

BAB II

LANDASAN TEORI DAN KAJIAN PUSTAKA

A. Landasan Teori

1. Fungsi Hakim Dalam Perkara Perdata

1.1. Hakim dan Esensi Mengadili

Dalam suatu negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtstaats*) kekuasaan kehakiman (*judicative power*) merupakan badan yang sangat menentukan isi dari kekuatan kaidah-kaidah hukum positif. Kekuasaan kehakiman diwujudkan dalam tindakan pemeriksaan, penilaian dan penetapan nilai perilaku manusia tertentu serta menentukan nilai situasi konkret dan menyelesaikan persoalan atau konflik yang ditimbulkan secara imparial berdasarkan hukum sebagai patokan objektif.⁶⁹

Kekuasaan kehakiman ini bertugas untuk menegakkan dan mengawasi berlakunya peraturan perundang-undangan yang berlaku (*ius constitutum*).⁷⁰

Dalam kenyataan konkret, kewenangan kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh hakim. Pada dasarnya tugas hakim adalah memberikan putusan dalam setiap perkara atau konflik yang dihadapkan kepadanya, menetapkan hal-hal seperti hubungan hukum, nilai hukum dari perilaku serta kedudukan hukum pihak-pihak yang terlibat dalam suatu perkara, maka hakim harus selalu mandiri dan bebas dari pengaruh pihak manapun terutama dalam mengambil suatu putusan.⁷¹

Hakim merupakan pilar utama dan tempat terakhir bagi pencari keadilan dalam proses peradilan. Sebagai salah satu elemen berkuasa kekuasaan kehakiman

⁶⁹ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, hlm. 93.

⁷⁰ Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 menyatakan bahwa “kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Ketentuan tersebut merupakan dasar dari adanya suatu peradilan yang bebas dari campur tangan kekuasaan negara. Dalam makna lain yang lebih luas ketentuan tersebut memberikan implikasi bahwa peradilan sebagai lembaga yudikatif yang menyelenggarakan kekuasaan kehakiman tidak dapat dan tidak boleh dicampuri oleh kekuasaan negara baik lembaga eksekutif maupun legislatif.

⁷¹ Secara yuridis ketentuan mengenai kekuasaan kehakiman telah diatur dalam Bab IX Pasal 24, Pasal 24 A, Pasal 24 B, Pasal 24 C dan Pasal 25 UUD 1945 hasil amandemen MPR beserta penjelasannya serta dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

yang menerima, memeriksa dan memutus suatu sengketa dituntut untuk memberikan keadilan kepada para pencari keadilan.

Secara normatif, pengertian dan batasan tentang hakim dapat dilihat secara otentik dalam Undang-Undang Nomor 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 menyebutkan bahwa hakim adalah pejabat peradilan negara yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk mengadili. Pasal 1 angka 1, 2 dan 3 Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum juga menyatakan bahwa 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 tersebut, maka terdapat kesamaan uraian mengenai pengertian hakim yaitu sebagai pejabat yang melaksanakan tugas kekuasaan kehakiman dan pejabat peradilan yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk mengadili. Istilah pejabat membawa konsekuensi yang berat oleh karena kewenangan dan tanggung jawabnya terumuskan dalam rangkaian tugas, kewajiban, sifat dan sikap tertentu, yaitu penegak hukum dan keadilan.⁷²

Dalam penelitian disertasi ini yang dimaksud dengan hakim adalah hakim pada lingkungan peradilan umum, meliputi hakim pengadilan negeri, hakim pengadilan tinggi dan hakim agung di Mahkamah Agung Republik Indonesia yang berfungsi sebagai penegak hukum dan pengabdian hukum. Adapun isu hukum dalam penelitian lebih menitikberatkan dari membangun model penemuan hukum oleh hakim peradilan umum dalam menyelesaikan perkara perdata yang tidak diatur oleh undang-undang secara sempurna dan lengkap.

⁷² Wildan Suyuthi Mustofa, *Kode Etik, Etika Profesi dan Tanggung Jawab Hakim*, Mahkamah Agung Republik Indonesia, 2004, hlm. 1.

Pengertian mengadili adalah serangkaian tindakan hakim untuk menerima, memeriksa dan memutus suatu perkara berdasarkan asas bebas, jujur dan tidak memihak di sidang pengadilan. Putusan hakim harus dipertimbangkan segala aspek yang bersifat yuridis, sosiologis dan filosofis sehingga keadilan yang ingin dicapai dalam putusan hakim adalah keadilan yang berorientasi pada keadilan hukum (*legal justice*).

Hakim dalam menjalankan tugasnya harus bersikap adil objektif dan tidak memihak sesuai dengan ketentuan hukum acara perdata yang memberikan jaminan objektif dalam pemeriksaan di depan persidangan. Hakim dalam memeriksa perkara perdata (gugatan) atas dasar terjadinya perbuatan melawan hukum (*onrechmatigdaad*) maupun atas cedera janji (*wanprestasi*) sesuai dengan tuntutan hak,⁷³ yang diajukan oleh salah satu pihak (penggugat) terhadap pihak lain (tergugat) maka akan berhadapan dengan dua pihak yaitu 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 tersebut 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 menerapkan undang-undang kepada peristiwa konkret tersebut dan menjatuhkan putusan sebagai kesimpulannya dan hakim mengadili menurut hukum atau sesuai bunyi ketentuan undang-undang.

Adapun makna mengadili menurut hukum sangat perlu untuk dipahami bahwa terdapat beberapa konsep yang mendasarinya, yaitu :⁷⁴

Pertama, pengertian hukum dalam asas memutus menurut hukum diartikan sangat luas yaitu hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Dalam suatu

⁷³ Tuntutan hak harus memiliki kepentingan hukum yang cukup, merupakan syarat utama untuk dapat diterimanya tuntutan hak tersebut oleh pengadilan guna diperiksa *point d'interest*, *point d'action*. Dalam Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 40.

⁷⁴ Bagir Manan, *Op.cit.*, hlm. 4-5.

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 memerhatikan kepatutan (Pasal 1339 BW), kesusilaan dan ketertiban umum (Pasal 1337 BW).

Kedua, asas mengadili menurut hukum adalah perwujudan asas legalitas sebagai salah satu unsur pokok paham negara berdasarkan 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 penetapan tersebut dilakukan. Pengertian hukum yang sudah ada meliputi hukum materil (substentif) 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 hanya hukum tertulis, bahkan lebih sempit lagi hukum adalah undang-undang. Dari teori ini berkembang ungkapan “hakim adalah mulut atau corong undang-undang” (*spreekbuis van de wet, bouche de la loi*). Hakim bukan saja dilarang menerapkan hukum di luar undang-undang, melainkan juga dilarang untuk 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 di Indonesia melalui Pasal 15 AB (*Algemene Bepalingen van Wetgeving*) ada potongan ketentuan yang berbunyi “*“eef gewoonte geen recht dan allen wanner de wet daarop verwijst”* (ketentuan kebiasaan bukan merupakan hukum, kecuali ditunjuk oleh undang-undang). Mengenai larangan penafsiran hingga saat ini untuk sebagian hakim masih berpendapat hukum acara harus diterapkan sebagaimana mestinya. Suatu cara pandang yang harus ditinjau kembali karena tidak sesuai dengan perkembangan hukum.

Keempat, asas mengadili menurut hukum dalam kaitan hukum sebagai pengertian normatif dan sosiologis. Dari segi teori hukum atau filsafat hukum maka pengertian normatif bersandar pada ajaran positivisme seperti ajaran *Reine Rechtslehre* atau *The Pure Theory of Law* (teori hukum murni) dari Hans Kelsen. Pandangan sosiologis tentang hukum didukung oleh aliran teori hukum *sociological jurisprudence* yang dipelopori oleh Eugen Ehrlich yang memisahkan antara *law in books* dan *law in action* yang dipelopori oleh Roscoe Pound yang memperkenalkan ungkapan “*law as a tool of social engineering*”.

Muara dari proses peradilan yang independen adalah putusan hakim. Putusan merupakan produk peradilan yang pertama dan utama karena merupakan jawaban lahir dari persengketaan yang diajukan oleh para pihak serta hasil dari proses peradilan yang dijalankan. Putusan selanjutnya menjelma menjadi perwajahan pertama dari pengadilan karena di dalam putusan termuat pertimbangan-pertimbangan hukum yang dibuat oleh hakim yang kemudian menjadi gambaran dan representasi kewibawaan pengadilan.⁷⁵ Semakin berkualitas suatu putusan dan komprehensif pertimbangan hukumnya, maka semakin berwibawa wajah peradilan.

Dalam diri hakim diemban suatu amanah agar peraturan perundang-undangan diterapkan secara benar dan adil, dan apabila penerapan peraturan perundang-undangan akan menimbulkan ketidakadilan maka hakim wajib berpihak pada keadilan (*moral justice*) dan mengesampingkan hukum atau peraturan perundang-undangan (*legal justice*). Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) yang tentunya sesuai pula dengan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat (*social justice*). Keadilan yang dimaksudkan bukan keadilan yang bersifat formil, namun keadilan yang bersifat substantif sesuai dengan hati nurani hakim sebagai pengabdai hukum.

Pengertian pengabdai hukum secara praktik dibedakan menjadi pengabdai hukum di bidang preventif yaitu mereka yang bekerja di bidang legislatif dan

⁷⁵ Anton F. Susanto, *Wajah Peradilan Kita, Konstruksi Tentang Penyimpangan Mekanisme Kontrol dan Akuntabilitas Peradilan Pidana*, Refika Aditama, Jakarta, 2004, hlm. 87.

bertugas untuk merancang suatu rancangan undang-undang yang sering disebut dengan istilah *legal drafter*. Pengabdikan hukum di bidang eksekutif yaitu pelaksana hukum pada pemerintah pusat dan pemerintah daerah serta pengabdikan hukum bidang pemberian jasa atau pelayanan hukum seperti notaris dan pengacara. Pengabdikan hukum di bidang represif atau penegak hukum yaitu kepolisian, kejaksaan dan pengadilan.

Mengenai tugas pokok hakim diuraikan dalam Pasal 19 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 tentang Peradilan Umum (sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009) menegaskan bahwa hakim pengadilan adalah pejabat yang melaksanakan tugas kekuasaan kehakiman. Selanjutnya, dalam Pasal 50 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 (sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009) tentang Peradilan Umum juga mengatur pengadilan negeri bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, menyelesaikan perkara pidana dan perdata di tingkat pertama.

Tugas pengadilan memang identik dengan tugas hakim sehingga sering menimbulkan anggapan bahwa pengadilan adalah hakim, padahal dalam melaksanakan tugas pokoknya yaitu menerima, memeriksa dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya, hakim harus dibantu oleh aparat pengadilan atau staf seperti yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Hakim sebagai aparat hukum memiliki fungsi ganda yaitu di satu pihak sebagai aparat negara, abdi negara dan abdi masyarakat yang penuh kesetiaan kepada Pancasila dan UUD 1945, di lain pihak sebagai aparat hukum yang harus menegakkan hukum dan keadilan dalam masyarakat melalui putusannya. Sebagai abdi negara, hakim harus mengutamakan kepentingan negara di atas kepentingan pribadi dan sebagai abdi masyarakat memberikan pelayanan, sedangkan sebagai abdi hukum (pengembangan tugas) dituntut untuk menegakkan hukum dan memberikan pengayoman kepada masyarakat pencari keadilan.⁷⁶

⁷⁶ 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 Kabanjahe)*, Tesis pada Program Pascasarjana, Universitas Sumatera Utara, Medan, 2002, hlm. 20.

1.2. Hakim Sebagai Penegak Hukum

Peradilan pada dasarnya adalah pelaksanaan hukum, dalam hal konkret adanya tuntutan hak atau terjadinya sengketa yang fungsinya dijalankan oleh suatu badan yang berdiri sendiri dan bebas dari pengaruh apa atau siapapun dengan cara memberikan putusan yang bersifat mengikat dan bertujuan untuk mencegah *eigenrichting*.⁷⁷

Adanya asas kebebasan hakim dalam memeriksa dan memutus suatu sengketa serta tidak adanya keberpihakan merupakan jaminan dihasilkannya putusan yang adil, dan hakim dalam memutus perkara wajib merujuk dan menerapkan peraturan perundang-undangan dan sumber-sumber hukum lainnya (yurisprudensi, kebiasaan, kesadaran hukum dan asas-asas hukum) karena setiap putusan pengadilan berlandaskan pada suatu aturan.⁷⁸ Kebebasan hakim atau kemandirian peradilan tidak dapat diartikan sedemikian jauh sehingga membolehkan hakim membuat aturan-aturan sendiri untuk menyelesaikan sengketa yang dihadapkan kepadanya atau diperkenankan untuk membuat putusan secara semena-mena, namun hakim berkewajiban untuk menafsirkan suatu aturan.

Hakim di dalam menyelesaikan suatu perkara harus mengadili menurut hukum dan untuk memperoleh, menemukan pengertian maupun makna yang tepat tentang mengadili menurut hukum tersebut harus mengacu pada prinsip yang mendasarinya. Menurut Bagir Manan, terdapat beberapa tolok ukur sebagai makna mengadili menurut hukum antara lain :⁷⁹

1. Mengadili menurut hukum merupakan salah satu asas mewujudkan negara berdasarkan atas hukum. Setiap putusan hakim harus memiliki dasar hukum

⁷⁷ Tradisi *eigenrichting* terdapat dalam sistem peradilan primitif sekitar tahun 4.000 tahun yang lalu sebagaimana dimaksud dalam Kitab Hammurabi yaitu Raja Babilonia yang hidup sekitar tahun 1800 Sebelum Masehi. Kitab tersebut dianggap sebagai kitab hukum tertua di dunia, sekaligus menunjukkan pencapaian tingkat peradaban Mesopotamia yang sudah sangat tinggi saat itu dalam Sidharta, *Tradisi Peradilan Pra Modern dalam Pendulum Antinomi Hukum*, Sidharta dan Jufrina Rizal (ed), Genta Publishing, Yogyakarta, 2014, hlm. 58. Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2011, hlm. 21.

⁷⁸ Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2011, hlm. 21.

⁷⁹ Bagir Manan, *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*, Asosiasi Advokat Indonesia (AAI), Jakarta, 2010, hlm. 9-10.

substantif dan prosedural yang telah ada sebelum perbuatan melawan hukum atau pelanggaran terjadi ;

2. Hakim dalam mengadili menurut hukum harus diartikan luas melebihi pengertian hukum tertulis dan tidak tertulis. Hukum dalam kasus atau keadaan tertentu meliputi 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, namun 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 akan menimbulkan ketidakadilan, bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban umum. Hakim bukan “mulut” atau “corong” undang-undang melainkan “mulut corong” keadilan ;

Memutus menurut hukum merupakan tugas pertama dan terakhir seorang hakim. Hukum adalah pintu masuk dan pintu keluar setiap putusan hakim dan menurut Wiarda-Koopmans ada keterkaitan antara hukum dan tujuan hukum sehingga ada tiga fungsi hakim dalam menerapkan hukum (*rechtstoepassing*), yaitu⁸⁰ : sekedar menerapkan hukum apa adanya, menemukan hukum (*rechtsvinding*) dan menciptakan hukum.⁸¹

Fungsi hakim menerapkan hukum apa adanya (*rechtstoepassing*), fungsi ini menempatkan hakim hanya menempelkan atau memberikan tempat suatu peristiwa hukum dengan ketentuan yang ada. Hakim seperti penjahit yang semata-mata melekatkan dengan jahitan bagian-bagian dari kain yang sudah dipotong sesuai dengan tempatnya masing-masing. Kalau ada ketidakcocokan antara peristiwa hukum dengan ketentuan yang ada, hakim tidak dibenarkan untuk melakukan rekayasa.⁸²

⁸⁰ Wiarda-Koopmans dalam Bagir Manan, *Hakim sebagai Pembaharu Hukum, Himpunan Makalah, Artikel dan Rubrik yang Berhubungan dengan Masalah Hukum dan Keadilan*, Varia Peradilan, IKAHI, Mahkamah Agung Republik Indonesia, 2011, hlm. 309.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

Fungsi hakim sebagai penemu hukum, hakim bertindak menerjemahkan atau memberi makna agar suatu aturan hukum atau suatu pengertian hukum dapat secara aktual sesuai dengan peristiwa hukum konkret yang terjadi dan untuk menghindari penyalahgunaan maka penemuan hukum dapat dilakukan dengan instrumen atau metode penafsiran, analogi, penghalusan hukum (*rechtsverfijning*), konstruksi hukum dan *argumentum a contrario*.⁸³

Fungsi hakim menciptakan hukum atau membuat hukum dikonstruksikan sebagai upaya hakim yang harus memutus, namun tidak tersedia aturan hukum yang dapat dijadikan dasar. Tugas menciptakan hukum ini diperlukan apabila ada kekosongan hukum (*rechtsvacuum/legal vacuum*).⁸⁴

Secara konsepsional, inti dan arti penegak hukum terletak pada kegiatan menyerasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan menjelma dari sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup di dalam masyarakat.

Atas dasar pengertian tersebut dapat dikatakan bahwa gangguan terhadap penegakan hukum mungkin saja terjadi apabila terdapat ketidakserasian antara “tritunggal” nilai, kaidah dan pola perilaku artinya terdapat ketidakserasian antara nilai yang berpasangan dan menjelma di dalam kaidah-kaidah yang simpang siur dan pola perilaku tidak terarah yang dapat mengganggu kedamaian hidup dalam suatu masyarakat. Oleh karena itu, penegakan hukum bukan hanya pelaksanaan perundang-undangan, walaupun dalam kenyataannya di Indonesia kecenderungan pengertian *law enforcement* diartikan seperti dimaksud.

Dengan demikian, penegakan hukum lebih membebankan pada upaya-upaya untuk menyerasikan nilai-nilai yang berlaku di dalam masyarakat untuk menyerasikan nilai-nilai yang dijabarkan dalam hukum. Tujuannya adalah agar tercapai sikap tindak atau pola perilaku yang sesuai dengan harapan pembentuk undang-undang untuk menciptakan kaidah-kaidah hukum ke dalam kehidupan masyarakat, sehingga terlaksana tujuan hukum dalam masyarakat berupa

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

perwujudan nilai-nilai keadilan, kesebandingan, kepastian hukum, perlindungan hak, ketertiban dan kebahagiaan masyarakat.⁸⁵

Pada hakikatnya tugas hakim dalam penegakan hukum khususnya dalam menegakkan kembali peraturan perundang-undangan yang telah dilanggar oleh para pihak atau terdakwa dapat berjalan dengan baik dan lancar apabila jiwa dari peraturan perundang-undangan yang telah dilanggar itu tercermin rasa keadilan dalam masyarakat atau dengan perkataan lain bahwa tugas hakim dalam menegakkan hukum tidak akan memenuhi hambatan yang berarti apabila peraturan perundang-undangan yang ada sesuai dengan perasaan hukum dan nilai-nilai keadilan yang hidup dan berkembang dalam masyarakat.⁸⁶ Sebaliknya, jika peraturan perundang-undangan yang telah dilanggar itu tidak relevan dengan realitas dalam masyarakat, maka hakim akan menemui kesulitan dalam menegakkan kembali prinsip keadilan dalam putusannya. Apabila hakim memaksakan diri untuk menerapkan peraturan tersebut terhadap peristiwa konkret, maka besar kemungkinan akan tercipta ketidakadilan. Dalam konteks ini, berlaku adagium yang berbunyi *summum ius summa iniura*, yaitu undang-undang yang diterapkan secara *rigid* akan menyebabkan timbulnya ketidakadilan.

John Rawls, dalam bukunya *A Theory of Justice* menegaskan *A trial, then is an instance of imperfect procedure justice. Even though 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* (proses persidangan dapat menjadi contoh prosedur keadilan yang tidak sempurna, meskipun undang-undang telah diikuti dengan baik dan prosedur dijalani secara jujur dan pantas dapat saja mencapai hasil yang salah. Seseorang yang tidak bersalah dinyatakan bersalah, seseorang yang bersalah dapat bebas. Dalam kasus-kasus seperti ini kita sebut sebagai ketidakadilan.

Satjipto Rahardjo mengemukakan pada dasarnya intervensi pribadi sebagai manusia biasa yang memiliki ambivalen sikap batinnya, sehingga pada akhirnya melahirkan putusan yang dimasukkan sangat kontroversial, bahkan

⁸⁵ Boy Nurdin, *Kedudukan dan Fungsi Hakim dalam Penegakan Hukum Indonesia*, Alumni, Bandung, 2012, hlm. 107.

⁸⁶ Soerjono Soekanto, *Penegakan Hukum dan Kesadaran Hukum*, makalah pada Seminar Hukum Nasional IV, Jakarta, 1979, hlm. 10.

undang-undang sangat tidak mencerminkan rasa keadilan yang dilakukan hakim adalah memeriksa kenyataan yang terjadi serta menghukumnya dengan ketentuan peraturan yang berlaku.⁸⁷

Pada waktu diputuskan tentang bagaimana atau apa hukum yang berlaku untuk suatu kasus, maka saat itulah penegakan hukum mencapai puncaknya. Kondisi ini menempatkan hakim sebagai faktor penentu bagi penegakan hukum dalam proses di persidangan. Berdasarkan hal tersebut, menurut Satjipto Rahardjo, pendekatan sosialisasi tidak pernah mau menerima bekerjanya pengadilan sebagai suatu aplikasi dari peraturan begitu saja melainkan sarat dengan berbagai intervensi politik, sosial dan manusia. Mempelajari pengadilan sebagai suatu institusi penegakan hukum yang menghimpun hakim-hakim yang memiliki kecenderungan ideologi bermacam telah meratifikasikan pengadilan dan hakim ke dalam tingkah laku manusia, senantiasa berusaha untuk menemukan alasan-alasan yang bersifat kelakuan, pengantar asal-usul sosial para hakim merupakan variabel yang menentukan. Sehubungan dengan ini, menurut Baharudin Lopa akan sia-sia jika amanat undang-undang yang sudah adil, ternyata dijalankan oleh orang-orang yang bermental buruk, namun lebih baik suatu sistem atau amanat undang-undang yang tergolong buruk, namun dijalankan pribadi-pribadi yang bermental terpuji.⁸⁸

1.3. Hakim Sebagai Penegak Keadilan

Istilah keadilan telah dituangkan dalam berbagai definisi oleh badan-badan pengadilan sebagaimana terbaca dalam *The Encyclopedia Americana*, berbagai definisi keadilan diartikan sebagai berikut :⁸⁹

1. *The constant and perpetual disposition to render every man his due* (kecenderungan yang tetap dan kekal untuk memberikan kepada setiap orang haknya) ;
2. *The aim of civil society* (tujuan dari masyarakat) ;

⁸⁷ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1997, hlm. 11.

⁸⁸ Suprianus Aristeus, *Eksaminasi terhadap Putusan Hakim sebagai Partisipasi Publik*, Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), Jakarta, 2008, hlm. 27.

⁸⁹ The Liang Gie, *Teori-Teori Keadilan (Sumbangan Bahan untuk Pemahaman Pancasila)*, Super Sukses, Yogyakarta, 1988, hlm. 17-18.

3. *The right to obtain a hearing and decision by a court which is free of prejudice and improper influence* (hak memperoleh suatu pemeriksaan dan putusan oleh badan peradilan yang bebas dan pengaruh yang tak selayaknya) ;
4. *All recognized equitable rights as well as technical legal rights* (semua hak wajar yang diakui maupun hak-hak menurut yang teknis) ;
5. *The dictate of right according to the consent of mankind generally* (suara kebenaran menurut persetujuan ummat manusia pada umumnya) ;
6. *Conformity with the principles of integrity, rectitude and just dealing* (persesuaian dengan asas-asas ketuhanan watak, kejujuran dan perlakuan adil);

Sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman bahwa peradilan dilakukan demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa dan Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum serta keadilan. Dengan demikian, salah satu tugas utama hakim adalah menegakkan keadilan bukan kepastian hukum atau dalam bahasa K. Wantjik Saleh pekerjaan hakim berintikan keadilan. Keadilan bukan keadilan menurut bunyi perkataan undang-undang semata menurut versi penguasa atau berdasarkan selera kaum *powerfull* melainkan keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.⁹⁰

Bismar Siregar dalam bukunya “Hukum Hakim dan Keadilan Tuhan” menambahkan bahwa dasar seorang hakim dalam mengambil putusan adalah “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”. Dengan demikian, dalam menetapkan putusannya, maka pertama seorang hakim bermunajat kepada Allah SWT atas nama-Nya suatu putusan diucapkan. Hakim bersumpah atas nama Tuhan Yang Maha Esa dan saat itulah hatinya bergetar. Hal ini merupakan peringatan bagi siapa saja. Menyadari bahwa keadilan yang diperjuangkan oleh hakim adalah keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, maka dalam

⁹⁰ K. Wantjik Saleh, *Kehakiman dan Peradilan*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1977, hlm. 39.

setiap putusan sang hakim tidak boleh hanya bersandar pada undang-undang semata, namun harus sesuai dengan hati nuraninya yang tulus.⁹¹

Keadilan merupakan salah tujuan dari setiap sistem hukum, bahkan merupakan tujuan yang terpenting. Tujuan hukum yang lain dan selalu menjadi tumpuan hukum yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan ketertiban. Keadilan juga dapat dilihat sebagai suatu nilai (*value*). Bagi suatu kehidupan manusia yang baik ada empat nilai yang merupakan fondasi penting yaitu keadilan, kebenaran, hukum dan moral, namun dari keempat nilai tersebut menurut filsuf Plato, keadilan merupakan nilai kebajikan yang tertinggi (*justice is the supreme virtue which harmonize all other virtues*).

Para filsuf Yunani memandang keadilan sebagai suatu kebajikan (*individual virtue*). Oleh karena itu, dalam *institute of justimian* diberikan definisi keadilan terkenal yang mengartikan keadilan sebagai tujuan kontinu dan konstan untuk memberikan kepada setiap orang haknya (*justice is the constant and continual purpose which gives to every one his own*).

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, keadilan didefinisi sebagai sama berat, tidak berat sebelah, tidak memihak, berpihak kepada orang yang benar, berpegang pada kebenaran.⁹² Pengertian adil dalam budaya Indonesia berasal dari ajaran Islam. Kata ini adalah serapan dari kata bahasa Arab “*Al Adl*” yang berarti perkara yang tengah-tengah atau tidak berat sebelah, tidak memihak atau menyamakan yang satu dengan yang lain. Secara terminologis, adil adalah mempersamakan sesuatu dengan yang lain, baik dari segi nilai maupun dari segi ukuran, sehingga sesuatu itu menjadi tidak berat sebelah dan tidak berbeda satu sama lain. Adil juga berarti berpihak atau berpegang kepada kebenaran, menurut Ahmad Azhar Basyir, keadilan adalah meletakkan sesuatu pada tempat yang sebenarnya atau menempatkan sesuatu pada proporsinya yang tepat dan memberikan kepada seseorang sesuatu yang menjadi haknya.⁹³

⁹¹ Bismar Siregar, *Hukum Hakim dan Keadilan Tuhan : Kumpulan Catatan Hukum dan Peradilan di Indonesia*, Gema Insani Press, Jakarta, 2000, hlm. 35.

⁹² Departemen Pendidikan Nasional Republik Indonesia, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 2002, hlm. 8.

⁹³ Ahmad Azhar Basyir, *Negara dan Pemerintahan dalam Islam*, Universitas Islam Indonesia Press (UII Press), Yogyakarta, 2000, hlm. 22.

Dalam beberapa kasus hukum tertentu ketegangan dapat terjadi, ketika hakim menginginkan putusannya adil bagi pihak penggugat maupun pihak tergugat, sehingga berakibat sering merugikan kemanfaatan bagi masyarakat luas, demikian pula sebaliknya apabila hakim di dalam putusannya mendahulukan kemanfaatan bagi masyarakat luas, maka perasaan keadilan bagi orang tertentu terpaksa dikorbankan.

Setiap putusan yang telah dijatuhkan oleh hakim sebaiknya mengandung 3 (tiga) komponen dari tujuan hukum dan putusan hakim yang ideal menurut Gustav Radbruch adalah putusan yang mengandung unsur-unsur *gerechtigkeits* (keadilan), *zweckmassigkeit* (kemanfaatan) dan *rechtssicherheit* (kepastian hukum) secara proporsional.⁹⁴

Untuk itu, minimal terdapat satu tujuan yang harus menjadi prioritas dari setiap pengaturan hukum. Gustav Radbruch, termasuk orang yang menganut asas prioritas, skala tersebut adalah pertama kita wajib memprioritaskan keadilan, kemudian kemanfaatan dan terakhir kepastian hukum. Idealnya memang selalu diusahakan agar setiap aturan hukum dan setiap penerapan aturan hukum senantiasa dapat berhasil mencapai perwujudan keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, namun apabila tidak mungkin maka skala prioritas yang harus diberlakukan.

Menurut Smith, aturan-aturan keadilan harus tepat untuk memberikan kejelasan bagi tindakan manusia. Aturan-aturan ini mengatur secara tepat setiap tindakan yang dituntut oleh keadilan.⁹⁵

Ada dua hal yang perlu ditekankan. Pertama, aturan keadilan dapat dipaksakan karena aturan-aturan itu menyangkut hak-hak manusia yang berharga dan harus dijunjung tinggi oleh siapa saja. Aturan-aturan ini menetapkan apa yang harus dilakukan dalam kaitan dengan hak-hak orang lain dan bagaimana itu dilakukan. Di dalamnya ditetapkan apa yang boleh, dan apa yang tidak boleh dilakukan. Dengan kata lain, aturan-aturan keadilan dapat dipaksakan karena

⁹⁴ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 23.

⁹⁵ M. Hatta Ali, *Asas Peradilan Sederhana, Cepat dan Biaya Ringan Dihubungkan dengan Keadilan Restoratif Dalam Lingkungan Peradilan Umum di Indonesia* (Disertasi), Program Doktor Ilmu Hukum, Universitas Padjadjaran, Bandung, 2011, hlm. 40.

aturan-aturan ini menyangkut jaminan atas hak-hak manusia yang antara lain meliputi hak atas hidup, hak kebebasan dan hak milik. Hak-hak ini memiliki nilai pada dirinya sendiri dan wajib dijunjung tinggi karena nilainya yang luhur.

Kedua, alasan utama mengapa keadilan dapat dipaksakan karena kenyataan bahwa pelanggaran atas keadilan akan menimbulkan kerugian dan kejahatan dalam masyarakat. Kejahatan dan kerugian ini pada gilirannya akan mengganggu keteraturan masyarakat. Sehubungan dengan itu, Smith menganggap keadilan sebagai perintah moral yang luhur dan secara sosial tidak dapat ditawar.⁹⁶

Keadilan adalah syarat niscaya bagi keberadaan dan kelangsungan hidup masyarakat. Sebagai aturan main bagi relasi sosial manusia, maka keadilan adalah prasyarat yang harus ada bagi adanya masyarakat. Keadilan adalah “tonggak utama” yang menunjang seluruh bangunan masyarakat. Jika tonggak ini disingkirkan, bangunan masyarakat yang megah dan raksasa pasti akan hancur berantakan”. Oleh karena itu, masyarakat tidak bisa bertahan di antara mereka yang setiap saat siap untuk saling melukai dan merugikan satu sama lain.⁹⁷

Setiap hakim 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*) ;

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid*, hlm. 34.

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) ;
12. Kepastian hukum dan konsistensi ;
13. Menjunjung hak-hak asasi manusia ;⁹⁸

Selama ini cukup kuat anggapan secara umum bahwa tujuan peradilan perdata hanya untuk menegakkan kebenaran formil semata, sedangkan tujuan peradilan pidana hanya untuk menegakkan kebenaran materiil. Penulis tidak sependapat dengan anggapan tersebut karena tujuan pengadilan adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan, tanpa membedakan antara yang memiliki kebenaran formil di satu pihak dan atau kebenaran materiil di pihak lain. Suatu kebenaran yang ditegakkan melalui putusan pengadilan hanya akan mampu mencapai kesempurnaan apabila putusan tersebut selain memiliki nilai sebagai kebenaran formil juga memiliki nilai sebagai kebenaran materiil. Dalam proses peradilan, termasuk peradilan perdata yang hendak mencapai keadilan prosedural serta keadilan substansial tidak harus dibedakan, bahkan dipertentangkan secara diametral antara yang satu dengan yang lain, melainkan saling melengkapi.

1.4. Hakim Sebagai Pencipta Hukum

Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menentukan 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.

⁹⁸ Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan dalam Empat Lingkungan Peradilan, Buku II, Edisi 2007, Mahkamah Agung Republik Indonesia, 2009, hlm. 860-861.

Ketentuan pasal tersebut memberikan makna kepada hakim sebagai organ utama dalam pengadilan dan sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman untuk menerima, memeriksa, mengadili perkara dan menjatuhkan putusan. Dengan demikian, wajib hukumnya bagi hakim untuk menemukan hukumnya, meskipun ketentuan hukumnya tidak atau kurang jelas.

Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menentukan bahwa hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Bertitik tolak dari ketentuan kedua pasal tersebut, maka dalam keadaan tertentu hakim-hakim di Indonesia diberikan kewenangan oleh undang-undang untuk penciptaan hukum (*rechtsvinding*) melalui putusan.⁹⁹ Dalam arti apabila terjadi kekosongan hukum atau undang-undang yang ada tidak jelas atau kurang lengkap dan tidak relevan dengan kenyataan sosial, maka hakim menciptakan hukum dengan mengacu pada hukum yang tidak tertulis.

Ada tiga hal pokok penyebab perundang-undangan yang berlaku positif di Indonesia memiliki berbagai kelemahan dan kekurangan yaitu :¹⁰⁰

1. Sebagian besar perundang-undangan yang berlaku di negara kita sebagian warisan pemerintah kolonial. Ciri khas produk hukum jaman kolonial adalah individualistis dan feodalistis ;
2. Terkadang perundang-undangan (produk jaman kemerdekaan) diciptakan untuk memenuhi kebutuhan sesaat dan biasanya untuk kepentingan politik dari kelompok atau golongan tertentu ;
3. Sebagian perundang-undangan yang ada (produk jaman kemerdekaan) tidak relevan lagi dengan realitas sosial. Hal ini terjadi karena pengaruh perubahan sosial yang berkembang dengan pesat sementara di sisi lain, undang-undang selalu terlambat mengikuti peristiwa yang diaturnya ;

Secara umum, undang-undang yang dibuat oleh pembentuk undang-undang untuk melindungi kepentingan manusia sehingga harus dilaksanakan dan ditegakkan, namun, kegiatan dalam kehidupan manusia sangat luas dan tidak

⁹⁹ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 22.

¹⁰⁰ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.* hlm. 30.

terhitung jumlah dan jenisnya sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu peraturan perundang-undangan secara tuntas dan jelas. Manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan memiliki kemampuan terbatas sehingga undang-undang yang dibuat tidaklah lengkap untuk mencakup keseluruhan kegiatan kehidupannya. Oleh karena itu tidak ada undang-undang yang lengkap dan jelas untuk mengatur kehidupan manusia.

Pembuat undang-undang hanya menetapkan peraturan umum saja dan pertimbangan tentang hal-hal konkret terpaksa diserahkan kepada hakim. Oleh karena pembuat undang-undang senantiasa terbelakang oleh kejadian-kejadian sosial baru maka hakim yang harus sering menambah undang-undang tersebut. Hakim sebagai pemegang kendali dari penentu hukum di depan persidangan dapat memberikan sentuhan *human* pada hukum dan peraturan perundang-undangan sehingga akan tetap digunakan dalam kerangka penegakan hukum yang berjiwa kemanusiaan.

Dalam upaya menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya, maka menurut Sudikno Mertokusumo ada tiga tahapan yang harus dilewati seorang hakim yaitu mengkonstantir fakta-fakta, mengkualifikasikan peristiwa dan mengkonstitusikan peristiwa hukum.¹⁰¹

Pada praktik di persidangan, hakim menghadapi dua kendala yaitu seringkali kata atau kalimat undang-undang tidak jelas atau undang-undang tidak lengkap dalam arti belum secara tegas mengatur kasus konkret yang diajukan kepada hakim. Padahal di sisi lain, hakim dilarang menolak untuk mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan dalih hukum tidak ada atau kurang jelas sebagaimana ditentukan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

¹⁰¹ Mengkonstantir fakta-fakta adalah menilai benar tidaknya suatu peristiwa konkret yang diajukan melalui persidangan secara pidana maupun perdata dan hal ini memerlukan pembuktian. Jadi, yang harus dibuktikan adalah fakta atau peristiwa konkret. Tahap mengkualifisir berarti mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa konkret tersebut masuk dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum apa dengan jalan menerapkan peraturannya sebagai suatu kegiatan yang bersifat logis. Hakim bukan hanya menerapkan peraturan, namun menciptakan hukumnya. Selanjutnya tahap akhir adalah mengkonstituir atau memberikan konstitusinya, yaitu hakim menentukan hukum dari suatu hubungan hukum antara peristiwa hukum dengan subyek hukum.

Kendala yang dihadapi ini menurut Sudikno Mertokusumo dapat diatasi dengan dua cara, jika peraturannya tidak jelas maka hakim melakukan interpretasi atau penafsiran terhadap bunyi undang-undang dengan berbagai metode interpretasi/penafsiran yaitu penafsiran otentik, sistematis, historis dan sosiologis. Jika peraturannya tidak lengkap maka hakim dapat melakukan penalaran (*reasoning*) dengan berbagai metode penalaran atau argumentasi tertentu seperti *argumentum a contrario*, *argumentum per analogiam* (analogi) dan penghalus hukum (*rechtsverfijning*).

Atas dasar tersebut, maka hakim selain menerapkan hukum juga menemukan dan menciptakan hukum. Pada waktu mengadili maka hakim menentukan *in concreto* terhadap suatu peristiwa tertentu. Dengan demikian, putusan hakim adalah hukum atau dengan putusannya hakim membuat hukum (*judge made law*). Di samping adanya lembaga legislatif sebagai pembentuk hukum yang bersifat objektif abstrak, maka hakim juga membentuk atau mencipta hukum, hanya saja hukum yang diciptakan oleh hakim adalah hukum *in concreto*.¹⁰²

Secara tekstual, 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 penafsiran/interpretasi terhadap undang-undang ? Jawabannya tentu saja tidak karena hal itu akan menimbulkan kekacauan dan ketidakpastian hukum. Penemuan dan penciptaan hukum oleh hakim harus dilakukan atas prinsip-prinsip atas asas-asas tertentu yang menjadi dasar dan rambu-rambu bagi hakim dalam menerapkan kebebasannya dalam menemukan dan menciptakan hukum.

Tugas hakim adalah luhur dan mulia, namun tugas tersebut berat karena hakim sebagai manusia biasa penuh dengan kekurangan, namun hakim telah diberi hak istimewa oleh negara untuk menentukan hubungan hukum yang harus

¹⁰² Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 80.

berlaku antara kedua belah pihak yang bersengketa. Kekuasaan yang demikian besar kepada hakim harus diimbangi dengan sikap yang penuh rasa tanggung jawab dan hakim harus dapat mempertanggungjawabkan putusan kepada hati nuraninya sendiri, negara, masyarakat serta Tuhan Yang Maha Esa.¹⁰³

2. Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perkara Perdata

2.1. Pengertian Penemuan Hukum

Politik pembaruan sistem nasional sejak reformasi hingga Rencana Pembangunan Jangka Panjang (RPJP) masih didasarkan pada paradigma *civil law* yang menempatkan peraturan perundang-undangan sebagai satu-satunya sarana pembaruan. Meskipun, di dalamnya mendorong kualitas putusan, namun RPJP belum memberikan ruang bagi putusan pengadilan sebagai sarana perubahan. Kondisi demikian, bertolak belakang dengan perkembangan praktik hukum selama ini dimana peraturan perundang-undangan belum mampu secara optimal mengikuti dinamika perkembangan masyarakat.¹⁰⁴

Oleh karena fungsi peraturan perundang-undangan belum optimal dalam melakukan pembaharuan hukum dan masyarakat maka hal tersebut memberi peluang kepada Mahkamah Agung mengisi kekosongan hukum. Pada posisi demikian, Binsar M. Gultom mengemukakan bahwa kekuasaan kehakiman tidak hanya berada pada posisi pelaksana peraturan perundang-undangan semata, melainkan berperan dalam penemuan hukum. Begitu strategisnya fungsi hakim sesuai independensinya maka hakim memiliki hak prerogatif untuk (1). menafsirkan peraturan perundang-undangan, (2). mencari dan menemukan dasar-dasar hukum, (3). mencipta hukum baru apabila menghadapi kekosongan perundang-undangan, (4). melakukan *contra legem* apabila ketentuan suatu pasal

¹⁰³ H. R. Purwoto S. Gandasubrata, *Renungan Hukum*, Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI), Jakarta, 1999, hlm. 78.

¹⁰⁴ Pada masa lalu, peran hakim dalam pengembangan dan pembaharuan hukum di Indonesia belum berjalan secara optimal. Pembaharuan hukum lebih didominasi lembaga legislatif dan eksekutif melalui undang-undang dan peraturan perundang-undangan di bawahnya, namun apabila dilihat ke belakang, sejak dahulu putusan pengadilan telah menghasilkan putusan penting (*landmark decision*) sebagai bentuk penemuan hukum. Hal ini penting, karena yang perlu ditekankan adalah bukan pada siapa yang mendominasi pembaharuan hukum, melainkan bagaimana hukum dan keadilan dapat ditegakkan (Imam Soebechi, *Putusan Hakim dalam Pembaharuan Hukum*, Majalah Hukum Varia Peradilan Nomor 347, Oktober 2014, hlm. 24.)

perundang-undangan bertentangan dengan kepentingan umum, (5). memiliki otonomi yang bebas mengikuti yurisprudensi.¹⁰⁵

Oleh karena undang-undang masih bersifat abstrak, tidak lengkap dan kurang jelas, bahkan dimungkinkan undang-undang tersebut ketinggalan jaman atau tidak semua peristiwa, kehidupan, kegiatan dan kepentingan manusia diatur oleh hukum secara lengkap. Sehubungan dengan hal tersebut sesuai dengan fungsi hukum sebagai perlindungan hukum terhadap kepentingan manusia, maka hukum yang kurang lengkap, kurang jelas perlu dijelaskan dan dilengkapi dengan jalan penemuan hukum oleh hakim terhadap peristiwa konkret melalui metode interpretasi atau penafsiran hukum, konstruksi hukum dan hermeneutika hukum. Hakim sesuai dengan tugasnya sebagai penegak hukum dan keadilan wajib mengupayakan penemuan hukum terhadap peristiwa tertentu yang belum diatur dalam undang-undang atau telah diatur dalam undang-undang, namun kurang jelas atau kabur bahkan ketinggalan jaman.

Beberapa pendapat mengenai pengertian atau definisi penemuan hukum dapat dijelaskan sebagai berikut :

Menurut Utrecht, apabila suatu peraturan perundang-undangan belum jelas atau belum mengaturnya maka hakim harus bertindak berdasarkan inisiatif sendiri untuk menyelesaikan perkara tersebut. Dalam hal ini, hakim berperan untuk menentukan apa yang merupakan hukum, sekalipun peraturan perundang-undangan tidak dapat membantunya. Tindakan hakim inilah yang dinamakan penemuan hukum.¹⁰⁶

Sudikno Mertokusumo, mengemukakan bahwa penemuan hukum diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberikan tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum konkret. Selanjutnya dikatakan, penemuan hukum terutama dilakukan oleh hakim dalam memeriksa dan memutus suatu perkara atau sengketa. Penemuan hukum oleh hakim dianggap yang memiliki wibawa. Ilmuwan hukumpun mengadakan penemuan hukum, hanya kalau penemuan

¹⁰⁵ Binsar M. Gultom, *Peran Hakim Sebagai Pembaharu Hukum Untuk Mewujudkan Pengadilan Yang Bersih*, Majalah Hukum Varia Peradilan, Nomor 331, Juni 2013, hlm. 136.

