgunakan.

<sup>68</sup> Menurut William James dalam kehidupan hakim ada kekuasaan yang tidak mereka kenali dan tidak mampu mereka berikan suatu penamaan tertentu sebagai dorongan total dan tekanan oleh kosmos (*the total push and pressure of cosmos*) yang menentukan ke arah mana pilihan akan dijatuhkan, dalam Achmad Ali dan Wiwie Heryani, *Sosiologi Hukum, Kajian Empiris Terhadap Pengadilan*, Kencana Prenada Media Group, 2012, hlm. 6.

Sehubungan dengan hal tersebut, maka hakim sebagai salah satu unsur penegak hukum dapat bertindak untuk menghasilkan atau memberi putusan yang dapat diterima semua pihak. Hakim dalam memutus perkara perdata tidak hanya sebagai robot dan terbelenggu oleh keangkuhan undang-undang yang tertulis, hakim sebagai corong undang-undang dan menerapkan undang-undang tanpa ada suatu kreasi baru atau keberanian untuk menafsirkan undang-undang yang bersifat kaku dan ketinggalan jaman. Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menemukan hukum terhadap peristiwa konkret agar putusannya dapat memberikan solusi lebih baik dan tidak menimbulkan permasalahan baru yang rumit karena hukum atau undang-undang dalam kenyataannya tidak dapat memadai atau mengakomodasi semua aspek kehidupan manusia yang terus berkembang dan tidak terbilang jumlahnya. Kepentingan manusia yang semakin hari semakin bertambah, membutuhkan wadah dalam bentuk hukum yang representatif, supaya tidak menimbulkan permasalahan yang dapat meresahkan kehidupan masyarakat.

Dalam mengadili perkara perdata, maka hakim diharapkan mampu melakukan lompatan, meninggalkan cara kerja dan pemikiran lama untuk menemukan hukum melalui penafsiran dan konstruksi hukum, karena berbagai kegiatan kehidupan manusia yang semakin kompleks dan lepas dari pengaturan perundang-undangan atau hukum atau tidak terakomodasi dalam undang-undang atau telah terakomodasi namun kurang jelas atau ketinggalan jaman. Berdasarkan hal tersebut, kiranya menarik untuk diangkat sebagai permasalahan dalam disertasi ini, yaitu :

1. Apakah di dalam melakukan penemuan hukum terhadap penyelesaian perkara perdata, hakim peradilan umum memutus berdasarkan *ratio decidendi* yang didasarkan pada kaidah normatif atau menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat ?
2. Mengapa diperlukan adanya pentahapan pada penemuan hukum oleh hakim peradilan umum dalam menyelesaikan perkara perdata ?
3. Bagaimana membangun model penemuan hukum oleh hakim peradilan umum berdasar asas peradilan yang baik ?

### C. Tujuan Penelitian

Di dalam suatu penelitian perlu ditetapkan adanya tujuan dari penelitian, dengan maksud agar tidak terjadi bias atau penelitian yang dilakukan akan menyimpang dari permasalahan yang telah dikemukakan. Di samping itu, tujuan penelitian perlu ditetapkan, yaitu untuk menetapkan langkah-langkah yang hendak dilakukan, sehingga penelitian ini memiliki arah yang jelas dan dapat memecahkan permasalahan yang telah dirumuskan. Berdasarkan permasalahan yang telah ditetapkan tersebut, maka penelitian ini bertujuan :

1. Menemukan dan menganalisis dasar pertimbangan hukum (*ratio decidendi*) hakim di pengadilan umum dalam melakukan penemuan hukum pada penyelesaian perkara perdata yang diajukan kepadanya.
2. Mengidentifikasi, menjelaskan serta menganalisis tahap-tahap penemuan hukum oleh hakim pengadilan umum dalam penyelesaian perkara perdata.
3. Menganalisis, mengevaluasi dan menyusun pola penemuan hukum oleh hakim yang tepat guna penyelesaian perkara perdata agar sesuai dengan asas pengadilan yang baik serta rasa keadilan masyarakat, sehingga dapat mengisi kekosongan undang-undang sebagai akibat ketiadaan aturan hukum.

### D. Manfaat Penelitian

Sesuai tujuan penelitian, maka hasil penelitian dapat memiliki manfaat atau kontribusi yang dapat dibedakan menjadi dua bagian, yaitu kegunaan secara teoritis dan kegunaan secara praktis, sebagai berikut :

#### 1. Manfaat Teoritis

- a. Hasil penelitian ini dapat memberikan pikiran alternatif bagi hakim pengadilan umum dalam kaitannya dengan penyelesaian perkara perdata agar tidak hanya berpedoman pada undang-undang dalam arti produk legislatif, namun juga memerhatikan atau mencerminkan realita dalam masyarakat berupa hukum tidak tertulis serta kearifan lokal (*local wisdom*).
- b. Hasil penelitian berupa penemuan hukum diharapkan dapat mengubah paradigma berpikir hakim pengadilan umum dalam memeriksa dan

mengadili perkara perdata yang selama ini terbelenggu dominasi hukum tertulis sebagaimana praktek yang berkembang di dunia peradilan ke arah berpikir progresif yang mampu memberikan nilai keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan bagi para pencari keadilan (*justiabelen*).

## **2. Manfaat Praktis**

- a. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi pemikiran bagi penegak hukum, khususnya bagi hakim maupun calon hakim peradilan umum untuk berani melakukan penafsiran hukum yang bermanfaat untuk waktu yang akan datang serta melakukan penemuan hukum atas perkara perdata yang diajukan kepadanya yang tidak diatur di dalam peraturan perundang-undangan.
- b. Berkaitan dengan implelementasi secara praktis yaitu diharapkan dapat menjadi bahan masukan atas pertimbangan untuk penyusunan, perumusan dan memformulasikan dalam bentuk hukum acara perdata yang bersifat nasional melalui peraturan perundang-undangan bagi pihak legislatif maupun Mahkamah Agung dengan produk hukumnya berupa Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) ataupun Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA). Dari hasil kajian penelitian ini diharapkan dapat menjadi salah satu sumber bacaan atau referensi bagi pihak-pihak yang membutuhkan.