¹⁰⁶ Utrecht E, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Ichtiar, Jakarta, 1986, hlm. 248.

hukum oleh hakim adalah hukum, maka hasil penemuan hukum oleh ilmuwan hukum bukanlah hukum, melainkan ilmu atau doktrin. Meskipun, yang dihasilkan itu bukanlah hukum, namun istilah yang digunakan juga penemuan hukum, oleh karena doktrin kalau diikuti dan diambilalih oleh hakim dalam putusan menjadi hukum. Doktrin bukanlah hukum, melainkan sumber hukum. Secara garis besarnya maka penemuan hukum menurut Sudikno Mertokusumo ada dua jenis yaitu :¹⁰⁷

- (1). Penemuan hukum heteronom, jika dalam penemuan hukum maka hakim sepenuhnya tunduk pada undang-undang dan hakim hanya mengkonstatir undang-undang untuk diterapkan pada peristiwa konkritnya, sehingga hakim menerapkannya menurut bunyi undang-undang tersebut ;
- (2). Penemuan hukum otonom, jika hakim dalam menjatuhkan putusan dibimbing oleh pandangan-pandangan, pemahaman, pengalaman atau pikirannya tanpa terkait mutlak pada ketentuan undang-undang ;

Adapun Pitlo, membedakan penemuan hukum dalam dua jenis, yaitu :

- (1). Penemuan hukum dalam arti sempit, yaitu 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 jika hakim dalam menjatuhkan putusan dibimbing oleh pandangan-pandangan, pemahaman, pengalaman atau pikirannya tanpa terkait mutlak pada ketentuan undang-undang ;

DHM Meuwissen, mengemukakan bahwa penemuan hukum adalah keseluruhan berpikir dari seorang hakim dengan suatu metode yang mengantarkan dan membawanya kepada suatu putusan hukum atau pengembangan hukum (*rechtsboefening*). Pengembangan hukum dibedakan dalam pengembangan hukum praktis dan pengembangan hukum teoritis. Pengembangan hukum praktis meliputi kegiatan yang berkenaan dengan hal mewujudkan hukum dalam kehidupan sehari-hari, sedangkan pengembangan hukum teoritis meliputi kegiatan pembentukan hukum, penemuan hukum dan bantuan hukum. Dalam arti khusus,

¹⁰⁷ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, 1993, *Op.cit.*, hlm. 8.

penemuan hukum adalah proses dan karya yang dilakukan oleh hakim yang menetapkan benar atau tidak benar menurut hukum dalam suatu situasi konkret yang diujikan pada hati nurani.¹⁰⁸

N.E. Algra dan Van Duyvendijk, mengartikan bahwa penemuan hukum merupakan kegiatan hakim untuk menggunakan berbagai macam teknik penafsiran dan cara menguraikan dengan berbagai macam alasan yang tidak terdapat di dalam aturan hukum yang ada. Hakim tidak hanya membuat hukum untuk persoalan yang ada di depannya, namun untuk kejadian sama yang akan datang. Selanjutnya beliau juga memberikan pendapat bahwa penemuan hukum berbeda dengan penerapan peraturan-peraturan yang telah ada pada fakta yang ada. Selalu terjadi suatu ketentuan harus ditemukan melalui interpretasi, analogi atau penghalusan hukum. Jadi, penemuan hukum terjadi karena penerapan ketentuan pada fakta dan ketentuan tersebut terkadang harus dibentuk, karena tidak selalu ditemukan dalam undang-undang yang ada.¹⁰⁹

Paulus Effendi Lotulung memberikan pengertian bahwa penemuan hukum diartikan sebagai proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum “*das sollen*” yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret “*das sein*” tertentu. Hakim selalu dihadapkan pada peristiwa konkret, konflik atau kasus yang harus diselesaikan atau dipecahkan dan untuk dicari hukumnya. Problematika yang berhubungan dengan penemuan hukum pada umumnya melekat pada profesi hakim yang menghasilkan putusan.¹¹⁰

¹⁰⁸ Soejono Koesoemo Sisworo, *Beberapa Aspek Filsafat Hukum Dalam Penegakan Hukum*, makalah disajikan dalam Diskusi Panel dengan tema Fungsi dan Tugas Birokrasi dalam Menegakkan Hukum serta Berbagai Aspek yang Terkait di dalamnya oleh Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, hari Selasa, 20 Desember 1988, hlm. 8.

¹⁰⁹ John Z. Loudoe, *Menemukan Hukum Melalui Tafsir dan Fakta*, Bina Aksara, Jakarta, hlm. 69.

¹¹⁰ Hakim harus menguasai penemuan hukum secara benar karena hakim dianggap mengetahui hukumnya (*ius curia novit*) maka hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan oleh pihak dengan alasan bahwa hukumnya tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Konsekuensi asas *ius curia novit* bagi hakim yaitu di dalam memutus perkara harus memuat alasan dan dasar putusan berupa hukum tertulis atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili, dalam Paulus Effendi Lotulung, *Hukum Tata Usaha Negara dan Kekuasaan*, Salemba Humanika, Yogyakarta, 2013, hlm. 15.

Dalam hal hakim harus menemukan hukum, Purwoto S Gandasubrata mengatakan, apabila hukum atau undang-undang 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 dan menemukan hukumnya (*rechtsvinding*).¹¹¹ Dalam melakukan penemuan hukum maka hal utama yang tidak boleh dilanggar adalah asas-asas fundamental serta sistematika hukum yang ada. Misalnya, oleh karena melakukan penemuan hukum, hakim sampai menemukan kaidah yang membenarkan orang yang berhutang tidak membayar.

Adapun hasil penemuan hukum oleh hakim juga merupakan sumber hukum. Putusan hakim adalah penerapan peraturan hukum yang berlaku pada fakta hukum tersebut. Oleh karena itu, Ahmad Mujahidin¹¹² menyampaikan bahwa hakim harus memilih aturan hukum yang akan diterapkan serta menginterpretasikannya untuk menentukan model perilaku yang tercantum dalam aturan hukum tersebut serta menentukan maknanya untuk menetapkan wilayah penerapan dan menginterpretasi semua fakta yang diajukan dalam persidangan oleh para pihak yang berperkara untuk menentukan apakah fakta-fakta tersebut dapat dijadikan sebagai fakta hukum yang dapat dimasukkan ke dalam wilayah penerapan aturan hukum yang ada.

Tugas penting bagi hakim dalam penemuan hukum adalah menentukan peristiwa-peristiwa apa yang masih termasuk dalam pengertian yang ditetapkan dalam undang-undang atau bukan. Hal ini termasuk kejadian-kejadian yang secara tidak termakna ganda termasuk dalam inti dari pengertian tersebut.¹¹³

Hakim dalam memutus suatu perkara dihadapkan pada 3 (tiga) asas, yaitu :

- (1). Asas keadilan ;
- (2). Asas kepastian hukum ;
- (3). Asas kemanfaatan ;

¹¹¹ Purwoto S Gandasubrata, *Renungan Hukum*, IKAHI Mahkamah Agung Republik Indonesia, 1998, hlm. 81.

¹¹² Ahmad Mujahidin, *Antara Penerapan dan Keadilan*, Majalah Hukum Varia Peradilan Nomor 347, Oktober 2014, hlm. 33.

¹¹³ J.J.H. Bruggink, Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 63.

Ketiga asas tersebut harus dijalankan secara kompromi, berimbang dan proporsional. Terdapat beberapa kelemahan apabila penekanannya hanya pada salah satu asas saja, sebagai berikut :¹¹⁴

a. Asas Kepastian Hukum

Dalam hal penekanan asas kepastian hukum, maka hakim lebih cenderung mempertahankan norma-norma hukum tertulis (undang-undang). Cara berpikir yang normatif tersebut akan mengalami kebuntuan apabila ketentuan-ketentuan tertulis tidak dapat menjawab persoalan yang ada, maka hakim harus menemukan hukum untuk mengisi kelengkapan hukum tersebut. Satjipto Rahardjo¹¹⁵ mengatakan, penekanan asas kepastian hukum bukan hanya berarti undang-undang saja, melainkan juga hukum tidak tertulis seperti kebiasaan dan hukum adat. Negara Indonesia berdasarkan hukum bukan berdasarkan undang-undang.

b. Asas Keadilan Hukum

Penekanan asas keadilan berarti harus mempertimbangkan hukum yang hidup dalam masyarakat, misalnya kebiasaan-kebiasaan, sosiologi hukum, budaya hukum yang semuanya sangat berperan.

c. Asas Kemanfaatan

Lebih bernuansa ekonomi, berguna untuk kepentingan manusia dan tidak hanya kepada para pihak yang berperkara. Secara ideal, kepentingan pribadi hendaknya seoptimal mungkin dipenuhi, tanpa mengurangi atau merugikan kepentingan pribadi.

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 tersebut. Putusan hakim dalam perkara perdata yang diajukan kepadanya harus sesuai dengan nilai-nilai hukum yang merupakan

¹¹⁴ Lintang Oloan Siahaan, *Peran Hakim Agung Dalam Penemuan Hukum (Rechtsvinding) dan Penciptaan Hukum (Rechtsschepping) Pada Era Reformasi dan Transformasi*, artikel dalam Majalah Varia Peradilan, IKAHI, Jakarta, Nomor 252, November, 2006, hlm. 57.

¹¹⁵ Satjipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2006, hlm.135.

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.

Dalam sistem yang berlaku di Indonesia¹¹⁶, metode penemuan hukum *rechtsvinding* sebagai salah satu atau bentuk *tekniko yuridik* yang dihasilkan oleh kombinasi antara ilmu pengetahuan dan pengalaman hakim sebagai profesi "*knowledge and experience*". Sebagaimana menurut J.M. Polak bahwa penemuan hukum sesungguhnya memiliki berbagai segi yang bersifat *logis-rasional-ilmiah*, namun juga *intuitif-irrasional*. Rasional ilmiah "*intellectual*" dalam arti hakim (seharusnya) memiliki kemampuan untuk mengenal dan memahami fakta-fakta dalam posita dan peraturan hukumnya yang berlaku dan akan diperlakukan beserta ilmunya, *logis-intellectual* dalam penerapan peraturan hukum normatif terhadap kasus posisinya harus mengindahkan hukum logika secara formil dan materiil, sedangkan aspek *intuitif-irrasional* nya terletak dalam hal penemu hukum (hakim) itu melibatkan, menggunakan dan mendambakan perasaannya yang halus dan murni mendampingi rasio dan logika sehingga bersama-sama mewujudkan rasa keadilan yang dibimbing oleh hati nurani berdasarkan kebenaran.

Kemampuan mengambil suatu putusan yang dimiliki seorang hakim sebagaimana pendapat Josef Esser¹¹⁷ diperoleh selama pendidikan dan karier yang dijalannya. Oleh karena itu, kematangan pengetahuan dan pengalaman dari hakim sangat penting dalam mengambil suatu putusan. Apapun metode pendekatan yang akan digunakan hakim pada penemuan hukum adalah bertemunya *methodenwahl in der rechtsfindung*. Uraian argumentasi pertanggungjawaban seharusnya

¹¹⁶ Sistem hukum di Indonesia pada umumnya terkena pengaruh sistem hukum *civil law* (*Eropa Kontinental*). *Civil Law* sebagai hukum yang berasal dari beberapa universitas dan hukum Romawi adalah peraturan yang didasarkan pada dan secara terus menerus berusaha mencari solusi bagi sebuah permasalahan di hadapan pengadilan, sedangkan *Common Law* dengan pendekatannya yang konkrit dan berdasarkan pada pengadilan berusaha mencari jawaban pragmatis di hadapan pengadilan. Perkara menjadi sumber utama *Common Law*, sedangkan undang-undang dan hukum yang terkodifikasi menjadi bagian-bagian yang membentuk *Civil Law* lihat dalam Peter de Cruz, *Perbandingan Sistem Hukum*, Nusa Media, Bandung, 2012, hlm. 55. Terjemahan Peter de Cruz, *Comparative Law in Changing World*, London-Sydney, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 1999, Penerjemah Narulita Yusron.

¹¹⁷ Penemuan hukum bukan semata-mata *Reinelogische Arbeit*, dalam Soejono Koesoemo Sisworo, *Op.cit.*, hlm. 8.

dipaparkan dalam *ratio decidendi* dan dimana perlu juga dalam *obiter dicta* dari putusan. Argumentasi dan motivasi merupakan sumber bagi legitimasi suatu putusan. Oleh karena itu, harus dibuat se-akseptabel mungkin untuk para pihak yang berperkara, masyarakat dan forum ilmiah.

Esensi pertimbangan hukum putusan merupakan pertanggungjawaban hakim terhadap putusannya. Secara substansial pertimbangan hukum putusan memuat berbagai pengujian dan penilaian, berbagai alat bukti dengan peraturan perundang-undangan serta mendasarkan pada berbagai teori hukum, teori kebenaran dan teori keadilan. Perbedaan pendapat atau *dissenting opinion* yang termuat dalam putusan merupakan pertanggungjawaban secara pribadi kepada masyarakat pencari keadilan. Secara normatif, pertanggungjawaban hakim terhadap putusannya dilakukan secara langsung dalam persidangan yang terbuka untuk umum kepada masyarakat. Di samping dalam pertimbangan hukum maka putusan hakim dipertanggungjawabkan kepada pencari keadilan, sebenarnya pertanggungjawaban yang lebih berat dari putusan hakim adalah kepada Tuhan Yang Maha Esa. Hal tersebut dapat dilihat dalam kepala putusan yang mencantumkan kalimat “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.

Putusan pengadilan merupakan keseluruhan rangkaian proses pemeriksaan persidangan sampai pada sikap hakim untuk mengakhiri perkara yang disidangkan. Putusan pengadilan tidak dapat dipahami hanya dengan membaca amar putusan, melainkan harus secara keseluruhan. Semua yang terurai dalam putusan merupakan satu kesatuan dan saling terkait serta tidak dapat dipisahkan. Formalitas putusan terdiri dari empat bagian, kepala putusan, identitas para pihak, pertimbangan hukum (konsiderans) dan amar putusan. Selanjutnya dikemukakan bahwa pertimbangan hukum dibedakan menjadi dua bagian, yaitu bagian yang memuat pertimbangan tentang duduk perkara atau peristiwa dan bagian pertimbangan tentang hukumnya. Penalaran hukum (*legal reasoning*) digunakan dalam dua arti, pertama dalam arti luas berkaitan dengan proses psikologi yang dilakukan hakim untuk sampai pada putusannya serta dalam arti sempit berkaitan dengan argumentasi yang melandasi suatu putusan.

2.2. Sejarah Penemuan Hukum

Sebagai negara yang pernah menguasai Indonesia maka sistem hukum Belanda diterapkan berdasarkan asas *konkordansi*. Hukum Belanda berada dalam lingkungan sistem hukum Eropa Kontinental (*civil law*), maka sistem hukum Indonesia juga termasuk dalam lingkungan sistem hukum *civil law*, sehingga hakim Indonesia dalam memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara termasuk masalah penemuan hukum dipengaruhi oleh sistem hukum *civil law* tersebut.

Pengertian *civil law* dapat dipaparkan sebagai berikut :

*Civil law may be defined as the legal tradition which has its origin in Roman Law, as codified in the corpus juris civilis of Justinian and subsequently in the Continental Europe and around the world. Civil Law eventually divided into two streams : The codified Roman Law (French Code 1804 and its progeny and imitators-continental Europe, Quebec and Louisiana) and uncoded Roman Law (Scotland and South Africa). Civil Law is highly systematized and structured and relies on declarations of board, general principles, often ignoring details.*¹¹⁸

Hukum sipil dapat didefinisikan sebagai suatu tradisi hukum yang berasal dari Hukum Romawi yang terkodifikasikan dalam *Corpus Juris Civilis Justinian* dan tersebar ke seluruh Benua Eropa dan seluruh dunia. Kode sipil terbagi dalam dua cabang, yaitu :

1. Hukum Romawi yang terkodifikasi (kode sipil Perancis 1804) dan daerah lainnya di Benua Eropa yang mengadopsinya, seperti Quebec dan Louisiana ;
2. Hukum Romawi yang tidak terkodifikasi (Skotlandia dan Afrika Selatan). Hukum kode sipil sangat sistematis, terstruktur yang berdasarkan deklarasi para dewan, prinsip-prinsip umum dan sering menghindari hal-hal yang detail.

Karakteristik sistem hukum *civil law* ditandai dengan adanya kodifikasi atau pembukuan hukum atau undang-undang dalam suatu kitab (*code*). Dalam

¹¹⁸ William Tetley, OC, *Common Law versus Civil Law (codified and uncoded)*, Law Department of Columbian College, 1999, dalam Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm. 57.

suatu kodifikasi dihimpun ketentuan hukum yang disusun sistematis. Pemikiran kodifikasi tersebut dipengaruhi konsepsi negara hukum abad ke- 18 dan 19 yaitu melindungi masyarakat dari kemungkinan tindak sewenang-wenang dan demi kepastian hukum.¹¹⁹ Pemerintah dan hakim tidak lebih dari sebuah mesin yang bertugas menerapkan undang-undang (bekerja secara mekanis). Dalam perkembangannya, sifat berlaku umum (*algemeenheid*) tidak hanya terbatas pada undang-undang. Berbagai keputusan administrasi negara yang bersifat mengatur, seperti peraturan, pemerintah, keputusan menteri dan keputusan presiden juga berlaku secara umum. Pengertian berlaku umum dari suatu undang-undang tidak lagi selalu berarti untuk semua orang, berlaku setiap saat, semua tempat dan dalam segala fakta (*rechtsfeit*).¹²⁰ Hal tersebut juga berlaku bagi hukum perdata sebagaimana terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) dan Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD) yang merupakan terjemahan dari *Burgerlijke Wetboek* (BW) dan *Wetboek van Koophandel* (WvK) yang berasal dari jaman kolonial Belanda berdasarkan kodifikasi dari ketentuan serupa yang diberlakukan di Negeri Belanda.¹²¹

¹¹⁹ Sebelum tanggal 1 Januari 1918 di Indonesia (yang saat itu masih bernama *Nederlands Indie*) berlaku 2 (dua) WvS (*Wetboek van Strafrecht*) yaitu yang pertama, WvS tahun 1866 yang diberlakukan pada tanggal 1 Januari 1867, yang berlaku untuk golongan Eropa merupakan kodifikasi dari WvS Negeri Belanda, dan kedua adalah WvS yang diberlakukan pada tanggal 1 Januari 1873 diberlakukan khusus untuk golongan Pribumi dan Timur Asing, dimana keduanya selaras dengan *Code Penal* Perancis. Kemudian pada tanggal 1 Januari 1918, Pemerintah Kolonial Belanda menghapuskan dualisme tersebut dan diadakan unifikasi terhadap ketentuan hukum pidana yaitu memberlakukan *Wetboek van Strafrecht Voor Nederlands Indie* sebagai satu-satunya ketentuan hukum pidana yang berlaku di Hindia Belanda, setelah Indonesia merdeka maka berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 dinyatakan bahwa WvS tersebut diberlakukan di seluruh wilayah Negara Republik Indonesia, lihat S.R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni AHM-PTHM, Jakarta, 1986, hlm. 44-50.

¹²⁰ Bagir Manan, *Dasar-Dasar Perundang-Undangan Indonesia*, Ind-Hill, Jakarta, 1992, hlm. 6.

¹²¹ Hukum perdata timbul di Romawi yaitu masa pemerintahan Kaisar Yustitianus yang disebut dengan *Corpus Juris Civilis*, oleh karena terjadinya kemajuan pesat di dunia perdagangan maka timbul permasalahan baru yang tidak diatur dalam ketentuan tersebut, sehingga dibentuk Aturan Undang-Undang Hukum Dagang. Kemudian saat Italia dijajah oleh Perancis maka Napoleon Bonaparte mengambil seluruh hukum Romawi dan menggantinya dengan nama *Code Civil* untuk hukum perdata dan *Code Penal* untuk ketentuan hukum pidana serta *Code de Commerce* untuk ketentuan hukum dagang. Setelah Perancis menjajah Belanda dan Jerman, maka ketentuan hukum Perancis diberlakukan pada kedua negara jajahan tersebut berdasarkan asas kodifikasi sehingga *Code Civil* dikodifikasikan menjadi *Burgerlijke Wetboek* (BW) dan *Code de Commerce* menjadi *Wetboek van Koophandel* (WvK) yang setelah Indonesia merdeka

Pengenalan hukum Romawi di Belanda hampir sama dengan penerimaan *reception* di wilayah Jerman. Penyikapan diberikan oleh ahli hukum Belanda yang dikenal dengan *the founder of modern public international law*, Hugo Grotius (1583-1645). Beliau mengakui dan respek pada kualitas dan keunggulan hukum Romawi yang dikodifikasi oleh Justinian. Beliau mengemukakan, apabila tidak ada hukum umum yang tertulis dan tidak ditemukan hukum kebiasaan dalam menangani perkara, hakim dari jaman *old admonish* (peradilan sistem lama dalam mengadili perkara) berdasarkan sumpah mengikuti alur logika menurut ilmu pengetahuan dan diskresi. Sejak hukum Romawi, khususnya sebagai hukum terkodifikasi oleh Justinian dapat dipertimbangkan oleh semua orang untuk memperoleh kebijaksanaan dan keadilan secara sempurna dan diterima sebagai pola kebijaksanaan dan keadilan dalam periode kebiasaan sebagai hukum.

Dalam sistem hukum *civil law* ternyata ada pembatasan atas kebebasan hakim yang didasarkan pada pengalaman bangsa Eropa sendiri yang pada masa lampau memberikan ruang tidak terbatas pada kebebasan hakim sehingga mengakibatkan ketidakpastian hukum. Menurut pandangan klasik sebagaimana diajarkan Montesqueiu maupun Kant yang menyatakan hakim dalam menerapkan undang-undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya tidak menjalankan peranan secara mandiri. Hakim hanya penyambung lidah atau corong undang-undang (*la bouche de la loi*) sehingga tidak dapat mengubah, menambah atau mengurangi kekuatan undang-undang. Semua hukum, menurut pandangan klasik sudah secara lengkap dan sistematis terdapat dalam undang-undang dan tugas hakim hanya mengadili sesuai dengan bunyi undang-undang.

Model silogisme merupakan metode yang digunakan dalam menerapkan undang-undang secara logis yang juga disebut sebagai *subsumptie logis* atau deduksi yang artinya adalah anggapan, yaitu menyimpulkan dari *premis mayor* (hal yang bersifat umum) dengan *premis minor* (hal yang bersifat khusus), misalnya barang siapa mencuri dihukum (*premis mayor*), si A mencuri (*premis*

diterjemahkan menjadi Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) dan Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUH Dagang), berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 (Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 18-19).

minor), maka si A harus dihukum (kesimpulan). Teori ini disebut *legisme* atau positivisme undang-undang yang merupakan pandangan yang *typis logistic*, mendasarkan pada aspek logis analitis. Penemuan hukum di sini dianggap sebagai kejadian yang teknis dan kognitif yang mengutamakan undang-undang serta tidak diberi tempat pada pengakuan subjektifitas atau penilaian. Oleh Wiarda, penemuan hukum ini disebut sebagai penemuan hukum heteronom karena hakim mendasarkan pada peraturan-peraturan di luar dirinya, jadi hakim tidak mandiri karena harus tunduk pada undang-undang.¹²²

Teori penemuan hukum heteronom ini pada tahun 1850 tidak dapat dipertahankan lagi dengan munculnya teori penemuan hukum yang mandiri (otonom). Dalam teori penemuan hukum otonom, hakim tidak lagi dipandang sebagai corong undang-undang, namun sebagai pembentuk undang-undang yang secara mandiri memberi bentuk kepada isi undang-undang dan menyesuaikan dengan perkembangan masyarakat. Hakim dalam menjatuhkan putusannya dibimbing oleh pandangan, pikiran sendiri atau memutus berdasarkan apresiasi pribadi. Dalam hal ini, hakim menjalankan fungsi mandiri dalam penerapan undang-undang terhadap peristiwa hukum konkret. Pandangan ini disebut pandangan yang materiil yuridis atau otonom. Tokoh pandangan ini antara lain Oskar Bulow, Eugen Ehrlich, Francois Geny, Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank dan Paul Scholten.

Menurut pandangan teori hukum otonom, undang-undang tidak mungkin lengkap karena hanya merupakan suatu tahap tertentu dalam proses pembentukan hukum dan undang-undang wajib mencari pelengkapanya dalam praktik hukum yang teratur dari hakim (yurisprudensi) dimana asas yang merupakan dasar undang-undang dijabarkan lebih lanjut, dikonkretisasi, diisi dan diperhalus dengan asas-asas baru. Oleh karena itu, diakui bahwa dalam hal kekosongan atau ketidakjelasan undang-undang, maka hakim memiliki tugas sendiri yaitu memberi

¹²² Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, Universitas Atma Jaya Press, Yogyakarta, 2010, hlm. 54.

pemecahan dengan menafsirkan undang-undang sehingga dapat menghasilkan penemuan hukum baru dalam suatu perkara yang dihadapkan kepadanya.¹²³

Penemuan hukum heteronom dapat dijumpai dalam sistem peradilan di negara-negara Eropa Kontinental (*civil law*) termasuk Indonesia, dimana hakim bebas, tidak terikat pada putusan hakim lain yang pernah dijatuhkan mengenai perkara yang sejenis. Hakim berpikir deduktif dari bunyi undang-undang (umum) menuju ke peristiwa khusus dan akhirnya sampai pada putusan. Dalam penemuan hukum heteronom ini, hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara mendasarkan pada faktor-faktor di luar dirinya.¹²⁴

Penemuan hukum otonom biasanya dijumpai dalam sistem hukum peradilan di negara-negara *Anglo Saxon (common law)*¹²⁵ yang menganut asas *the binding force of precedent* atau *stare decisis et quita non movere*. Hakim terikat pada putusan hakim yang terdahulu mengenai perkara yang sama jenisnya dan hakim yang akan menjatuhkan putusan perkara sejenis tersebut seakan-akan bertindak menyatu dengan hakim yang terdahulu. Dengan demikian, putusan hakim yang terdahulu dianggap sebagai putusannya sendiri, sehingga putusan hakim yang terakhir ini bukan mendasarkan pada faktor di luar dirinya, namun tetap didasarkan pada faktor dalam dirinya sendiri.

Hakim *Anglo Saxon* berpikir secara induktif yaitu berpikir dari peristiwa khusus yang satu (putusan hakim terdahulu) ke peristiwa khusus yang lain (peristiwa konkret yang dihadapinya) akhirnya sampai pada peristiwa khusus yang lain (putusan). Dalam hal ini, hakim mengadakan *reasoning by analogy*. Pada penemuan hukum materiil yuridis atau otonom, hakim memeriksa dan

¹²³ *Ibid.*, hlm. 43.

¹²⁴ *Ibid.*, hlm. 44.

¹²⁵ *Common Law* adalah hasil kerja para hakim sejak tahun 1066 (mulai pemerintahan *William The Conqueror*) dan tersusun lengkap selama kurang lebih 3 (tiga) abad. *Common Law* adalah hasil seleksi dari hukum kebiasaan lokal masing-masing daerah dalam wilayah Kerajaan Inggris. Disebut *Common Law* karena hukum yang disusun oleh para hakim dari berbagai hukum lokal berlaku sama untuk seluruh wilayah Kerajaan Inggris (unifikasi hukum tidak tertulis). *Blackstone (commentaries)* yang paling jasa melakukan kompilasi, klasifikasi dan menyusun secara sistematis *Common Law* sebagai sebuah sistem hukum. Kompilasi *Blackstone* sangat berpengaruh dalam masa perjuangan kemerdekaan dan di awal perkembangan hukum Amerika Serikat. Dalam Bagir Manan, *Judicial Precedent and Stare Decisis* (Sebagai Pengenalan), Majalah Varia Peradilan, IKAHI, Nomor 347, Oktober, 2014, hlm. 2.

memutus perkara menurut apresiasi pribadinya. Hakim dibimbing oleh pandangan-pandangan atau pikiran sendiri.

Dalam perkembangannya dua sistem hukum tersebut saling memengaruhi, sehingga penemuan hukum tidak lagi bersifat murni otonom dan heteronom, namun ada kecenderungan bergeser ke arah penemuan hukum otonom. Terjadi pergeseran dari “hakim terikat” ke arah “hakim bebas” dari “*normgerechtigkeit*” (keadilan menurut undang-undang) ke arah “*einzelfallgerechtigkeit*” (keadilan menurut hakim seperti yang tertuang dalam putusannya) dari “*systemdenken*” (berpikir dengan mengacu pada *system oriented*) ke arah “*problemendenken*” (berpikir dengan mengacu kepada masalahnya : *problem oriented*). Hakim di Indonesia mengenal penemuan hukum heteronom sepanjang hakim terikat pada undang-undang, namun penemuan hukum tersebut tetap memiliki unsur-unsur otonom yang kuat, karena hakim seringkali harus menjelaskan atau melengkapi undang-undang menurut pandangannya sendiri.¹²⁶

Hakim dalam memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa harus berdasarkan undang-undang, namun dalam menginventarisasi undang-undang dapat dijumpai undang-undang tersebut tidak lengkap, tidak jelas dan tidak sempurna, maka kewajiban hakim untuk menemukan hukum melalui metode interpretasi atau penafsiran hukum dan konstruksi hukum. Hakim tidak perlu ragu dalam melakukan penemuan hukum, karena terdapat dasar hukum Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yaitu hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Berkaitan dengan hal tersebut hakim dilarang menolak untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

¹²⁶ *Ibid.*, hlm. 59.

2.3. Aliran Penemuan Hukum

Dalam praktik penemuan hukum dikenal beberapa aliran penemuan hukum dengan karakteristik masing-masing sesuai dengan perkembangan situasi dan kondisi masyarakat sebagai berikut :

a. Aliran Legisme

Aliran legisme merupakan garis paling ekstrim dari positivisme hukum yang berpandangan bahwa hukum adalah undang-undang, sehingga tidak ada norma hukum di luar hukum positif. Hakim hanyalah corong atau terompet undang-undang. Pembatasan ini disebabkan pengalaman bangsa Eropa di masa lampau kebebasan hakim yang tidak terbatas membawa ketidakpastian hukum. Sikap awal dari aliran ini menganggap pengadilan sebagai imam dari hukum “*the priests of the law*”, tempat penyimpanan hukum-hukum kuno “*The repositories of its ancient rules*”, putusan tersebut kemudian disaring “*disstilled*” dalam sebuah jalan misterius oleh hakim “*inscrinio pectoris sui*” atau “*all law in the shrine of his breast*” atau hukum bersemayam dalam dada. Dalam konteks ini, hakim tidak pernah menciptakan hukum baru, melainkan hanya menyatakan penerapan baru dari aturan-aturan lama.¹²⁷

Legisme hukum tidak sama dengan positivisme hukum, karena pada legisme hukum hanya menganggap undang-undang sebagai sumber hukum, sedangkan pada positivisme hukum tidak hanya membatasi undang-undang saja sebagai suatu sumber hukum, namun kebiasaan, adat dan pendapat dalam masyarakat. Dalam hal memutuskan suatu perkara maka ajaran positivisme hukum mengutamakan penemuan hukum dan kepastian hukum.¹²⁸

Aliran legisme bersumber pada teori-teori perjanjian negara seperti yang diajarkan oleh Thomas Hobbes yang menghendaki suatu pemerintahan absolut dan hanya kehendak pemerintah yang menjadi hukum. Adapun John Locke mengajarkan bahwa hukum adalah segala sesuatu yang ditentukan oleh kehendak

¹²⁷ Widodo Dwi Putro, *Mengkritisi Positivisme Hukum, Langkah Awal Memasuki Diskursus Dalam Penelitian Hukum*, dalam Sulistyowati Irianto dan Shidarta, *Methodologi Penelitian Hukum : Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2009, hlm. 142.

¹²⁸ Pontang Moerad, B.M., *Pembentukan Hukum Melalui Putusan Pengadilan Dalam Perkara Pidana*, Alumni, Bandung, 2005, hlm. 51.

bersama dengan bagian terbesar. Sementara J.J. Rousseau mengajarkan kehendak umum menjadi kekuasaan tertinggi. Undang-undang menjadi satu-satunya kekuasaan tertinggi, jadi undang-undang adalah sumber hukum satu-satunya.¹²⁹

Sesuai dengan teori Montesquieu ataupun Rousseau, aliran legisme berpendapat bahwa kedudukan pengadilan adalah pasif. Hakim hanya bertugas melakukan sesuatu hal konkret dalam undang-undang dengan jalan *silogisme hukum*, secara deduksi yang logis. Pengadilan tidak merupakan penentu “*determinant*” pembentuk hukum. Satu-satunya adalah badan pembentuk undang-undang saja. Penganut teori ini antara lain Montesquieu, Rousseau, Robberspierre, Fenenet, Rudolf Van Jhering, George Jellineck, Carre de Malberg dan Hans Kelsen.

Dalam sejarah kolonial hukum Indonesia, melalui asas konkordansi, sistem kontinental ini oleh pemerintah kolonial Belanda kemudian ditanamkan ke dalam konstelasi hukum di Hindia Belanda (Indonesia) untuk menggantikan secara berangsur sistem hukum terdahulu yang berdasarkan tradisi-tradisi lokal. Pengaruh sistem hukum Belanda yang berlangsung dalam kurun waktu lama, membuat bangsa Indonesia terbiasa dengan sistem hukum tertulis yang terkodifikasi. Corak tradisi hukum kontinental ini tumbuh berkembang di bawah pengaruh ajaran positivisme hukum yang kemudian menjadi pohon utama dalam menaungi sistem hukum Indonesia sampai sekarang.¹³⁰

Menurut Lili Rasjidi,¹³¹ di Indonesia pengaruh pemikiran legisme dapat dibaca dalam Pasal 15 AB (*Algemene Bepalingen van Wetgeving*) yang antara lain berbunyi :

“kecuali penyimpangan-penyimpangan yang ditentukan bagi orang-orang Indonesia, maka kebiasaan bukanlah hukum kecuali bila undang-undang menentukannya”.

Satjipto Rahardjo¹³² menyebutkan bahwa pemikiran positivisme hukum muncul pada abad ke- 19. Penggunaan tolok ukur ini mengacu pada revolusi

¹²⁹ *Ibid.*, hlm. 142.

¹³⁰ *Ibid.*, hlm. 143.

¹³¹ Lili Rasjidi dan Ida Bagus Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2012, hlm. 111.

industri di Inggris. Revolusi ini menimbulkan gelombang industrialisasi di Eropa sekaligus menandai kelahiran jaman modern. Oleh karena itu, pemikiran positivisme sering diidentikkan dengan hukum modern, seiring dengan perkembangan tersebut muncul pula negara modern. Dalam negara modern muncul kelas sosial borjuis yang membutuhkan pelayanan hukum yang tidak dapat dilayani oleh pemikiran hukum alam ataupun hukum kodrat. Hal ini disebabkan doktrin positivisme lahir sebagai penolakan terhadap mazhab hukum kodrat. Mereka menolak hukum kodrat karena terlalu bersifat metafisik dan idealistis sehingga gagal memberikan kepastian hukum.

Hakim menafsirkan hukum positif secara monotafsir karena yang dicari adalah kebenaran objektif. Monotafsir adalah metode tafsir yang hanya bersumber pada teks formal, ketat atau rigid sehingga diasumsikan tidak menyimpang dari orisinal teks. Hans Kelsen menjelaskan tentang penafsiran dalam bukunya "*The Pure Theory of Law*" yang meragukan metode penafsiran hanya mengarah pada hasil yang langsung benar. Secara ketat, Kelsen mengingatkan bahwa norma-norma moral dan keadilan harus dihindari dalam penafsiran. Tujuan Kelsen membakukan metode penafsiran yang ketat agar penafsiran hukum mencapai kepastian.

Ronald Dworkin¹³³ kurang sepakat dengan cara pandang klasik tersebut. Dworkin mengingatkan bahwa seorang hakim ketika dihadapkan pada kasus konkret tidak saja berurusan dengan masalah teknis (prosedural) melainkan juga berhadapan dengan masalah substansi hukum. Ketika seorang hakim mempersoalkan masalah etika, bukan lagi bertanya tentang prosedur teknis penyelesaian hukum, namun juga mempersoalkan substansi hukum apakah adil atau tidak.

b. Mazhab Historis

Aliran ini dikembangkan oleh Friedrich Karl von Savigny melalui bukunya yang berjudul *Von Beruf Unserer Zeit fur Gesetzgebung und*

¹³² Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, hlm. 267.

¹³³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Universal Law Publishing, New York, 1999, hlm. 11.

Rechtswissenschaft (Seruan Jaman Kini Terhadap Undang-Undang dan Ilmu Hukum) yang diterbitkan pada tahun 1814. Kebangkitan pemikiran Savigny tentang hukum hakikatnya merupakan reaksi keras terhadap undang-undang Perancis dan tata pemerintahan Perancis yang dipaksakan di Jerman Barat Daya. Hukum Jerman yang berlaku ketika itu merupakan formulasi ganda antara hukum asli Jerman lampau dengan hukum Romawi.¹³⁴

Istilah *volkgeist* diperkenalkan pertama kali oleh murid Savigny yaitu G. Puchta. Ucapan Savigny yang terkenal adalah "*Des Recht wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke*". Bagi Savigny "*All law is the manifestation of this common consciousness*" (semua hukum merupakan manifestasi dari kesadaran umum). Sebagaimana digambarkan Savigny bahwa hukum mirip bahasa dimana keduanya berkembang secara bertahap dari karakteristik suatu masyarakat. Hukum dan bahasa berkembang ketika suatu masyarakat berkembang dan keduanya musnah ketika suatu masyarakat kehilangan individualitasnya, hukum tidak diciptakan oleh negara. Ciri khas kaum historis hukum adalah ketidakpercayaan mereka pada pembuatan undang-undang dan kodifikasi.¹³⁵

Von Savigny berpendapat bahwa hukum adalah hukum kebiasaan yang tidak cocok dengan kehidupan modern. Sebelum mengkodifikasikan hukum harus mengadakan penelitian mendalam terlebih dahulu. Perundang-undangan menyusul pada tingkatan terakhir setelah para pakar dan cendekiawan hukum berhasil mengungkapkan roh *volkgeist*. Persoalan bagaimana merumuskan sebagai rumusan hukum merupakan pekerjaan para teknolog di bidang hukum. Bagi Savigny, pembuat hukum harus setia pada *volkgeist*. Oleh karena itu, suatu tatanan hukum (termasuk dalam wujud perundang-undangan) tidak dapat bersifat universal dan hukum selalu bersifat kontekstual bagi bangsa tertentu.¹³⁶

Berdasarkan konteks jamannya, maka teori Savigny menentang dua kekuatan yang berkuasa pada jaman itu, pertama, rasionalisme dari abad ke- 18

¹³⁴ Lili Rasjidi dan Ida Bagus Wyasa Putra, *Op.cit.*, hlm. 13.

¹³⁵ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Kencana, Jakarta, 2013, hlm. 83.

¹³⁶ Bernard L. Tanya et all, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2013, hlm. 96.

dengan kepercayaannya pada hukum alam, kekuasaan akal dan prinsip-prinsip pertama yang secara keseluruhan dikombinasikan untuk meletakkan teori hukum dengan cara deduksi tanpa memandang fakta historis, berciri khas nasional dan sesuai dengan kondisi masyarakatnya.

Sebagaimana dikemukakan G.W. Paton *“the historical school in part was a result of that surge of nationalism that arise at the end of the eighteenth century”*, kedua, kepercayaan dan semangat revolusi Perancis dengan pemberontakannya terhadap kekuasaan dan tradisi, kepercayaannya pada akal dan kekuasaan kehendak manusia atas keadaan dan pesan-pesan kosmopolitannya.¹³⁷

Mazhab historis juga merupakan bentuk penolakan atas pemikiran hukum alam yang menyatakan bahwa hukum sebagai produk lembaga legislatif pada dasarnya merupakan bentuk kesewenang-wenangan, namun hukum berkembang sebagai bentuk respon yang bersifat impersonal serta ditemukan dalam semangat masyarakat suatu bangsa. Hal ini dikemukakan oleh Lloyd's Freeman sebagai berikut

“Savigny rejected natural law. Law was not the result of an arbitrary act of legislator but developed as response to the impersonal powers to be found in the people's national spirit”.¹³⁸

Sebagaimana dicontohkan oleh Savigny bahwa perkembangan hukum Romawi merupakan penuntun hukum yang bijaksana karena pembentukannya dilakukan melalui adaptasi bertahap sampai tahap pembentukan kodifikasi yang final. Dalam proses tersebut, peran ahli hukum menentukan terutama dalam membaca semangat jaman dan konteks sosial kontemporer sebagai landasan adaptasi hukum itu sendiri. Dengan demikian, Savigny memandang ilmu hukum sebagai panduan reformasi hukum dan kesadaran umum yang merupakan sumber hukum yang utama.

¹³⁷ Himawan Estu Bagijo, *Hukum Sebagai Produk Sejarah*, Jurnal Perspektif, Volume XV, Nomor 2, Tahun 2010, April, hlm. 161.

¹³⁸ *Ibid.*

c. Aliran *Begriffsjurisprudenz*

Dalam pertengahan abad ke- 19 lahirlah aliran yang dipelopori oleh Rudolf von Jhering (1818-1890) yang menekankan pada sistematik hukum “*The term Begriffsjurisprudenz was first used in 1884 by Rudolf von Jhering as a catchword against contemporary Pandektistik (pandectism)*”. Menurut aliran ini yang ideal, apabila sistem yang ada berbentuk piramida dengan puncaknya suatu asas utama. Dari hal tersebut dapat dibuat pengertian baru “*begriff*”. Dikembangkanlah sistem asas-asas dan pengertian umum yang digunakan untuk mengkaji undang-undang. Aliran ini diberi nama oleh Rudolf von Jhering sebagai *Begriffsjurisprudenz*.¹³⁹

Begriffsjurisprudenz adalah *a school of German Jurist which believed that ideal laws are based on a logical analysis of legal concept*. Menurut aliran ini, sekalipun benar undang-undang tersebut tidak lengkap, namun undang-undang masih dapat menutupi kekurangannya sendiri karena undang-undang memiliki daya meluas. Hukum dipandang sebagai satu sistem tertutup, dimana pengertian hukum tidaklah sebagai sarana, namun merupakan tujuan. Pekerjaan hakim dianggap sebagai pekerjaan intelektual di atas hukum-hukum rasional dan logis. Kepastian hukum merupakan tujuan dari aliran ini sehingga keadilan dan kemanfaatan hukum bagi warga masyarakat diabaikan.¹⁴⁰

Penggunaan hukum logika yang dinamakan dengan silogisme menjadi dasar utama aliran ini dan hakim mengambil kesimpulan dari adanya *premise mayor* yaitu peraturan hukumnya dan *premise minor* yaitu peristiwanya. Contoh, barang siapa mencuri maka dihukum, A terbukti mencuri, maka A harus dihukum. Jadi, rasio dan logika ditempatkan dalam ranah yang istimewa dan kekurangan

¹³⁹ *Begriffsjurisprudenz is a polemical German term for a conceptual and mathematical orientation in jurisprudence, which is accused of being remote from reality. No jurist has ever called himself a follower of the Begriffsjurisprudenz (Begriffsjurist). Begriffsjurisprudenz is assigned to three interrelated elementary positions, which are criticized as being misleading (1). that the given law contains no gaps, (2). that the given law can be traced back to a logically organized system of concepts (pyramid concepts), (3). that new law can be logically deduced from superordinate legal concepts, which themselves are found inductively (method of inversion)* dalam Hans-Peter Haferkamp, *Begriffsjurisprudenz/Jurisprudence of Concepts*, Enzyklopadie zur Rechtsphilosophie, April 6, 2011, <http://www.enzyklopaedie-jurisprudence-of-concepts>, diakses Selasa, 16 Februari 2016 Pukul 12.40 WIB.

¹⁴⁰ Achmad Ali, *Op.cit.*, hlm. 147-148.

undang-undang dapat dilengkapi hakim dengan penggunaan logika dan memperluas pengertian undang-undang berdasarkan rasio. Model pemikiran ini menurut Satjipto Rahardjo¹⁴¹ lebih melihat ke dalam yaitu analisa dari sistem, isi, penafsiran makna-makna dari peraturan dan sejenisnya. Inilah yang dimaksud dengan melihat hukum sebagai sistem yang logis-konsisten-tertutup.

Cara berpikir dari positivisme-dogmatik ataupun *analytical jurisprudence* atau *rechtsdogmatiek* adalah cara berpikir *serial thinking* yang didasarkan pada IQ. Cara berpikir ini merupakan cara yang paling sederhana, bersifat linier, logis dan *dispassionate*. Keunggulan dari *serial thinking* dan IQ adalah *accurate*, *precise* dan *reliable*. Cara berpikir ini menjadi landasan *Newtonian Science* yang bersifat *linier* dan *deterministik*. Dalam konteks positivisme hukum maka unsur-unsur dan cara berpikir ini adalah peraturan dan logika. Hasil analisis diperoleh dengan berangkat dari peraturan yang diolah menggunakan logika dan mengabaikan unsur lingkungan sehingga keadilan yang diperoleh adalah keadilan logika peraturan (*formal justice*).¹⁴² Adapun kritik terhadap aliran ini terutama berpendapat bahwa hukum bukan sekedar persoalan logika dan rasio namun merupakan persoalan hati nurani dan pertimbangan akal budi manusia yang kadang bersifat irrasional.

d. Aliran *Interessenjurisprudenz* (*Freirechtslehre*)

Aliran ini lahir sebagai reaksi terhadap *Begriffsjurisprudenz* dan mengalami masa jayanya sebagai aliran ilmu hukum pada dasawarsa pertama abad ke- 20 di Jerman.¹⁴³

¹⁴¹ Satjipto Rahardjo, *Pemanfaatan Ilmu-Ilmu Sosial Bagi Pengembangan Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1977, hlm. 43.

¹⁴² Achmad Ali, *Op.cit.*, hlm. 149.

¹⁴³ *Interessenjurisprudenz from Germany belongs to an approach based on balance or proportionality (rationality of conflicting consideration) which is a dominant mode of legal reasoning of our time. The major thinkers responsible for creating this approach were Oliver Wendell Holmes in the United States, Rene Demogue in France and Phillip von Heck in Germany. Although the technique of conflicting considerations has a rich European Genealogy. It received it most elaborate form in The United States between 1940 and 1970. In the early fifties, the constitutional Court of Germany and later the European Union Court of Justice or European Court of Human Rights adopted the technique or proportionality as their usual technique*" dalam Remus Titiriga, *The Jurisprudence of Interests (Interessenjurisprudenz) from Germany History, Accomplishments Evaluation*, International Journal of Law, Language and Discourse, Volume 3.1.

Aliran ini berpendapat bahwa undang-undang jelas tidaklah lengkap. Undang-undang bukan satu-satunya sumber hukum, sedangkan hakim dan pejabat lainnya mempunyai kebebasan untuk melakukan penemuan hukum. Hakim tidak sekedar menerapkan undang-undang, namun memperluas dan membentuk peraturan dalam putusan hakim, bahkan dalam rangka mencapai keadilan maka hakim boleh menyimpang dari undang-undang demi kemanfaatan masyarakat. Oleh karena itu, hakim memiliki *freies ermessen*. Ukuran dengan kesadaran hukum dan keyakinan warga masyarakat, tergantung pada ukuran dari keyakinan dan kedudukan hakim yang bebas mutlak.

Berdasarkan ajaran *interessenjurisprudenz*, bahwa suatu peraturan hukum tidak boleh dipandang oleh hakim sebagai sesuatu yang bersifat formil logis belaka, namun harus dinilai menurut tujuannya yaitu tujuan hukum pada dasarnya adalah melindungi, memuaskan atau memenuhi kepentingan “*interessen*” atau kebutuhan hidup yang nyata. Dalam putusannya, hakim harus bertanya kepentingan manakah yang dimaksudkan oleh pembentuk undang-undang. Oleh karena itu, hakim harus memahami kepentingan sosial, moral, ekonomi, kultural maupun kepentingan lainnya dalam suatu peristiwa konkret tertentu yang disodorkan kepadanya untuk diperiksa dan diadili.

Peluang kesewenang-wenangan hakim dalam aliran ini dapat saja terjadi karena hakim merupakan manusia biasa yang mungkin saja tidak terlepas dari berbagai kepentingan dan pengaruh sekelilingnya termasuk kepentingan pribadi, keluarga dan sebagainya. hakim tidak hanya boleh mengisi kekosongan undang-undang saja, bahkan hakim boleh menyimpang.¹⁴⁴

e. Aliran *Soziologische rechtsschule*

Aliran ini merupakan reaksi terhadap ajaran *interessenjurisprudenz*, yang pada pokoknya menolak kebebasan hakim dalam melakukan penemuan hukum. Aliran ini tidak setuju apabila hakim diberi *freies ermessen*. Namun demikian, aliran ini tetap mengakui bahwa hakim tidak hanya sekedar “terompet undang-

June 2013. Tersedia di http://papers.ssrn.com/sol/papers.cfm?abstract_id=2011479 diakses Jumat, 12 Februari 2016, Pukul 08.00 WIB.

¹⁴⁴ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 45.

undang” melainkan juga harus memerhatikan kenyataan-kenyataan masyarakat, perasaan, kebutuhan hukum dan kesadaran hukum warga masyarakat.

Menurut aliran ini, dalam melaksanakan tugasnya hakim tetap memiliki kebebasan yang sifatnya terikat “*gebonded-vrijheid*” atau keterikatan yang bebas “*vrij-gebondenheid*”. Tugas hakim menyelaraskan undang-undang dengan keadaan jaman. Oleh karena itu, hakim seharusnya mendasarkan putusan sesuai dengan kesadaran hukum dan perasaan hukum yang hidup di dalam masyarakat. Putusan hakim yang sesuai dengan kesadaran dan kebutuhan hukum warga masyarakat merupakan hukum dalam makna sebenarnya.¹⁴⁵

Soziologische rechtsschule menekankan para hakim memiliki wawasan pengetahuan yang bersifat holistik tidak sekedar ilmu hukum dogmatik belaka, namun mendalami ilmu-ilmu sosial lainnya seperti sosiologi, antropologi, politik, ekonomi dan sebagainya. Putusan hakim merupakan hal esensial untuk dipelajari karena dalam putusan hakim terdapat makna hukum konkret yang diperlukan dalam hidup bermasyarakat dan tidak dijumpai dalam kaidah hukum undang-undang.

f. Aliran *Freirechbewegung*

Aliran ini merupakan ajaran penemuan hukum bebas, yaitu penemuan hukum yang tidak secara ketat terikat pada undang-undang, namun lebih menekankan pada kepatutan. Tokoh utama aliran ini adalah Kantorowicz (1877-1940) yang dengan nama samaran yaitu Gnaeus Flavius pada tahun 1906 menulis *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*.

Pandangan aliran ini yaitu, pertama, kodifikasi pada dasarnya tidak mungkin lengkap dan tidak seluruh hukum terdapat dalam undang-undang, karena di samping undang-undang masih terdapat sumber lain untuk menemukan hukumnya. Kedua, tiap pemikiran yang melihat hakim sebagai *subsumptie automaat* dianggap sebagai sesuatu yang tidak nyata. Ketiga, undang-undang berperan sebagai *subordinatie* yaitu undang-undang bukanlah tujuan bagi hakim, namun sekedar sebagai sarana. Hakim tidak hanya mengabdikan pada fungsi

¹⁴⁵ Ahmad Rifai, *Op.cit.*, hlm. 34.

kepastian hukum, namun juga memiliki tugas sendiri dalam merealisasikan keadilan. Dalam hal undang-undang bertentangan dengan rasa keadilan maka hakim berwenang untuk menyimpangi undang-undang tersebut. Hakim tidak semata berperan sebagai penafsir undang-undang, namun juga sebagai pencipta hukum.

g. Aliran *Open System van Het Recht*

Aliran ini dengan tokoh utama yaitu Paul Scholten sebagai reaksi terhadap pendapat yang mengatakan bahwa hukum merupakan kesatuan yang tertutup secara logis. Aliran ini pada dasarnya hendak mempertahankan keutuhan dari sistem hukum sebagai suatu sistem perundang-undangan dengan menjaga kemurnian kualifikasinya sebagai suatu sistem hukum tertulis. Sistem ini tidak boleh berubah dan diubah selama pembuat undang-undang tidak mengubahnya. Segi positif dari ajaran demikian terletak pada nilai kepastiannya yang besar sedangkan segi negatifnya terletak pada sifatnya yang statis.

Menurut Paul Scholten, hukum merupakan satu sistem yang seluruh aturannya saling terkait. Aturan-aturan tersebut dapat disusun secara sistematis dan untuk yang bersifat khusus dapat dicarikan aturan-aturan umumnya. Hakim bekerja atas dasar penilaian dan hasil dari penilaian tersebut menciptakan sesuatu yang baru. Sistem hukum membutuhkan putusan atau penetapan yang senantiasa menambah luasnya sistem hukum tersebut. Oleh karena itu, penilaian hakim dilakukan dalam wujud *interpretasi* dan *konstruksi*.

Konsep penemuan hukum oleh hakim berdasarkan sistem terbukanya hukum "*open system van het recht*" Paul Scholten pada dasarnya memuat hal-hal yaitu :

- a. Hukum bukan suatu sistem hukum tertulis yang tidak boleh diubah sebelum badan pembuat undang-undang mengubahnya. Dalam hal ini, undang-undang dapat saja diubah maknanya, meskipun tidak diubah bunyi kata-katanya untuk menyesuaikan dengan fakta konkret yang ada ;
- b. Keterbukaan sistem hukum berhubungan dengan persoalan kekosongan dalam hukum, dimana ada dua macam kekosongan hukum yaitu :

1. Kekosongan dalam hukum saat hakim mengatakan bahwa ia menjumpai suatu kekosongan karena tidak tahu bagaimana ia harus memutuskan ;
2. Kekosongan dalam perundang-undangan, terjadi saat konstruksi dan penalaran analogi problemnya tidak terpecahkan sehingga hakim harus mengisi kekosongan seperti layaknya ia berada dalam kedudukan sebagai pembuat undang-undang dan memutuskan sesuai kasus atau fakta yang ada.

Paul Scholten menyarankan agar pikiran tentang kekosongan dalam hukum ditinggalkan saja dan tidak membuat perbedaan lagi antara penerapan hukum oleh hakim dan pembuatan hukum oleh pembuat undang-undang. Di dalam penerapan hukum juga dijumpai masalah penilaian dan tidak hanya menangani pengertian logis belaka. Dalam penerapan hukum selalui dijumpai adanya hal-hal baru yang ditambahkan. Keputusan yang dilakukan oleh hakim pada akhirnya merupakan suatu lompatan dari penalaran secara logis pada suatu penilaian. Undang-undang memiliki kebebasan yang lebih primer, sedangkan hakim memiliki “keadaan terikat” pada yang lebih primer itu.

Alasan lain yang menjadi dasar dari konsep Paul Scholten yaitu hukum merupakan suatu kesatuan norma-norma. Norma-norma tersebut merupakan peristiwa sejarah karena ditetapkan oleh badan dan kekuatan yang konkrit terdapat di dalam masyarakat pada suatu waktu tertentu, seperti pembuat undang-undang, kebiasaan bahkan juga tingkah laku hukum dari masyarakat.

Berdasarkan alasan tersebut maka Paul Scholten mengemukakan pendapatnya bahwa hukum merupakan sistem yang terbuka dan tidak hanya melihat ke belakang pada undang-undang yang ada, namun juga memandang ke depan dengan memikirkan konsekuensi suatu keputusan hukum bagi masyarakat yang diaturnya.

h. Penemuan Hukum Modern

Aliran penemuan hukum modern pada dasarnya muncul pasca Perang Dunia II di bawah pengaruh *eksistensialisme* dan kritik terhadap aliran yang

berpandangan hakim sebagai *subsumptie automaat*. Dasar pemikiran atau pandangan ajaran ini di antaranya :

- a. Positivisme undang-undang (*legisme*) sebagai model *subsumptie automaat* tidak dapat dipertahankan ;
- b. Permasalahan bukan terletak pada sistem perundang-undangan, namun masalah kemasyarakatan konkrit ;
- c. Tujuan pembentuk undang-undang dapat dikoreksi namun tidak boleh diabaikan ;
- d. Penemuan hukum modern berpendirian bahwa atas satu pertanyaan hukum dapat dipertahankan berbagai jawaban dalam sistem yang sama ;
- e. Tujuan hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia sehingga dalam penemuan hukum harus memerhatikan perkembangan masyarakat dan teknologi ;
- f. Metode penafsiran yang digunakan terutama *teleogis* yang lebih memerhatikan tujuan dari undang-undang daripada bunyi kata-kata ;

Pandangan dari penemuan hukum modern dapat digolongkan dalam pandangan "*gesystematiseerd probleemdenken*" atau pandangan yang *problem oriented* dari ajaran *freirechbewegung* dimana pencari keadilan lebih diutamakan.

i. Aliran *Critical Legal Studies*

Aliran ini lahir di Amerika Serikat yang dibidani oleh sejumlah profesor bidang ilmu hukum berhaluan *post modern*¹⁴⁶ dari universitas terkemuka antara lain Universitas Harvard pada akhir dekade 1970 an. Sebagai arus utama teori hukum kritis, pada waktu itu cukup masif memengaruhi kebijakan publik Amerika dan membuka kesadaran warganya untuk anti Perang Vietnam. Beberapa orang *lawyer*, yuris, akademisi dan aktor di bidang ilmu hukum berkumpul untuk mengumandangkan sebuah paradigma oposisi pemerintah terhadap Perang Vietnam. Di sana berkumpul Unger, Abel, Heller, Horwits, Kennedy Macaulay,

¹⁴⁶ Roberto M. Unger, *Law and Modern Society : Toward a Critism of Social Theory*, terjemahan Dariyanto dan Dertan Sri Widowatie, *Teori Hukum Kritis : Posisi Hukum Dalam Masyarakat Modern*, Nusa Media, Bandung, 2010, hlm. 134.

Rosenblatt, Trubek dan Tushnet. Mereka kemudian mendesain ulang hukum sebagai institusi yang tidak dapat diberikan kepercayaan lagi.

Pada saat hampir bersamaan atau beberapa waktu setelah itu, kelompok-kelompok ahli hukum dengan paham yang serupa walaupun metode dan fokus berbeda, juga lahir secara terpisah dan independen di beberapa negara lain seperti Jerman, Perancis dan Inggris. *Critical Legal Studies* di Inggris lahir pada tahun 1984 dengan adanya konferensi yang membicarakan pendekatan kritis terhadap hukum, mengingat kesenjangan yang besar antara hukum dalam teori “*law in books*” dengan hukum dalam kenyataan “*law in action*” dan kegagalan dari hukum dalam merespon masalah-masalah yang terjadi dalam masyarakat.

The Realistic Jurisprudence selama kurang lebih 30 (tiga puluh) terhitung sejak tahun 1920-an selalu tampil merajai perbincangan untuk menyuarakan pendapat yang berseberangan dengan paham formalisme¹⁴⁷ sebagaimana dianut oleh para lawyers profesional Amerika.¹⁴⁸

Setelah itu, hampir 30 tahun suara-suara keras anti formalisme terdengarkan lirih dan hampir tidak akan terdengar lagi. Namun secara tiba-tiba, gerakan sosial politik yang sebagian dipicu memuncaknya Perang Vietnam tahun 1970-an untuk mengekspresikan perlawanan kepada kebijakan pemerintah.¹⁴⁹

“Critical Legal Studies is most often associated with controversial claim that all legal doctrine is necessarily indeterminate. In they are of analytic jurisprudence, critical legal scholars have critized liberal rights theory by stressing the economic and social interdependence of legal person. They therefore argue that the liberal ideals of freedom to act without harming

¹⁴⁷ Paham formalisme hukum (*legal formalism*) mendominasi pendidikan dan praktik hukum di Amerika Serikat sampai dengan pertengahan tahun 1970. Paradigma ini sama dengan positivisme hukum yang muncul di Eropa Barat pada abad 19. Positivisme hukum dan formalisme hukum sama-sama menganggap hukum sebagai sebuah sistem yang netral, objektif dan otonom, dalam Widodo Dwi Putro, *Kritik Terhadap.....Op.cit.*, hlm. 100.

¹⁴⁸ Pendekatan formalisme hukum hanya menyiapkan mahasiswa sebagai tukang dan menjadi bagian dari sekur kapitalisme. Para lawyer yang bekerja untuk korporasi hanya melayani klien yang mau membayarnya tanpa kritis mempertanyakan tentang keadilan dan ketidakadilan, *Ibid.*, hlm. 101.

¹⁴⁹ Soetandyo Wignjosoebroto, *Pergeseran Paradigma Dalam Kajian-Kajian Sosial dan Hukum*, Setara Press, Malang, 2013, hlm. 132.

others and freedom to transact with consenting others are self-defeating".¹⁵⁰

Ide dasar teori hukum kritis sebenarnya berdasarkan hukum tidak dapat dipisahkan dari politik dan tidak bebas nilai atau netral, dengan kata lain hukum dari mulai proses pembuatan sampai kepada pemberlakuannya selalu mengandung pemihakan, sekalipun dalam *liberal legal order*, dibentuk akan keyakinan, kenetralan, obyektifitas, prediktibilitas dalam hukum.¹⁵¹ Teori hukum kritis (*Critical Legal Studies*) dianggap anak kandung *post modernism* yang mengambil peran kritis menantang kemapanan positivisme hukum yang cenderung mereduksi hukum yang kompleks menjadi sesuatu yang sederhana, linier, mekanis dan deterministik, sehingga sesuatu menjadi sederhana daya antisipasi hukum terhadap perkembangan masyarakat.¹⁵²

Menurut teori hukum kritis (*Critical Legal Studies*) apa yang disebut sebagai penalaran hukum (*legal reasoning*) sebenarnya tidak ada yang absolut, yang ada hanyalah *legal reasoning* yang terintervensi kepentingan politik dan ekonomi. Lalu, jika tidak ada *legal reasoning* yang murni maka para ahli hukum termasuk hakim tidak boleh pasif sebagai corong undang-undang melainkan harus memiliki komitmen dan agenda untuk mengubah hukum menjadi lebih berkeadilan sosial.¹⁵³

Bekerjanya pengadilan sebagai pranata yang melayani kehidupan sosial, tidak dilihat sebagai suatu badan yang otonom di masyarakat, melainkan sebagai bagian dari keseluruhan nilai-nilai dan proses-proses yang bekerja di dalam masyarakat, melainkan sebagai bagian dari keseluruhan nilai-nilai dan proses-

¹⁵⁰ Guyora Binder, *Critical Legal Studies, Buffalo Legal Studies Research*, Paper No. 2012-023, ed. 2010. Tersedia di http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract_id=1932927 diakses Sabtu, 13 Februari 2016 Pukul 09.36 WIB.

¹⁵¹ FX Adji Samekto, *Studi Hukum Kritis ; Kritik Terhadap Hukum Modern*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2003, hlm. 68. Lebih lanjut periksa Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Studies Movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, hlm. 1 yang menyatakan anggapan kebanyakan orang bahwa antara hukum dan politik terpisah satu sama lain dan hukum tersebut menurut mereka akan diterapkan oleh pengadilan secara adat. Hal tersebut menurut para penganut *Critical Legal Studies* hanya dianggap sebagai "mitos" belaka.

¹⁵² Widodo Dwi Putro, *Mengkritisi Positivisme Hukum, Langkah Awal Memasuki Diskursus Dalam Penelitian Hukum*, dalam Sulistyowati Irianto dan Shidarta, *Methodologi Penelitian Hukum : Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2009, hlm. 33.

¹⁵³ *Ibid.*, hlm. 36.

proses yang bekerja di dalam masyarakat, dimana pengaruh politik, ekonomi dan faktor-faktor sosial lainnya ikut terlibat di dalamnya. Salah satu cara untuk menggambarkan keadaan ini adalah dengan melihat pengadilan sebagai suatu lembaga yang menerima bahan-bahan serta tugas-tugas yang harus digarap dan yang datangnya dari masyarakat, penerimaan tersebut kemudian setelah diolah menghasilkan "barang-barang" yang disebut sebagai putusan. Di dalam proses pengolahan bahan menjadi produk terakhir itu turut mengambil bagian berbagai macam faktor dan keadaan yang harus diperhatikan.¹⁵⁴

Hukum bukan sekedar aturan dan aturan itupun bukan semata-mata untuk memberikan kepastian. Hukum adalah dunia perwujudan nilai-nilai yang mencerminkan kesadaran umum manusia sebagai pribadi dan realitasnya manusia di tengah masyarakat. Kenyataan yang dihadapi oleh hukum tidak hanya berupa kenyataan "alamiah" melainkan juga mencakup kenyataan historis (hubungan-hubungan antar manusia), kenyataan akal sehat (konvensi/kesepakatan untuk merawat hubungan tersebut), dan kenyataan ideal (cita-cita luhur yang ingin diwujudkan). Tiga kenyataan yang disebut terakhir merupakan kenyataan yang sarat nilai, sehingga wajib dilindungi dan dihormati oleh hukum.

Phillip Nonet memusatkan perhatian pada fungsi tata hukum untuk menjalankan fungsi-fungsi sosial dalam dan untuk masyarakatnya. Hukum adalah alat bagi manusia. Hukum merupakan instrumen untuk melayani kebutuhan manusia. Isolasi sistem hukum dari berbagai institusi sosial di sekitarnya, justru berdampak buruk dari sisi kebutuhan manusia itu sendiri. Hukum, dengan mudah berubah menjadi institusi yang melayani diri sendiri, dan tidak lagi bisa diandalkan sebagai alat perubahan dan sebagai alat untuk mencapai keadilan substantif. Bersama Philippe Selznick, Nonet mengintrodusir konsep hukum responsif untuk menunjukkan fungsi moral yang harus dijalankan oleh tata hukum. Dalam konteks tersebut, Nonet-Selznick menempatkan tata hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi publik. Hukum bersifat terbuka, akomodatif dan adaptif menerima perubahan-perubahan

¹⁵⁴ Adi Sulistiyono, *Krisis Lembaga Peradilan Indonesia*, Lembaga Pengembangan Pendidikan (LPP) Universitas Sebelas Maret dan UPT Penelitian dan Percetakan Universitas Sebelas Maret Surakarta (UNS Press), Surakarta, 2006, hlm. 69.

sosial. Upaya mencapai keadilan dan penghargaan terhadap martabat kemanusiaan yang diwujudkan melalui emansipasi publik inilah yang merupakan titik singgung teori hukum responsif dengan hukum kodrat.¹⁵⁵

Teori hukum responsif ini menunjukkan dinamisasi dan progresivitas hukum sebagai instrumen penata nilai-nilai sosial. Hukum responsif tidak kedap moral dan dinamis dengan spiritualitas menghargai keberadaan manusia sebagai makhluk ciptaan dengan kesamaan martabatnya di ranah publik. Tatanan hukum responsif menekankan : (i). Keadilan substantif sebagai dasar legitimasi hukum, (ii). Peraturan merupakan sub-ordinasi dari prinsip dan kebijakan, (iii). Pertimbangan hukum harus berorientasi pada tujuan dan akibat bagi kemaslahatan masyarakat, (iv). Penggunaan diskresi sangat dianjurkan dalam pengambilan keputusan hukum dengan tetap berorientasi pada tujuan (keadilan dan emansipasi publik), (v). Kekuasaan didayagunakan untuk mendukung vitalitas hukum dalam melayani masyarakat, (vi). Penolakan terhadap hukum harus dilihat sebagai gugatan terhadap legitimasi hukum, (vii). Akses partisipasi publik dibuka lebar dalam rangka integrasi advokasi hukum dan sosial.

Pada tataran hukum positif (*ius constitutum*), hukum kodrat merupakan sumber makna bagi hukum positif yang mendasari hukum positif dalam hal-hal, konsep-konsep tentang keadilan, serta jembatan antara kewajiban etis dengan kewajiban legal.

Sebagai tatanan normatif, hukum menjadi pedoman bagi publik. Artinya bahwa dalam negara hukum, mau tidak mau, suka atau tidak suka, hidup menurut hukum.¹⁵⁶ Secara imperatif, hukum memberikan keharusan (*sollen*) yang dijabarkan dalam prinsip-prinsip maxims. Hukum tidak mengikuti pertimbangan pragmatis berbasis pengalaman inderawi yaitu adanya rasa enak, rasa suka, yang dengan ini menjadikan hukum bersifat otonom. Hukum berisi kewajiban untuk ditaati.

Keadilan adalah mahkota hukum. Esensi hukum bukanlah pada tatanan formal. Hukum mengemban keadilan dalam kehidupan konkret manusia. Sebagai

¹⁵⁵ Franz L. Neumann, *The Rule of Law : Political Theory and The Legal System in Modern Society*, USA, Berg Publisher, 1986, hlm. 75.

¹⁵⁶ *Ibid.*

pengemban nilai keadilan, maka keadilan bersifat normatif sekaligus konstitutif. Normatif karena berfungsi sebagai syarat transedental yang mendasari setiap hukum yang bermartabat. Martabat hukum akan terwujud jika hukum ditujukan bagi kemanusiaan, yang artinya memanusiakan manusia, menjamin harkat dan martabat manusia. Konstitutif karena keadilan merupakan unsur mutlak yang harus ada bagi hukum sebagai hukum.¹⁵⁷

Critical Legal Studies sebenarnya merupakan suatu gerakan oleh akademisi hukum beraliran kiri “*leftist*”¹⁵⁸ dengan orientasi yang sama dengan orientasi politik “*neo marxist*” namun dikembangkan juga oleh para praktisi hukum. Gerakan ini lahir karena pembangkangan atas ketidakpuasan terhadap teori dan politik hukum yang ada pada dekade 1970 an, khususnya terhadap teori dan praktik hukum dalam bidang-bidang sebagai berikut : pertama, terhadap pendidikan hukum, kedua, pengaruh politik yang sangat kuat terhadap hukum dan ketiga, kegagalan peran hukum dalam menjawab permasalahan yang ada.

Milovanovic menyebutkan adanya tiga tahap perkembangan pemikiran kritis di bidang praktik dan teori hukum yang dikenal dengan nama “*The Critical Legal Studies Movement*” dengan inisial CLS. Dikatakan olehnya, pada awal sepanjang belahan pertama dasawarsa 1970 an gerakan CLS merupakan suatu seri serangan awal yang penuh kritik pada ajaran klasik kaum formalis. Pada tahap kedua, yaitu sepanjang belahan kedua dasawarsa 1970 an gerakan CLS sudah mulai berprakarsa mengkritik kasus lewat berbagai analisis yang hasilnya diintegrasikan untuk menghasilkan konsep, teori dan metode baru dalam kajian hukum yang tidak lagi sebatas gerakan, namun berkembang sebagai aliran baru dalam ilmu hukum. Apabila dalam tahap awal nama Kennedy yang sering disebut sebagai tokoh eksponennya, maka pada tahap kedua nama Kairys yang

¹⁵⁷ Dalam mengkonstruksi teorinya, Radbruch bertolak dari tesis dasar mazhab Baden, yakni kebudayaan. E. Lask yang mula-mula mendeklarasikan bahwa hukum merupakan kulturwissenschaft. Esensi sebagai kulturwissenschaft, bukanlah tatanan formal norma-norma. Kultur bertujuan merealisasikan nilai-nilai. Hal ini intrinsik dalam hukum, karena hukum pada hakikatnya adalah salah satu unsur kebudayaan. Bernard L Tanya, et.al, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta, Genta Publishing, 2013, hlm. 111-120

¹⁵⁸ Roberto M. Unger, *Op,cit.*, hlm. 135.

dikedepankan, sedangkan pada tahap ketiga nama Unger yang sering disebut sebagai nama penting.¹⁵⁹

Gerakan *Critical Legal Studies* ini lahir dilatarbelakangi oleh kultur politik yang serba radikal dalam dekade 1960 an. Meskipun, gerakan tersebut bervariasi dalam konsep, fokus dan metode yang digunakan, dalam gerakan ini mengandung kesamaan atau kesejajaran tesis mereka. Pertama, para eksponen *Critical Legal Studies* tidak percaya akan paradigma kaum positivisme formalis yang mengidealkan hukum sebagai suatu institusi yang dapat dikonstruksi dan dikelola sebagai suatu otoritas yang mampu bertindak netral. Idealisme hukum sebagai hasil positivisasi norma-norma yang telah disepakati akan memiliki kekuatan internal guna mengikat siapapun dan dari pihak manapun (termasuk yang menciptakan hukum itu sendiri) tidak bisa diterima begitu saja. Sekalipun hukum formal merupakan hasil kesepakatan namun dipertanyakan apakah benar-benar bersifat netral dan ditegakkan melalui suatu silogisme objektif oleh badan yudisial yang konon diidealkan sebagai institusi yang juga berposisi independen dan tidak akan memihak.

Perkembangan selanjutnya dari *Critical Legal Studies* adalah munculnya generasi kedua yang lebih menitikberatkan pemikiran dan perjuangannya dengan menggunakan hukum untuk merekonstruksi kembali realitas sosial yang baru. Generasi kedua saat ini muncul dalam wujud *Feminist Legal Theorist* “fem-crit” dan *critical race theorist* (race-crit) dan yang masuk lebih jauh di bidang hukum adalah *radical criminology*. Dewasa ini aliran-aliran seperti ini telah memengaruhi kehidupan masyarakat yang semakin sadar bahwa hukum yang ada sekarang bukanlah pelindung “protector” melainkan sudah menjadi penindas “oppressor”.

Pembaharuan hukum dalam rangka pembangunan hukum nasional di Indonesia seringkali diamati dalam perspektif studi hukum kritis. Hal ini disebabkan pembaharuan hukum erat sekali dengan kebijakan politik hukum dalam pembangunan hukum nasional. Pembaharuan hukum dalam perspektif studi

¹⁵⁹ Roberto M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, terjemahan : Narulita Yusron, Gerakan Studi Hukum Kritis, Nusa Media, Bandung, 2012, hlm. 88.

hukum kritis dengan mengutip pendapat Duncan Kennedy melalui metode elektisnya lebih memberi perhatian pada upaya bagaimana mengungkapkan doktrin hukum yang diciptakan dan bagaimana ia berfungsi mensahkan suatu sistem sosial tertentu. Oleh karena itu, hukum bukanlah sesuatu yang terjadi secara alamiah melainkan merupakan *resultant* dari berbagai proses interaksi dan negosiasi berbagai kepentingan di antara faksi-faksi dalam masyarakat dan negara. Memahami pembaharuan hukum haruslah diarahkan kepada realitas kekuatan sosial, politik dan ekonomi dalam masyarakat.

j. Teori Hukum Progresif

Kata progresif berasal dari kata *progress* yang berarti kemajuan. Hukum diharapkan mampu mengikuti perkembangan jaman, mampu menjawab perubahan jaman serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum sendiri. Hukum progresif adalah sebuah konsep mengenai cara berhukum.

Teori hukum progresif berdasarkan pemikiran Satjipto Rahardjo yang terkenal dan pencetus gagasan hukum progresif menawarkan perspektif, spirit dan cara baru mengatasi “kelumpuhan hukum” di Indonesia sebagai akibat pengaruh pemikiran dominan legal positivistik. Ajaran hukum progresif memasuki lapangan pemikiran dan tindakan di dalam penegakan hukum di Indonesia.

Satjipto Rahardjo berkesimpulan bahwa salah satu penyebab menurunnya kinerja dan kualitas penegak hukum di Indonesia adalah dominasi paradigma positivisme dengan sifat formalitas melekat yang mengharuskan aparat penegak hukum melaksanakan ketentuan-ketentuan hukum secara kaku dan terbatas sebagaimana yang tercantum dalam perundang-undangan yang berlaku.¹⁶⁰

Hukum progresif menawarkan jalan berbeda dengan pemikiran utama aliran hukum di Indonesia. Empati, kepedulian dan dedikasi menghadirkan keadilan menjadi roh penyelenggara hukum. Kepentingan manusia (kesejahteraan dan kebahagiaannya) adalah titik orientasi dan tujuan akhir hukum. Para penegak hukum menjadi ujung tombak perubahan.

¹⁶⁰ Satjipto Rahardjo, *Op. cit.*, hlm.46.

Hukum bukan hanya bangunan peraturan namun bangunan ide, kultur dan cita-cita sebagaimana Satjipto Rahardjo mengingatkan bahwa letak persoalan hukum adalah pada manusia bukan terletak pada hukum *an sich*. Cara ber hukum menurut hukum progresif dibangun dengan tidak sekedar melibatkan ciri berpikir *linier*, namun melibatkan rasa perasaan dan kecerdasan meta-rasional.

Paradigma hukum progresif berangkat dari pemikiran hukum adalah untuk manusia. Hukum untuk manusia adalah sebuah *utopia*¹⁶¹ dan hukum untuk manusia merupakan sebuah adagium yang ditekankan oleh Satjipto Rahardjo. *Utopia* dikatakan penting selaras dengan pemikiran Santos tentang *utopia* adalah syarat mutlak yang diperlukan bagi gerakan sosial mengidentifikasi dirinya, menetapkan tujuannya, memasang strategi politik dan menaklukan lawan. *Utopia* dalam benak merupakan panggilan jiwa bagi proyek surga duniawi tentang keyakinan sebuah emansipasi di antara manusia. Oleh karena itu, gerakan sosial yang murni melakukan *counter-hegemoni* atas tirani negara dan imperialisme pasar.

Pegangan optik atau keyakinan dasar ini tidak melihat hukum sebagai suatu yang sentral dalam ber hukum melainkan manusia yang berada di titik pusat perputaran hukum. Hukum berputar di sekitar manusia sebagai pusatnya, oleh karena itu apabila hukum tidak memihak kepada kebahagiaan manusia maka hukum dikesampingkan penerapannya yang dalam praktek persidangan dapat dilakukan hakim selaku aparat yang memiliki kewenangan dan kebebasan untuk menerobos atau menyimpangi aturan yang ada demi keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum itu sendiri.

Hukum progresif sesungguhnya adalah sebuah pedang teori hukum kritis yang bersifat ke-Indonesia-an.¹⁶² Apabila banyak pandangan teori hukum kritis

¹⁶¹ Hukum untuk manusia adalah sebuah utopia, adapun gambaran tentang utopia dapat dilihat dalam "*Law and The Utopian Imagination*" sebagai berikut : "*The term "utopia" first appeared in Sir Thomas More's eponymous novel of 1516, but the concept predated more by two millennia, finding its first and most influential elaboration in the pages of Plato's Republic..*", Lawrence Douglas, Austin, Martha Merrill Umphrey, *Law and The Utopian Imagination : An Introduction*", dalam *Law and The Utopian Imagination*, Lawrence Doughlas (ed) Stanford University Press, California, 2014, hlm. 2.

¹⁶² Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, Kesenambungan, Merobohkan dan Membangun*, dalam *Jurnal Progresif*, Volume 2, Nomor 1 Tahun 2006, hlm. 1.

diletakkan berbagai kalangan kiri yang selalu bermuara dari pertentangan kelas, wacana neo-imperialisme, anti-kapitalisme maka Satjipto Rahardjo mengawali teori hukum kritisnya dari sudut diskursus hukum dan masyarakat sehingga memunculkan nama-nama yang tidak lazim yang dikenal dalam tradisi hukum kritis seperti Nonet, Selznick, Friedmann, Skolnick dan Schwartz.

Soetandyo Wignjosoebroto¹⁶³ mengungkapkan tentang paham *progresivisme* adalah suatu paradigma saintisme yang empiris positif yang amat memengaruhi perkembangan pemikiran filsafat dalam permasalahan ekonomi, sosial politik dan hukum. Menurut *progresivisme* bahwa perubahan macam apapun yang terjadi dalam sejarah kehidupan manusia, jejak langkahnya sudah pasti akan selalu berarah ke bentuk dan substansi yang secara kodrati akan lebih baik.

Di Amerika Serikat, ajaran atau sikap *progresivisme* dipelopori oleh Hakim Agung Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis dan Benjamin Cardozo sekitar seratus tahun yang lalu. *Progresivisme* dari para hakim tersebut berkenaan dengan penerapan (pemaknaan) UUD dan konstitusionalisme. Menurut pandangan aliran ini, *progresivisme* tidak menjadikan misalnya UUD sebagai *the living constitution*, sehingga dikatakan *the living constitution* adalah *the dead faith*. Dalam kenyataan, hukum yang hidup adalah putusan-putusan hakim yang menjadi semacam *common law* di Inggris. Apabila ditinjau dari maksudnya, *progresivisme* tidak lain adalah cara menafsirkan hukum (UUD). *Progresivisme* menolak anggapan bahwa hukum berlaku tanpa dibatasi waktu (*no time bound*). Selain itu, *progresivisme* tidak dapat menerima penafsiran yang disebut *originalis* atau *tekstual*, melainkan kontekstual atau kontemporer. Konsekuensi lebih jauh dari *progresivisme* jika dikaitkan dengan *judicial review* membawa pengadilan ke dalam proses *politicking*. Sebagaimana Bradley C.S. Watson¹⁶⁴ menulis :

“In many way, the judiciary and in particular Supreme Court of The United States, has become the most politically controversial branch of government. It has undoubtedly become the locus of attention for those

¹⁶³ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum Dalam Masyarakat*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2013, hlm. 7.

¹⁶⁴ Bagir Manan, menurut Majelis Mahkamah Agung, hukuman mati bertentangan dengan UUD 1945, dalam *Majalah Hukum Varia Peradilan*, Nomor 328, Maret 2013, hlm. 14.

concerned with what are often referred to as the culture wars. How and why this has come to be case is a fascinating story. It is the story that finds its beginning in the transformation of American political thought that commenced in the nineteenth century and it has continued a place throughout the twentieth and twenty-first. This transformation led in a world to progressivism”.

Dalam banyak hal, pengadilan khususnya Mahkamah Agung Amerika Serikat secara praktik telah menjadi cabang pemerintahan yang paling kontroversial. Tidak diragukan, Mahkamah Agung menjadi pusat bagi orang-orang yang tertarik pada apa yang disebut perang budaya. Bagaimana dan mengapa hal ini menjadi persoalan merupakan suatu kisah yang menarik. Suatu kisah yang bermula dari perubahan-perubahan (transformasi) aliran-aliran politik di Amerika Serikat yang dimulai pada abad ke- 19 dan berlanjut abad ke- 20 dan 21. Perubahan-perubahan ini membawa pada satu kata yaitu progresivisme.

Penemuan hukum oleh hakim ini berada pada ranah sosiologi hukum (*sociology of law*). Di sini, hukum bukan dikonsepsikan sebagai normatif (*rules*), melainkan sesuatu yang nomologik atau sebagai *regularities* yang menekankan pada realitas yang terjadi di alam pengalaman sebagaimana yang tersimak di dalam kehidupan sehari-hari. Hukum adalah perilaku-perilaku (atau aksi-aksi dan interaksi) manusia yang secara aktual telah dan atau yang secara potensial akan terpola.¹⁶⁵

Penemuan hukum dilakukan oleh hakim berawal dari peristiwa konkret yang dihadapkan kepada hakim untuk diputuskan. Dalam konteks dengan sistem penemuan hukum di Indonesia, maka pembentuk undang-undang tidak memprioritaskan pada salah satu metode penemuan hukum. Oleh karena itu, para hakim bebas menentukan metode yang dianggap paling tepat, meyakinkan dan memuaskan. Hakim dalam hal ini bersikap otonom dalam menentukan pilihannya. Dalam putusannya secara praktik ternyata hakim tidak pernah menegaskan alasan

¹⁶⁵ Soetandyo Wignjosoebroto, *Konsep Hukum, Tipe Kajian Metode Penelitian*, Universitas Sebelas Maret, Surakarta, 1992, hlm. 14.

penggunaan metode penemuan hukum tertentu, bahkan tidak jarang menggunakan gabungan atau lebih dari satu jenis metode penemuan hukum.¹⁶⁶

Hakim dalam menghubungkan antara teks undang-undang dengan suatu peristiwa konkret yang diadilinya wajib menggunakan pikiran dan daya nalarnya untuk memilih metode penemuan hukum apa yang paling relevan untuk diterapkan dalam suatu perkara karena ketepatan penggunaan metode tersebut akan memengaruhi putusan. Hal ini disebabkan putusan hakim tersebut dapat dinilai adil dan bermanfaat oleh warga masyarakat. Seorang yuris yang baik tidak hanya memerlukan sekedar kemampuan membaca seperti orang lain namun harus mampu menafsirkan dengan tepat apa yang dibaca. Putusan hakim memang hukum, bukan sekedar sumber hukum.¹⁶⁷

Sejak digagasnya konsep hukum progresif maka berbagai pemikiran untuk menggunakan hukum progresif dalam tahapan proses hukum mulai bergulir termasuk di dalamnya penemuan hukum progresif yang memiliki tiga karakteristik utama¹⁶⁸, yaitu : Pertama, penemuan hukum yang bersifat *visioner* dengan melihat permasalahan hukum tersebut untuk kepentingan jangka panjang ke depan dengan melihat *case by case*. Kedua, penemuan hukum yang berani dalam melakukan suatu terobosan "*rule breaking*" dengan melihat dinamika masyarakat, namun tetap berpedoman pada hukum, kebenaran dan keadilan serta memihak dan peka pada nasib dan keadaan bangsa dan negaranya. Ketiga, penemuan hukum yang dapat membawa kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat dan membawa bangsa dan negara keluar dari keterpurukan dan ketidakstabilan sosial.

Secara faktual tidak dapat ditentukan metode penemuan hukum yang bagaimanakah yang dapat digunakan hakim dalam melakukan penemuan hukum sesuai dengan karakteristik penemuan hukum yang sesuai dengan asas peradilan yang baik karena dalam setiap perkara atau kasus memiliki bentuk dan karakteristik yang berlainan sehingga hakim akan menggunakan metode

¹⁶⁶ Ahmad Rifai, *Op.cit.*, hlm. 92.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Hwian Christianto, *Penafsiran Hukum Progresif Dalam Perkara Pidana*, dalam Jurnal Mimbar Hukum, Volume 23, Nomor 3, Oktober 2011, hlm. 43.

penemuan hukum yang sesuai dengan kasus yang dihadapinya “*case by case*”. Seorang hakim pada saat menghadapi kasus-kasus konkret perdata yang harus diperiksa dan diadili, dimana hukum yang bersifat statis atau yang menimbulkan ketidakjelasan dalam masyarakat senantiasa berkembang maka diperlukan kemampuan berpikir pada hakim untuk mencari dan menemukan solusi hukum dalam kasus yang dihadapi secara cepat dan adil. Dalam kerangka berpikir demikian keaktifan dilakukan oleh hakim untuk menjawab dan mengisi kekosongan hukum dalam mengikuti perkembangan dan dialektika hukum dalam masyarakat sehingga putusan peradilan dapat mencerminkan rasa keadilan.

Jalan yang dilalui oleh hukum progresif sebenarnya sejalan dengan apa yang dilewati oleh hukum kodrat. Cara ber hukum adalah mencari sebuah hakikat dari sistem hukum yang asli dalam jalinan idea-idea yang terkelupas. Bagi Plato sebagaimana yang diajarkan dalam sejarah filsafat barat mengajarkan bahwa negara bukanlah sebuah institusi tanpa tujuan. Fungsi negara setidaknya adalah menjaga keselamatan bersama. Sebuah negara dipimpin oleh seorang filsuf-raja karena dialah yang mengetahui banyak hal dan memiliki tingkatan kebijaksanaan level tinggi.

2.4. Metode Penemuan Hukum

Proses dalam penemuan hukum menjawab beberapa pertanyaan penting tentang bagaimana mengkualifikasi hukum atas peristiwa konkret baik yang diajukan melalui pengadilan maupun diselesaikan di luar pengadilan. Untuk menemukan hukumnya tidak mudah karena secara empirik problem yang muncul di pengadilan adalah aturan hukum tertulisnya ada, namun tidak jelas, tidak lengkap, tidak mengandung rasa keadilan, gersang dari nilai keadilan, tertinggal dari perubahan dan kemajuan jaman, bahkan aturan hukum tertulisnya tidak ada sama sekali.

Peraturan perundang-undangan bukanlah kitab suci, sehingga harus diakui tidak ada peraturan perundang-undangan yang sempurna karena di dalamnya pasti mengandung kekurangan dan keterbatasan, bahkan selalu ketinggalan jaman karena cepatnya perubahan yang terjadi sebagai akibat cepatnya perkembangan

teknologi. Aturan perundang-undangan bersifat statis dan *strick* (kaku), sedangkan dinamika perkembangan masyarakat terus berproses tanpa henti. Atas dasar kenyataan ini, muncul ungkapan “*Het recht hint achter de feiten aan*”, artinya hukum tertulis selalu ketinggalan dengan peristiwanya.¹⁶⁹

Suatu peraturan perundang-undangan yang tidak jelas harus dijelaskan terlebih dahulu, sedangkan peraturan perundang-undangan yang tidak lengkap harus dilengkapi terlebih dahulu agar dapat diterapkan dalam peristiwa konkret. Upaya penyempurnaan perundang-undangan yang tidak jelas atau tidak lengkap tersebut dapat dilakukan melalui dua jalur, yaitu jalur politik dengan melakukan amandemen atas peraturan perundang-undangan tersebut dan kedua, dapat dilakukan oleh hakim melalui pengembangan metode penemuan hukum yurisprudensi. Suatu peristiwa konkret harus ditemukan hukumnya dengan beberapa metode, misalnya metode konstruksi hukum atau interpretasi hukum.

Di beberapa literatur dikenal macam-macam penemuan hukum “*rechtsvinding*” atau “*legal finding*” yaitu interpretasi, penafsiran, konstruksi, analogi, penghalusan hukum (*rechtsverfijning*, *legal refinery*) dan menciptakan atau membentuk hukum (*rechtshepping*, *law making*, *law creating*). Hal ini berbeda dengan negara-negara yang menganut tradisi Inggris atau Amerika Serikat dimana dalam sejumlah buku “*textbooks*” dijumpai satu tema yaitu penafsiran (*interpretation*).

Dalam rangka menemukan hukum maka hakim memerlukan ilmu bantu berupa metode penemuan hukum¹⁷⁰ disebabkan : (1). Tidak pernah ada satu peristiwa hukum yang tepat serupa dengan lukisan dalam undang-undang (peraturan perundang-undangan). Dalam memutus (hakim dilarang menolak memutus), hakim harus menemukan kesesuaian antara fakta dan hukum. Hal ini dilakukan dengan cara merekonstruksi fakta (melalui bukti-bukti) sehingga memenuhi unsur-unsur yang dimuat dalam undang-undang (hukum) atau melakukan penafsiran agar suatu kaidah hukum secara wajar dapat dikenakan atau

¹⁶⁹ H.M. Fauzan, *Kaidah Penemuan Hukum Yurisprudensi Bidang Hukum Perdata*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2014, hlm. 47.

¹⁷⁰ Bagir Manan, *Beberapa Catatan Tentang Penafsiran*, Varia Peradilan, IKAHI Mahkamah Agung Republik Indonesia, Nomor 285, Agustus 2009, hlm. 6.

diterapkan pada suatu fakta hukum ; (2). Suatu perbuatan tidak tercakup dalam kata atau kata-kata *ordinary word* yang disebut dalam undang-undang ; (3). Tuntutan keadilan. Hakim bukan corong (mulut) undang-undang “*spreekbuis van de wet, bouche de la loi, the mouth of laws*”. Sebagai “arbiter” maka hakim wajib menyelesaikan suatu perkara dengan adil ; (4). Keterbatasan makna bahasa dibandingkan dengan gejala atau peristiwa yang ada atau terjadi dalam masyarakat, baik peristiwa hukum, politik, ekonomi maupun sosial. Dalam upaya menemukan pertimbangan putusan yang benar maka hakim wajib mempertimbangkan berbagai gejala atau peristiwa yang belum tentu tercakup dalam ketentuan yang berlaku ; (5). Secara sosiologis, bahasa atau kata atau kata-kata dapat berbeda makna ; (6). Pengaruh perkembangan masyarakat ; (7). Transformasi atau resepsi konsep hukum asing yang digunakan dalam praktik hukum berupa berbagai teori baru di bidang hukum, seperti *sociological jurisprudence, feminist legal theory* ; (8). Ketentuan atau bahasa atau kata atau kata-kata dalam undang-undang tidak jelas, bermakna ganda, tidak konsisten bahkan ada pertentangan atau ketentuan tidak nalar (*unreasonable*).

Metode penemuan hukum diarahkan pada suatu peristiwa yang bersifat khusus, konkret dan individual. Jadi, metode penemuan hukum bersifat praktikal karena lebih digunakan dalam praktik hukum. Hasil dari metode penemuan hukum adalah terciptanya putusan pengadilan yang baik dan dapat digunakan sebagai sumber pembaharuan hukum. Putusan hakim berperan terhadap perkembangan hukum dan ilmu hukum, sehingga dapat digunakan sebagai bahan kajian dalam ilmu hukum.¹⁷¹

Para pakar hukum berbeda pandangan dalam menentukan metode penemuan hukum oleh hakim yaitu menurut yuris yang berasal dari sistem Eropa Kontinental dan Anglo Saxon. Pada umumnya para yuris dari kalangan penganut sistem hukum Eropa Kontinental tidak memisahkan secara tegas antara metode interpretasi dan metode konstruksi. Hal ini dapat dilihat dalam paparan buku-buku karangan Paul Scholten, A. Pitlo, Sudikno Mertokusumo dan Yudha Bhakti

¹⁷¹ Lintang Oloan Siahaan, *Peran Hakim Agung Dalam Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum Pada Era Reformasi dan Transformasi*, Majalah Varia Peradilan, IKAHI Mahkamah Agung Republik Indonesia, Edisi 252, Bulan November 2006, Jakarta, hlm. 57.

Ardhiwisastra. Sebaliknya, para penulis yang condong kepada sistem hukum Anglo Saxon (seperti Curzon, B. Arief Sidharta dan Achmad Ali) membuat pemisahan secara tegas antara metode interpretasi dengan metode konstruksi.¹⁷²

Perbedaan pandangan terhadap pembagian metode penemuan hukum tersebut menunjukkan bahwa pemikiran yang menentang aliran legisme cukup menarik perhatian pakar hukum dan alasan hukumnya sangat rasional serta riil aktual terjadi dalam kehidupan sosial masyarakat. Pandangan tersebut sekaligus mencerminkan Indonesia tidak secara ketat mengikuti aliran legisme, hal ini dapat dibuktikan dengan tetap dipertahankan ketentuan bunyi pasal dalam undang-undang kekuasaan kehakiman yang menyatakan bahwa *“hakim dalam memutus perkara wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dan adil dalam masyarakat”*. Dalam ketentuan ini secara kasat mata hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat harus dipandang sebagai hukum yang adil dan diterima masyarakat.

Untuk memperjelas metode penemuan hukum oleh hakim maka akan diuraikan sebagai berikut :

1. Metode Hermeneutika Hukum

Metode penemuan hukum oleh hakim berupa interpretasi hukum dan konstruksi hukum pada prinsipnya masih relevan digunakan oleh hakim hingga saat ini, namun perlu digunakan suatu metode penemuan hukum lain yang disebut hermeneutika hukum sebagai alternatif metode penemuan hukum baru oleh hakim. Tidak semua kata, istilah dan kalimat yang menunjukkan suatu kaidah hukum yang dikemukakan dengan lisan atau dinyatakan dengan tertulis dalam bentuk perundangan itu sudah jelas dan mudah dipahami. Metode interpretasi adalah metode untuk menafsirkan terhadap teks perundang-undangan yang tidak jelas agar dapat diterapkan terhadap peristiwa konkret tertentu. Ajaran interpretasi dalam penemuan hukum ini sudah lama dikenal dengan istilah hermeneutika hukum.¹⁷³

¹⁷² Achmad Ali, *Op.cit.*, hlm. 52.

¹⁷³ Ahmad Rifai, *Op.cit.*, hlm. 87.

Secara etimologi, kata *hermeneutika* berasal dari bahasa Yunani *hermeneuein* yang berarti menafsirkan atau menginterpretasikan. Kata benda *heremenia* secara harfiah dapat diartikan sebagai penafsiran atau interpretasi. Dari kata kerja *hermeneuein* dapat ditarik tiga bentuk makna dasar dalam pengertian aslinya yaitu (1). mengungkapkan kata-kata ; (2). menjelaskan ; (3). menerjemahkan.¹⁷⁴ Istilah ini diambil dari mitologi Yunani pada tokoh yang bernama Hermes yaitu seorang utusan yang memiliki tugas menyampaikan pesan Jupiter kepada manusia. Hermes digambarkan sebagai seorang yang memiliki kaki bersayap dan lebih banyak dikenal dengan sebutan Mercurius dalam bahasa latin. Hermes memiliki tugas menerjemahkan pesan-pesan dari dewa di Gunung Olympus ke dalam bahasa yang dapat dimengerti oleh manusia. Oleh karena itu, fungsi Hermes adalah penting sebab bila terjadi kesalahpahaman tentang pesan dewa-dewa akibatnya akan fatal bagi seluruh umat manusia. Hermes harus mampu menginterpretasikan atau menyadur sebuah pesan yang digunakan oleh pendengarnya. Hermeneutika pada akhirnya diartikan sebagai proses untuk mengubah sesuatu atau situasi ketidaktahuan menjadi sesuatu yang dapat dimengerti.

Pengertian hermeneutika hukum menurut Gadamer adalah :

Legal hermeneutics is, then in really no special case but is, on the contrary, fitted to restore the full scope of the hermeneutical problem and so to restrieve the former unity of hermeneutics. In which jurist and theologian meet the student of the humanities.

Hermeneutika hukum dalam kenyataannya bukanlah suatu kasus yang khusus atau baru, namun sebaliknya ia hanya merekonstruksikan kembali dari seluruh problem hermeneutika dan kemudian membentuk kembali kesatuan hermeneutika secara utuh, dimana ahli hukum dan teologi bertemu para ahli humaniora.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Ahmad Zaenal Fanani, *Hermeneutika Hukum Sebagai Metode Penemuan Hukum Dalam Putusan Hakim*, Majalah Varia Peradilan, IKAHI Mahkamah Agung Republik Indonesia, Tahun XXV, Nomor 297, Bulan Agustus 2010, Jakarta, hlm. 55.

¹⁷⁵ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks*, UII Press, Yogyakarta, 2005, hlm. 42.

Esensi pengertian hermeneutika adalah ilmu atau seni menginterpretasikan (*the art of interpretation*) “teks”, dalam perspektif yang lebih filosofis maka hermeneutika merupakan aliran filsafat yang mempelajari hakikat mengerti atau memahami sesuatu. Kata-kata “teks” atau “sesuatu” dalam hal ini mengarah pada teks hukum atau peraturan perundang-undangan, peristiwa hukum, fakta hukum, dokumen resmi negara, naskah-naskah kuno atau ayat-ayat *ahkam* dalam kitab suci dan hasil *ijtihad* para ahli hukum (doktrin) yang menjadi objek untuk ditafsirkan.¹⁷⁶

Fungsi dan tujuan hermeneutika hukum menurut James Robinson adalah *bringing the unclear into clarity* (memperjelas sesuatu yang tidak jelas agar lebih jelas). Adapun menurut Gregory Leyh, tujuan hermeneutika hukum adalah untuk menempatkan perdebatan kontemporer tentang interpretasi hukum di dalam kerangka hermeneutika pada umumnya. Upaya mengkontekstualisasikan teori hukum dengan cara ini serta mengasumsikan bahwa hermeneutika memiliki korelasi pemikiran dengan ilmu hukum atau yurisprudensi.¹⁷⁷

Hermeneutika hukum merupakan salah satu metode untuk memecahkan berbagai persoalan hukum yang multitafsir. Secara spesifik, teori penafsiran dalam hukum saat ini digunakan lebih terbatas dalam memahami realitas hukum. Adapun pertanyaan yang muncul kemudian adalah mengapa harus undang-undang. Hal ini disebabkan penafsiran yang paling kontekstual adalah undang-undang. Saat ini tidak ada negara yang tidak memiliki undang-undang atau pada umumnya undang-undang ditempatkan sebagai sumber dari segala kegiatan penafsiran. Sebagaimana dicontohkan Satjipto Rahardjo dengan istilah “*hyperregulated*” dalam konteks tersebut undang-undang di Indonesia menjadi sangat sentral. Semua kegiatan penafsiran difokuskan kepada teks undang-undang dan nampaknya tidak ada aspek kehidupan yang tidak diatur dalam undang-undang.¹⁷⁸

¹⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 44-45.

¹⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 46.

¹⁷⁸ Anthon F. Susanto, *Dekonstruksi Hukum Eksplorasi Teks dan Model Pembacaan*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hlm. 64.

Undang-undang muncul sebagai suatu kebutuhan dari semakin menguatnya eksistensi negara modern yang memerlukan bentuk pengaturan modern. Teks yang ditulis dalam bentuk undang-undang muncul menggantikan tradisi lisan. Dengan demikian, ada pergeseran perilaku masyarakat ketika peradaban teks menggantikan peradaban lisan dan bagi orang hukum penganut formalisme maka teks undang-undang dipandang lebih bermakna daripada tradisi lisan. Menurut kaum formalisme hukum, teks yang sudah diformalkan lebih memiliki kepastian karena teks termampakan dalam bentuknya. Hal ini berbeda apabila melihat *hermeneutika* Ricoeur dalam tradisi lisan, peran pengucap menjadi sangat sentral karena tradisi lisan terikat kepada pengucap, namun dalam tradisi teks maka teks adalah otonom dan terlepas dari si pengucap atau si pembuat aturan.¹⁷⁹

Ajaran interpretasi ini telah lama dikenal dengan sebutan hermeneutika yuridis atau metode yuridis. Sebagian kalangan akademisi hukum menganggap bahwa aliran realisme dalam ilmu hukum adalah puncak kemenangan ilmu hukum dalam mengembangkan dirinya secara empiris, namun dengan munculnya postmodernisme pada abad ke- 20 muncul juga aliran *critical legal studies* yang pada prinsipnya mencoba untuk mengembangkan aspek radikal dari realisme hukum dalam postmodernisme, *critical race theories* dan *critical Marxist* menerapkannya ke dalam kerangka berpikir dari Marxism khususnya dalam hal kritikan kaum Marxism terhadap pemikiran kaum liberal. Pemikiran kaum liberal ini mengajarkan bahwa hukum dibuat oleh parlemen yang mewakili suara rakyat, sedangkan dalam memutus perkara hakim hanya menafsirkan hukum, bukan membuat hukum. Oleh karena itu, gerakan *critical legal studies* menggunakan pisau analisis berupa hermeneutika.

Kajian hermeneutika hukum tidak hanya membebaskan kajian hukum dari otoritarianisme para jurisdiktor yang elitis, namun juga dari kajian hukum kaum strukturalis atau behavioralis yang terlalu empirik sifatnya. Kajian hermeneutika hukum telah membuat kesempatan kepada para pengkaji hukum untuk tidak hanya berkutat demi kepentingan profesi yang eksklusif semata, melainkan juga

¹⁷⁹ *Ibid.*, hlm. 63.

menggali dan meneliti makna-makna hukum dari perspektif para pencari keadilan.¹⁸⁰

Penafsiran tidak hanya dilakukan oleh hakim, namun oleh peneliti hukum dan mereka yang berhubungan dengan kasus dan peraturan. Sebagaimana dikemukakan oleh Jazim Hamidi bahwa letak penting dan kebaharuan hermeneutika hukum bagi para hakim pada saat menemukan hukum. Penemuan hukum oleh hakim tidak semata-mata penerapan peraturan terhadap peristiwa konkrit, namun sekaligus penciptaan dan pembentukan hukum. Von Savigny memberikan batasan tentang penafsiran sebagai “rekonstruksi pikiran” yang tersimpul dalam undang-undang. Hal ini bukanlah metode penafsiran yang dapat digunakan semauanya, namun pelbagai kegiatan yang secara keseluruhan harus dilaksanakan bersamaan untuk mencapai tujuan yaitu penafsiran undang-undang.

Tugas penting hakim adalah membangun komunikasi dialogis antara undang-undang dengan kasus nyata di masyarakat. Apabila undang-undang tidak dapat dijalankan menurut arti katanya maka hakim harus menafsirkannya. Atas dasar itulah, orang dapat mengatakan bahwa menafsirkan undang-undang adalah kewajiban hukum dari hakim.¹⁸¹

Meskipun penafsiran merupakan kewajiban hukum dari hakim, ada beberapa pembatasan mengenai kemerdekaan hakim untuk menafsirkan undang-undang. Logemann mengatakan bahwa hakim harus tunduk pada kehendak pembuat undang-undang. Dalam hal kehendak tidak dapat dibaca begitu saja dari kata-kata peraturan perundangan, maka hakim harus mencarinya dalam sejarah kata-kata sejarah tersebut dalam sistem undang-undang atau dalam arti kata-kata seperti yang digunakan dalam pergaulan sehari-hari. Hakim wajib mencari kehendak pembuat undang-undang, karena ia tidak boleh membuat tafsiran yang tidak sesuai dengan kehendak undang-undang. Atas dasar itu, hakim tidak diperkenankan menafsirkan undang-undang secara sewenang-wenang. Hakim tidak boleh menafsirkan kaidah yang mengikat, kecuali penafsiran yang sesuai dengan maksud pembuat undang-undang saja yang menjadi tafsiran yang tepat.

¹⁸⁰ Bernard L. Tanya, *Op.cit.*, hlm. 179.

¹⁸¹ H. M. Fauzan, *Op.cit.*, hlm. 51.

Menurut Polak, cara penafsiran ditentukan oleh a. materi peraturan perundangan yang bersangkutan ; b. tempat perkara diajukan ; c. menurut jamannya.¹⁸²

Kelebihan metode hermeneutika hukum terletak pada cara dan lingkup interpretasinya yang tajam, mendalam dan holistik dalam bingkai kesatuan antara teks, konteks dan kontekstualisasinya. Peristiwa hukum maupun undang-undang tidak semata dilihat atau ditafsirkan dari aspek legalitas formal berdasarkan bunyi teks, namun juga harus dilihat berdasarkan faktor-faktor yang melatarbelakangi peristiwa atau sengketa tersebut muncul, apa akar masalahnya, adakah intervensi politik yang membidani dikeluarkannya suatu putusan serta dampak dari putusan bagi proses penegakan hukum dan keadilan di kemudian hari.

Sebagai aliran yang relatif khas bagi ilmu-ilmu humaniora, maka hermeneutika bertolak dari manusia sebagai makhluk budaya yaitu makhluk yang memiliki idealisme, keinginan dan kebutuhan. Makhluk yang senantiasa memberikan jawaban pada diri dan lingkungannya lewat tindakan secara eksplisit maupun implisit. Aliran ini menempatkan manusia sebagai subjek untuk dijadikan perspektifnya, walaupun pada awalnya hermeneutika merupakan disiplin untuk memahami teks, namun tetap dalam kerangka pemahaman terhadap tindakan manusia. Teks yang dikaji selalu dipahami dalam konteks “sistem situasi” manusia, seperti latar belakang kemunculan teks, identitas pembuat teks, aksara dan bahasa yang digunakan, bahan media yang digunakan serta maksud dan tujuan teks. Perhatian utama bukan pada teks, namun pada mosaik maknawi manusia di balik teks.¹⁸³

Metode hermeneutika ini ternyata tidak banyak atau jarang sekali digunakan sebagai metode penemuan hukum dalam praktik peradilan di Indonesia. Hal ini disebabkan dominannya metode penalaran dan konstruksi hukum yang sangat legalistik formal sebagai metode penemuan hukum yang telah lama mengakar dalam sistem peradilan di Indonesia. Hal ini disebabkan sebagian besar hakim belum familiar dengan metode hermeneutika, padahal esensi hermeneutika hukum terletak pada pertimbangan *triangle* hukumnya yaitu suatu

¹⁸² H. M. Fauzan, *Op.cit.*, hlm. 52.

¹⁸³ Bernard L. Tanya, *Op.cit.*, hlm. 215.

metode yang menginterpretasikan teks hukum tidak semata-mata berdasarkan teks, namun juga konteks hukum saat dilahirkan serta bagaimanakah kontekstualisasi atau penerapan hukumnya di masa kini dan masa mendatang.¹⁸⁴

Dalam praktik, tidak ada prioritas dalam penggunaan metode interpretasi. Oleh karena itu, metode interpretasi dapat dilakukan sendiri atau disinergikan dengan beberapa metode interpretasi. Hakim memiliki kebebasan dalam menggunakan metode interpretasi tertentu, namun yang terpenting bagi hakim adalah interpretasi yang dipilih dapat tepat sasaran yaitu memperjelas ketentuan peraturan perundang-undangan sehingga dapat secara tepat diterapkan terhadap peristiwa hukum. Sangat mungkin antara hakim satu dengan yang lain dalam menangani perkara sejenis, metode penafsiran yang digunakan saling berbeda, namun bagi hakim yang penting adalah putusan mana yang sekiranya dapat diterima atau layak bagi pencari keadilan dan masyarakat pada umumnya. Sikap hakim dalam memutus perkara adalah subjektif, namun bukan subjektifitas yang mengarah pada ego, karena hakim harus tetap bersikap rasional dan logis agar putusannya bersifat objektif.

Secara umum, metode interpretasi (penafsiran) hukum dapat dikelompokkan sebagai berikut¹⁸⁵ :

Tabel 1
Metode Interpretasi (Penafsiran) Hukum

No.	Nama Interpretasi	Keterangan
1.	Gramatikal (objektif)	Interpretasi menurut kaidah bahasa (hukum tata bahasa) yang berlaku, antara lain dengan melihat dari definisi leksikal
2.	Autentik (resmi)	Interpretasi menurut batasan yang dicantumkan dalam peraturan yang biasanya diletakkan dalam bagian penjelasan, rumusan ketentuan umumnya maupun salah satu rumusan pasal lainnya
3.	Teleologis (sosiologis)	Interpretasi berdasarkan tujuan kemasyarakatan

¹⁸⁴ Ahmad Rifai, *Op.cit.*, hlm. 89.

¹⁸⁵ Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, 2012, hlm. 134.

4.	Sistematis (logis)	Interpretasi yang mengaitkan suatu ketentuan peraturan dengan peraturan hukum lainnya atau dengan keseluruhan sistem hukum
5.	Komparatif	Interpretasi dengan cara membandingkan peraturan pada suatu sistem hukum dengan peraturan yang ada pada sistem hukum lainnya
6.	Historis (subjektif)	Interpretasi dengan melihat latar belakang sejarah hukum atau sejarah perumusan suatu ketentuan tertentu (sejarah undang-undang)
7.	Futuristis (antisipatif)	Interpretasi yang mengacu kepada rumusan rancangan undang-undang atau rumusan yang dicita-citakan (<i>ius constituendum</i>)
8.	Restriktif	Interpretasi dengan membatasi cakupan suatu ketentuan
9.	Ekstensif	Interpretasi dengan memperluas cakupan suatu ketentuan
10.	Interdisipliner	Interpretasi yang biasanya dilakukan dalam suatu analisa masalah dari perspektif berbagai disiplin ilmu hukum
11.	Multidisipliner	Interpretasi yang menuntut seorang hakim untuk mempelajari beberapa disiplin ilmu lain di luar ilmu hukum
12.	Subsumtif	Interpretasi melalui penerapan teks undang-undang terhadap kasus <i>in concreto</i> belum memasuki taraf penggunaan penalaran dan penafsiran rumit, namun sekedar menerapkan silogisme
13.	Kontrak/Perjanjian	Interpretasi tidak diperkenankan apabila kata-kata suatu persetujuan telah jelas (<i>asas sens-clair</i>)
14.	Perjanjian Internasional	Interpretasi yang dilakukan menurut perspektif tiga aliran interpretasi hukum internasional, yaitu <i>intention-school</i> , <i>textual school</i> dan <i>teleological school</i>

Sumber : Bambang Sutiyoso, 2012

Metode penafsiran di atas secara sederhana dapat dikelompokkan berdasarkan dua pendekatan yaitu “*the textualist approach (focus on text)*” dan “*the purposive approach (focus on purpose)*”. Penafsiran atau interpretasi secara gramatikal dan otentik termasuk kategori pendekatan pertama, sementara metode interpretasi lainnya mengacu pada pendekatan kedua yaitu pendekatan yang memerhitungkan keadaan-keadaan tertentu (*purposive approach*). Burght dan

Winkelmann mencatat, pendekatan dengan memerhitungkan keadaan-keadaan tertentu (yang dapat disamakan dengan *purposive approach*) baru diterima secara luas sesudah Perang Dunia Kedua, hal itu setelah melewati proses perdebatan yang panjang di kalangan ilmuwan hukum.¹⁸⁶

2. Metode Argumentasi

Metode argumentasi disebut juga dengan metode penalaran hukum (*redering, reasoning*). Metode ini digunakan apabila undang-undang tidak lengkap. Dalam rangka melengkapinya, maka digunakan metode argumentasi secara jelas dan rasional.¹⁸⁷

Metode penalaran hukum merupakan satu model argumentasi khusus. Ada dua hal yang menjadi dasar kekhususan argumentasi hukum yaitu, pertama, tidak ada hakim maupun *lawyer* yang mulai berargumentasi dari suatu keadaan hampa. Argumentasi hukum selalu dimulai dari hukum positif yang bukan merupakan suatu keadaan yang tertutup ataupun statis, namun merupakan satu perkembangan yang berlanjut. Dari suatu ketentuan hukum positif, maka yurisprudensi akan menentukan norma-norma baru. Kedua, dalam argumentasi hukum atau penalaran hukum berkaitan dengan kerangka prosedural yang di dalamnya berlangsung argumentasi rasional dan diskusi rasional.¹⁸⁸

Menurut Kenneth J. Vandeveld ada lima langkah penalaran hukum yaitu¹⁸⁹ :

- a. Mengidentifikasi sumber hukum yang mungkin, biasanya berupa peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan (*identify the applicable sources of law*) ;
- b. Menganalisa sumber hukum tersebut untuk menetapkan aturan hukum yang mungkin dan kebijakan dalam aturan tersebut (*analyze the sources of law*) ;

¹⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 135.

¹⁸⁷ Philipus Mandiri Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2011, hlm. 13.

¹⁸⁸ *Ibid.*, hlm. 17.

¹⁸⁹ Shidarta, *Hukum Penalaran dan Penalaran Hukum*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2013, hlm. 156.

- c. Mensintesisasikan aturan hukum tersebut ke dalam struktur yang koheren, yaitu struktur yang mengelompokkan aturan-aturan khusus di bawah aturan umum (*synthesize the applicable rules of law into a coherent structure*) ;
- d. Menelaah fakta-fakta yang tersedia (*research the available facts*) ;
- e. Menerapkan struktur aturan tersebut kepada fakta-fakta untuk memastikan hak atau kewajiban yang timbul dari fakta-fakta tersebut dengan menggunakan kebijakan yang terletak dalam aturan-aturan hukum dalam hal memecahkan kasus-kasus sulit (*apply the structure of rules to the facts*) ;

Sedangkan Shidarta menyimpulkan ada enam langkah utama penalaran hukum yaitu ¹⁹⁰ :

- a. Mengidentifikasi fakta-fakta untuk menghasilkan suatu struktur atau peta kasus yang benar-benar diyakini oleh hakim sebagai kasus riil ;
- b. Menghubungkan (*mensubsumsi*) struktur kasus tersebut dengan sumber-sumber hukum yang relevan, sehingga ia dapat menetapkan perbuatan hukum dalam peristilahan yuridis (*legal term*) ;
- c. Menyeleksi sumber hukum dan aturan hukum yang relevan untuk kemudian mencari kebijakan yang terkandung di dalam aturan hukum tersebut (*the policies underlying those rules*), sehingga dihasilkan suatu struktur (peta) aturan yang koheren ;
- d. Menghubungkan struktur aturan dengan struktur kasus ;
- e. Mencari alternatif penyelesaian yang mungkin ;
- f. Menetapkan pilihan atas salah satu alternatif untuk diformulasikan sebagai putusan akhir ;

Proses penemuan hukum dengan menggunakan metode argumentasi atau penalaran hukum dapat dilakukan dengan beberapa cara yaitu :

- a. *Argumentum per analogiam* (analogi) ;
- b. *Argumentum a contrario* (*a contrario*) ;
- c. *Rechtverwijning* (penyempitan atau pengkonkritan hukum) ;
- d. Fiksi hukum ;

¹⁹⁰ *Ibid.*, hlm. 157.

Berkaitan dengan beberapa metode argumentasi tersebut, maka secara garis besarnya diuraikan sebagai berikut :

Tabel 2
Metode Argumentasi (Penalaran Hukum)

No.	Nama Interpretasi	Keterangan
1.	<i>Argumentum per analogiam</i> (analogi)	Interpretasi yang memperluas peraturan perundang-undangan yang terlalu sempit ruang lingkupnya kemudian diterapkan terhadap peristiwa serupa sejenis atau mirip dengan yang diatur dalam undang-undang
2.	<i>Argumentum a contrario</i> (a contrario)	Interpretasi dengan cara menjelaskan makna undang-undang dengan didasarkan pada pengertian yang sebaliknya dari peristiwa konkrit yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang. Apabila suatu peristiwa tertentu diatur dalam undang-undang, namun peristiwa lainnya yang mirip tidak diatur, maka berlaku hal yang sebaliknya
3.	<i>Rechtvervijsning</i> (penyempitan, pengkonkritan hukum)	Interpretasi yang bertujuan untuk mengkonkritkan atau menyempitkan suatu aturan hukum yang terlalu abstrak, luas dan umum agar dapat diterapkan terhadap suatu peristiwa tertentu
4.	Fiksi hukum	Interpretasi melalui sesuatu yang sifatnya khayal yang digunakan di dalam ilmu hukum melalui kata-kata, istilah-istilah yang berdiri sendiri atau dalam bentuk kalimat yang bermaksud untuk memberikan suatu pengertian hukum. Bentuk fiksi hukum lebih banyak digunakan di dalam hukum adat yang menggunakan bentuk pepatah atau peribahasa

3. Metode Ekposisi (Konstruksi Hukum)

Metode ekposisi merupakan metode konstruksi hukum, yaitu metode yang menjelaskan kata-kata atau membentuk pengertian hukum bukan untuk menjelaskan barang.¹⁹¹

Pengertian hukum yang dimaksud adalah konstruksi hukum (*rechts constructie*) yang merupakan alat-alat yang digunakan untuk menyusun bahan hukum yang dilakukan secara sistematis dalam bentuk bahasa dan istilah untuk menyatukan yang termasuk dalam satu bidang yang sama dan satu pengertian yang sama. Pengertian hukum tersebut dipengaruhi oleh waktu tertentu, masyarakat tertentu serta lingkungan keadaan tertentu.

Metode ekposisi atau konstruksi hukum akan digunakan oleh hakim pada saat dia dihadapkan pada situasi adanya kekosongan hukum atau kekosongan undang-undang. Pada prinsipnya, hakim tidak boleh menolak perkara untuk diselesaikan dengan dalih hukumnya tidak ada atau belum mengaturnya. Hakim harus terus menggali dan menemukan hukum yang hidup dan berkembang di tengah masyarakat. Adapun tujuan dari konstruksi hukum adalah putusan hakim dalam peristiwa konkret dapat memenuhi tuntutan keadilan dan kemanfaatan bagi pencari keadilan, meskipun nilai dari rasa keadilan dan kemanfaatan tersebut ukurannya sangat relatif. Nilai adil menghendaki peristiwa hukum yang sama diperlakukan sama, sedangkan nilai kemanfaatan ukurannya terletak pada kegunaan hukum bagi diri pencari keadilan, penegak hukum, pembuat undang-undang, penyelenggara pemerintah dan masyarakat secara luas.¹⁹²

Dengan demikian, istilah-istilah hukum, bahasa hukum dan pengertian-pengertian hukum yang dipelajari selama ini baik di dalam perundangan maupun di luar perundangan merupakan bagian dari ilmu pengetahuan hukum. Namun, ilmu pengetahuan hukum tersebut bukanlah ilmu pengetahuan jika berhenti pada pengertiannya yang lama, istilahnya dapat saja tetap namun pengertiannya berubah atau berkembang. Oleh karena itu, hukum bukan saja memerlukan uraian sebab dan akibat, namun juga penafsirannya yang disesuaikan dengan relung

¹⁹¹ Bos, sebagaimana dikutip Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996, hlm. 69.

¹⁹² *Ibid.*, hlm. 73.

kehidupan masyarakat dengan bersandar pada kesadaran hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat.

Istilah pencurian misalnya, adalah suatu konstruksi hukum yaitu suatu pengertian tentang semua perbuatan mengambil barang dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum (Pasal 362 KUH Pidana). Jadi, apakah perbuatan itu disebut maling, *nyolong*, *nyopet*, apakah mengambil benda berwujud atau tidak berwujud (aliran listrik), secara keseluruhan apabila dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum, maka perbuatan ini disebut pencurian.

Menurut Rudolph von Jhering sebagaimana dikutip Achmad Ali¹⁹³, ada tiga syarat utama untuk melakukan konstruksi hukum, yaitu pertama konstruksi hukum harus mampu meliputi semua bidang hukum positif. Kedua, dalam perbuatan konstruksi tidak boleh ada pertentangan logis di dalamnya atau tidak boleh membantah dirinya sendiri. Ketiga, konstruksi tersebut mencerminkan faktor keindahan yaitu konstruksi tersebut bukan merupakan sesuatu yang dibuat-buat dan konstruksi harus mampu memberikan gambaran jelas tentang sesuatu hal tersebut.

Metode eksposisi dibagi menjadi dua, yaitu metode eksposisi verbal dan tidak verbal. Metode eksposisi verbal dibagi lebih lanjut menjadi verbal prinsipal dan verbal melengkapi. Sedangkan metode eksposisi yang tidak verbal adalah metode representasi.¹⁹⁴

Sebagaimana terurai di atas, maka ada tiga macam metode penemuan hukum yaitu metode interpretasi (penafsiran) hermeneutika yuridis, metode argumentasi (penalaran hukum, *redering* atau *reasoning*) dan metode eksposisi (konstruksi hukum). Adapun perbedaannya adalah sebagai berikut :

¹⁹³ Achmad Ali, *Op.cit.*, hlm. 180.

¹⁹⁴ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 70.

Tabel 3
Metode Penemuan Hukum

Metode Interpretasi (Penafsiran) Hermeneutika Yuridis	Metode Argumentasi (Penalaran Hukum, <i>redering</i> atau <i>reasoning</i>)	Metode Eksposisi (Konstruksi Hukum)
<ul style="list-style-type: none"> - Menafsirkan terhadap teks perundang-undangan yang tidak jelas agar perundang-undangan tersebut dapat diterapkan terhadap peristiwa konkret tertentu ; 	<ul style="list-style-type: none"> - Metode ini digunakan apabila undang-undang tidak lengkap ; 	<ul style="list-style-type: none"> - Metode yang menjelaskan kata-kata atau membentuk pengertian hukum bukan untuk menjelaskan barang; - Metode ekposisi atau konstruksi hukum akan digunakan oleh hakim pada saat dia dihadapkan pada situasi adanya kekosongan hukum atau kekosongan undang-undang ; - Pada prinsipnya, hakim tidak boleh menolak perkara untuk diselesaikan dengan dalih hukumnya tidak ada atau belum mengaturnya ; - Tujuan konstruksi hukum adalah putusan hakim dalam peristiwa konkret dapat memenuhi tuntutan keadilan dan kemanfaatan bagi pencari keadilan, meskipun nilai dari rasa keadilan dan kemanfaatan tersebut ukurannya sangat relatif
Von Savigny : Rekonstruksi pikiran	Kenneth J. Vandeveld: Membahas 5 (lima)	Rudolph Von Jhering: - Tiga syarat utama

<p>yang tersimpul dalam undang-undang Tugas hakim menyesuaikan undang-undang dengan hal-hal nyata di masyarakat. Apabila undang-undang tidak dapat dijalankan menurut arti katanya, maka hakim harus menafsirkan ;</p>	<p>langkah penalaran hukum yaitu :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mengidentifikasi sumber hukum yang mungkin, biasanya berupa peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan (<i>identify the applicable sources of law</i>) ; 2. Menganalisa sumber hukum tersebut untuk menetapkan aturan hukum yang mungkin dan kebijakan dalam aturan tersebut (<i>analyze the sources of law</i>) ; 3. Mensintesis aturan hukum tersebut ke dalam struktur yang koheren, yaitu struktur yang mengelompokkan aturan-aturan khusus di bawah aturan umum (<i>synthesize the applicable rules of law into a coherent structure</i>) ; 4. Menelaah fakta-fakta yang tersedia (<i>research the available facts</i>) ; 5. Menerapkan struktur aturan tersebut kepada fakta-fakta untuk memastikan hak atau kewajiban yang timbul dari fakta-fakta tersebut dengan menggunakan kebijakan yang terletak dalam aturan-aturan hukum dalam 	<p>untuk melakukan konstruksi hukum, yaitu pertama konstruksi hukum harus mampu meliputi semua bidang hukum positif. Kedua, dalam pembuatan konstruksi tidak boleh ada pertentangan logis di dalamnya atau tidak boleh membantah dirinya sendiri. Ketiga, konstruksi tersebut mencerminkan faktor keindahan yaitu konstruksi tersebut bukan merupakan sesuatu yang dibuat-buat dan konstruksi harus mampu memberikan gambaran yang jelas tentang sesuatu hal tersebut ;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Metode eksposisi dibagi menjadi dua, yaitu metode eksposisi verbal dan tidak verbal ; - Metode eksposisi verbal dibagi lebih lanjut menjadi verbal prinsipal dan verbal melengkapi; - Metode eksposisi yang tidak verbal adalah metode representasi ;
--	--	--

	hal memecahkan kasus-kasus sulit (<i>apply the structure of rules to the facts</i>) ;	
Logemann : Hakim harus tunduk pada kehendak pembuat undang-undang, hakim tidak boleh menafsirkan undang-undang secara sewenang-wenang ;	Shidarta : 1. Mengidentifikasi fakta-fakta untuk menghasilkan suatu struktur atau peta kasus yang benar-benar diyakini oleh hakim sebagai kasus riil ; 2. Menghubungkan (<i>mensubsumsi</i>) struktur kasus tersebut dengan sumber-sumber hukum yang relevan, sehingga ia dapat menetapkan perbuatan hukum dalam peristilahan yuridis (<i>legal term</i>) ; 3. Menyeleksi sumber hukum dan aturan hukum yang relevan untuk kemudian mencari kebijakan yang terkandung di dalam aturan hukum tersebut (<i>the policies underlying those rules</i>), sehingga dihasilkan suatu struktur (peta) aturan yang koheren ; 4. Menghubungkan struktur aturan dengan struktur kasus ; 5. Mencari alternatif penyelesaian yang mungkin ; 6. Menetapkan pilihan atas salah satu alternatif untuk diformulasikan	

	sebagai putusan akhir;	
<p>Polak : Cara menafsirkan ditentukan oleh materi undang-undang yang bersangkutan, tempat perkara diajukan dan menurut jamannya ;</p> <p>Macam Metode :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Interpretasi subsumtif ; 2. Interpretasi gramatikal ; 3. Interpretasi sistematis/logis ; 4. Interpretasi historis ; 5. Interpretasi teleologis/sosiologi; 6. Interpretasi komparatif ; 7. Interpretasi antisipatif/futuristis ; 8. Interpretasi restriktif; 9. Interpretasi ekstensif; 10. Interpretasi otentik; 11. Interpretasi interdisipliner ; 12. Interpretasi multidisipliner ; 13. Interpretasi dalam perjanjian ; 		

3. Penyelesaian Perkara Perdata di Pengadilan

3.1. Pengertian Hukum Acara Perdata

Di dalam kehidupan masyarakat sering terjadi konflik kepentingan (*conflict of human interest*). Hukum telah memberikan perlindungan kepada masyarakat yang merasa telah dirugikan haknya untuk mengajukan tuntutan hak atau gugatan ke persidangan perdata. Tuntutan hak melalui gugatan pada pengadilan seharusnya dipilih sebagai upaya terakhir yang ditempuh oleh

masyarakat setelah upaya penyelesaian melalui perdamaian atau mediasi tidak memperoleh hasil sebagaimana yang diharapkan. Oleh karena menyelesaikan perkara perdata di pengadilan akan memerlukan waktu yang lama dan biaya yang tidak sedikit. Masyarakat Indonesia yang memiliki falsafah Pancasila mengenal asas kerukunan sebagai prinsip untuk menyelesaikan perbedaan pendapat atau sengketa di antara para pihak, meskipun segala daya upaya telah dilakukan untuk menghindarkan sengketa, namun tetap terjadi sengketa maka jalan penyelesaian yang pertama dan utama adalah melalui musyawarah. Penyelesaian sengketa melalui badan peradilan merupakan sarana terakhir yang bersifat *ultimum remedium* apabila berbagai upaya damai di luar pengadilan tidak membuahkan hasil sebagaimana yang diharapkan, karena penyelesaian sengketa di pengadilan akan mengakibatkan waktu yang panjang dan berlarut-larut, biaya yang tidak sedikit serta dapat menimbulkan perpecahan (*friksi*) di antara para pihak yang berperkara yang menghasilkan posisi kalah atau menang.¹⁹⁵

Indonesia sebagai negara hukum telah memberikan jaminan berupa adanya perlindungan hukum kepada orang yang kepentingannya dirugikan orang lain. Pihak yang merasa dirugikan adalah pihak yang berhak untuk mengajukan suatu gugatan melalui pengadilan dengan tujuan agar gugatannya segera diputus oleh hakim dalam proses persidangan yang tidak terlalu lama dan tanpa prosedur yang berbelit-belit serta biaya perkara yang ringan. Hal tersebut sejalan dengan asas peradilan bahwa proses peradilan diselenggarakan secara sederhana, cepat dan biaya ringan. Tujuan para pihak menempuh proses di pengadilan adalah untuk mendapatkan penentuan bagaimana hukumnya atas suatu perkara, yaitu bagaimana hubungan hukum di antara para pihak yang berperkara dan segala apa yang telah diputuskan dapat dijalankan. Jadi, hasil yang diharapkan para pihak adalah agar segala hak dan kewajiban yang telah diberikan dalam hukum materiil baik yang berupa hukum tertulis maupun yang tidak tertulis dapat diwujudkan lewat pengadilan.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Philipus Mandiri Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia (Sebuah Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi)*, Bina Ilmu, Surabaya, 2007, hlm. 84.

¹⁹⁶ R. Soebekti, *Hukum Acara Perdata*, Bina Cipta, Bandung, 1999, hlm. 8.

Hukum acara perdata nasional sampai saat ini belum ada pembaharuan dan masih tersebar di dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang berasal dari masa sebelum Indonesia merdeka maupun yang dibuat sesudah Indonesia merdeka. Terhadap berbagai peraturan perundang-undangan yang berasal dari masa sebelum Indonesia merdeka termasuk di bidang hukum perdata materiil maupun hukum perdata formil secara langsung dinyatakan berlaku kembali berdasarkan ketentuan Pasal II Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 bahwa "*segala badan dan aturan yang ada dinyatakan tetap berlaku selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini*". Berlakunya berbagai peraturan perundang-undangan termasuk hukum perdata materiil dan formil yang berasal dari jaman penjajahan ke dalam kehidupan sesudah Indonesia merdeka dimaksudkan sebagai solusi terhadap kevakuman hukum untuk menjaga kepastian hukum yaitu dengan memberlakukan kembali aturan lama berdasarkan ketentuan Pasal II Aturan Peralihan tersebut.

Menurut Sudikno Mertokusumo,¹⁹⁷ hukum acara perdata adalah peraturan hukum yang mengatur bagaimana cara menjamin ditaatinya hukum perdata materiil dengan perantaraan hakim. Hukum acara perdata dapat juga disebut hukum perdata formil¹⁹⁸ karena mengatur tentang proses penyelesaian perkara melalui pengadilan secara formal dan hukum acara perdata mempertahankan berlakunya hukum perdata agar hak dan kewajiban pihak-pihak diperoleh dan dipenuhi sebagaimana mestinya. Secara konkrit dapat dikatakan, bahwa hukum acara perdata mengatur cara mengajukan tuntutan hak, memeriksa, memutus dan melaksanakan putusan.

Satjipto Rahardjo menggunakan istilah administrasi keadilan (*administration of justice*). Dalam administrasi keadilan ini tampak lebih menonjol pendekatan administrasi daripada hukum.¹⁹⁹

Pendekatan hukum yang menggunakan doktrin normatif terutama memikirkan tentang pembuatan aturan yang menyuruh atau melarang untuk

¹⁹⁷ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Op.cit., hlm. 2.

¹⁹⁸ M. Nur Rasaid, *Hukum Acara Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, 1998, hlm. 1.

¹⁹⁹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 183.

menertibkan jalannya proses mengadili. Pendekatan administrasi yang menggunakan doktrin administrasi lebih memikirkan efisiensi kerja lembaga-lembaga yang terlibat dalam proses mengadili tersebut.²⁰⁰ Menurut Abdul Kadir Muhammad kata “acara” berarti proses penyelesaian perkara melalui pengadilan (hakim) dengan tujuan untuk memulihkan hak seseorang yang terganggu atau dirugikan oleh pihak lain, mengembalikan keadaan seperti semula sebelum terjadinya gangguan atau kerugian.²⁰¹

Hukum acara perdata berfungsi sebagai suatu panduan bagi hakim dan pencari keadilan di dalam menyelesaikan perkara perdata karena memberikan petunjuk atau jalan kepada hakim dan para pihak yang bersengketa perihal tata cara menyelesaikan perkara yang dihadapi melalui jalur hukum di pengadilan.

Perkara perdata adalah perkara yang mengandung sengketa maupun tidak mengandung sengketa dan tugas hakim dalam perkara perdata adalah “menyelidiki” apakah suatu hubungan hukum yang menjadi dasar gugatan benar-benar ada atau tidak.²⁰²

Tuntutan hak adalah tindakan yang bertujuan untuk memperoleh perlindungan hukum yang diberikan oleh pengadilan untuk mencegah tindakan *eigenrichting* atau tindakan main hakim sendiri. Dalam praktik peradilan ada dua macam tuntutan, pertama tuntutan hak yang mengandung sengketa disebut gugatan dimana terdapat dua pihak penggugat serta tergugat, dan kedua tuntutan hak yang tidak mengandung sengketa yang disebut dengan permohonan (hanya satu pihak) yaitu pihak pemohon.²⁰³

Sengketa perdata adalah sengketa yang terjadi antara orang perorangan mengenai kepentingan pribadi yang bertentangan dengan hukum. Di dalam kehidupan bersama orang harus dapat mengindahkan sejumlah besar peraturan-peraturan. Dari peraturan tersebut sebagian besar tidak ada hubungannya dengan

²⁰⁰ *Ibid.*, hlm. 184.

²⁰¹ Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 24.

²⁰² Retnowulan Sutanto dan Iskandar Oeripkartawinata, *Hukum Acara Perdata Dalam Praktik*, Alumni, Bandung, 1993, hlm. 53.

²⁰³ C.F.G. Sunaryati Hartono, *Peranan Pengadilan Dalam Rangka Pembinaan dan Pembaharuan Hukum Nasional*, Binacipta, Bandung, 1975, hlm. 8.

hukum, misalnya aturan kesopanan dan kepatutan. Hal-hal tersebut dapat saja dilanggar tanpa memperoleh sanksi berupa hukuman. Pelanggaran demikian dapat mengakibatkan timbulnya hal-hal yang kurang enak bagi orang yang melanggar di dalam masyarakat.

Inisiatif (permulaan) untuk mengajukan tuntutan hak di dalam hukum acara perdata sepenuhnya diserahkan kepada pihak yang merasa dirugikan atau yang berkepentingan dan ada tidaknya perkara di pengadilan tergantung pihak yang berkepentingan. Hakim tidak dapat melakukan tindakan permulaan atau inisiatif untuk menarik seseorang yang dirasa telah melanggar haknya ke persidangan pengadilan, sehingga hakim hanya bersikap pasif dan menunggu datangnya tuntutan hak yang diajukan seseorang yang merasa dirugikan hak atau kepentingannya.

Hukum acara perdata pada dasarnya mempertahankan hukum perdata materiil dan sifat hukum acara perdata yang mengabdikan pada hukum perdata materiil maka setiap perkembangan hukum perdata materiil seharusnya selalu diikuti dengan penyesuaian hukum acaranya.

Sifat hukum dari hukum acara perdata yang mengikat dan memaksa akan menimbulkan konsekuensi apabila tidak ditaati atau dilanggar akan menimbulkan kerugian pada pihak yang melanggarnya dan apabila hakim yang melanggar peraturan hukum acara perdata tersebut maka putusannya dapat dinyatakan tidak sah menurut hukum dan dapat dibatalkan, namun upaya pembatalan tersebut harus melalui upaya hukum.

Selama ini cukup kuat anggapan bahwa hakim perdata bersikap pasif, sedangkan yang bersikap aktif hanya pihak-pihak yang berperkara. Menurut anggapan ini, tugas hakim hanya mengatur dan mengawasi lalu-lintas persidangan sesuai tahapan dan prosedur yang berlaku. Apabila ditinjau dari aspek filosofis, teoritis maupun dogmatik sudah seharusnya (*das sollen*) bagi hakim untuk bersikap aktif dalam upaya menegakkan hukum dan keadilan melalui proses persidangan, termasuk dalam perkara perdata. Hakim dianggap tahu tentang hukumnya (*ius curia novit*). Pencari keadilan (*justiabelen*) mendatangi lembaga pengadilan dengan mengajukan perkara yang sudah tentu mereka yakin dan

percaya bahwa hakim dipandang mampu memberikan kepastian hukum dan keadilan terhadap perkara tersebut.

Selain itu, anggapan umum bahwa tujuan peradilan perdata semata hanya untuk menegakkan kebenaran formil, sedangkan tujuan peradilan pidana menegakkan kebenaran materiil menurut pendapat penulis hal tersebut tidak dapat dibenarkan karena tujuan pengadilan adalah menegakkan hukum dan keadilan, tanpa membedakan antara yang memiliki kebenaran formil di satu pihak dan atau kebenaran materiil di pihak lain. Suatu kebenaran yang ditegakkan melalui putusan pengadilan hanya akan mampu mencapai kesempurnaan apabila putusan tersebut selain memiliki nilai kebenaran formil juga memiliki nilai sebagai kebenaran materiil. Dalam proses peradilan, termasuk peradilan perdata yang hendak dicapai selain keadilan prosedural juga keadilan substansial, tidak perlu membedakan atau mempertentangkan secara diametral antara yang satu dengan yang lain, melainkan seharusnya saling melengkapi.

Berdasar pada sistem *Herziene Indonesisch Reglement* (HIR) maupun *Rechtsreglement voor de Buitengewesten* (RBG) hakim dibolehkan untuk bersikap aktif dalam menyelesaikan perkara perdata, namun di dalam sikap aktif tersebut ada beberapa batasan yang tidak boleh dilakukan oleh seorang hakim dan hal ini berbeda dengan sistem yang diatur *Reglement op de Burgerlijke Rechtsvordering* (Rv) yang mengharuskan hakim bersikap pasif.

Perbedaan tersebut, tidak terlepas dari latar belakang sejarah berlakunya ketentuan HIR dan RBG di satu pihak dengan Rv di pihak lain. HIR dan RBG merupakan hukum acara yang berlaku di muka *Landraad* yaitu pengadilan bagi golongan pribumi (*vide* Pasal 131 dan Pasal 163 *Indische Staatsregeling*) yang ketika itu kebanyakan buta huruf dan awam hukum, sehingga peranan aktif hakim sangat diperlukan agar proses persidangan berjalan lancar. Adapun Rv adalah hukum acara yang berlaku di pengadilan dan khusus diperuntukkan bagi mereka yang termasuk sebagai orang-orang golongan Eropa (*vide* Pasal 131 dan Pasal 163 *Indische Staatsregeling*). Dalam proses persidangan menurut Rv berlaku ketentuan tentang "*verplichte procurerstelling*" yaitu keharusan pihak-pihak berperkara di muka persidangan untuk diwakili seorang advokat profesional yang

dianggap telah memiliki kecakapan dalam menyusun surat gugatan maupun mengikuti keseluruhan proses persidangan sehingga menjadikan peranan hakim menurut sistem Rv tampak lebih pasif dibandingkan peranan hakim aktif menurut sistem HIR atau RBG.²⁰⁴

Sebagian besar kaidah-kaidah hukum acara perdata yang dimuat di dalam HIR maupun RBG adalah sama dan yang membedakan dahulu hanya ruang lingkup wilayah berlakunya. HIR hanya khusus berlaku untuk pengadilan-pengadilan di daerah Jawa dan Madura sedangkan RBG berlaku untuk pengadilan-pengadilan di wilayah kepulauan lainnya di Indonesia selain Jawa dan Madura.

Menurut sistem HIR dan RBG hakim diperkenankan untuk bertindak secara aktif mulai dari sebelum proses perkara berlangsung sampai dengan proses perkara berakhir. Sebelum proses perkara berlangsung, yaitu pada saat penggugat akan mengajukan gugatan, menurut Pasal 119 HIR dan Pasal 143 RBG, Ketua Pengadilan Negeri berwenang untuk memberikan bantuan kepada orang yang hendak mengajukan gugatan tersebut, berupa memberikan nasihat serta bantuan yang berhubungan dengan formalitas atau syarat-syarat gugatan agar gugatan dapat diterima dan memenuhi syarat-syarat formalitas gugatan kepada penggugat atau kuasanya.

Setelah proses perkara berakhir maka hakim dalam hal ini adalah Ketua Pengadilan Negeri memiliki tugas dan wewenang untuk melakukan eksekusi atas perkara perdata yang telah memiliki kekuatan hukum tetap dan apabila para pihak yang bersengketa tidak bersedia dengan sukarela menjalankan isi putusan tersebut.

Hakim bersikap aktif dapat ditemukan dari ketentuan Pasal 130 HIR atau Pasal 154 RBG yang mewajibkan bagi hakim untuk berusaha mendamaikan kedua belah pihak yang berperkara serta hakim berwenang untuk memberikan penjelasan selayaknya kepada para pihak yang berperkara perihal upaya hukum yang dapat ditempuh dan tentang pengajuan alat-alat bukti, sehingga pemeriksaan perkara dapat berjalan dengan lancar.

²⁰⁴ Sunarto, *Op.cit.*, hlm. 11.

Pada dasarnya sikap aktif hakim di dalam hukum acara perdata dimaksudkan hanya untuk menjamin kelancaran jalannya proses persidangan agar putusan yang dijatuhkan kelak dapat dilaksanakan dan tidak bersifat *non-executable* serta secara historis pada saat peraturan tentang hukum acara perdata ini disusun kondisi masyarakat Indonesia saat itu membutuhkannya.

Hakim di dalam memeriksa perkara perdata aktif memimpin sidang, melancarkan jalannya persidangan, membantu kedua belah pihak berperkara dalam mencari kebenaran, namun dalam memeriksa perkara perdata hakim harus bersikap *tut wuri* dan hakim terikat pada peristiwa yang diajukan para pihak (*secundum allegata iudicare*).²⁰⁵

HIR dan RBG yang menganut prinsip keaktifan hakim dalam menyelesaikan perkara perdata ternyata tidak memberikan definisi jelas perihal apa dan bagaimana yang dimaksud dengan sikap aktif hakim tersebut sehingga perlu ditemukan prinsip yang lebih jelas dan aplikatif dalam membangun model penemuan hukum oleh hakim dalam penyelesaian sengketa perdata. Prinsip hakim bersikap aktif di dalam menyelesaikan perkara perdata masih searah dan sejalan dengan asas *ex aequo et bono*, yaitu hakim wajib memberikan putusan seadil-adilnya terhadap tuntutan yang diajukan oleh penggugat dalam petitum gugatan yang bersifat subsidair, karena pada umumnya dalam setiap gugatan penggugat selalu dicantumkan petitum primair serta subsidair.

3.2. Sumber Hukum Acara Perdata

Berdasarkan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Penanganan Perkara dalam Administrasi, Kompetensi dan Acara di Pengadilan Negeri, maka hukum acara perdata pada pengadilan negeri dilakukan dengan memerhatikan undang-undang darurat menurut peraturan terdahulu yang telah ada dan berlaku untuk pengadilan negeri dalam daerah Republik Indonesia.

Hukum acara perdata hingga saat ini belum diatur dalam satu undang-undang. Kaidah hukum acara perdata masih terpisah pengaturannya dalam *Het Herziene Indonesisch Reglement* (HIR)/Reglemen Indonesia yang diperbaharui

205

Staatsblad 1848 Nomor 16 juncto *Staatsblad* 1941 Nomor 4 berlaku untuk Jawa dan Madura, serta *Reglement op de Buitengewesten* (RBG)/Reglemen untuk daerah seberang *Staatsblad* 1927 Nomor 227 untuk luar Jawa dan Madura. Ketentuan ini tertuang dalam Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia (SEMA) Nomor 16 Tahun 1964 dan Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia (SEMA) Nomor 3 Tahun 1965 yang menegaskan masih berlakunya HIR dan RBG.²⁰⁶

Burgerlijke Wetboek disingkat BW khususnya Buku I tentang tempat tinggal atau domisili (Pasal 17 - Pasal 25), Buku IV tentang pembuktian dan daluwarsa (Pasal 1865 – Pasal 1993) serta *Reglement Catatan Sipil*, memuat pula peraturan-peraturan hukum acara perdata, kaidah-kaidah yang secara khusus berlaku untuk golongan penduduk tertentu yang baginya berlaku hukum perdata barat.²⁰⁷

Hukum acara perdata juga terdapat dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (beserta Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975), Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (Lembaran Negara 1985-73, Tambahan Lembaran Negara 3316) sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (Lembaran Negara 2004-9, Tambahan Lembaran Negara 4359) yang kemudian diubah lagi dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (Lembaran Negara 2009-3, Tambahan Lembaran Negara 4958) yang mengatur hukum acara perdata untuk pemeriksaan kasasi, Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum (Lembaran Negara 1986-20, Tambahan Lembaran Negara 3327) sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 (Lembaran Negara 2004-34, Tambahan Lembaran Negara 4379) yang kemudian diubah lagi dengan Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas

²⁰⁶ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, *Op.cit.*, hlm 6.

²⁰⁷ Retnowulan Sutantio dan Iskandar Oeripkartawinata, *Op.cit.*, hlm 2-3.

Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum (Lembaran Negara 2009-158, Tambahan Lembaran Negara 5077) yang mengatur hukum acara perdata di pengadilan negeri dan pengadilan tinggi serta *Reglement op de Burgerlijke Rechtsvordering* (Rv) *Staatsblad* 1847 Nomor 52 *juncto* *Staatsblad* 1849 Nomor 63 sebagai hukum acara perdata untuk golongan Eropa yang sudah dinyatakan tidak berlaku lagi, namun beberapa pasal dalam Rv masih digunakan oleh para hakim dalam praktik peradilan, misalnya penggabungan (*voeging*), penjaminan (*vrijwaring*), *intervensi* dan rekes sipil.

Menurut Wirjono Prodjodikoro ketidakberlakuan Rv bukan disebabkan karena dihapuskan *Raad van Justitie* dan *Hooggerrechtshof*, melainkan karena ketentuan hubungan-hubungan hukum dalam Rv telah diatur tersendiri bagi golongan pribumi di dalam HIR maupun RBG. Namun demikian, hubungan-hubungan hukum tertentu yang tidak ada pengaturannya, ketentuan Rv masih dapat diberlakukan.²⁰⁸ Selain itu, sebagaimana diamanatkan Pasal 10 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman mengatur bahwa hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang diajukan dengan dalih hukumnya tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang ada di masyarakat. Sumber hukum lainnya yang digunakan dalam hukum acara perdata adalah yurisprudensi putusan pengadilan, meskipun Indonesia tidak menganut ajaran *stare decisis*.

Peraturan hukum acara perdata yang termuat dalam HIR maupun RBG memiliki sifat fleksibel dan terbuka karena diciptakan untuk golongan bumiputera yang hukum perdatanya adalah hukum adat yang selalu mengikuti perkembangan masyarakat. Menurut HIR dan RBG hakim aktif memimpin acara dari permulaan sidang pertama hingga pelaksanaan putusan, meskipun inisiatif perkara berasal dari para pihak namun hakim memiliki inisiatif menyelesaikan perkara.²⁰⁹

²⁰⁸ Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Acara Perdata di Indonesia*, Sumur, Bandung, 1994, hlm. 88.

²⁰⁹ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Jakarta, 2000, hlm 22.

Sebagaimana halnya perkara pidana, maka sistem peradilan dalam perkara perdata terdiri dari tiga tingkatan yaitu pengadilan negeri sebagai tingkat pertama, pengadilan tinggi sebagai pengadilan tingkat banding dan Mahkamah Agung Republik Indonesia sebagai pengadilan tingkat kasasi. Pada tingkat pertama pengadilan negeri menerima surat gugatan, mendamaikan para pihak, menerima jawaban atas gugatan, replik, duplik, memeriksa alat-alat bukti, menerima kesimpulan dan menjatuhkan putusan. Pengadilan tingkat pertama disebut juga sebagai pengadilan *judex factie* karena berurusan dengan fakta, sedangkan pengadilan tinggi sebagai pengadilan tingkat kedua dimana perkara diperiksa secara keseluruhan baik dari segi peristiwa maupun segi hukumnya. Pemeriksaan ulang tersebut dilakukan apabila salah satu pihak tidak puas terhadap putusan pengadilan tingkat pertama.

Mahkamah Agung selain sebagai peradilan kasasi bertugas antara lain membina keseragaman dalam penerapan hukum. Hal ini menjaga agar semua ketentuan hukum dan perundang-undangan di seluruh wilayah Republik Indonesia diterapkan secara tepat dan adil. Suatu putusan dikategorikan sebagai telah memiliki kekuatan hukum yang pasti apabila terhadap putusan tersebut tidak tersedia lagi upaya hukum biasa. Setiap putusan Mahkamah Agung telah memiliki kekuatan hukum yang tetap, juga sebagai pengadilan tertinggi untuk semua jenis peradilan.

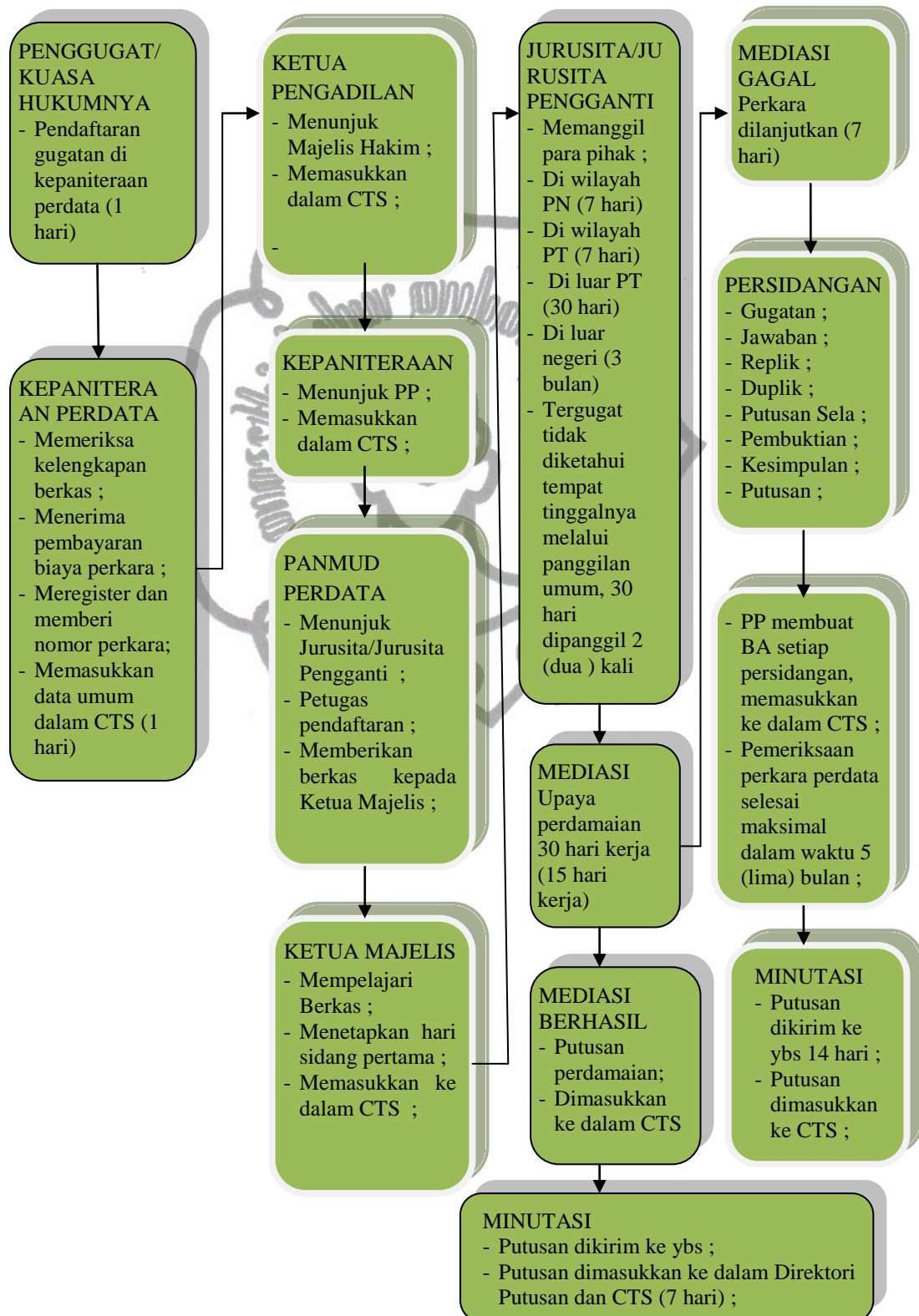
Hukum acara perdata memiliki perbedaan dengan hukum acara pidana yang antara lain berasal dari sumber timbulnya perkara, pihak yang berperkara, istilah yang digunakan, tugas hakim dalam hukum acara dan tentang hukuman. Misalnya, dalam perkara perdata timbulnya perkara disebabkan adanya pelanggaran terhadap hak seseorang seperti diatur dalam hukum materiil. Pelanggaran hak tersebut menimbulkan kerugian bagi pihak yang bersangkutan, karena itu inisiatif berperkara juga dari pihak yang merasa dirugikan. Sementara itu dalam perkara pidana perkara terjadi karena pelanggaran terhadap perintah atau larangan yang diatur dalam hukum pidana, sehingga perkara pidana diajukan oleh penguasa negara melalui aparat penegak hukum.

Tugas hakim dalam perkara perdata adalah mencari kebenaran sesungguhnya dari yang dikemukakan dan dituntut oleh para pihak. Hakim tidak boleh memutus lebih dari tuntutan, apabila tergugat telah mengakui kebenaran tuntutan penggugat maka perkara menjadi selesai. Mengenai masalah hukuman, maka hakim akan menjatuhkan hukuman kepada pihak yang kalah berupa kewajiban untuk memenuhi prestasi (bukan hukuman badan). Sementara dalam perkara pidana tugas hakim adalah mencari kebenaran sesungguhnya secara mutlak dan tuntas, artinya tidak terbatas pada apa yang telah dilakukan oleh terdakwa atau apa yang telah diakui oleh terdakwa, melainkan hakim harus memeriksa sampai latar belakang perbuatan terdakwa. Dalam perkara pidana hukuman dapat berupa hukuman badan, denda dan hak seperti hukuman penjara, hukuman mati, hukuman denda (dibayarkan kepada negara) dan hukuman pencabutan hak tertentu.²¹⁰

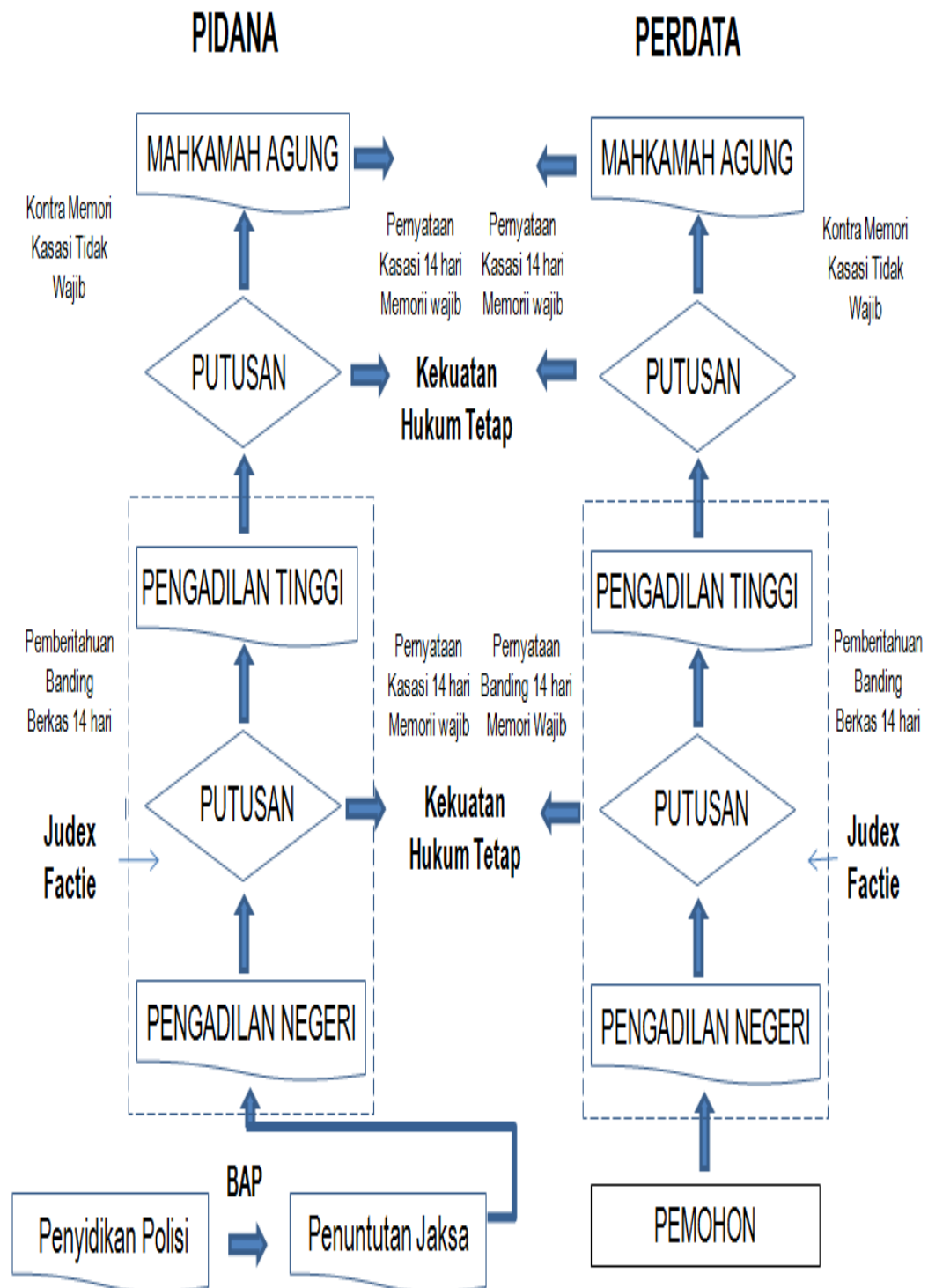
Perbedaan lain perkara pidana dan perdata terletak adanya kemungkinan perdamaian dalam perkara perdata selama belum diputus oleh hakim. Hal ini berlainan dengan perkara pidana, dimana sekali dituntut maka harus diselesaikan sampai ada putusan dari hakim, kecuali disebabkan alasan tertentu berdasarkan undang-undang maka suatu perkara yang belum diajukan ke persidangan dapat dideponir. Berikut adalah proses penyelesaian perkara perdata serta bagan perbandingan alur perkara pidana dan perdata :

²¹⁰ *Ibid*, hlm 25.

Tabel 4
Alur Proses Penyelesaian Perkara Perdata di
Pengadilan Negeri



Tabel 5
Perbandingan Alur Perkara Pidana dan Perdata



3.3. Asas Peradilan Yang Baik Dalam Hukum Acara Perdata

Penggunaan istilah peradilan yang baik dimaksudkan untuk menunjukkan bahwa suatu sistem peradilan yang di dalamnya terdapat elemen atau unsur-unsur utama saling berkorelasi dan saling berinteraksi sehingga masyarakat menyebutnya dengan sebutan peradilan yang unggul, bukan peradilan yang sembarangan, asal ada hakimnya, asal ada stafnya, aturannya ada tetapi tanpa adanya ukuran asas-asas yang merupakan standar penyebutan predikat peradilan unggul. Dunia peradilan juga mengenal ciri-ciri suatu sistem peradilan unggul dengan memberikan batasan khusus melalui suatu pertemuan yang menghasilkan nilai atau ukuran suatu pengadilan dapat disebut sebagai pengadilan unggul. Pertemuan tersebut berupa Konsorsium Kerangka Internasional untuk Keunggulan Peradilan (*International Framework of Court Excellence*) yang ditandatangani Lembaga Administrasi Kehakiman Australia, Pusat Kehakiman Federal, Pusat Nasional untuk Pengadilan Negara Bagian (NCSC) dan Peradilan Subsidiar Singapura. Hasil Konsorsium ini sudah diluncurkan pada tanggal 15 Nopember 2007.

Tujuh bidang yang membawa keunggulan peradilan yaitu (*Seven Areas of Court Excellence*) :

1. *Court Management and Leadership* ;
2. *Court Policies* ;
3. *Court Proceedings* ;
4. *Public Trust and Confidence* ;
5. *User Satisfaction* ;
6. *Courts Resources (Human, Material and Financial)* ;
7. *Affordable and Accessible Court Services* ;²¹¹

Kata “asas” atau “prinsip” pada dasarnya mengandung penjelasan terhadap pikiran-pikiran dasar apakah yang mendasari dan melatarbelakangi suatu penormaan ke dalam peraturan perundang-undangan. Pemahaman terhadap suatu asas atau prinsip diharapkan akan mendatangkan manfaat dalam rangka untuk

²¹¹ Cicut Sutiarto, *Kajian Hukum Atas Pelaksanaan Putusan Arbitrase Dalam Sengketa Bisnis Dihubungkan Dengan Sistem Peradilan Indonesia Berdasarkan Asas Peradilan Yang Baik* (Disertasi), Program Doktor Ilmu Hukum, Universitas Padjadjaran, Bandung, 2010, hlm. 113-114.

mengetahui lebih jelas tentang apa dan bagaimana kaitan antara asas atau prinsip dengan penormaannya ke dalam suatu hukum peraturan perundang-undangan tertentu. Abdul Hamid S. Attamimi yang mengutip pandangan Paul Scholten telah mengemukakan dengan jelas bahwa suatu asas hukum (*rechtsbeginsel*) bukanlah merupakan sebuah aturan hukum (*rechtsregel*). Untuk dapat dikatakan sebagai suatu aturan hukum, maka sebuah asas hukum adalah terlalu umum. Penerapan asas hukum dengan jalan subsumsi atau pengelompokan sebagai aturan adalah tidak mungkin, karena itu harus terlebih dahulu perlu dibentuk isi yang lebih konkret. Dengan kata lain, asas hukum bukan hukum, namun hukum tidak akan dapat dimengerti tanpa terlebih dahulu memahami asas-asas hukum tersebut. Paul Scholten mengemukakan lebih lanjut bahwa adalah menjadi tugas ilmu pengetahuan hukum untuk menelusuri dan mencari asas hukum yang terkandung di dalam suatu hukum positif.²¹²

Istilah asas atau prinsip sejatinya merupakan adaptasi dari istilah dalam bahasa Inggris yaitu "*principles*" yang kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia menjadi prinsip yang hal tersebut sering dengan maksud yang sama dipertukarkan dengan istilah "asas-asas" atau "dasar-dasar".²¹³ *Principle* yang berasal dari bahasa Inggris, sedangkan "asas" berasal dari bahasa Arab, kemudian keduanya diserap dan diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia menjadi prinsip atau asas. Dalam konteks hukum istilah *principle* menurut Black's Law Dictionary mengandung pengertian "*a fundamental truth or doctrine, as of law..*"²¹⁴ atau dapat pula mengandung pengertian "*a basic rule, law or doctrine*".²¹⁵ Sudikno Mertokusumo mengemukakan bahwa pengertian prinsip

²¹² A. Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, Disertasi, Universitas Indonesia, Jakarta, 1990, hlm. 293-303.

²¹³ John M. Echols dan Hasan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia (An English-Indonesia Dictionary)*, Gramedia, Jakarta, 1992, hlm. 447.

²¹⁴ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, A Bridged Sixth Edition, West Publishing, St. Paul Minn, 2001, hlm. 828.

²¹⁵ Bryan A Garner, (ed), *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group, St. Paul Minn, 2001, hlm. 1211.

atau asas hukum adalah norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif yang oleh ilmu hukum tidak dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum.²¹⁶

Menurut Eikema Hommes, sebagaimana dikutip oleh Sudikno Mertokusumo menyatakan bahwa prinsip atau asas hukum tidak boleh dianggap sebagai norma-norma hukum yang konkret, namun perlu dipandang sebagai dasar-dasar umum atau petunjuk bagi hukum yang berlaku. Pembentukan hukum praktis perlu berorientasi pada prinsip-prinsip atau asas-asas hukum tersebut. Prinsip hukum atau asas hukum masih bersifat abstrak dan umum sehingga masih memerlukan penjabaran konkret untuk dapat mengisi, mewarnai dan menjiwai suatu norma hukum positif.

Pada umumnya, suatu prinsip atau asas hukum akan berubah mengikuti kaidah hukumnya, sedangkan kaidah hukum berubah mengikuti perkembangan masyarakat, sehingga terpengaruh oleh waktu dan tempat.²¹⁷

Terdapat situasi dan hubungan yang saling memengaruhi antara satu dengan yang lain. Menurut pendapat Peter Mahmud Marzuki, asas-asas hukum dapat saja timbul dari pandangan akan kepantasan dalam pergaulan sosial yang kemudian diadopsi oleh pembuat undang-undang sehingga menjadi aturan hukum, namun tidak semua asas hukum dapat dituangkan menjadi aturan hukum. Asas hukum tidak boleh diabaikan, melainkan harus tetap dirujuk.²¹⁸ Adapun Theo Huijbers berpendapat bahwa asas-asas hukum adalah prinsip-prinsip yang dianggap dasar atau fundamen bagi struktur bangunan hukum. Asas-asas itu dapat disebut juga pengertian-pengertian dan nilai-nilai yang menjadi titik tolak berpikir tentang hukum.²¹⁹ Sedangkan J.J.H. Bruggink berpendapat bahwa pada basis (landasan) suatu sistem kaidah terdapat kaidah-kaidah penilaian yang fundamental yang dinamakan asas-asas hukum.²²⁰ Paul Scholten, sebagaimana juga telah dikutip oleh J.J.H. Bruggink selanjutnya menyatakan perihal definisi asas hukum

²¹⁶ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, 1991, hlm. 32.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Peter Mahmud Marzuki, "Batas-Batas Kebebasan Berkontrak", dalam *Yuridika*, Volume 18, Nomor 3, Mei 2003, hlm. 193-221.

²¹⁹ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 2010, hlm. 79-80.

²²⁰ J. J. H. Bruggink, *Rechts Reflecties, Grondbegrippen uit de Rechtstheorie*, alih bahasa Arief Sidharta (*Refleksi Tentang Hukum*), Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 119.

sebagai pikiran dasar yang terdapat di dalam dan di belakang sistem hukum masing-masing yang kemudian dirumuskan ke dalam peraturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim dan seterusnya, sehingga nampak jelas peranan asas hukum sebagai meta kaidah berkenaan dengan kaidah hukum dalam bentuk sebagai kaidah perilaku.²²¹

Pengertian asas menurut The Liang Gie adalah suatu dalil umum yang dinyatakan dalam istilah umum tanpa menyarankan cara-cara khusus mengenai pelaksanaannya yang diterapkan pada serangkaian perbuatan untuk menjadi petunjuk yang tepat bagi perbuatan tersebut.²²² Menurut Mahadi, asas (*principles*) adalah sesuatu yang dapat dijadikan alas sebagai tempat untuk menyandarkan, mengembalikan sesuatu hal yang hendak kita jelaskan.²²³

Berdasarkan pengertian tersebut, maka pengertian asas adalah dalil umum atau pikiran dasar sebagai tumpuan atau fundamen untuk menyandarkan sesuatu yang hendak kita jelaskan dan sebagai meta norma.

Asas-asas peradilan yang baik di bawah ini dibahas dan dibandingkan dengan bidang-bidang untuk ukuran peradilan yang unggul yaitu dalam lingkup penyelesaian perkara perdata sebagai berikut :²²⁴

a. Asas religiusitas putusan “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”

Salah satu asas penyelenggaraan kekuasaan kehakiman adalah peradilan dilakukan “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”. Menurut penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman diterangkan bahwa peradilan dilakukan atas dasar “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” adalah sesuai dengan ketentuan Pasal 29 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang mengatur bahwa :

1. Negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa ;

²²¹ *Ibid.*, hlm. 119-120.

²²² The Liang Gie, *Teori-Teori Keadilan (Sumbangan Bahan Untuk Pemahaman Pancasila)*, Super Sukses, Yogyakarta, 1982, hlm. 8.

²²³ Mahadi, *Filsafah Hukum (Suatu Pengantar)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1989, hlm. 119.

²²⁴ Sunarto, *Peran Aktif Hakim Dalam Perkara Perdata*, Op.cit., hlm. 25.

2. Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agama dan kepercayaannya ;

Irah-irah putusan pengadilan yang berbunyi “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” yang terdapat dalam kepala putusan hakim berfungsi sebagai tanda atau lambang bahwa putusan tersebut dapat dijalankan dengan paksa apabila pihak yang wajib memenuhi isi putusan tidak mau memenuhinya secara sukarela dan hal tersebut merupakan kekuatan eksekutorial putusan hakim yang pada dasarnya tidak dapat dilumpuhkan, kecuali apabila telah dipenuhi dengan sukarela (*vrijwillig*) apa yang ditentukan dalam diktum putusan.²²⁵ Berlaku konsekuensi, apabila telah dipenuhi suatu putusan hakim yang bagian judulnya tidak memuat irah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”, maka putusan tersebut tidak memiliki kekuatan eksekutorial sehingga tidak dapat dilaksanakan.²²⁶ Sistematika dari setiap putusan hakim terdiri dari 4 (empat) bagian, yaitu :

1. Kepala putusan ;
2. Identitas para pihak yang berperkara ;
3. Pertimbangan ;
4. Amar/diktum ;

Irah-irah yang berbunyi “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” baru digunakan sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Sebelumnya irah-irah di dalam putusan hakim menurut ketentuan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1950 tentang Susunan, Kekuasaan dan Jalan Pengadilan Mahkamah Agung Indonesia (Lembaran Negara 1950-30) dan Pasal 5 Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil adalah “Atas nama Keadilan”, sedangkan berdasarkan ketentuan Pasal 345 Rv irah-irah di kepala putusan adalah “*In Naam Des Konings*” (atas

²²⁵ R. Soepomo, *Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993, hlm. 107.

²²⁶ Riduan Sjahrani, *Buku Materi Dasar Hukum Acara Perdata*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hlm. 120.

nama raja). Dalam perkembangan kemudian, keharusan setiap putusan pengadilan memuat irah-irah tersebut diatur dalam Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

Hal lain yang mendasari setiap putusan hakim yang berupa putusan akhir didahului dengan irah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” mengandung arti bahwa setiap hakim yang mengadili dan memutus perkara harus berlaku adil dengan mengingat tanggung jawabnya tidak hanya pada diri sendiri melainkan bertanggung jawab kepada Tuhan Yang Maha Esa. Setiap putusan hakim harus dipertanggungjawabkan dan pertanggungjawaban seorang hakim ternyata tidak berhenti pada kehidupan duniawi saja, namun di dalamnya tercakup juga pertanggungjawaban ukhrawi. Jabatan hakim dalam berbagai agama diatur secara *lex specialis*, hal ini menunjukkan sangat pentingnya jabatan ini karena mampu menyelamatkan pergaulan hidup dan peradaban umat manusia.²²⁷

Kenyataan yang dihadapi di Indonesia sekarang ini adalah menipisnya kepercayaan masyarakat terhadap kredibilitas lembaga peradilan yang salah satu penyebabnya adalah para hakim yang menjadi esensi lembaga peradilan banyak yang memandang jabatan hakim hanya sebagai suatu pekerjaan atau memandang dari sudut administrasi birokrasi semata yang tidak ada kaitan sama sekali dengan agama. Kondisi ini sangat berbahaya karena telah terjadi marginalisasi agama oleh para pemangku jabatan hakim sehingga pelaksanaan tugas hakim bukan lagi merupakan amanat yang *transendental*, melainkan semata sebagai sumber mata pencaharian.²²⁸

Para hakim sebelum menjatuhkan putusan, maka terlebih dahulu harus merenungkan kembali peran yang melekat pada dirinya dan peran tersebut meliputi :

1. Hakim sebagai *homo juridicus*, yaitu hakim dalam kebebasannya untuk menyelenggarakan hukum dan keadilan hanya memerhatikan ketentuan-ketentuan hukum positif untuk diterapkan dalam kasus konkret (legalitas) ;

²²⁷ Ansjahtul, *Pemuliaan Peradilan, Dari Dimensi Integritas Hakim, Pengawasan dan Hukum Acara (Kumpulan Makalah)*, Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta, 2008, hlm. 2.

²²⁸ *Ibid.*, hlm. 4.

2. Hakim sebagai *homo ethicus*, yaitu hakim dalam kebebasannya untuk menyelenggarakan hukum dan keadilan, di samping memerhatikan hukum positif dituntut juga untuk melaksanakan keutamaan moral (*ethical principle*) antara lain kebijaksanaan, keadilan, ketangguhan dan keugaharian (*legitimasi etis*) ;
3. Hakim sebagai *homo religiosus*, hakim dalam kebebasannya untuk menyelenggarakan hukum dan keadilan, di samping dituntut memerhatikan ketentuan hukum dan keutamaan moral juga dituntut untuk melaksanakan keutamaan *teological* yaitu cara mentransendensikan dirinya sebagai ciptaan Tuhan, menjawab panggilan Tuhan dalam rahmatnya, untuk keselamatan jiwanya (*legitimasi theological*).²²⁹

b. Asas peradilan sederhana, cepat dan biaya ringan

Salah satu asas dalam sistem peradilan di Indonesia sebagaimana diamanatkan oleh ketentuan Pasal 2 ayat (4) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 adalah peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat dan biaya ringan. Ketentuan tersebut dicantumkan untuk memenuhi harapan para pencari keadilan saat mempertahankan haknya di pengadilan ada jaminan kepastian tentang bagaimana tata cara mempertahankan hak, kapan dapat memperoleh hak tersebut serta berapa biaya yang harus dikeluarkan guna memperoleh hak tersebut.

Pengertian sederhana adalah pemeriksaan dan penyelesaian perkara dilakukan dengan cara efisien dan efektif, biaya ringan adalah biaya perkara dapat dipikul oleh rakyat, namun di dalam penyelesaian perkara tersebut tidak boleh mengorbankan ketelitian dalam mencari kebenaran dan keadilan.

Sederhana adalah acara yang jelas, mudah dipahami dan tidak berbelit-belit, semakin sedikit dan sederhana formalitas yang diwajibkan dalam beracara di depan persidangan akan semakin baik, apabila terlalu banyak formalitas yang sukar dipahami atau peraturan yang berwayuh arti (*dubious*) sehingga

²²⁹ Arbijoto, *Kebebasan Hakim (Refleksi Terhadap Manusia Sebagai Homo Religiosus)*, Mahkamah Agung, 2001, hlm. 6-7.

memungkinkan timbulnya berbagai penafsiran, kurang menjamin adanya kepastian hukum.²³⁰

Pengertian asas cepat berhubungan dengan proses pemeriksaan perkara tersebut di persidangan yang meliputi pula proses pembuatan berita acara persidangan dan penyerahan salinan putusan kepada para pihak serta meminimalisir upaya para pihak yang sengaja menunda proses persidangan tanpa alasan yang jelas. Keluhan para pencari keadilan perihal lamanya proses persidangan di pengadilan membuktikan bahwa proses persidangan yang diatur di dalam hukum acara perdata masih belum baik dan memadai. Hal ini disebabkan antara lain menumpuknya jumlah perkara di pengadilan khususnya di Mahkamah Agung karena tidak ada ketentuan nilai perkara yang dapat dimintakan pemeriksaan kasasi dan peninjauan kembali. Pembatasan upaya mengajukan permohonan kasasi diperlukan dengan tujuan :

- a. Meningkatkan kualitas putusan ;
- b. Memudahkan Mahkamah Agung melakukan pemetaan permasalahan hukum ;
- c. Mengurangi jumlah perkara di tingkat kasasi yang berarti mengurangi beban kerja Mahkamah Agung ;²³¹

Upaya penting yang harus dilakukan dalam rangka pembatasan perkara dengan cara memfungsikan pengadilan tingkat banding menjadi pengadilan tingkat akhir bagi perkara-perkara tertentu serta diperlukan perluasan kriteria pembatasan perkara kasasi dan peninjauan kembali.

Untuk perkara perdata, beberapa kriteria yang dapat digunakan untuk membatasi perkara yang selesai di tingkat banding dapat diperiksa dari jenis dan kompleksitas perkara.²³² Pertimbangan pembatasan perkara berdasarkan jenis dan kualifikasi perkara dan bukan pada nilai gugatan, didasarkan pada beberapa pertimbangan, pembatasan berdasarkan nilai gugatan dianggap bersifat subyektif dan mengundang perbedaan penafsiran, misalnya dalam menafsirkan kerugian immateriil dalam bentuk materiil karena sering nilainya justru sangat tinggi.

²³⁰ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 36.

²³¹ Cetak Biru Pembaharuan Peradilan 2010-2035, Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta, 2010, hlm. 25.

²³² *Ibid*, hlm. 26.

Selain itu, penghitungan nilai dapat berubah mengikuti waktu. Untuk itu pembatasan perkara berdasarkan jenis dan kualifikasi perkara dinilai lebih tepat.

Tanpa adanya kualifikasi atas perkara tersebut, maka telah terjadi tindakan yang tidak efisien karena masing-masing Majelis Hakim Agung yang memeriksa perkara yang memiliki kesamaan masalah hukum harus menempuh proses penelitian dan perdebatan yang sama panjangnya.

Setelah efektifnya sistem kamar di Mahkamah Agung mengakibatkan proses pemeriksaan dan putusan perkara menjadi lebih cepat, dan hal ini mengakibatkan putusan Mahkamah Agung menjadi konsisten karena untuk permasalahan yang sama diputus majelis hakim yang sama serta kualitas putusan menjadi lebih maksimal karena suatu perkara telah diputus oleh mereka yang sudah ahlinya. Sebelum adanya sistem kamar, maka setiap perkara yang masuk ke Mahkamah Agung dapat diperiksa oleh majelis hakim agung, meskipun tidak memiliki latar belakang keahlian sesuai dengan karakteristik perkara sehingga dapat menimbulkan kesulitan untuk memutus dengan cepat.

Surat Keputusan Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia (SK KMA) Nomor 142/KMA/SK/IX/2011 tertanggal 19 September 2011 tentang Pedoman Pelaksanaan Sistem Kamar di Mahkamah Agung bertujuan untuk menjaga konsistensi putusan, meningkatkan profesionalitas hakim agung serta mempercepat proses penanganan perkara di Mahkamah Agung.

Sejak Mahkamah Agung berdiri, maka pemeriksaan berkas kasasi atau peninjauan kembali dilakukan secara bergiliran hingga telah berusia lebih dari setengah abad yang mengandung kelemahan yaitu sulitnya mendapatkan kepastian waktu dalam penanganan perkara. Terhitung mulai tanggal 1 Agustus 2013 dikeluarkan Surat Keputusan Ketua Mahkamah Agung Nomor 119/KMA/SK/VII/2013 tentang penetapan hari musyawarah dan ucapan. Berdasarkan Surat Keputusan Ketua Mahkamah Agung ini maka proses penyelesaian perkara kasasi di Mahkamah Agung akan lebih cepat, oleh karena masing-masing ketua kamar perkara menetapkan majelis tetap dan jadwal hari tetap musyawarah dan ucapan yang berlaku untuk periode tertentu pada lingkungan kamar yang dipimpinnya.

Setelah ketua kamar menetapkan majelis hakim yang akan memutus perkara, maka ketua majelis tersebut membuat surat penetapan hari musyawarah dan ucapan paling lama 3 (tiga) hari kerja sejak berkas perkara tersebut diterimanya serta hari musyawarah dan ucapan paling lama 3 (tiga) bulan sejak berkas perkara tersebut diterimanya kecuali untuk perkara yang jangka waktu penanganannya ditentukan lebih cepat oleh undang-undang, misalnya perkara perdata khusus atau perkara pidana yang terdakwanya berada dalam tahanan.

Upaya untuk memperkuat sistem kamar untuk menjaga konsistensi putusan juga dilakukan dengan menerbitkan Surat Keputusan Ketua Mahkamah Agung Nomor 213/KMA/SK/XII/2014 tertanggal 30 Desember 2014 tentang pedoman sistem kamar di Mahkamah Agung, penyelenggaraan rapat pleno kamar dan studi banding implementasi sistem kamar ke *Hoge Raad* Belanda.²³³

Surat gugatan baru dapat didaftarkan dan diberi nomor perkara setelah penggugat membayar biaya panjar perkara yang besarnya sudah ditaksir berdasarkan surat keputusan ketua pengadilan (Pasal 121 ayat (4) HIR) dan biaya perkara yang telah dikeluarkan pihak penggugat tersebut pada akhirnya akan dibebankan kepada pihak yang kalah (Pasal 181 ayat (1) HIR).

Ketentuan Pasal 52 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 telah memberikan kewajiban kepada setiap pengadilan untuk memberikan akses kepada masyarakat guna memperoleh informasi yang berkaitan dengan putusan dan biaya perkara dalam proses persidangan. Adapun biaya-biaya yang harus ditanggung oleh pihak yang kalah telah diatur dalam Pasal 182 HIR yang meliputi :²³⁴

1. Biaya kepaniteraan pengadilan dan biaya materai yang perlu dalam perkara tersebut ;
2. Biaya saksi, ahli dan juru bahasa, termasuk juga biaya sumpah mereka dengan pengertian bahwa pihak yang menyuruh memeriksa saksi lebih dari 5

²³³ www.kepaniteraan.mahkamahagung.go.id/kegiatan/1258-inilah-10-pembaruan-di-bidang-fungsi-teknis-dan-manajemen-perkara-sepanjang-tahun-2015?tmpl=component&print diakses 06 Maret 2016, jam 16.30 WIB.

²³⁴ *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan*, Buku II, Mahkamah Agung Republik Indonesia, 2004, hlm. 104-105.

- (lima) orang tidak boleh memperhitungkan bayaran persaksian yang lebih dari hal tersebut kepada lawannya ;
3. Biaya pemeriksaan setempat dan pekerjaan hakim lainnya ;
 4. Gaji pejabat yang dipertanggungjawabkan melakukan pemanggilan/pemberitahuan dan surat sita lainnya ;
 5. Biaya yang disebut di dalam Pasal 138 ayat (6) HIR yaitu segala biaya dibayar oleh pihak yang memasukkan surat perlawanan tersebut kepada penyimpan menurut taksiran ketua pengadilan negeri yang akan memutus perkara tersebut ;
 6. Gaji yang harus dibayar kepada panitera atau pegawai lain karena menjalankan putusan ;

Biaya kepaniteraan yang harus dibayar para pihak yang berperkara meliputi biaya proses dan biaya non proses yaitu biaya yang termasuk dalam ketentuan penerimaan negara bukan pajak (PNBP).

Biaya non proses dihitung sejak tanggal 23 Juli 2008 telah diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 53 Tahun 2008 tentang Jenis dan Tarif atas Penerimaan Negara Bukan Pajak yang berlaku pada Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya.

Pengadilan berkewajiban untuk membantu para pencari keadilan dan berusaha untuk mengatasi segala hambatan serta rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan dengan cara meningkatkan profesionalisme aparatur pengadilan serta memberikan kesempatan pada pihak yang tidak mampu secara ekonomi untuk mempertahankan haknya di pengadilan dengan beracara secara *prodeo* (cuma-cuma) dengan amanat undang-undang kekuasaan kehakiman maka pada setiap pengadilan telah dibentuk pos bantuan hukum yang disediakan bagi para pencari keadilan yang tidak mampu dan biaya perkara bagi yang tidak mampu akan ditanggung oleh negara.

Menindaklanjuti terbitnya Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2013 tentang Syarat dan Tata Cara Pemberian Bantuan Hukum dan Penyaluran Bantuan Hukum, maka Mahkamah Agung telah menerbitkan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pedoman Pemberian Layanan Hukum

Bagi Masyarakat Tidak Mampu di Pengadilan yang merupakan revisi atas Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 10 Tahun 2010 tentang Pedoman Pemberian Bantuan Hukum di Pengadilan. Revisi ini juga sebagai respon atas langkah Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia menerbitkan Surat Keputusan Menkumham Nomor : M.HH-03.HN.03.03 Tahun 2013 tentang Besaran Biaya Bantuan Hukum Litigasi dan Non-Litigasi.

Untuk mengisi kekosongan peraturan guna terwujudnya asas peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan, maka Mahkamah Agung telah mengubah jangka waktu penanganan perkara di *judex factie* pada 4 (empat) lingkungan peradilan melalui Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia (SEMA) Nomor 2 Tahun 2014 tertanggal 13 Maret 2014. Dalam SEMA yang ditujukan kepada ketua pengadilan tingkat banding dan tingkat pertama maka penyelesaian perkara di tingkat pertama paling lambat dalam waktu 5 (lima) bulan dan perkara pada tingkat banding paling lambat dalam waktu 3 (tiga) bulan. Ketentuan waktu tersebut termasuk penyelesaian minutasi. SEMA ini mengubah ketentuan penyelesaian perkara di tingkat banding dan pengadilan negeri selama paling lama 6 (enam) bulan sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 6 Tahun 1992 tertanggal 21 Oktober 1992 jo Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 3 Tahun 1998 tertanggal 10 September 1998 tentang penyelesaian perkara paling lama 6 (enam) bulan.

c. Asas hakim pasif

Hakim di dalam memeriksa dan mengadili perkara perdata bersikap pasif dalam arti bahwa ruang lingkup atau luas pokok sengketa yang diajukan kepada hakim untuk diperiksa pada dasarnya ditentukan oleh para pihak yang berperkara dan bukan ditentukan oleh hakim. Para pihak bebas sewaktu-waktu sesuai dengan kehendaknya dapat mengakhiri sendiri sengketa yang telah diajukan ke depan persidangan. Apabila para pihak yang bersengketa di persidangan sudah memutuskan untuk mengakhiri persengketaannya dan tidak menginginkan pemeriksaan perkara yang sedang berlangsung diteruskan, maka hakim tidak

dapat menghalanginya karena inisiatif maupun luas pokok sengketa sepenuhnya ada pada pihak yang bersengketa dan hakim hanya mencari kebenaran formil.

Pengertian pasif juga diartikan bahwa hakim tidak menentukan luas pokok sengketa dan hakim tidak boleh menambah atau mengurangi luas dan pokok sengketa.²³⁵ Timbulnya sengketa perdata karena inisiatif pihak penggugat, bukan inisiatif hakim. Inisiatif untuk mengadakan acara perdata ada pada pihak-pihak yang berkepentingan dan tidak pernah dilakukan oleh hakim.

Dalam hukum acara perdata, para pihak berusaha membuktikan untuk meyakinkan hakim tentang kebenaran dari dalil-dalilnya, apabila dalil yang diajukan para pihak diakui atau tidak disangkal kebenarannya oleh pihak berperkara lainnya maka tidak ada kewajiban bagi hakim untuk memeriksa lebih lanjut kebenaran dari dalil tersebut. Hal tersebut berbeda dengan sistem hukum acara pidana yang membebaskan kewajiban bagi hakim untuk mencari kebenaran materiil yang didasarkan pada alat-alat bukti yang sah menurut hukum dan didasarkan pula pada keyakinan hakim.

Hakim bersikap pasif, namun berdasarkan Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman memberikan kewajiban kepada hakim untuk membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan.

Atas dasar ketentuan tersebut, maka hakim sebagai pimpinan sidang di dalam memeriksa dan mengadili perkara berkewajiban untuk bersikap aktif agar jalannya persidangan tersebut berjalan lancar dan untuk memperlancar serta mempercepat proses persidangan, hakim perlu mengambil langkah-langkah antara lain :

1. Menetapkan hari persidangan dan memerintahkan juru sita untuk melakukan pemanggilan para pihak untuk hadir di persidangan dan tenggang waktu pemanggilan para pihak yang berperkara tersebut tidak kurang dari 3 (tiga) hari dengan tanggal atau waktu persidangan ;
2. Hakim berusaha untuk mendamaikan para pihak yang bersengketa ;

²³⁵ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 13.

3. Hakim memerintahkan para pihak yang bersengketa untuk mengajukan alat bukti dan hakim dalam kasus ini dapat menjatuhkan putusan sela tentang pembebanan pembuktian dan hakim karena jabatannya untuk kepentingan pemeriksaan memanggil saksi-saksi yang diperlukan ;
4. Hakim sesuai dengan ketentuan Pasal 132 HIR dapat memberikan nasihat perihal upaya hukum dan menerangkan kepada para pihak yang bersengketa ;

d. Asas *Ultra Petitum Partium*

Sistem hukum acara perdata yang terdapat di dalam HIR menyerahkan kepada hakim agar berperan untuk memimpin persidangan mulai dari permulaan proses berperkara sampai dengan berakhirnya proses perkara tersebut. Hakim di dalam memimpin persidangan dapat melakukan beberapa tindakan yang terkait pemanggilan para pihak yang bersengketa, menentukan hari dan tanggal persidangan untuk mendengar kedua belah pihak yang berperkara, berusaha mendamaikannya serta memerintahkan para pihak untuk membawa dan menunjukkan bukti-bukti yang dimilikinya ke persidangan.

Sistem hukum acara yang menyerahkan pimpinan proses kepada hakim adalah sesuai dengan aliran pikiran tradisional Indonesia yang menghendaki bahwa sekali suatu perkara diajukan kepada hakim, maka negara wajib menyelesaikan perkara tersebut sedemikian rupa sehingga hukum dipulihkan kembali (*rechtsherstel*) dan perkara dapat berakhir secara mutlak.²³⁶

Permasalahannya adalah apakah peranan yang diberikan kepada hakim untuk memimpin proses berperkara tersebut sedemikian luasnya, sehingga hakim dengan menggunakan asas *ex aequo et bono* tidak terikat lagi pada bentuk dan isi petitum atau bahkan hakim dapat memutus melebihi petitum yang diajukan para pihak (*ultra petitum partium*). Ketentuan Pasal 178 HIR jo Pasal 189 RBg telah mengatur perihal tersebut di atas, yaitu :

1. Hakim karena jabatannya saat bermusyawarah wajib mencukupkan segala alasan hukum yang tidak dikemukakan oleh kedua belah pihak ;

²³⁶ R. Soepomo, *Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993, hlm. 19.

2. Hakim wajib mengadili atas segala bagian gugatan ;
3. Hakim tidak diijinkan menjatuhkan putusan atas perkara yang tidak digugat atau memberikan daripada yang digugat ;

Pasal 178 ayat (3) HIR jo Pasal 189 ayat (3) RBg telah membatasi kewenangan hakim dan tidak mengizinkan hakim untuk menjatuhkan putusan atas perkara yang tidak diminta atau melebihi apa yang dituntut oleh para pihak. Demikian pula dengan sistem hukum acara perdata di Eropa, baik yang lama maupun yang modern tidak membolehkan hakim menjatuhkan putusan "*ultra petita partium*" (melebihi tuntutan) dan HIR melarang hakim untuk memberi putusan yang tidak dituntut atau untuk mengabulkan lebih daripada yang dituntut dalam petitum.²³⁷

Beberapa yurisprudensi Mahkamah Agung yang berhubungan dengan asas *ultra petitum partium* tersebut beraneka ragam karena ada putusan Mahkamah Agung yang seolah-olah membenarkan putusan hakim yang melanggar asas *ultra petitum partium* tersebut dan ada putusan Mahkamah Agung yang melarang atau tidak membenarkan seorang hakim melanggar asas *ultra petitum partium* sehingga putusan *judex factie* dibatalkan.

Putusan Mahkamah Agung yang membenarkan hakim menjatuhkan putusan yang melanggar asas *ultra petitum partium* antara lain :²³⁸

1. Putusan Mahkamah Agung Nomor 1043 K/Sip/1971 tertanggal 3 Desember 1974 yang salah satu pertimbangan putusan menyatakan "*menambahkan alasan-alasan hukum yang tidak diajukan oleh pihak-pihak merupakan kewajiban hakim berdasarkan Pasal 178 HIR*".
2. Putusan Mahkamah Agung Nomor 556 K/Sip/1971 tertanggal 8 Januari 1972 yang salah satu pertimbangan putusan menyatakan "*mengabulkan melebihi dari gugatan adalah diijinkan selama hal ini masih sesuai dengan kejadian materil*".
3. Putusan Mahkamah Agung Nomor 425 K/Sip/1975 tertanggal 15 Juli 1975 yang salah satu konsideran putusan menyatakan "*mengabulkan lebih dari*

²³⁷ *Ibid*, hlm. 20.

²³⁸ Ropaun Rambe, *Hukum Acara Perdata Lengkap*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm. 296.

petitum diijinkan asalkan sesuai dengan posita. Selain itu, dalam hukum acara yang berlaku di Indonesia baik hukum acara pidana maupun hukum acara perdata, hakim bersifat aktif”.

Putusan Mahkamah Agung yang melarang hakim menjatuhkan putusan yang melanggar asas *ultra petitum partium* sehingga putusan tersebut dibatalkan oleh Mahkamah Agung antara lain adalah :²³⁹

1. Putusan Mahkamah Agung Nomor 77 K/Sip/1973 tertanggal 19 September 1973 yang salah satu pertimbangan putusan menyatakan “*karena dalam petitum tidak dituntut ganti rugi, maka Putusan Pengadilan Tinggi yang mengharuskan tergugat mengganti kerugian harus dibatalkan*”.
2. Putusan Mahkamah Agung Nomor 1017 K/Sip/1973 tertanggal 11 Februari 1975 yang salah satu pertimbangan putusan menyatakan “*amar ketiga dari putusan pengadilan negeri yang dikuatkan oleh pengadilan tinggi yaitu menetapkan tergugat harus membayar sewa rumah kedai pada penggugat harus dibatalkan karena hal tersebut tidak diminta oleh penggugat asal*”.

Menarik untuk dikaji putusan kasasi Mahkamah Agung Nomor 2263 K/Pdt/1991 tertanggal 20 Juli 1991 yang populer dengan sebutan putusan Kedung Ombo karena dalam putusannya majelis hakim agung di Mahkamah Agung telah memberikan ganti rugi yang melebihi tuntutan masyarakat Kedung Ombo, Jawa Tengah yang lahannya terkena proyek pembuatan bendungan. Selain itu, dapat juga sebagai bahan perbandingan atas putusan yang melanggar asas *ultra petitum partium* yaitu Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 41 H/PHPU.D-VI/2008 tertanggal 2 Desember 2008. Adapun inti dari pertimbangan hukum dalam putusan tersebut dengan menggunakan asas *ex aequo et bono* maka Majelis Hakim Konstitusi berpendapat bahwa pemohon telah merumuskan dalam positanya, namun tidak merumuskan dalam petitumnya sehingga Majelis Hakim Konstitusi dapat mengabulkan petitum yang tidak dirumuskan tersebut. Selain itu, Majelis Hakim Konstitusi berpendapat tidak boleh membiarkan aturan-aturan keadilan prosedural (*procedural justice*) memasung dan mengesampingkan keadilan substantif (*substantive justice*), oleh karena terdapat fakta-fakta hukum

²³⁹ *Ibid.*

yang telah melanggar konstitusi. Pertimbangan hukum majelis hakim tersebut sejalan dengan pertimbangan hukum dari Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 2263 K/Pdt/1991 tertanggal 18 Juli 1993 yang pada intinya memberikan pertimbangan hukum yaitu dalam kasus Waduk Kedung Ombo tidak ada kata sepakat dan tidak ada musyawarah, termasuk mengenai ganti kerugian sehingga majelis hakim secara keadilan materiil pelaksanaan pembebasan tanah proyek Kedung Ombo tidak dilaksanakan secara musyawarah mufakat. Putusan kasasi Mahkamah Agung tersebut yang mengabulkan melebihi petitum primair telah dibatalkan oleh Putusan Peninjauan Kembali Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 650 PK/Pdt/1994 tertanggal 29 Oktober 1994 dengan pertimbangan hukum sebagai berikut :

1. Dalam gugatan perdata, hakim tidak diperkenankan memberikan putusan yang melebihi daripada yang dituntut oleh penggugat (vide Pasal 178 ayat (3) HIR jo Pasal 67 huruf c Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung) ;
2. Petitum gugatan perdata yang terdiri dari tuntutan primair dan subsidair *ex aequo et bono*, maka hakim hanya boleh memilih salah satu yaitu mengabulkan petitum primair atau subsidairnya. Hakim tidak boleh menggunakan kebebasan yang diberikan oleh tuntutan subsidair untuk mengabulkan tuntutan primair dalam mengatasi kekurangan yang ada pada tuntutan primair ;
3. Tuntutan ganti rugi dalam perkara perdata dapat dikabulkan apabila pihak yang menuntut dapat membuktikan dalam persidangan tentang perincian adanya kerugian dan berapa besarnya kerugian tersebut ;
4. Ganti rugi immateriil harus sesuai dengan ketentuan Pasal 1370 hingga Pasal 1372 BW dan hanya dapat diberikan dalam hal tertentu saja yaitu kematian, luka berat dan penghinaan ;

Hakim yang mengabulkan melebihi petitum gugatan dianggap telah melampaui batas wewenangnya dan putusan hakim tersebut adalah cacat hukum, meskipun tindakan yang telah diambil hakim tersebut didasari dengan iktikad baik dan demi kepentingan umum.

Hakim yang melanggar asas *ultra petitum* disamakan telah melanggar prinsip *rule of law*, karena :²⁴⁰

1. Tindakan tersebut tidak sesuai dengan hukum, padahal sesuai dengan prinsip *rule of law* semua tindakan hakim seharusnya sesuai dengan hukum (*accordance with law*) ;
2. Tindakan hakim yang mengabulkan melebihi dari apa yang dituntut dalam posita secara nyata telah melampaui batas wewenang yang diberikan Pasal 178 ayat (3) HIR kepadanya, padahal sesuai dengan prinsip *rule of law*, siapapun tidak boleh melakukan tindakan yang melampaui batas wewenangnya (*beyond the powers of his authority*).

Pendapat tersebut sudah merupakan yurisprudensi tetap yang hingga saat ini masih diterapkan dalam praktik persidangan, namun penulis tidak sependapat oleh karena menurut penulis hakim dapat menggunakan asas *ex aequo et bono* di dalam petitum subsidair (mohon putusan yang seadil-adilnya) dan dengan asas tersebut hakim dapat melengkapi petitum primair dari suatu gugatan.

Problem yuridis yang timbul apabila tidak ada ruang bagi hakim untuk dapat melakukan tindakan-tindakan tertentu (diskresi) untuk memberikan makna pada putusannya agar pihak yang menang di pengadilan tidak hanya menang di atas kertas dan proses panjang yang telah dilalui dengan penuh pengorbanan akan menjadi sia-sia.

e. Asas *Ex Aequo et Bono*

Petitum atau tuntutan adalah apa yang diminta atau diharapkan penggugat dan agar tuntutan tersebut dikabulkan oleh hakim. Hakim akan menjawab petitum penggugat tersebut di dalam putusannya setelah hakim mendengar kedua belah pihak yang berperkara dan mempertimbangkan bukti-bukti yang diajukan oleh para pihak di persidangan.

Menurut Harifin A. Tumpa, dalam praktik hukum acara perdata di pengadilan maka petitum penggugat dalam surat gugat dapat berbentuk :

1. Petitum tunggal dengan perincian apa yang dituntut ;

²⁴⁰ M. Yahya Harahap, *Op.cit.*, hlm. 802.

2. Petitum yang berbentuk subsidairitas yang terdiri dari :

- a. Primair dan subsidair masing-masing diperinci satu per satu ;
- b. Primair diperinci satu per satu sedangkan petitum subsidair tidak diperinci dan hanya dirumuskan dalam kalimat *ex aequo et bono* atau mohon keadilan.²⁴¹

Permasalahannya adalah apakah hakim diperbolehkan mengadili perkara yang bersangkutan berdasarkan *ex aequo et bono* terlepas sama sekali dengan petitum primair gugatan. Apabila petitum gugatan penggugat berbentuk subsidairitas dan petitum primair serta subsidair masing-masing sudah diperinci maka tidak akan timbul suatu masalah, apabila penggugat dapat membuktikan gugatannya, hakim akan mengabulkan gugatan dan memilih apakah mengabulkan petitum primair atau subsidair, namun hakim tidak boleh mengambil sebagian dari petitum primair dan sebagian dari petitum subsidair. Menurut Soeroso ada 3 (tiga) jenis tuntutan dalam perkara perdata, yaitu :²⁴²

1. Tuntutan primair atau tuntutan pokok yang langsung berhubungan dengan pokok perkara ;
2. Tuntutan tambahan yaitu tuntutan yang bukan pokok perkara namun masih ada kaitannya dengan pokok perkara dan merupakan pelengkap dari tuntutan pokok. Tuntutan tambahan tersebut antara lain berwujud :
 - a. Tuntutan agar tergugat dihukum untuk membayar biaya perkara ;
 - b. Tuntutan serta merta (*uitvoerbaar bij voorraad*) yaitu tuntutan agar putusan dapat dilaksanakan lebih dulu meskipun ada perlawanan, banding atau kasasi. Menurut Abdul Manan, ada kecenderungan yang terlalu mudah para hakim menjatuhkan putusan tersebut walaupun tidak didukung oleh ketentuan yang ditetapkan oleh Pasal 180 ayat (1) HIR ;²⁴³

²⁴¹ Harifin A. Tumpa, *Pengkajian Beberapa Topik Hukum Acara Perdata*, makalah disampaikan pada Pelatihan Teknis Fungsional Hakim Peradilan Umum Tahun 2004, dalam *Bunga Rampai Makalah Hukum Acara Perdata*, Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta, 2005, hlm. 70.

²⁴² R. Soeroso, *Op.cit.*, hlm. 29.

²⁴³ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 119.

- c. Tuntutan agar tergugat dihukum untuk membayar bunga (*moratoir*) apabila tuntutan yang diminta oleh penggugat berupa sejumlah uang tertentu ;
 - d. Tuntutan agar tergugat dihukum untuk membayar uang paksa (*dwangsom*) apabila tuntutan tersebut tidak berupa pembayaran uang selama ia tidak memenuhi isi putusan ;
3. Tuntutan subsidair atau tuntutan pengganti selalu diajukan sebagai pengganti apabila hakim berpendapat lain. Dalam praktik biasanya tuntutan subsidair dirumuskan dalam kalimat yang berbunyi agar hakim mengadili menurut keadilan yang benar atau mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*). Jadi tujuan dari tuntutan subsidair apabila tuntutan primair ditolak masih ada kemungkinan dikabulkannya gugatan yang didasarkan atas kebebasan hakim serta keadilan.²⁴⁴

Beberapa yurisprudensi yang terkait dengan tuntutan subsidair dari suatu gugatan antara lain adalah sebagai berikut :

1. Putusan Mahkamah Agung Nomor 803 K/Sip/1973 tertanggal 5 Juni 1975 yang membenarkan pertimbangan pengadilan tingkat banding dan salah satu pertimbangannya menyatakan sebagai berikut : “*Di dalam mengadili suatu gugatan yang di dalamnya terkandung tuntutan subsidair yang meminta agar hakim mengadili menurut keadilan yang baik (naar goede justitie recht doen), hendaklah dilakukan sedemikian rupa sehingga di satu pihak tidak dilanggar ketentuan dalam Pasal 178 ayat (2) dan (3) HIR sedangkan di pihak lain tidak dirugikan pihak lawan dalam melakukan pembelaan*”.
2. Putusan Mahkamah Agung dalam perkara Nomor 140 K/Sip/1971 tertanggal 12 Agustus 1972 yang salah satu pertimbangan putusan menyatakan “*putusan judex factie yang didasarkan pada petitum subsidair untuk diadili menurut kebijaksanaan pengadilan dapat dibenarkan asalkan masih dalam kerangka yang serasi dengan inti gugatan primair*”.
3. Putusan Mahkamah Agung Nomor 882 K/Sip/1974 tertanggal 24 Maret 1976 yang salah satu pertimbangan hukumnya menyatakan “*dalam hal ada*

²⁴⁴ R. Soeroso, *Op.cit.*, hlm. 29.

tuntutan primair dan subsidair untuk ketertiban beracara seharusnya pengadilan hanya memilih salah satu, tuntutan primair atau subsidair yang dikabulkan, bukan menggunakan kebebasan yang diberikan oleh tuntutan subsidair untuk mengabulkan tuntutan primair dengan mengisi kekurangan yang ada pada tuntutan primair”.

4. Putusan Mahkamah Agung Nomor 3589 K/Pdt/1994 tertanggal 16 Februari 1999 yang salah satu pertimbangannya menyatakan “*bahwa keberatan-keberatan tersebut dapat dibenarkan karena judex factie telah mengabulkan tuntutan subsidair dengan tanpa mempertimbangkan lebih dahulu tuntutan pokok (primair) menurut hukum acara seharusnya tetap berdasarkan pada posita dan petitum yang dimaksud dalam gugatan primair”.*

Hakim apabila menghadapi tuntutan atau petitum yang disusun secara primair dan subsidair maka harus memilih apakah mengabulkan tuntutan primair atau subsidair. Demi ketertiban beracara maka hakim tidak dapat dengan leluasa mengabulkan petitum atau tuntutan subsidair untuk menutup kekurangan pada petitum primair. Dengan demikian, hakim di dalam mengabulkan tuntutan subsidair hendaknya mempertimbangkan apakah ada keterkaitan antara tuntutan primair dengan tuntutan subsidair tersebut dan hakim boleh memilih salah satu dari tuntutan tersebut, namun dari beberapa putusan tersebut belum memberikan kejelasan bagaimana asas *ex aequo et bono* dapat digunakan oleh hakim dalam menyikapi petitum yang diminta oleh para pihak.

Dalam keadaan tertentu dengan alasan kepantasan maka asas *ex aequo et bono* digunakan sebagai dasar untuk menyimpangi asas *ultra petitum partium*. Hal ini dapat dilihat dari Putusan Mahkamah Agung Nomor 610 K/Sip/1968 tertanggal 23 Mei 1970 yang salah satu pertimbangannya menyatakan “*meskipun tuntutan ganti kerugian jumlahnya dianggap tidak pantas, namun penggugat mutlak menuntut sejumlah itu. Hakim berwenang menetapkan berapa sepantasnya harus dibayar, hal tersebut tidak melanggar Pasal 178 ayat (3) HIR (ex aequo et bono)”.*

Adanya dua pendapat dari hakim agung di Mahkamah Agung terkait dengan asas *ex aequo et bono* dalam perkara kasasi Nomor 2263 K/Pdt/1991

tertanggal 20 Juli 1991, dimana majelis hakim dalam pertimbangannya menyatakan bahwa asas *ex aequo et bono* memberikan kebebasan kepada hakim untuk menilai kepatutan dan kesesuaian rasa keadilan di masyarakat, sehingga hakim tidak tunduk lagi pada undang-undang, namun di dalam pertimbangan majelis hakim peninjauan kembali (PK) perkara tersebut menyatakan bahwa asas *ex aequo et bono* tidak memberikan kebebasan mutlak kepada hakim dalam memutuskan perkara. Hakim tetap terikat pada undang-undang yang mewajibkannya untuk hanya berpedoman pada pokok perkara dan materi tuntutan perkara tersebut, sehingga hakim tidak boleh memutuskan melebihi tuntutan yang diminta.

Perkembangan hingga saat ini dalam praktik di persidangan terhadap kedua pandangan yang terkait dengan asas *ex aequo et bono* diserahkan kepada para hakim karena sistem peradilan kita tidak menganut sistem *stare decisis* sehingga ada kebebasan bagi hakim untuk memilih dan menganut pandangan yang sesuai dengan rasa kepatutan dan keadilan hakim yang bersangkutan.

f. Asas tidak berpihak (*impartialitas*)

Asas ini tercantum dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman yang menegaskan bahwa “pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang”.

Asas imparsialitas mengandung arti bahwa hakim dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara harus obyektif, netral serta tidak berpihak kepada siapapun kecuali kepada hukum dan keadilan sehingga para pihak yang berperkara di pengadilan akan percaya sepenuhnya bahwa apa yang diputuskan oleh hakim akan sesuai dengan ketentuan hukum dan rasa keadilan yang diinginkan.

Pencari keadilan akan bersikap skeptis dan hilang kepercayaannya kepada hakim yang mengadili perkaranya apabila hakim tersebut sudah berpihak dan tidak obyektif lagi, untuk menjaga dan menjamin adanya objektivitas dalam menyelesaikan perkara di pengadilan maka undang-undang memberikan hak ingkar kepada para pihak yang berperkara.

Menurut Pasal 17 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman yang dimaksud dengan hak ingkar adalah hak seseorang yang diadili untuk mengajukan keberatan yang disertai dengan alasan terhadap seorang hakim yang mengadili perkaranya.

Hak dari para pihak yang berperkara merupakan kewajiban bagi seorang hakim, meskipun para pihak tidak mengajukan hak atau keberatan tersebut, namun bagi hakim merupakan kewajiban untuk mengundurkan diri dari persidangan perkara apabila sebelumnya hakim mengetahui perihal adanya larangan terkait dengan perkara yang diadilinya tersebut.

Asas imparsialitas hakim terkait erat dengan asas independensi hakim karena tanpa didukung oleh asas independensi maka hakim tidak dapat mempertahankan asas imparsialitas dalam menjalankan tugasnya untuk menerima, memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya. Imparsialitas hakim terletak pada gagasan bahwa para hakim akan mendasarkan pertimbangan putusannya pada hukum dan fakta-fakta selama di persidangan, bukan atas dasar keterikatan dengan salah satu pihak yang berperkara. Imparsialitas hakim memang bukan sesuatu yang mudah dideteksi, dimana hak tersebut hanya dapat dilacak dari perilaku selama menjadi hakim *vis a vis* keterkaitannya dengan pihak berperkara dalam konteks hubungan sosial ataupun hubungan politik.²⁴⁵

Imparsialitas proses peradilan hanya dapat dilakukan apabila hakim dapat melepaskan dari konflik kepentingan atau faktor semangat pertemanan (*collegial*) dengan pihak berperkara. Oleh karena itu, hakim harus mengundurkan diri dari proses persidangan jika dia memeriksa adanya potensi parsialitas.²⁴⁶

Menurut Bagir Manan ada beberapa hal penyebab keberpihakan atau ketidaknetralan hakim antara lain :²⁴⁷

1. Pengaruh kekuasaan. Dalam hal ini majelis hakim tidak berdaya menghadapi kehendak pemegang kekuasaan yang lebih tinggi dari segi lingkungan

²⁴⁵ Herbert Yacob dalam Achmad Mujahidin, *Peradilan Satu Atap di Indonesia*, Aditama, Bandung, 2007, hlm. 53.

²⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 54.

²⁴⁷ Bagir Manan, *Sistem Peradilan Berwibawa (Suatu Pencarian)*, FH UI Press, Jakarta, 2004, hlm. 20-21.

kekuasaan kehakiman maupun dari luar (misalnya gubernur, bupati, menteri dan lain-lain) ;

2. Pengaruh publik. Tekanan publik yang berlebihan dapat menimbulkan adanya rasa takut atau cemas kepada majelis hakim yang bersangkutan sehingga memberikan putusan yang sesuai dengan paksaan publik tersebut.
3. Pengaruh pihak. Pengaruh ini dapat bersumber dari hubungan primordial tertentu maupun “komersialisasi perkara”. Perkara menjadi komoditas perniagaan, yang membayar lebih banyak akan dimenangkan”.

Hakim atau panitera yang masih melanjutkan persidangan dan tidak mau mundur dari persidangan padahal sudah ada keberatan dari pihak yang berperkara dan keberatan tersebut beralasan menurut hukum, maka hakim atau panitera dapat dikenakan sanksi dan putusan yang telah dijatuhkan dapat dinyatakan tidak sah dan pemeriksaan atas perkara tersebut harus diulang kembali dengan susunan majelis hakim yang berbeda.

g. Asas persidangan terbuka untuk umum

Pasal 13 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman mengatur perihal asas sidang terbuka untuk umum, sehingga hakim saat memeriksa dan mengadili suatu perkara tidak diperkenankan untuk sidang tertutup untuk umum, kecuali undang-undang menentukan lain. Asas tersebut menjadi syarat sahnya suatu putusan hakim.

Salah satu akibat hukum putusan yang tidak diucapkan dalam persidangan yang terbuka untuk umum adalah putusan tersebut batal demi hukum. Asas persidangan terbuka untuk umum bertujuan untuk menjamin pelaksanaan peradilan yang transparan dan akuntabel sehingga setiap orang diperkenankan untuk menghadiri, mengikuti dan mendengarkan proses persidangan. Menurut Sudikno Mertokusumo, tujuan dari asas ini adalah untuk memberikan perlindungan hak-hak asasi manusia dalam bidang peradilan serta menjamin objektivitas peradilan dengan mempertanggungjawabkan pemeriksaan yang *fair*,

tidak memihak serta putusan yang adil kepada masyarakat. Secara formil, asas ini membuka kesempatan untuk *social control*.²⁴⁸

Dalam perkara perceraian, sidang dinyatakan tertutup untuk umum setelah usaha hakim untuk mendamaikan para pihak yang bersengketa gagal sehingga hakim akan membacakan surat gugatan yang diajukan penggugat. Ketika hakim menyatakan sidang dinyatakan dibuka dan tertutup untuk umum, maka seluruh pengunjung yang berada di dalam ruang persidangan tersebut diminta untuk keluar dan meninggalkan ruang sidang kecuali pihak-pihak tertentu yang tetap diperkenankan untuk tetap tinggal di ruang sidang.

Majelis hakim banding maupun kasasi dapat mengetahui adanya persidangan terbuka atau tertutup untuk umum cukup dengan membaca dari berita acara persidangan dan kalimat "*persidangan dibuka dan dinyatakan terbuka untuk umum*" akan tertulis di halaman awal berita acara persidangan dan yang sering terjadi adalah kesalahan pengetikan berita acara persidangan yang seharusnya persidangan tertutup untuk umum, namun tertulis persidangan terbuka untuk umum. Hal ini merupakan faktor ketidaktepatan ketua majelis hakim dan panitera pengganti yang tidak membaca berita acara persidangan dengan cermat sebelum menandatangani berita acara persidangan tersebut.

h. Asas *audi et alteram partem* (mendengar kedua belah pihak)

Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman menegaskan keberadaan dari asas *audi et alteram partem* (mendengar kedua belah pihak) dengan menyebutkan bahwa "pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang".

Asas ini mengandung arti bahwa di dalam hukum acara perdata yang berperkara harus diperlakukan sama secara adil dan diberikan kesempatan untuk membuktikan dalil-dalilnya.

Asas *audi et alteram partem* sering disalahartikan oleh beberapa pihak, di dalam praktik tergugat tidak menghadiri persidangan serta tidak menghargai panggilan sidang sehingga dengan berlindung di balik asas *audi et alteram partem*

²⁴⁸ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 12.

berpendirian bahwa persidangan akan dihentikan dan tidak akan berlanjut apabila salah seorang dari pihak yang berperkara tidak hadir.

Pada dasarnya apabila pihak tergugat tidak hadir di persidangan dan kepadanya telah dipanggil secara sah dan patut, namun yang bersangkutan tidak memberitahukan perihal alasan ketidakhadirannya dan tidak menyuruh wakilnya ke persidangan maka hakim akan melanjutkan proses pemeriksaan perkara tersebut. Apabila tergugat tidak hadir untuk memenuhi panggilan persidangan, namun yang bersangkutan memberitahukan alasan ketidakhadirannya, maka hakim setelah mempertimbangkan alasan ketidakhadiran tergugat tersebut akan menunda persidangan dan memerintahkan juru sita untuk memanggil tergugat pada persidangan mendatang.

Pada persidangan selanjutnya, apabila tergugat tidak datang lagi tanpa memberitahukan alasan ketidakhadirannya dan tidak menyuruh kuasanya untuk mewakilinya dan setelah hakim meneliti perihal sah dan patutnya surat panggilan kepada yang bersangkutan maka hakim akan melanjutkan sidang dan apabila gugatan penggugat beralasan menurut hukum, hakim akan menjatuhkan putusan dengan verstek yaitu putusan yang dijatuhkan tanpa kehadiran tergugat. Berbeda halnya dengan tergugat yang pernah hadir di persidangan, namun untuk sidang berikutnya tidak hadir dan tidak menyuruh kuasanya untuk mewakilinya, maka hakim akan tetap melanjutkan persidangan dan apabila penggugat mampu membuktikan dalil-dalil gugatan maka hakim akan mengabulkan gugatan penggugat tersebut dan menjatuhkan putusan *kontradiktoir*.

Tindakan hakim yang melanjutkan persidangan dan menjatuhkan putusan verstek maupun *kontradiktoir* tidak bertentangan dengan asas imparsialitas karena hakim telah memberikan kesempatan yang sama kepada para pihak untuk membuktikan dalil gugatan maupun membantah dalil lawan.

Asas *audi et alteram partem* adalah untuk memberikan perlindungan dan perlakuan yang sama kepada para pihak yang berperkara untuk membela dan mempertahankan kepentingannya dan para pihak diperlakukan secara adil dalam proses persidangan di pengadilan.

Asas *audi et alteram partem* telah diterima dan dimuat dalam kode etik dan pedoman perilaku hakim sebagai bagian dari perilaku adil yang merupakan norma perilaku yang kesatu.²⁴⁹

Mendengar kedua belah pihak merupakan kewajiban bagi setiap hakim di dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara yang berarti hakim harus memberikan kesempatan yang sama kepada setiap orang khususnya pencari keadilan atau kuasanya yang memiliki kepentingan dalam suatu proses hukum di pengadilan dan hakim tidak boleh berkomunikasi dengan pihak yang berperkara di luar persidangan, kecuali dilakukan di dalam lingkungan gedung pengadilan demi kepentingan kelancaran persidangan yang dilakukan secara terbuka.

i. Asas kebebasan hakim

Salah satu prinsip penting negara hukum adalah adanya jaminan penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka, bebas dari pengaruh guna menegakkan hukum dan keadilan, namun ada yang masih skeptis terhadap asas kemandirian kekuasaan kehakiman dengan mengatakan “*it is easy to believe in judicial independence but it seems much harder to appreciate independent judges. Judicial independence is a fragile concept*”.²⁵⁰

Kekuasaan kehakiman yang merdeka merupakan salah satu prinsip penting bagi Indonesia sebagai suatu negara hukum. Prinsip ini menghendaki kekuasaan kehakiman yang bebas dari campur tangan pihak lain dalam bentuk apapun, sehingga dalam menjalankan tugas dan kewajibannya ada jaminan ketidakberpihakan kekuasaan kehakiman kecuali terhadap hukum dan keadilan.

Ada beberapa instrumen hukum internasional yang menyebutkan tentang pentingnya independensi peradilan, antara lain *Universal Declaration of Human Rights (article 1)*, *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (article 14)*, *Vienna Declaration and Programme fo Action 1993 (Paragraph 27)*, *International Bar Association Code of Minimum Standards of Judicial*

²⁴⁹ Surat Keputusan Bersama antara Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia dan Ketua Komisi Yudisial Republik Indonesia Nomor 047/KMA/SKB/IV/2009 - Nomor 021 SKB.P.KY/IV/2009 tentang Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim.

²⁵⁰ Steven Lubet, *Judicial Independence and Independence Judges*, Hofstra Law Review, 1997, hlm. 745.

*Independence, New Delhi 1982, Universal Declaration on The Independence of Justice, Montreal 1983. Beijing Statement of Principles of The Independence of The Judiciary in The Law Asia Region 1995, Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, United Nations Basic Principles of The Independence of The Judiciary 1985 dan The European Charter on The Statue for Judges 1998.*²⁵¹

Untuk memastikan terwujudnya independensi peradilan diperlukan adanya jaminan dalam konstitusi atau peraturan perundang-undangan lainnya. Jaminan tersebut tidak cukup hanya sebatas kata-kata bahwa negara telah menjamin independensi peradilan, namun seluruh pengaturan mengenai bagaimana seorang hakim diangkat dan diberhentikan, masa jabatan hakim, pengaturan keuangan pengadilan harus diatur sedemikian rupa sehingga hakim benar-benar merasa terjamin kebebasannya di dalam menjalankan fungsinya.

Prinsip independensi diartikan sebagai kebebasan dari campur tangan, tekanan atau paksaan, baik langsung maupun tidak langsung dari : (1). Kekuasaan lembaga lain, (2). Teman sejawat, (3). Atasan, serta (4). Pihak-pihak lain di luar pengadilan sehingga hakim harus memutus perkara demi keadilan berdasarkan hukum dan hati nurani.²⁵²

Tujuan dan fungsi dari independensi peradilan sebagaimana dimuat dalam *Beijing Statement of Principles of The Independence of Judiciary* adalah sebagai berikut :

- a. Menjamin agar setiap orang dapat hidup dengan aman di bawah hukum ;
- b. Memajukan dalam batas-batas fungsi peradilan, ketaatan dan pencapaian hak asasi manusia ;
- c. Menjalankan hukum secara tidak memihak di antara individu antara individu dengan negara.²⁵³

Shimon Shetreet membagi *independence of the judiciary* menjadi 4 (empat) hal yaitu :²⁵⁴

²⁵¹ J. Djohansjah, *Op.cit.*, hlm. 10-11.

²⁵² Mas Achmad Santosa, *Pembaharuan Hukum Indonesia Agenda yang Terabaikan*, Melibas, Jakarta, 2004, hlm. 17-18.

²⁵³ *Ibid.*, hlm. 12.

²⁵⁴ Shimon Shetreet dalam *Cetak Biru Pembaharuan Mahkamah Agung Republik Indonesia*, 2003, hlm. 2.

1. *Substantive Independence* (independensi dalam memutus perkara) ;
2. *Personal Independence* (misalnya adanya jaminan masa kerja dan jabatan/*term of office and tenure*) ;
3. *Internal Independence* (misalnya independensi dari atasan dan rekan kerja) ;
4. *Collective Independence* (misalnya adanya partisipasi pengadilan dalam administrasi pengadilan, termasuk dalam penentuan budget pengadilan) ;

Dalam suatu negara hukum maka setiap sengketa seharusnya diselesaikan secara adil oleh suatu badan peradilan selaku pemegang kekuasaan kehakiman mandiri yang merupakan institusi bebas, merdeka dan netral. Ada dua kategori independensi kekuasaan kehakiman, yaitu :²⁵⁵

1. Independensi normatif yaitu independensi yang sudah diatur di dalam peraturan perundang-undangan, sebagaimana UUD 1945 menyebutkan bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka ;
2. Independensi empiris (realita) yaitu independensi sesuai dengan kenyataan dalam praktik di lapangan, hakim dapat menentukan sendiri putusan tanpa adanya campur tangan atau tekanan dari pihak manapun ;

Marc Loth, membagi independensi tersebut menjadi 3 (tiga) tingkatan yaitu :²⁵⁶

1. Macro level (*judiciary, separation of power*) ;
2. Meso level (*court, free from pressure, intervention and command, influence from press*) ;
3. Micro level (*judges, free to interpretation of law and establish of fact*) ;

Keberadaan lembaga peradilan yang bebas mandiri akan mewujudkan putusan hakim yang adil, objektif dan tidak memihak, sehingga dapat dihindari cara-cara penyelesaian sengketa dengan cara main hakim sendiri (*eigenrichting*) oleh masyarakat. Kekuasaan kehakiman yang mandiri memiliki lima fungsi yaitu:²⁵⁷

²⁵⁵ H. Muchsin, *Kekuasaan Kehakiman Yang Merdeka dan Kebijakan Asasi*, STIH IBLAM, Depok, 2004, hlm. 10.

²⁵⁶ Marc Loth, *International Lecture (Dilema Independensi dan Pengawasan Peradilan)*, Indonesia Jentera School of Law, Puri Imperium, Jakarta, 30 Maret 2012, hlm. 7.

²⁵⁷ Purwoto S. Gandasubrata, *Op.cit.*, hlm. 94.

1. Sebagai instrumen pengawasan dan perlindungan kebebasan individu ;
2. Penegak paham negara berdasarkan konstitusi ;
3. Penjamin ketidakberpihakan (*impartiality*) ;
4. Penjaga berfungsinya sistem hukum yang baik ;
5. Pengontrol dari segi hukum terhadap tindakan pemerintah dan pembentuk peraturan perundang-undangan ;

Kekuasaan kehakiman yang mandiri akan menumbuhkembangkan adanya kebebasan hakim, dan untuk menjamin kebebasan hakim harus dipenuhi beberapa syarat antara lain sebagai berikut :²⁵⁸

1. Adanya larangan bagi hakim dalam kegiatan politik ;
2. Adanya jaminan kekebalan hakim dalam proses hukum ;
3. Perlindungan terhadap peleccehan kekuasaan kehakiman (*contempt of court*) ;
4. Jaminan rasa aman dalam menjalankan tugas ;

Penyalahgunaan kebebasan oleh sebagian hakim, di samping karena rendahnya integritas moral juga karena rendahnya integritas keilmuan dari hakim tersebut dan salah satu faktor yang cukup dominan yang dapat memengaruhi perilaku hakim adalah adanya paham hedonisme yang tengah melanda sebagian masyarakat.

Paham hedonisme adalah suatu paham yang menjadikan kebahagiaan dan kenikmatan dunia sebagai tujuan akhir dari hidupnya, sehingga dampak dari perkembangan paham ini, maka sebagian masyarakat yang berperkara atau berproses di pengadilan bukanlah untuk mencari kebenaran, namun sebagai pembenaran dan kemenangan belaka.²⁵⁹

Saat ini sering terdengar jeritan dan tangisan para pencari keadilan akibat ulah sebagian para hakim yang telah menggadaikan otoritasnya demi memperoleh sejumlah imbalan guna menyenangkan diri pribadi maupun keluarganya.²⁶⁰

Kebebasan hakim bukanlah kebebasan yang tidak terbatas, melainkan kebebasan

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ A.Y. Kanter, *Etika Profesi Hukum (Sebuah Pendekatan Sosio Religius)*, Stora Grafika, Jakarta, 2001, hlm. 25.

²⁶⁰ Muhammad Rusli, *Agenda Reformasi Sistem Peradilan Pidana*, Jurnal Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, Agustus 2013, hlm. 88.

yang bertanggung jawab, baik terhadap masyarakat, bangsa, negara dan yang paling penting kepada Tuhan Yang Maha Esa. Untuk mengawasi pelaksanaan kebebasan hakim tersebut telah ada dua institusi guna melakukan pengawasan yaitu Mahkamah Agung sebagai lembaga pengawas internal dan Komisi Yudisial sebagai lembaga pengawas eksternal.

Kedua lembaga pengawas internal maupun eksternal tersebut di dalam melakukan pengawasan terhadap hakim wajib memperhatikan ketentuan Pasal 41 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman, yaitu :

1. Menaati norma dan peraturan perundang-undangan ;
2. Berpedoman pada kode etik dan pedoman perilaku hakim ;
3. Menjaga kerahasiaan keterangan dan informasi yang diperoleh ;
4. Tidak boleh mengurangi kebebasan hakim dalam memeriksa dan memutus perkara ;

Hanya hakim yang baik yang diharapkan dapat menghasilkan putusan yang berkualitas. Putusan hakim yang berkualitas merupakan cerminan kepiawaian dan kemampuan hakim di dalam memutus perkara. Salah satu aspek yang harus dimiliki seorang hakim dalam menjalankan tugas, fungsi dan wewenangnya adalah profesionalisme sebagaimana dikemukakan oleh Roscoe Pond bahwa “tidak berjalannya penegakan hukum sebagaimana yang diharapkan, lebih banyak disebabkan karena faktor sumber daya manusia, bukan karena faktor hukum itu sendiri”.

3.4. Beracara di Sidang Perdata

Setiap orang atau badan hukum yang hendak mengajukan tuntutan hak kepada pihak lain guna memperoleh perlindungan hak serta mencegah pihak yang mengajukan tuntutan melakukan tindakan main hakim sendiri dapat mengajukan tuntutan melalui proses pengadilan. Menurut F.F. Van Der Haijden, suatu lembaga dapat disebut sebagai lembaga peradilan apabila lembaga tersebut memiliki 4 (empat) ciri, yaitu :²⁶¹

²⁶¹ F.F. Van Der Haijden dalam E.H. Hondius, *Informal Anternative to Formal Judicial Procedures (Informal Alternative To and Within Formal Procedures)*, Utrech, 1987, hlm. 255.

1. *There should be a settlement of a conflict ;*
2. *The conflict must be decided on the basis of law ;*
3. *It should be decided by a third party ;*
4. *The parties to the conflict should be bound by the decision ;*

Mengajukan tuntutan hak atau beracara di pengadilan merupakan upaya atau cara terakhir (*ultimum remedium*) untuk menyelesaikan setiap masalah yang dihadapi oleh masyarakat karena menyelesaikan sengketa dengan beracara di pengadilan kurang sesuai dengan sifat masyarakat Indonesia yang bersifat kekeluargaan atau komunal dan lebih mendahulukan penyelesaian secara musyawarah dan mufakat.

Ada dua jenis tuntutan hak yang dapat diajukan melalui proses persidangan di pengadilan, yaitu tuntutan hak yang mengandung sengketa yang disebut sebagai gugatan (perkara *contentius*) dan tuntutan hak yang tidak mengandung sengketa yang disebut permohonan (perkara *voluntair*).

Beberapa keuntungan dan kerugian yang dapat diperoleh apabila seseorang mengajukan tuntutan haknya melalui proses beracara di pengadilan antara lain yaitu :²⁶²

1. Terdapat kepastian hukum berkaitan dengan persoalan antara penggugat dan tergugat ;
2. Terdapat jenjang upaya hukum yang dapat ditempuh oleh para pihak apabila tidak puas terhadap satu jenjang pengadilan ;
3. Adanya peluang untuk mengabulkan gugatan apabila gugatannya diterima ;
4. Adanya upaya paksa terhadap tergugat untuk melaksanakan isi putusan oleh pengadilan ;
5. Mendapatkan pelajaran tentang proses beracara di pengadilan ;
6. Ada pihak lain yang berwenang untuk memeriksa dan memutuskan perkara tersebut yaitu hakim yang memang berhak dan berwenang serta memiliki kualifikasi sebagai pemeriksa dan pemutus perkara ;

²⁶² Sudaryat, *Cara Mudah Membuat Gugatan (Panduan Praktis Mengajukan Gugatan Perdata dan Tata Cara Menyelesaikan Kasus Perdata di Pengadilan)*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2010, hlm. 64-65.

Sedangkan kerugian yang timbul apabila seseorang mengajukan hak melalui proses beracara di pengadilan antara lain adalah :²⁶³

1. Membuka konflik dengan pihak tergugat. Konflik ini dapat berujung pada dendam satu dengan yang lain sehingga tatanan masyarakat yang ada biasanya retak ;
2. Hubungan bisnis antara penggugat dan tergugat terhenti ;
3. Proses penyelesaian perkara membutuhkan waktu lama mengingat suatu perkara diajukan ke pengadilan akan diperiksa dan diputus dalam jangka waktu 3 sampai 5 bulan ;
4. Terdapat peluang gugatan ditolak, jika fakta-fakta yang ada serta pertimbangan hakim menyatakan bahwa gugatan patut ditolak ;
5. Ada peluang pihak lawan yaitu tergugat mengajukan gugatan balik atau gugatan balasan ;
6. Penggugat harus membayar biaya gugatan, yaitu uang muka gugatan yang harus dibayar saat gugatan didaftarkan ;

Pola atau alur proses persidangan dalam perkara perdata secara garis besar adalah sebagai berikut :

a. Perihal Gugatan

Suatu tuntutan hak harus memiliki kepentingan hukum yang cukup dan hal tersebut merupakan syarat utama untuk dapat diterimanya tuntutan hak tersebut oleh pengadilan (*point d'interest, point d'action*), namun tidak berarti bahwa setiap tuntutan hak yang ada kepentingan hukumnya akan dikabulkan oleh pengadilan. Pengadilan akan mengabulkan tuntutan hak apabila telah dilakukan proses pembuktian, pengadilan berpendapat bahwa tuntutan hak yang diajukan tersebut terbukti dan didasarkan atas adanya suatu hak.²⁶⁴

Di dalam hukum acara perdata dikenal 2 (dua) teori tentang cara membuat gugatan atau cara-cara mengajukan tuntutan hak yaitu :²⁶⁵

²⁶³ *Ibid.*, hlm. 66.

²⁶⁴ Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 294 K/Sip/1971 tertanggal 7 Juli 1971 yang salah satu pertimbangannya telah mensyaratkan bahwa gugatan harus diajukan oleh orang yang memiliki hubungan hukum.

²⁶⁵ Sunarto, *Op.cit.*, hlm. 83-84.

Substantierings Theorie

Menurut teori ini, gugatan harus menguraikan sejarah peristiwanya, hubungan kerja dan menyebutkan teori-teorinya. Teori ini menuntut segala sesuatu yang oleh hakim mungkin harus diperhatikan, maka dimasukkan dalam posita gugatan. Sejarah terjadinya hak atau hubungan hukum menurut teori ini harus disebutkan (*Substantierings Theorie*).

Teori ini sudah banyak ditinggalkan dalam praktik di pengadilan karena apabila paham ini tetap dianut maka beban bagi penggugat semakin berat karena penggugat di dalam menyusun surat gugatan diharuskan menguraikan secara jelas dan kronologis segala peristiwa yang mengakibatkan terjadinya hubungan hukum antara penggugat dan tergugat, serta gugatan yang panjang lebar terkadang tidak fokus pada pokok permasalahan yang mengakibatkan kaburnya suatu gugatan.

Sistem beracara menurut ketentuan HIR dan RBg bersifat sederhana, bahkan gugatan dapat diajukan secara lisan di persidangan dan penggugat dapat menjelaskan secara terperinci pada saat persidangan.

Individualiserings Theorie

Menurut teori ini, dalam surat gugatan cukup menunjukkan adanya hubungan hukum yang menjadi dasar gugatan tanpa harus menyebutkan sejarahnya. Teori ini menganggap telah cukup kalau gugatan tersebut disampaikan hanya pada garis-garis besarnya saja. Pendapat ini senada dengan Sudikno Mertokusumo,²⁶⁶ bahwa kejadian-kejadian yang disebutkan dalam surat gugatan harus cukup menunjukkan adanya hubungan hukum yang menjadi dasar tuntutan, tanpa disebutkan dasar atau sejarah terjadinya, karena hal tersebut dapat dikemukakan dalam tahap pembuktian di persidangan.

Dalam praktik di pengadilan, ternyata Mahkamah Agung menganut teori yang kedua yaitu *Individualiserings Theorie* yang lazim digunakan dan hal tersebut lebih sesuai dengan sistem hukum acara di HIR dan RBg yang

²⁶⁶ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 23.

menyerahkan kepada hakim untuk menyelenggarakan peradilan dan menyelesaikan secara tuntas setiap perkara yang dihadapkan kepadanya.²⁶⁷

Menurut paham *Individualisierungs Theorie*, penggugat di dalam menyusun gugatan perlu merumuskan adanya peristiwa atau kejadian yang menunjukkan secara garis besar adanya hubungan hukum antara penggugat dan tergugat yang merupakan dasar tuntutan, sedangkan sejarah terjadinya hubungan hukum tidak perlu dirumuskan dalam gugatan karena hal tersebut akan dibuktikan pada tahap pembuktian di persidangan.

Tuntutan hak sebagaimana dimaksud Pasal 118 ayat (1) HIR/ Pasal 142 ayat (1) RBg disebut pula sebagai tuntutan perdata dan lazimnya disebut gugatan (perkara *contentius*) yang dapat diajukan secara tertulis dan lisan.

b. Pendaftaran Gugatan

Penggugat yang telah menyusun dan merumuskan serta menandatangani surat gugatan dapat mendaftarkan surat gugatan tersebut di kepaniteraan pengadilan negeri yang berwenang dengan membayar panjar biaya perkara. Perkara tersebut akan didaftar dalam register perkara apabila penggugat telah membayar panjar biaya perkara, sedangkan bagi penggugat yang buta huruf dapat mengajukan gugatan secara lisan, demikian pula dengan penggugat yang tidak mampu menyediakan panjar biaya perkara dapat mengajukan permohonan kepada ketua pengadilan negeri untuk berperkara dengan *prodeo*.

Tata cara dan alur pelaksanaan pendaftaran perkara perdata di pengadilan negeri selaku pengadilan tingkat pertama adalah sebagai berikut :²⁶⁸

1. Penggugat atau melalui kuasa hukumnya mengajukan gugatan yang ditulis dalam bahasa Indonesia dan ditujukan kepada ketua pengadilan negeri di meja I bagian kepaniteraan muda perdata dengan kelengkapan dokumen yang harus dipenuhi :

²⁶⁷ Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 547 K/Sip/1972 tertanggal 15 Maret 1972 menyatakan dalam pertimbangan hukumnya bahwa perumusan kejadian materiil secara singkat di dalam suatu gugatan sudah memenuhi syarat.

²⁶⁸ *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan di Lingkungan Peradilan Perdata Umum dan Perdata Khusus, Op.cit.*, hlm. 3.

- a. Surat gugatan yang ditulis dalam bahasa Indonesia dan sudah ditandatangani oleh penggugat atau kuasa hukumnya ;
 - b. Surat kuasa yang sudah dilegalisir (apabila penggugat menggunakan kuasa hukum/advokat) ;
 - c. Fotokopi kartu advokat yang dalam gugatan tersebut bertindak selaku kuasa hukum ;
 - d. Salinan dokumen-dokumen atau surat-surat yang dibuat di luar negeri harus disahkan oleh kedutaan atau perwakilan Indonesia di negara tersebut dan apabila dokumen atau surat-surat tersebut dibuat dalam bahasa asing maka dokumen surat tersebut harus diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh penerjemah yang disumpah ;
2. Surat gugatan dan dokumen-dokumen terkait diserahkan oleh penggugat atau kuasa hukumnya kepada petugas penerima berkas sebanyak jumlah pihak dan ditambah 4 (empat) salinan berkas untuk majelis hakim dan arsip ;
 3. Petugas penerima berkas setelah meneliti kelengkapan berkas tersebut kemudian menyerahkan kepada panitera muda perdata ;
 4. Panitera muda perdata berkewajiban meneliti kembali berkas perkara yang diterimanya tersebut dan wajib mengembalikan kepada penggugat atau kuasanya apabila ditemukan adanya dokumen yang belum lengkap untuk dilengkapi dan pada berkas perkara yang sudah lengkap dibuatkan surat kuasa untuk membayar (SKUM) dalam rangkap 3 (tiga) :
 - a. Lembar pertama untuk penggugat ;
 - b. Lembar kedua untuk kasir ;
 - c. Lembar ketiga untuk dilampirkan dalam berkas perkara gugatan ;
 5. Berkas perkara yang telah dilengkapi dengan surat kuasa untuk membayar (SKUM) diserahkan kepada penggugat atau kuasanya agar membayar sejumlah uang panjar biaya perkara di petugas pemegang kas/kasir atau di bank ;
 6. Setelah penggugat atau kuasanya membayar biaya panjar perkara maka petugas pemegang kas atau kasir menandatangani surat kuasa untuk membayar (SKUM) dan petugas pemegang kas/kasir membukukan biaya

panjang perkara sebagaimana tercantum dalam SKUM dan mencatatnya dalam buku jurnal keuangan perkara ;

7. Nomor halaman buku jurnal keuangan perkara adalah nomor urut perkara yang nantinya menjadi nomor perkara dan oleh petugas pemegang kas nomor tersebut dicantumkan dalam SKUM serta direkatkan di dalam halaman pertama surat gugatan ;
8. Petugas meja II (dua) pada kepaniteraan muda perdata mencatat surat gugatan yang telah direkati SKUM tersebut pada buku register induk perkara perdata sesuai dengan nomor SKUM yang telah dibayar oleh penggugat ataupun kuasanya.

Ada beberapa hal yang perlu diperhatikan di dalam pemberian nomor perkara, yaitu perkara *verset* terhadap putusan *verstek* tidak didaftar sebagai perkara baru (tidak diberi nomor perkara baru, melainkan tetap menggunakan nomor perkara yang telah diputus *verstek* tersebut) demikian pula dengan gugatan intervensi yang harus didaftar dengan mengikuti nomor perkara pokok sedangkan untuk perkara perlawanan pihak ketiga (*derden verset*) maka perkara tersebut dicatat dan didaftar dengan nomor perkara baru.

c. Tahap Persiapan Persidangan

Langkah pertama yang ditempuh hakim setelah ditunjuk dan ditetapkan oleh ketua pengadilan negeri dalam memeriksa dan mengadili perkara perdata adalah segera mempelajari berkas perkara tersebut. Maksud dan tujuan bagi hakim dalam mempelajari berkas perkara adalah agar hakim yang bersangkutan memahami serta mengetahui kronologis perkara di awal tentang esensi perkara yang akan diperiksa serta diadilinya. Terutama terhadap alasan-alasan apa saja yang melatarbelakangi maupun petitum yang dimohonkan oleh pihak penggugat sebagaimana terurai dalam gugatannya.

HIR ataupun RBg tidak mengatur tentang berapa lama waktu yang diperlukan bagi hakim dalam mempelajari berkas perkara tersebut dan kemudian menetapkan hari dan tanggal dimulainya proses pemeriksaan pertama atas perkara tersebut di persidangan. Idealnya semakin cepat proses mempelajari berkas

perkara dan segera menentukan jadwal sidang maka dirasakan akan semakin baik untuk pencari keadilan dan memberikan kepastian hukum terhadap perkara yang dihadapinya. Selain itu, memahami serta mempelajari perkara oleh hakim menjadi sangat penting oleh karena mengurangi beban perkara di pengadilan yang cenderung meningkat jumlahnya, sehingga menyebabkan terjadinya penumpukan perkara. Dalam setiap perkara yang terdaftar di pengadilan memiliki karakter kompleksitas serta kerumitan yang berbeda dan berpengaruh bagi hakim untuk secara cepat dan tepat mempelajari berkas perkara maupun menentukan jadwal sidang.

Ketua majelis hakim dalam menetapkan hari dan tanggal persidangan hendaknya mempertimbangkan kondisi geografis tempat tinggal para pihak serta waktu maupun jarak tempuh dari tempat tinggalnya ke tempat pengadilan dimana perkara tersebut disidangkan. Pemanggilan oleh pengadilan terhadap pihak yang bertempat tinggal berada di wilayah pengadilan negeri yang berlainan dengan tempat dimana perkara disidangkan akan memerlukan waktu yang cukup lama karena pemanggilan tersebut harus dilakukan melalui pendelegasian dari pengadilan yang memeriksa perkara kepada pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat tinggal pihak perkara.

Menurut M. Yahya Harahap, ada beberapa hal yang perlu diperhatikan terkait dengan penetapan hari sidang, yaitu :²⁶⁹

1. Penetapan hari sidang dituangkan dalam bentuk surat penetapan ;
2. Penetapan hari sidang harus dilakukan segera setelah majelis menerima berkas perkara ;
3. Penetapan hari sidang dimasukkan atau dilampirkan dalam berkas perkara dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari berkas perkara ;

Sedangkan menurut Krisna Harahap wewenang untuk menetapkan hari sidang ada pada ketua majelis hakim.²⁷⁰ Pendapat tersebut berbeda dengan petunjuk Mahkamah Agung yang memberikan petunjuk berbeda antara perkara

²⁶⁹ M. Yahya Harahap, *Op.cit.*, hlm. 218-219.

²⁷⁰ Krisna Harahap, *Hukum Acara Perdata Indonesia (Mediasi, Class Action, Arbitrase & Alternatif)*, Grafiti Budi Utami, Bandung, 2007, hlm. 54.

perdata umum dengan perkara perdata khusus terkait dengan kesempatan mempelajari berkas perkara bagi majelis hakim dan penetapan hari sidang, yaitu :

1. Untuk pemeriksaan perkara perdata umum
 - a. Panitera muda perdata dalam waktu 3 (tiga) hari kerja wajib menyerahkan berkas perkara yang dilampiri formulir penetapan hari sidang pada ketua majelis/hakim yang telah ditetapkan.
 - b. Majelis hakim mempelajari berkas dan dalam waktu selambat-lambatnya 7 (tujuh) hari kalender menetapkan hari sidang.
 - c. Penetapan hari sidang perkara gugatan selalu dimusyawarahkan dengan sesama anggota majelis hakim dan dicatat dalam buku agenda masing-masing.
 - d. Ketua majelis/hakim dalam menetapkan hari sidang perlu memerhatikan jauh atau dekatnya tempat tinggal para pihak dengan letaknya tempat persidangan. Lamanya tenggang waktu antara pemanggilan para pihak dengan hari sidang paling sedikit 3 (tiga) hari kerja (Pasal 122 HIR/Pasal 146 RBg.²⁷¹
2. Untuk pemeriksaan perkara perdata khusus

Dalam jangka waktu paling lambat 3 (tiga) hari setelah tanggal permohonan pernyataan pailit didaftarkan, maka majelis hakim mempelajari permohonan dan menetapkan hari sidang.²⁷²

Kesepakatan majelis hakim tentang hari dan tanggal persidangan diperlukan untuk menghindari terjadinya benturan jadwal persidangan yang disebabkan salah seorang hakim yang telah ditunjuk pada hari tanggal yang sama sedang memeriksa atau menyidangkan perkara lain karena setiap hakim telah memiliki agenda persidangan sendiri yang dibuat berdasarkan *court calender* sehingga untuk kelancaran persidangan diperlukan keaktifan dari ketua majelis hakim untuk berkomunikasi dengan anggota majelis hakim lainnya sebelum menetapkan hari dan tanggal persidangan.

²⁷¹ Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Dalam Empat Lingkungan Peradilan*, Op.cit., hlm. 18.

²⁷² *Ibid.*, hlm. 114.

d. Hakim Mengupayakan Perdamaian

Pasal 130 HIR jo Pasal 154 RBg menyebutkan apabila pada hari sidang yang ditetapkan kedua belah pihak yang bersengketa hadir di depan persidangan maka majelis hakim berkewajiban untuk mendamaikan para pihak yang bersengketa, namun dalam perkembangannya upaya perdamaian masih lebih diintensifkan dengan cara mengintegrasikan proses mediasi ke dalam prosedur penyelesaian perkara atau proses litigasi.

Kemunculan mediasi secara resmi dilatarbelakangi adanya realitas sosial dimana pengadilan sebagai satu-satunya lembaga penyelesaian perkara dipandang belum mampu menyelesaikan perkaranya sesuai dengan harapan masyarakat pencari keadilan.

Pada era globalisasi saat ini kritikan masyarakat pencari keadilan terhadap lembaga peradilan semakin meningkat dan hal tersebut menunjukkan adanya ketidakpuasan atas kinerja badan peradilan dalam menyelesaikan sengketa.

Beberapa faktor penyebab ketidakpuasan masyarakat pencari keadilan terhadap kinerja badan peradilan di dalam menyelesaikan sengketa adalah :²⁷³

- a. Lambatnya penyelesaian sengketa yang diakibatkan sistem pemeriksaannya sangat formalitas dan teknis (*very formalistic and technical*) ;
- b. Biaya perkara yang mahal (biaya resmi pengadilan dan biaya untuk pengacara) ;
- c. Pengadilan yang tidak tanggap (*unresponsive*) dalam bentuk tidak tanggap membela dan melindungi kepentingan umum dan pengadilan sering berlaku tidak adil ;
- d. Putusan pengadilan tidak menyelesaikan masalah, bahkan sebaliknya menimbulkan masalah baru ;
- e. Putusan pengadilan membingungkan dan terkadang tidak masuk akal sehat ;
- f. Putusan pengadilan tidak memberikan kepastian hukum dan sering terjadi disparitas dalam putusan pengadilan tersebut ;

²⁷³ M. Yahya Harahap, *Op.cit.*, 2005, hlm. 233-235.

- g. Kemampuan hakim yang bersifat generalis sehingga diragukan profesionalisme dan kecakannya dalam menyelesaikan sengketa secara tepat dan benar sesuai dengan asas maupun paradigma yang berlaku di masyarakat;

Menurut Basuki Rekso Wibowo, salah satu penyebab ketidakpuasan masyarakat terhadap lembaga peradilan karena penyelesaian sengketa melalui lembaga peradilan sebagai institusi negara (*state court*) yang memiliki struktur, hierarkhi serta wewenang (kompetensi absolut) tertentu yang harus dilakukan sesuai dengan prosedur dan proses tertentu sebagaimana telah diatur dalam peraturan perundang-undangan.²⁷⁴

Pada dasarnya manusia selalu berkeinginan untuk menyelesaikan setiap persengketaan yang dihadapinya secara cepat dan memuaskan para pihak sehingga diperlukan alternatif penyelesaian sengketa yang cepat dan dapat memuaskan para pihak (*win-win solution*).

Para pihak yang bersengketa dapat memilih mediasi sebagai salah satu proses penyelesaian sengketa yang cepat dan murah serta dapat memberikan akses yang besar kepada para pihak untuk menemukan penyelesaian yang memuaskan dan memenuhi rasa keadilan. Keberadaan mediasi menjadi sangat penting di tengah semakin banyaknya perkara yang masuk di pengadilan. Cara penyelesaian sengketa melalui jalur non litigasi sudah dikenal sejak masa pemerintahan Belanda dan hal tersebut dilakukan dengan upaya menyelesaikan sengketa secara damai sebelum perkara tersebut disidangkan.

Pertama kali aturan tersebut dikenalkan oleh pemerintah Hindia Belanda melalui *Reglement op de burgerlijke Rechtsvordering* atau disingkat Rv pada tahun 1894 dilanjutkan hingga saat ini dengan diterbitkannya beberapa aturan berupa Peraturan Mahkamah Agung (PERMA RI). Penyelesaian sengketa melalui jalur non litigasi ini telah dirintis sejak lama oleh para ahli hukum dan Mahkamah Agung sebagai lembaga tinggi negara pemegang kekuasaan yudikatif yang mendorong dan memfasilitasi agar mediasi menjadi salah satu instrumen penyelesaian sengketa.

²⁷⁴ Basuki Rekso Wibowo, *Arbitrase Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdagangan di Indonesia*, (Disertasi), Program Doktor Ilmu Hukum, Universitas Airlangga, Surabaya, 2004, hlm. 3-4.

Berkaitan dengan proses penyelesaian perkara di pengadilan, maka Mahkamah Agung Republik Indonesia sebagai lembaga peradilan tertinggi telah mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016 (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2016 Nomor 175) pada tanggal 03 Februari 2016 tentang prosedur mediasi di pengadilan yang merupakan koreksi dan penyempurnaan atas Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2008 jo Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2003.

Kebijakan Mahkamah Agung Republik Indonesia memberlakukan mediasi ke dalam proses perkara di pengadilan didasari atas beberapa alasan sebagai berikut :²⁷⁵

1. Proses mediasi diharapkan dapat mengatasi masalah penumpukan perkara. Jika para pihak dapat menyelesaikan sendiri sengketa tanpa harus diadili oleh hakim, maka jumlah perkara yang harus diperiksa oleh hakim akan berkurang. Jika sengketa dapat diselesaikan melalui perdamaian, maka para pihak tidak akan menempuh upaya hukum kasasi karena perdamaian merupakan hasil dari kehendak bersama para pihak, sehingga mereka tidak akan mengajukan upaya hukum. Sebaliknya, jika perkara diputus oleh hakim maka putusan merupakan hasil dari pandangan dan penilaian hakim terhadap fakta dan kedudukan hukum para pihak. Pandangan dan penilaian hakim belum tentu sejalan dengan pandangan para pihak, terutama pihak yang kalah sehingga pada umumnya pihak yang kalah selalu menempuh upaya hukum banding dan kasasi yang akan mengakibatkan terjadinya penumpukan perkara di Mahkamah Agung.
2. Proses mediasi dipandang sebagai cara penyelesaian sengketa yang lebih cepat dan murah dibandingkan dengan proses litigasi. Di Indonesia memang belum ada penelitian yang membuktikan asumsi bahwa mediasi merupakan proses yang cepat dan murah dibandingkan dengan proses litigasi, namun jika didasarkan pada logika seperti yang diuraikan pada alasan pertama, jika perkara diputus, pihak yang kalah sering mengajukan upaya hukum banding

²⁷⁵ Sunarto, *Op.cit.*, hlm. 136-137.

atau kasasi membuat penyelesaian atas perkara yang bersangkutan dapat memakan waktu bertahun-tahun sejak pemeriksaan di tingkat pertama hingga pemeriksaan tingkat kasasi Mahkamah Agung. Sebaliknya, jika perkara dapat diselesaikan dengan perdamaian maka para pihak dengan sendirinya dapat menerima hasil akhir karena merupakan hasil kerja mereka yang mencerminkan kehendak bersama para pihak. Selain logika seperti yang diuraikan sebelumnya, literatur memang sering menyebutkan bahwa penggunaan mediasi atau bentuk-bentuk penyelesaian yang termasuk ke dalam pengertian *alternative dispute resolution* (ADR) merupakan proses penyelesaian sengketa yang lebih cepat dan murah dibandingkan proses litigasi.

3. Pemberlakuan mediasi diharapkan dapat memperluas akses bagi para pihak untuk memperoleh rasa keadilan. Rasa keadilan tidak hanya dapat diperoleh melalui proses litigasi, namun juga melalui proses musyawarah mufakat oleh para pihak. Dengan diberlakukannya mediasi ke dalam sistem peradilan formal, masyarakat pencari keadilan pada umumnya dan para pihak yang bersengketa pada khususnya dapat terlebih dahulu mengupayakan penyelesaian atas sengketa mereka melalui pendekatan musyawarah mufakat yang dibantu oleh seorang penengah yang disebut sebagai mediator. Mahkamah Agung tetap memandang perlu untuk mewajibkan para pihak menempuh upaya perdamaian dengan dibantu mediator, tidak saja karena ketentuan hukum acara yang berlaku yaitu HIR maupun RBG telah mewajibkan hakim untuk terlebih dahulu mendamaikan para pihak sebelum proses memutus dimulai, namun karena pandangan bahwa penyelesaian yang lebih baik dan memuaskan adalah proses penyelesaian yang memberikan peluang bagi para pihak untuk bersama-sama mencari dan menemukan hasil akhir.
4. Institusionalisasi prose mediasi ke dalam sistem peradilan dapat memperkuat dan memaksimalkan fungsi lembaga pengadilan dalam penyelesaian sengketa. Jika pada masa yang lalu fungsi lembaga pengadilan yang lebih menonjol adalah fungsi memutus maka dengan diberlakukannya Peraturan

Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016 (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2016 Nomor 175) pada tanggal 03 Februari 2016 tentang prosedur mediasi di pengadilan diharapkan fungsi mendamaikan atau mediasi dapat berjalan seiring dan seimbang dengan fungsi memutus. PERMA ini diharapkan dapat mendorong perubahan cara pandang para pelaku dalam proses peradilan perdata yaitu hakim dan advokat, bahwa lembaga pengadilan tidak hanya memutus, namun mendamaikan.

Menurut Laurence Boulle²⁷⁶ pengintegrasian mediasi di dalam proses peradilan meliputi 4 (empat) kategori, yaitu :

1. *Court referral independent of formal authority ;*
2. *Referral in court discretion with parties consent ;*
3. *Referral in court discretion without parties consent ;*
4. *Routine court referral ;*

Di dalam praktik sudah lama dilakukan proses mediasi yang diintegrasikan ke dalam proses penyelesaian di pengadilan sehingga beberapa keunggulan dari mediasi dapat direalisasikan dalam proses penyelesaian sengketa melalui pengadilan.

e. Tahap Persidangan

Pada hari persidangan yang telah ditetapkan ada kemungkinan tergugat tidak datang dan tidak mengirimkan wakilnya untuk menghadap di persidangan, meskipun sudah dipanggil secara patut oleh juru sita, maka gugatan dikabulkan dengan putusan di luar hadir atau *verstek*, kecuali gugatan itu melawan hak atau tidak beralasan.

Apabila gugatan diterima, maka sesuai Pasal 129 ayat (2) HIR atas perintah Ketua Pengadilan Negeri diberitahukan isi putusan kepada tergugat yang dikalahkan dan diterangkan kepadanya bahwa tergugat berhak mengajukan perlawanan (*verzet*) dalam tempo 14 (empat belas) hari setelah tergugat sendiri atau kuasa tergugat menerima pemberitahuan. Apabila tenggang waktu telah dilampaui maka :

²⁷⁶ Laurence Boulle, *Mediation, Principles, Process Praction*, Butterworths, Sydney, 1996, hlm. 190-191.

- Hak tergugat untuk mengajukan perlawanan akan gugur ;
- Tergugat dianggap telah menerima putusan verstek ;
- Putusan verstek akan mendapat kekuatan hukum tetap ;
- Terhadapnya tertutup upaya banding dan kasasi ;

Dan jika putusan tersebut tidak diberitahukan kepada tergugat, namun pada orang lain seperti anggota keluarga atau kepala desa, perlawanan masih diterima sampai pada hari kedelapan sesudah peneguran atau peringatan (*aanmaning*).

Dalam hukum acara perdata, tujuan utama dilakukan verstek adalah untuk mendorong para pihak menaati tata tertib beracara, sehingga proses pemeriksaan penyelesaian perkara terhindar dari kesewenangan. Krisna Harahap menyatakan hal yang tidak jauh berbeda dengan pendapat para ahli yang lain, apabila pada hari sidang yang telah ditetapkan, namun tergugat tidak datang dan tidak mengirim wakilnya sedang ia telah dipanggil secara patut sesuai dengan cara pemanggilan menurut undang-undang. Dengan demikian, gugatan akan dikabulkan oleh hakim tanpa kehadiran tergugat dengan dikeluarkannya putusan *verstek*, asal saja gugatan tersebut tidak melawan hak atau tidak beralasan.²⁷⁷

Pasal 125 HIR menyebutkan bahwa :

1. *Jika tergugat walaupun dipanggil dengan patut tidak menghadap pada hari yang telah ditentukan dan juga tidak menyuruh orang lain menghadap selaku wakilnya maka gugatan tersebut diterima dengan putusan tak hadir kecuali jika nyata kepada pengadilan negeri bahwa gugatan itu melawan hak atau tidak beralasan ;*
2. *Namun jika tergugat dalam surat jawabannya tersebut mengajukan perlawanan bahwa pengadilan negeri tidak berhak memeriksa perkara itu, hendaklah pengadilan walaupun tergugat sendiri atau wakilnya tidak menghadap, sesudah didengar penggugat mengadili perlawanannya dan hanya kalau perlawanan itu ditolak maka putusan dijatuhkan mengenai pokok perkara ;*

²⁷⁷ Krisna Harahap, *Op.cit.*, hlm. 58-61.

Pasal 126 HIR/Pasal 150 RBg memberi kelonggaran bahwa tergugat yang tidak hadir pada hari sidang pertama akan dipanggil lagi oleh majelis hakim dan apabila tergugat tetap tidak datang dan tidak memberikan pemberitahuan perihal ketidakhadirannya maka majelis hakim akan menjatuhkan putusan *verstek*.

Terdapat perbedaan antara Pasal 126 HIR jo Pasal 150 RBg dengan Pasal 127 HIR jo Pasal 151 RBg sebagai berikut :

- Pasal 126 HIR, tergugat hanya terdiri dari 1 (satu) orang maka hakim diberi kebebasan menjatuhkan *verstek* atau tidak ;
- Pasal 127 HIR, tergugat terdiri lebih dari 1 (satu) orang. Dalam hal ini hakim harus mengundurkan sidang, apabila salah seorang tidak hadir pada hari pertama, namun apabila yang tidak datang salah seorang tergugat maka sidang tetap dilanjutkan ;

Menurut Krisna Harahap, syarat-syarat dapat dijatuhkannya putusan *verstek* oleh hakim adalah :²⁷⁸

1. Tergugat tidak datang pada hari sidang yang telah ditentukan ;
2. Tergugat tidak mengirimkan wakil atau kuasa yang sah untuk menghadap ;
3. Tergugat telah dipanggil dengan patut ;
4. Petitum tidak melawan hak ;
5. Petitum beralasan ;

Apabila syarat 1, 2 dan 3 dipenuhi, namun petitum melawan hak atau tidak beralasan maka, putusan meskipun diputus secara *verstek* namun gugatannya ditolak. Apabila syarat 1, 2 dan 3 dipenuhi namun ada kesalahan formil dalam gugatan, maka gugatan dinyatakan tidak dapat diterima. Dalam hasil Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 2010 perihal putusan *verstek* masih terdapat dua pendapat yaitu :

1. Hakim meminta penggugat untuk membuktikan gugatannya sebelum hakim menjatuhkan putusan *verstek* ;
2. Hakim tidak perlu meminta penggugat untuk membuktikan gugatannya sebelum hakim menjatuhkan putusan *verstek* ;²⁷⁹

²⁷⁸ Krisna Harahap, *Op.cit.*, hlm. 62.

Dalam putusan *verstek* atas ketidakhadiran penggugat atau tergugat dalam perkara perdata yang diperiksa dan diadili, maka majelis hakim dapat memberikan putusan *verstek* yang terdiri dari :

- Mengabulkan gugatan penggugat yang dapat terdiri dari :
 - a. Mengabulkan seluruh gugatan ;
 - b. Mengabulkan sebagian ;
- Menyatakan gugatan penggugat tidak dapat diterima ; dan
- Menolak gugatan penggugat ;

f. Putusan

Putusan bagi hakim merupakan mahkota dan barometer apakah pengadilan di dalam memeriksa dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya telah menerapkan ketentuan hukum yang berlaku dan apakah putusan tersebut telah sesuai dengan rasa keadilan para pencari keadilan. Putusan yang baik dan bermutu harus ditempuh melalui proses dari tahap persiapan persidangan atau tahap pembuktian dan tahap pasca persidangan. Proses pemeriksaan pada tahap tersebut apabila telah ditempuh sesuai dengan ketentuan yang berlaku (ketentuan formil maupun materiil) akan menghasilkan suatu kesimpulan yang akurat dan dihasilkan putusan yang dapat memenuhi rasa keadilan yang meliputi keadilan prosedural dan keadilan substantif.

Bertitik tolak dari ketentuan Pasal 184 HIR, Pasal 195 RBg, Pasal 30 RO serta Pasal 13, 14 dan 50 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, maka tidak ditemukan mengenai pengertian putusan hakim. Oleh karena itu untuk dapat menjelaskan mengenai pengertian perihal putusan hakim dapat digunakan beberapa pendapat ahli hukum. I Rubini dan Chidir Ali merumuskan putusan sebagai bentuk suatu akta penutup dari suatu proses perkara dan putusan hakim tersebut disebut juga sebagai vonnis yang merupakan kesimpulan terakhir mengenai hukum dari hakim serta memuat pula

²⁷⁹ Hasil Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 2010 di Balikpapan dan diunduh pada hari Senin, tanggal 25 April 2016 pukul 12.30 Wib dalam situs internet badilag.net/data/e-dokumen/.../Buku%2011%202010%20SIAP.pdf.

akibat-akibatnya.²⁸⁰ Selain itu, Sudikno Mertokusumo menyatakan bahwa putusan merupakan suatu pernyataan hakim sebagai pejabat negara yang diberi wewenang, diucapkan di persidangan dan bertujuan untuk menyelesaikan suatu perkara antara para pihak.²⁸¹

Dari pengertian tersebut, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa suatu putusan harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

1. Diucapkan oleh hakim yang berwenang ;
2. Diucapkan dalam persidangan yang terbuka untuk umum ;
3. Dengan syarat-syarat dan bentuk tertentu ;
4. Bertujuan untuk mengakhiri sengketa suatu perkara ;

Dalam prosesnya hakim harus terlebih dahulu menetapkan kebenaran dari fakta-fakta atau kejadian-kejadian secara objektif kemudian menerapkan hubungan hukum serta peraturan hukumnya.

Dalam membentuk sebuah putusan, maka hakim harus menyusun dan membentuk sesuai dengan sistematika yang telah dirumuskan dalam Pasal 184 ayat (1) HIR atau Pasal 195 dan Pasal 25 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman agar putusan yang dibuat dapat memenuhi syarat undang-undang, dan bila tidak dipenuhinya sistematika tersebut maka putusan tersebut dinyatakan tidak sah dan harus dibatalkan. Menurut Sudikno Mertokusumo, seorang hakim selayaknya menguasai kemampuan menyelesaikan perkara yuridis (*the power of solving legal problems*) yang terdiri dari tiga kegiatan utama yaitu merumuskan masalah hukum (*legal problem solving*) dan terakhir mengambil putusan.²⁸²

Menurut Sunaryati Hartono, putusan hakim memiliki beberapa fungsi :²⁸³

1. Putusan hakim sebagai perwujudan upaya untuk mencegah dan menyelesaikan konflik. Putusan hakim ditekankan pada fungsi mekanisme

²⁸⁰ I Rubini dan Chidir Ali, *Pengantar Hukum Acara Perdata*, Alumni, Bandung, 2007, hlm. 105.

²⁸¹ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 167.

²⁸² Sudikno Mertokusumo, *Pendidikan Hukum di Indonesia dalam Sorotan*, dalam Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Ke-Indonesiaan*, CV Utomo, Bandung, 2006, hlm. 196.

²⁸³ Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad Ke- 20*, Alumni, Bandung, 1994, hlm. 121-122.

- pengintegrasian dengan mencegah konflik dan menyelesaikan atau mengatasinya dengan cara damai dan tertib apabila konflik telah terjadi ;
2. Putusan sebagai perwujudan upaya penemuan hukum. Dalam hal demikian, putusan hakim ditekankan pada hubungan fungsi dan tugas hakim dengan undang-undang yang ada. Arti penting pandangan ini terletak pada hubungan pelaksanaan tugas hakim dengan undang-undang yang tidak selalu lengkap dan jelas karena tertinggal dengan perkembangan masyarakat yang lebih cepat ;
 3. Putusan hakim sebagai perwujudan *law as a tool of social engineering*. Putusan hakim ditekankan pada fungsi pengstrukturkan kembali suatu masyarakat yang didasarkan pada tatanan dan nilai-nilai tertentu untuk ditujukan kepada masyarakat baru ;

Putusan hakim juga merupakan landasan dari eksekusi. Dalam Pasal 180 HIR disebutkan mengenai adanya suatu putusan hakim yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap atau pasti. Dengan memperoleh kekuatan hukum tetap maka putusan tersebut tidak lagi dapat diubah, kecuali dengan upaya hukum khusus yaitu peninjauan kembali dan perlawanan oleh pihak ketiga.²⁸⁴

Hakim sebelum menjatuhkan putusan untuk menyelesaikan perkara yang sedang ditanganinya terlebih dahulu akan menempuh beberapa langkah sebagai proses yang dilakukan secara bertahap yaitu :²⁸⁵

1. Tahap inventarisasi ;
2. Tahap penentuan sistem hukum yang berlaku dalam perkara yang sedang dihadapi ;
3. Tahap seleksi ;
4. Tahap penerapan ;
5. Tahap penentuan atau mengambil putusan ;
6. Tahap redaksi ;

²⁸⁴ Mohammad Saleh, *Penerapan Asas Peradilan Pada Eksekusi Putusan Perkara Perdata*, Graha Cendikia, Yogyakarta, 2011, hlm. 85.

²⁸⁵ Elyanah Tansah, *Cara Penyelesaian Perkara Perdata Dengan Sistem Putusan Sela*, Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta, 1998, hlm. 10-11.

Di dalam inventarisasi tersebut, hakim berusaha untuk memperoleh pokok sengketa yang telah diperselisihkan oleh para pihak yang bersengketa meliputi petitum penggugat dan hal-hal yang telah disampaikan penggugat untuk menunjang dasar tuntutan dalam posita dan sebaliknya, hakim berusaha untuk memperoleh jawaban atau sangkalan dari tergugat dan dasar sangkalan dari tergugat. Pada tahap penentuan sistem hukum perdata yang berlaku bagi para pihak, hakim akan meneliti apakah sudah unifikasi hukum atau sudah ada ketentuan yang mengatur hal tersebut. Proses berikutnya adalah proses seleksi yaitu hakim akan meneliti apakah pelanggaran norma yang dikemukakan oleh para pihak masuk dalam sistem peraturan hukum atau apakah dalam sistem peraturan hukum nasional terdapat satu atau lebih kaidah hukum (yang secara tepat dapat diterapkan) pada peristiwa-peristiwa yang dikemukakan oleh para pihak yang mengharapkan suatu hukum tertentu.

Pada tahap seleksi ini, hakim akan meneliti, apakah pelanggaran yang dilakukan oleh tergugat menimbulkan akibat hukum sebagaimana dimaksud oleh penggugat di dalam gugatannya dan merupakan pelanggaran terhadap kaidah hukum. Setelah hakim memilih satu atau lebih kaidah hukum maka hakim akan menerapkan peraturan hukum tersebut pada kumpulan peristiwa yang telah dikemukakan oleh para pihak, artinya hakim akan meneliti, apakah unsur-unsur yang disebutkan dalam peraturan hukum tersebut agar timbul akibat hukum yang dituju oleh peraturan tersebut, dalam kenyataannya juga telah dikemukakan secara lengkap oleh pihak yang berkepentingan.²⁸⁶

Tahapan berikutnya adalah hakim berusaha memperoleh kejelasan tentang hal-hal yang merupakan pokok sengketa yang masih harus diputuskan dengan membuat klasifikasi pokok sengketa secara berurutan. Hakim berkewajiban untuk menyusun redaksi putusan yang di dalamnya memuat pertimbangan hukum yang digunakan sebagai dasar putusan dan redaksi putusan yang disusun secara runtut akan memberikan alasan hukum atau pertimbangan sehingga para pihak yang bersengketa atau pihak lain yang membaca putusan tersebut dapat memperoleh gambaran jelas mengenai proses pengambilan putusan dan alasan-alasan yang

²⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 18.

menjadi dasar dalam mengambil putusan tersebut. Redaksi suatu putusan yang disusun oleh hakim dengan runtut akan mengakibatkan para pihak yang bersengketa atau pihak lain yang membaca putusan tersebut akan memperoleh gambaran mengenai :

1. Pokok-pokok perselisihan (problematic) yang harus diputus ;
2. Proses jalannya penyelesaian yang ditempuh dan alasan-alasan yang digunakan sebagai dasar pertimbangan hakim ;

Hakim saat memeriksa dan mengadili suatu perkara berkewajiban melakukan tindakan berupa mengkonstatir, mengkualifikasi dan mengkonstitusikan suatu peristiwa dan menurut Sudikno Mertokusumo, hakim harus melakukan tiga tahapan tindakan yaitu :²⁸⁷

1. Mengkonstatir

Berarti melihat, mengakui dan membenarkan terjadinya peristiwa yang diajukan. Untuk sampai pada konstatering, maka hakim harus memiliki kepastian mengenai kebenaran alat-alat bukti untuk mendapatkan kepastian tentang kebenaran peristiwa yang diajukan kepadanya. Jadi, mengkonstatir peristiwa berarti membuktikan atau menganggap telah terbuktinya peristiwa yang bersangkutan.

2. Mengkualifikasi peristiwanya

Hakim harus menilai peristiwa yang telah dianggap benar-benar terjadi termasuk menemukan hukumnya bagi peristiwa yang telah dikonstatir. Untuk menemukan hukumnya, hakim sering melakukan penerapan hukum terhadap peristiwanya. Jadi, mengkualifikasi pada umumnya berarti menemukan hukumnya dengan jalan menerapkan peraturan hukum terhadap peristiwanya. Hakim bukan hanya menemukan hukum, namun harus menciptakan hukumnya. Hakim harus berani menciptakan hukum yang tidak bertentangan dengan keseluruhan sistem peraturan perundang-undangan dan yang memenuhi kebutuhan masyarakat, termasuk nilai-nilai hidup yang ada dalam masyarakat serta kearifan lokal (*local wisdom*).

3. Mengkonstitusikan

²⁸⁷ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 110.

Pada akhirnya, hakim harus memberikan konstitusinya berarti bahwa hakim menetapkan hukumnya kepada peristiwa yang bersangkutan.

Hakim akan menentukan peristiwa hukum apakah yang menguasai persengketaan antara pihak-pihak yang bersangkutan. Hakim dipandang mengetahui hukum secara objektif, berarti hakim karena jabatannya bertujuan menentukan hukum mana yang berlaku bagi perkara yang dihadapkan kepadanya.²⁸⁸ Hakim dalam menentukan hukum objektif didasarkan pada sebuah tanggung jawab yang besar serta memiliki ilmu pengetahuan yang diimbangi dengan daya nalar tinggi berdasarkan rasa keadilan dalam masyarakat. Dalam menghadapi sebuah kasus, maka hakim akan menemukan hukum objektif berdasarkan hukum tertulis atau tidak tertulis yang berlaku di Indonesia.

Menemukan atau mencari hukum oleh hakim harus disesuaikan antara peristiwa konkrit dengan peraturan perundang-undangannya, apakah undang-undang tersebut dapat diterapkan ke dalam peristiwa konkrit yang ditemukan melalui proses pembuktian ataupun sebaliknya agar dapat diperoleh keadilan yang dituangkan dalam putusan sebagai tujuan akhir. Penemuan hukum oleh hakim melalui putusan dianggap memiliki wibawa karena hasil penemuan hukum oleh hakim adalah hukum. Putusan merupakan akhir dari suatu proses pemeriksaan perkara yang dilakukan majelis hakim dengan terlebih dahulu dilakukan musyawarah berdasarkan ketentuan perundang-undangan. Putusan juga merupakan salah satu bentuk penyelesaian perkara melalui pengadilan.²⁸⁹ Penyelesaian perkara dalam peradilan *contentious* disebut putusan (*vonnis*), sedangkan dalam pengadilan *voluntair* disebut penetapan (*beschikking*). Penetapan merupakan bentuk tindakan hakim atau pengadilan yang berhubungan dengan suatu permohonan dalam lingkup yurisdiksi *voluntair*. Hal ini dimaksudkan untuk mengakhiri ketidakjelasan status hukum. Unsur mendasarnya adalah tidak adanya sengketa dan bersifat sepihak serta dikaitkan dengan permohonan untuk memberikan status hukum.

²⁸⁸ Harifin A. Tumpa, *Op.cit.*, hlm. 103.

²⁸⁹ Abdullah, *Pertimbangan Hukum Putusan Pengadilan*, Program Pascasarjana, Universitas Sunan Giri, Sidoarjo, 2008, hlm. 47.

Dalam ketentuan hukum Belanda dikenal dengan istilah *vonnis* dan *gewijsde*. Yang dimaksud dengan *vonnis* adalah putusan yang belum memiliki kekuatan hukum yang pasti, sehingga masih tersedia upaya hukum yang biasa, sedangkan *gewijsde* adalah putusan yang telah memiliki kekuatan hukum yang pasti.²⁹⁰

HIR tidak mengatur mengenai kekuatan putusan hakim. Putusan memiliki tiga macam kekuatan, yaitu :

1. Kekuatan mengikat

Putusan harus dituangkan secara tulisan dan dinyatakan secara lisan di dalam sidang yang terbuka untuk umum. Prinsip keterbukaan untuk umum bersifat imperatif (memaksa). Hal ini dapat dilihat dalam aturan Pasal 13 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, sebagai berikut :

- a. Semua sidang pemeriksaan pengadilan adalah terbuka untuk umum, kecuali undang-undang menentukan lain ;
- b. Putusan pengadilan hanya sah dan memiliki kekuatan hukum apabila diucapkan dalam sidang yang terbuka untuk umum ;
- c. Tidak dipenuhinya ketentuan sebagaimana ayat (1) dan (2) mengakibatkan putusan batal demi hukum ;

Persidangan dan putusan yang diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum merupakan salah satu bagian yang tidak terpisahkan dari asas *fair trial*.²⁹¹ Tujuan utama dimaksudkan untuk :

- Menjamin objektivitas proses persidangan ;
- Menciptakan suasana kondusif bagi semua pihak ;
- Menunjukkan tindakan yang tidak diskriminatif ;
- Mempublikasikan proses persidangan sampai dengan putusan secara langsung ;
- Memberikan perhatian kepada hakim agar hati-hati dalam menyidangkan perkara dan tidak melakukan kesalahan-kesalahan ;

²⁹⁰ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 213.

²⁹¹ M. Yahya Harahap, *Op.cit.*, hlm. 803.

- Mencegah saksi untuk mengucapkan sumpah palsu karena sumpahnya didengar orang lain atau masyarakat ;²⁹²

Prinsip terbuka untuk umum secara absolut berlaku pada pengucapan putusan, karena dengan diucapkannya putusan dalam sidang terbuka untuk umum, maka semua proses pemeriksaan yang tertuang dalam prinsip putusan yaitu kepala putusan, pertimbangan hukum serta amarnya dapat diketahui masyarakat.²⁹³

Dalam rangka menghindari ketidaksesuaian antara konsep dengan pengucapan putusan, maka Surat Edaran Mahkamah Agung Republik²⁹⁴ menginstruksikan kepada para hakim yang menyidangkan dan memutus perkara yang bersangkutan agar menyiapkan konsep putusan secara tertulis. Maksud tujuan surat edaran ini adalah untuk mencegah adanya perbedaan isi putusan yang diucapkan dengan yang ditulis. Apabila terdapat perbedaan antara isi putusan yang diucapkan dengan yang ditulis maka yang sah adalah yang diucapkan yaitu lahirnya putusan tersebut sejak saat diucapkan.

Sesuai dengan Pasal 14 ayat (2) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dalam sidang permusyawaratan, maka setiap hakim wajib menyampaikan pertimbangan atau pendapat tertulis terhadap perkara yang sedang diperiksa dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dengan putusan. Pendapat tertulis tersebut dapat dituangkan di dalam putusan akhir.

Terikatnya para pihak pada putusan memiliki dua arti, pertama arti positif yaitu apa yang telah diputus antara para pihak dengan sendirinya mengikat (*res judicata pro veritate habetur*) serta tidak dimungkinkan ada pembuktian lawan dan para pihak wajib memenuhi isi putusan tersebut. Arti kedua adalah arti negatif dari kekuatan mengikat suatu putusan bahwa hakim tidak boleh memutus perkara yang pernah diputus sebelum antara para pihak dan mengenai pokok perkara yang

²⁹² Abdullah, *Op.cit.*, hlm. 49.

²⁹³ *Ibid.*, hlm. 50.

²⁹⁴ Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1959 tertanggal 20 April 1959 dan Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1962 tertanggal 07 Maret 1962.

sama. Pengulangan tersebut tidak akan memiliki akibat hukum (*ne bis in idem*) sesuai ketentuan Pasal 134 Rv.²⁹⁵

Kekuatan mengikat dalam arti negatif tersebut didasarkan pada asas *litis finiri oportet* yang menjadi dasar ketentuan mengenai tenggang waktu untuk mengajukan upaya hukum yang menyatakan apa yang pada suatu waktu telah diselesaikan atau diputus oleh hakim maka tidak boleh diajukan kembali pada hakim lain. Suatu putusan yang telah pasti dan tetap tidak dapat ditarik kembali dan tidak dapat lagi dilawan.

Terikatnya para pihak pada putusan menimbulkan beberapa teori yang hendak memberikan dasar kekuatan mengikat suatu putusan, yaitu :²⁹⁶

a. Teori hukum materiil

Menurut teori ini memiliki sifat hukum materiil, sebab mengadakan perubahan terhadap wewenang dan kewajiban keperdataan yaitu menetapkan, menghapuskan, mengubah dan menimbulkan atau meniadakan hubungan hukum. Teori ini telah ditinggalkan karena dalam penerapannya, ajaran ini tidak memberi wewenang untuk mempertahankan hak seseorang terhadap pihak ketiga.

b. Teori hukum acara

Putusan merupakan sumber dari wewenang prosesuil, sehingga akibat dari putusan bersifat hukum acara yang berarti bahwa diciptakannya atau dihapuskannya wewenang dan kewajiban prosesuil.

c. Teori hukum pembuktian

Putusan merupakan bukti tentang apa yang ditetapkan di dalamnya sehingga memiliki kekuatan mengikat karena pembuktian lawan terhadap isi suatu putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang pasti tidak diperkenankan menurut teori ini.

2. Kekuatan pembuktian

Putusan dikatakan memiliki kekuatan pembuktian karena putusan sifatnya adalah akte autentik karena dibuat dalam bentuk tertulis oleh hakim yang diberi

²⁹⁵ Harifin Andi Tumpa, *Menguak Roh Keadilan Dalam Putusan Hakim Perdata*, Tanjung Agung, Jakarta, 2012, hlm. 107.

²⁹⁶ *Ibid.*

wewenang oleh undang-undang memutus suatu perkara. Putusan dapat dijadikan bukti pihak berperkara sepanjang mengenai peristiwa yang telah ditetapkan dalam putusan, karena putusan hakim adalah pembentukan hukum *in concreto*, maka peristiwa yang ditetapkan dianggap benar dan telah memperoleh kekuatan bukti sempurna dan berlaku antara para pihak berperkara serta pihak ketiga, namun terhadap peristiwa lain hanya memiliki kekuatan bukti bebas atau persangkaan.

3. Kekuatan eksekutorial

Putusan hakim yang sudah tetap dan memiliki kekuatan pasti akan memiliki kekuatan untuk dilaksanakan terhadap pihak yang dinyatakan kalah dalam perkara dan dilakukan secara sukarela. Kekuatannya dapat dipaksakan dengan bantuan kekuatan umum terhadap pihak yang tidak menaatinya secara sukarela. Kekuatan ini dinamakan kekuatan eksekutorial.

Persyaratan agar suatu putusan mendapatkan kekuatan eksekutorial adalah adanya keharusan dalam setiap putusan pengadilan di seluruh Indonesia yang harus diberi kepala putusan di atasnya sesuai Pasal 435 Rv jo Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi "*Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*". Kepala putusan yang diawali dengan kalimat tersebut yang telah memberikan kekuatan eksekutorial bagi setiap putusan di Indonesia.

g. Upaya Hukum

Suatu putusan hakim tidak luput dari kekeliruan, bahkan tidak mustahil bersifat memihak. Oleh karena itu, demi keadilan dan kebenaran maka dimungkinkan bagi putusan hakim untuk diperiksa ulang melalui upaya hukum yang hanya dapat diajukan oleh para pihak yang bersangkutan. Sifat dan berlakunya upaya hukum tersebut berbeda. Dalam hukum acara perdata Indonesia diatur mengenai dua macam upaya hukum yaitu upaya hukum biasa serta upaya hukum luar biasa sebagai berikut :

1. Upaya Hukum Biasa

Pada dasarnya upaya hukum ini terbuka untuk setiap putusan selama tenggang waktu yang ditentukan undang-undang. Wewenang untuk menggunakannya

hapus dengan diterimanya putusan oleh pihak yang kalah.²⁹⁷ Upaya hukum ini pada umumnya bersifat menanggukuhkan pelaksanaan putusan untuk sementara, kecuali apabila putusan tersebut dijatuhkan dengan ketentuan Pasal 180 HIR dan dibagi sebagai berikut :

a. Perlawanan (*verzet*)

Merupakan upaya hukum terhadap putusan yang dijatuhkan di luar hadirnya tergugat sesuai Pasal 125 ayat (3) jo Pasal 129 HIR, Pasal 149 ayat (3) jo Pasal 153 RBG. Upaya hukum *verzet* dilakukan oleh tergugat kepada pengadilan negeri yang menjatuhkan putusan *verstek*. Bentuk upaya hukum ini disediakan bagi pihak tergugat yang kalah dalam *verstek*. Perlawanan ini dapat diajukan terhadap putusan *verstek* dalam tenggang waktu 14 (empat belas) hari sejak pemberitahuan adanya perlawanan terhadap putusan *verstek* diterima oleh tergugat secara pribadi. Menurut Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 307/Sip/1975 tertanggal 2 September 1976, maka perkara *verzet* tidak boleh diperiksa dan diputus sebagai perkara baru.²⁹⁸

b. Banding

Permintaan mengenai banding dapat diajukan apabila salah satu pihak dalam suatu perkara perdata tidak menerima suatu putusan pengadilan negeri karena merasa hak-haknya terserang oleh adanya putusan tersebut atau menganggap putusan tersebut kurang benar atau kurang adil. Bentuk upaya hukum ini dapat diajukan dalam tenggang waktu 14 (empat belas) hari sejak pemberitahuan putusan *verstek*.

c. Kasasi

Upaya hukum kasasi (*cassatie*) merupakan lembaga hukum yang dilahirkan di Perancis dengan istilah "*cassation*" dan berasal dari kata kerja "*casser*" yang berarti "membatalkan" atau "memecahkan" adalah salah satu tindakan Mahkamah Agung Republik Indonesia sebagai pengawas tertinggi atas putusan-putusan pengadilan lain, namun bukan

²⁹⁷ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 232.

²⁹⁸ Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Yurisprudensi Indonesia*, Jilid II, Tahun 1977, Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta, 1977, hlm. 327-339.

berarti merupakan pemeriksaan tingkat ketiga.²⁹⁹ Berdasarkan ketentuan Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, salah satu tugas dan wewenang Mahkamah Agung adalah memeriksa dan memutus permohonan kasasi. Obyek pemeriksaan kasasi yang dilakukan oleh Mahkamah Agung adalah permohonan kasasi terhadap putusan tingkat banding atau tingkat terakhir dari semua lingkungan peradilan. Selain itu, permohonan kasasi tersebut hanya dapat diajukan 1 (satu) kali (*vide* Pasal 45 huruf A Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung).

2. Upaya Hukum Luar Biasa

Untuk suatu putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang pasti apabila tidak tersedia lagi upaya hukum biasa maka tersedia upaya hukum luar biasa yang dibagi sebagai berikut :

a. Peninjauan Kembali

Upaya hukum peninjauan kembali (*request civil*) merupakan suatu upaya agar putusan *judex factie* maupun *judex jurist* yang telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) mentah kembali. Pada prinsipnya upaya peninjauan kembali tidak menanggguhkan eksekusi dan peninjauan kembali ini harus diajukan sendiri oleh pihak yang berperkara atau ahli warisnya yang khusus dikuasakan untuk mengajukan upaya hukum tersebut. Selain itu, upaya hukum peninjauan kembali hanya dapat diajukan 1 (satu) kali dan ditujukan kepada Mahkamah Agung Republik Indonesia melalui Ketua Pengadilan Negeri yang memutus perkara dalam tingkat pertama dengan membayar biaya perkara.

b. Perlawanan Pihak Ketiga (*Derden Verzet* atau *Verzet door Derden*)

Pada dasarnya *Derden Verzet* atau *Verzet door Derden* adalah upaya hukum luar biasa yang dilakukan oleh pihak ketiga melawan putusan hakim yang merugikannya. Dalam praktik peradilan, *Derden Verzet* atau

²⁹⁹ Lilik Mulyadi, *Hukum Acara Perdata Menurut Teori dan Praktik Peradilan Indonesia*, Djambatan, Jakarta, 1999, hlm. 247.

Verzet door Derden dapat dilakukan terhadap sita *conservatoir*, sita *revindicatoir*, sita eksekusi atas dasar hak milik dan hanya seseorang yang memiliki kapasitas sebagai pelawan yang dapat mengajukan upaya hukum tersebut. Dalam hal melakukan upaya hukum tersebut maka pelawan harus membuktikan bahwa objek perlawanan tersebut atau barang yang disita merupakan miliknya. Apabila hal tersebut tidak dapat dibuktikan, maka pelawan dapat dinyatakan sebagai pelawan yang beriktikad tidak baik dan sita tetap akan dipertahankan.

h. Minutasi Berkas Perkara

Minutasi dalam bahasa Belanda berasal dari kata *minute* yang memiliki arti naskah asli³⁰⁰, dan bahasa Inggris berasal dari kata *minute* yang berarti *an official not that records a decision or comment or given authority for to be done, a brief summary or record of what of is said and decided at a formal meeting*.³⁰¹ Sedangkan minutasi di dalam Pasal 1 angka 9 SOP (*Standard Operational Procedure*) berarti pemberkasan perkara yang sudah diputus yang telah atau belum memiliki kekuatan hukum tetap.³⁰²

Minutasi berkas perkara dalam setiap pengadilan harus dilakukan penyusunan secara rapi dan teratur oleh panitera pengganti. Hal tersebut dilakukan karena panitera pengganti memiliki tugas dan fungsi sebagai pengendali pemberkasan setiap perkara yang ditangani oleh seorang hakim atau majelis hakim. Pembuatan minutasi berkas perkara merupakan salah satu tanggung jawab dari seorang hakim yang dibantu oleh panitera pengganti. Minutasi berkas perkara dilakukan dengan pembendelan berkas-berkas perkara dalam bentuk asli yang meliputi penyusunan sebagai berikut :

1. Gugatan ;
2. Surat Kuasa Untuk Membayar (SKUM) ;

³⁰⁰ S. Wojowasito, *Kamus Umum Bahasa Belanda-Indonesia*, Lestari Perkasa, Jakarta, 2009, hlm. 460.

³⁰¹ *Oxford Advanced Learners Dictionary, International New Student Edition*, Oxford University Press, New York, Fifth Edition, 1999, hlm. 742.

³⁰² <http://pn-cirebonkota.go.id/index.php>., diunduh hari Minggu, tanggal 01 Mei 2016, pukul 13.45 Wib.

3. Penetapan atau Penunjukan Majelis Hakim ;
4. Penetapan atau Penunjukan Panitera Pengganti ;
5. Penetapan Hari Sidang ;
6. Relas Panggilan Sidang ;
7. Berita Acara Persidangan ;
8. Surat Kuasa Khusus Penggugat atau Tergugat ;
9. Penetapan Sita (bila ada) ;
10. Berita Acara Sita (bila ada) ;
11. Surat-surat Jawab-Jinawab Penggugat dan Tergugat ;
12. Bukti-bukti Penggugat dan Tergugat ;
13. Berita Acara Pemeriksaan Setempat (bila ada) ;
14. Surat-surat atau Dokumen lain ;

Surat-surat tersebut disusun sesuai dengan kronologis pemeriksaan dan dibuat daftar isi. Setelah itu, minutasikan berkas perkara tersebut dijahit dengan benang dan disegel. Untuk putusan maupun penetapan dijahit dan disegel tersendiri. Dalam pembuatan minutasikan berkas perkara seharusnya dilakukan pada saat setiap persidangan dilaksanakan. Seorang hakim harus aktif untuk mencatat hasil persidangan dengan dibantu oleh panitera pengganti. Hal tersebut ditujukan untuk pembuatan berita acara persidangan terdokumentasi secara rapi. Dalam tataran praktis, seorang hakim maupun panitera pengganti dibekali buku agenda persidangan terhadap perkara yang ditanganinya. Pada faktanya, panitera hanya mencatat hasil persidangan pada buku agenda persidangan tersebut, namun tidak dituangkan dalam berita acara persidangan. Hal ini yang seharusnya dilakukan oleh seorang hakim untuk lebih aktif membuat berita acara persidangan yang berisi mengenai hasil maupun fakta hukum yang terjadi selama persidangan tersebut dilakukan. Hal tersebut ditujukan untuk menghindari adanya keadaan yang tidak diinginkan apabila terdapat tanggapan dari para pihak yang berperkara. Peran aktif hakim setelah putusan diucapkan adalah hakim wajib memberitahu para pihak mengenai hak-haknya untuk menerima atau tidak menerima isi putusan tersebut atau berpikir terlebih dahulu dalam tenggang waktu yang telah ditentukan atau langsung akan menyatakan untuk melakukan upaya hukum.

Apabila terdapat pihak yang tidak hadir pada saat putusan diucapkan maka hakim wajib untuk memerintahkan panitera atau panitera pengganti yang mendampinginya di persidangan untuk memberitahukan amar putusan yang dijatuhkannya kepada para pihak yang tidak hadir. Hakim berkewajiban untuk mematuhi Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia (SEMA RI) Nomor 5 Tahun 1959 tanggal 20 April 1959 dan Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia (SEMA RI) Nomor 11 Tahun 1962 tanggal 07 Maret 1962 yang menginstruksikan kepada para hakim untuk mempersiapkan konsep putusan ketika mengucapkan isi putusan karena di dalam praktik peradilan sering dijumpai pengucapan isi putusan tanpa disertai prinsip yang sudah menjadi kesepakatan majelis hakim sehingga terjadi perbedaan amar antara yang diucapkan di persidangan dengan yang tertulis dalam putusan ataupun berita acara persidangan.

i. Pelaksanaan Putusan

Pada saat seorang hakim atau majelis hakim telah memutus suatu perkara dalam persidangan yang terbuka untuk umum, maka kewajiban seorang hakim atau majelis hakim adalah segera memberikan atau menyampaikan penjelasan kepada para pihak atas putusan yang telah dibacakan. Selain itu, seorang hakim atau majelis hakim harus menyampaikan kepada para pihak mengenai kemungkinan upaya hukum atau tidak terhadap pihak yang dinyatakan telah bersalah sebagaimana dalam isi putusan tersebut. Hal ini menunjukkan bahwa seorang hakim atau majelis hakim bersikap aktif.

Setelah seorang hakim atau majelis hakim membacakan isi putusan dan menyampaikan maksud atau inti dari putusan tersebut, maka hakim juga memiliki kewajiban untuk segera menyampaikan salinan putusannya kepada para pihak yang berperkara dalam jangka waktu selambatnya 14 (empat belas) hari sebagaimana ditegaskan dalam ketentuan Pasal 52 Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Peradilan Umum.

Pemeriksaan perkara diakhir dengan putusan, namun dengan dijatuhkannya putusan, persoalan belum dapat dikatakan selesai. Suatu putusan pengadilan tidak ada artinya apabila tidak dapat dilaksanakan. Oleh karena itu,

putusan hakim memiliki kekuatan eksekutorial yaitu kekuatan untuk dilaksanakan apa yang ditetapkan dalam putusan tersebut secara paksa oleh alat-alat negara. Kekuatan eksekutorial terletak pada kepala putusan yang berbunyi “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.

Eksekusi atau pelaksanaan putusan³⁰³, oleh beberapa para ahli hukum Indonesia diatur dalam ketentuan Bab Kesepuluh Bagian Kelima HIR atau Titel Keempat Bagian Keempat. Dalam aturan tersebut disebutkan pula mengenai pengertian eksekusi yang sama dengan menjalankan isi putusan (*ten uitvoer legging van vonnissen*) atau melaksanakan isi putusan pengadilan secara paksa dengan bantuan kekuatan umum apabila pihak yang kalah (pihak tereksekusi) tidak mau menjalankannya secara sukarela. Putusan pengadilan agar dapat memiliki kekuatan eksekutorial harus berlandaskan asas-asas sebagai berikut :

1. Putusan telah berkekuatan hukum tetap (*res judicata*)³⁰⁴

Putusan yang dimaksud yaitu telah mengandung hubungan hukum yang tetap dan pasti antara para pihak berperkara, namun dalam kasus-kasus tertentu terhadap asas ini undang-undang telah memberikan bentuk pengecualian yang memperkenankan eksekusi dapat dijalankan di luar putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, sebagai berikut :

a. Pelaksanaan putusan yang dapat dilaksanakan terlebih dahulu ;

Menurut Pasal 180 ayat (1) HIR/Pasal 191 ayat (1) RBg, eksekusi dapat dijalankan pengadilan terhadap putusan pengadilan, sekalipun putusan yang bersangkutan belum memiliki kekuatan hukum tetap atau disebut juga sebagai putusan serta-merta.

b. Pelaksanaan putusan provisi

Pengecualian terhadap hal ini berkaitan dengan adanya gugatan provisi atau disebut juga tuntutan lebih dahulu yang bersifat sementara yang mendahului putusan pokok perkara. Apabila hakim mengabulkan gugatan atau tuntutan provisi, maka putusan tersebut dapat dieksekusi meskipun perkara pokoknya belum diputus.

³⁰³ Retnowulan Sutantio dan Iskandar Oeripkartawinata, *Op.cit.*, hlm. 111.

³⁰⁴ M. Yahya Harahap, *Ruang Lingkup Permasalahan Eksekusi Bidang Perdata (Edisi Kedua)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 6-11.

c. Akta perdamaian

Bentuk pengecualian ini diatur dalam Pasal 130 HIR/Pasal 154 RBg. Akta perdamaian yang dibuat di persidangan oleh hakim boleh dijalankan eksekusi tak ubahnya seperti putusan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap sehingga sejak tanggal lahirnya akta perdamaian telah melekat kekuatan eksekutorial pada dirinya.

d. Eksekusi terhadap grosse akta

Berdasarkan Pasal 224 HIR/Pasal 258 RBg, eksekusi terhadap grosse akta (baik akta hipotek maupun akta pengakuan hutang) dapat dijalankan apabila memenuhi isi perjanjian yang dibuat para pihak. Pasal tersebut mempersamakan dengan putusan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap.

e. Eksekusi terhadap hak tanggungan dan jaminan fidusia

Eksekusi atas hak tanggungan didasarkan atas Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan dan Eksekusi atas Jaminan Fidusia didasarkan atas Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

Terhadap kedua produk ini, pihak kreditor dapat langsung meminta eksekusi atas objek barang hak tanggungan dan jaminan fidusia, apabila debitur melakukan wanprestasi membayar angsuran hutang pokok atau bunga pinjaman.

2. Dijalankan dengan dua jalan yaitu secara sukarela maupun upaya paksa (menggunakan ketentuan umum)³⁰⁵

Apabila pelaksanaan putusan dilakukan secara sukarela, maka ketua pengadilan negeri melalui juru sita :

- Membuat berita acara pemenuhan putusan secara sukarela ;
- Disaksikan oleh dua orang saksi ;
- Pembuatan berita acara kesaksian tersebut dilakukan di lapangan di tempat mana pemenuhan putusan dilakukan ;

³⁰⁵ *Ibid.*, hlm. 11-13.

- Berita acara ditandatangani oleh juru sita, para saksi dan para pihak yang berperkara ;

Acuan tersebut yang dianggap memenuhi kepastian hukum pada satu pihak dan memenuhi administrasi yustisial pada pihak lain. Apabila muncul masalah di kemudian hari, maka pengadilan negeri yang bersangkutan telah memiliki bukti dan pegangan formal dan autentik tentang pemenuhan putusan secara sukarela. Apabila tergugat bersedia melakukan eksekusi secara sukarela maka manfaat utama yang didapatkan tergugat adalah terhindar dari upaya eksekusi secara paksa dengan bantuan kekuasaan umum dengan adanya segala macam risiko biaya eksekusi yang harus dibayar kelak.

3. Putusan yang dapat dieksekusi bersifat kondemnatoir
Putusan kondemnatoir yaitu putusan yang amar atau diktumnya mengandung unsur penghukuman yang terwujud dalam perkara yang berbentuk kontentiosa.
4. Eksekusi atas perintah dan di bawah pimpinan ketua pengadilan negeri
Eksekusi harus dilakukan atas perintah dan di bawah pimpinan ketua pengadilan negeri yang memeriksa dan memutuskan perkara tersebut. Aturan ini berlandaskan Pasal 195 ayat (1) HIR/Pasal 206 ayat (1) RBg. Sesuai dengan aturan pasal tersebut, pelaksanaan eksekusi terhadap putusan pengadilan mutlak hanya diberikan kepada instansi peradilan tingkat pertama yaitu pengadilan negeri. Kewenangan ketua pengadilan negeri memerintahkan dan memimpin eksekusi merupakan kewenangan formal secara *ex officio* sesuai Pasal 197 ayat (1) HIR/Pasal 208 RBg. Dalam hal ini perintah eksekusi yang dikeluarkan oleh ketua pengadilan negeri berbentuk surat penetapan (*beschikking*) atau *decree (order)* sebagai landasan yuridis dan syarat formal tindakan eksekusi yang dilakukan oleh panitera atau juru sita.³⁰⁶

Dengan adanya perintah eksekusi berbentuk surat penetapan, maka panitera atau juru sita dapat mengetahui batas-batas eksekusi akan dijalankan,

³⁰⁶ Mohammad Saleh dan Lilik Mulyadi, *Bunga Rampai Hukum Acara Perdata Indonesia (Perseptif, Teoritis, Praktik dan Permasalahannya)*, Alumni, Bandung, 2012, hlm. 357-359.

sehingga ketua pengadilan dengan mudah dapat mengawasi apakah tindakan eksekutorial yang dijalankan oleh panitera atau juru sita telah sesuai dengan isi perintah yang dikeluarkannya dalam surat penetapan.

Kewenangan hakim dalam hal ini ketua pengadilan negeri secara *ex officio* adalah memerintahkan dan memimpin jalannya eksekusi dan tidak hanya terbatas atas pengeluaran surat penetapan yang memerintahkan eksekusi, namun meliputi :

- Tindakan *executorial beslag* ;
- Pelaksanaan pelelangan, termasuk segala proses dan prosedur yang disyaratkan tata cara pelelangan ;
- Tindakan pengosongan dan penyerahan barang yang dilelang kepada pembeli lelang ; atau
- Penyerahan dan penguasaan pelaksanaan secara nyata barang yang dieksekusi pada eksekusi riil ;

Menurut Mohammad Saleh dan Lilik Mulyadi, ada kalanya suatu putusan yang dibuat oleh hakim dan dibacakan di depan persidangan tidak dapat dilaksanakan (*non executable*) dengan alasan-alasan sebagai berikut :³⁰⁷

- a. Harta kekayaan tereksekusi tidak ada ;
- b. Putusan bersifat *deklaratoir* ;
- c. Barang sebagai objek eksekusi berada di tangan pihak ketiga ;
- d. Eksekusi terhadap penyewa, *non executable* ;
- e. Barang yang hendak dieksekusi dijaminkan kepada pihak ketiga ;
- f. Tanah yang hendak dieksekusi tidak jelas batasnya ;
- g. Perubahan status tanah menjadi milik negara ;
- h. Barang objek eksekusi berada di luar negeri ;
- i. Dua putusan yang saling berbeda ;
- j. Eksekusi terhadap harta kekayaan bersama ;

Menurut Djoko Sarwoko, beberapa permasalahan yang sering terjadi dengan pelaksanaan eksekusi sehingga eksekusi tidak dapat dijalankan disebabkan beberapa hal yaitu :³⁰⁸

³⁰⁷ *Ibid.*, hlm. 361.

1. Termohon eksekusi dan atau pemohon eksekusi menolak eksekusi karena tidak sesuai dengan amar putusan atau amar putusan tidak jelas ;
2. Luas tanah objek eksekusi berbeda dengan amar putusan ;
3. Objek tanah termohon eksekusi ternyata milik pihak ketiga dan amar putusan berbunyi siapa saja yang mendapatkan hak daripadanya ;
4. Termohon eksekusi meminta penggantian barang yang hendak dieksekusi ;
5. Adanya perlawanan atau situasi keamanan yang tidak memungkinkan ;

Pelaksanaan eksekusi tidak dapat dilepaskan dari keaktifan hakim di dalam memeriksa dan mengadili perkara sehingga saat persidangan apabila hakim sudah mengetahui adanya ketidaksempurnaan gugatan maka dapat diprediksi bahwa akan terjadi permasalahan ketika putusan hakim tersebut akan dilaksanakan.

Putusan yang baik dan benar adalah putusan yang mengacu pada ketentuan hukum formil maupun materiil, dan putusan tersebut dapat dilaksanakan (*executable*). Putusan yang baik dan benar, berkualitas serta cepat penyelesaiannya menurut Harifin A. Tumpa³⁰⁹ harus didahului dengan prinsip-prinsip putusan yang didasarkan oleh :

1. Data-data yang lengkap dan akurat ;
2. Memerlukan kecermatan yang tinggi ;
3. Memerlukan daya nalar (logika hukum) yang kuat ;
4. Memerlukan ilmu pengetahuan yang mantap ;
5. Memerlukan pengalaman yang cukup ;

Menurut Djokosoetono, putusan hakim yang baik harus dapat memenuhi dua persyaratan, yaitu kebutuhan teoritis dan praktis.³¹⁰ Kebutuhan teoritis menilik pada isi pertimbangannya. Kebutuhan praktis dengan putusan diharapkan dapat menyelesaikan sengketa hukum dan dapat diterima para pihak.

³⁰⁸ Djoko Sarwoko, *Beberapa Masalah Tentang Eksekusi*, makalah dalam Rapat Kerja Penyelenggaran Pemeriksaan dan Pengawasan Badan Pengawasan Mahkamah Agung Republik Indonesia dengan Wakil Ketua dan Hakim Banding Surabaya, Mataram, Kupang dan Jayapura, Sidoarjo, 2010, hlm. 3.

³⁰⁹ Harifin Andi Tumpa, *Reformasi Mahkamah Agung Republik Indonesia*, Rangkang Education Pukap, Yogyakarta, 2011, hlm. 278.

³¹⁰ Djokosoetono, dalam Purwoto S. Gandasubrata, *Tugas Hakim Indonesia*, Bina Yustisia Litbang MA RI, Jakarta, 1994, hlm. 17.

4. Teori Ilmu Hukum Sebagai Landasan Berpikir Hakim

Kajian mengenai pemikiran hakim terutama dalam kaitannya dengan tugas hakim untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan suatu sengketa di depan persidangan, tidaklah dapat terlepas dari perilaku nyata hakim di depan persidangan yang dipengaruhi oleh faktor-faktor intern maupun ekstern dalam mengambil pertimbangan putusan. Eksistensi hukum sebagai pedoman perilaku manusia sangat penting, karena perilaku manusia tanpa pedoman akan menimbulkan benturan-benturan kepentingan antara yang satu dengan lainnya dalam kehidupan mereka bersama, keberadaan hukumpun tidak menjamin ketiadaan sengketa di antara warga masyarakat, namun paling tidak dapat meminimalisasi sengketa yang timbul.

Dalam kajian tentang membangun model penemuan hukum oleh hakim peradilan umum dalam penyelesaian perkara perdata, maka sebagai grand teori yang digunakan adalah *sociological jurisprudence*. Pendekatan tersebut lebih cenderung untuk melihat kenyataan hukum dalam masyarakat dibandingkan pandangan hukum sebagai norma dalam undang-undang. Pendekatan *sociological jurisprudence* juga memerhatikan keberadaan undang-undang, namun hakim tidak boleh terbelenggu olehnya dan hakim bukan hanya sebagai terompet undang-undang. Dalam pendekatan tersebut, hakim memiliki kebebasan untuk menafsirkan undang-undang agar dapat diterapkan pada perkaranya dengan melihat realita masyarakat.

Hakim dalam proses peradilan memiliki kewajiban menegakkan hukum dan keadilan, kemudian hakim menafsirkan undang-undang sesuai dengan realita masyarakat. Hukum tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, sebagai cermin dari masyarakatnya, hukum adalah untuk memberikan perlindungan kepada manusia. Berdasarkan hal tersebut, maka sebagai *middle theory* dalam kajian disertasi ini adalah teori keaktifan hakim (teori *realism*, *behavioral jurisprudence*, Chambliss-Seidmann, Fritjoff Capra, interaksi simbolis), sedangkan sebagai *applied theory* digunakan teori hukum progresif teori interaksi simbolis.

Philip C. Jessup, mengatakan *law is indeed a human necessity*³¹¹, tanpa hukum sebagai pengendalian sosial yang efektif, potensi-potensi manusia dapat mengarah kepada perilaku yang dapat membawa kehancuran bagi manusia, karena seperti dikatakan oleh Lon Fuller “*human is the only species that chooses its own kind as its preferred prey*”³¹². Hukum dalam kenyataannya tidak selalu memberikan kepuasan atau hukum senantiasa tidak dapat memenuhi kebutuhan manusia, maka sudah sejak lama hukum menarik perhatian para pemikir. Perkembangan pemikiran tersebut menghasilkan pelbagai aliran teori hukum³¹³ yang memengaruhi pemikiran dan penerapan hukum dalam kehidupan manusia.

Kajian mengenai pemikiran hukum oleh hakim, menurut pendapat Antonius Sudirman, secara sederhana dapat dikatakan bahwa studi ilmu hukum perilaku (*behavioral jurisprudence*) adalah studi yang mempelajari tingkah laku aktual para hakim dalam proses peradilan. Tingkah laku dipelajari dalam interaksi dan interelasinya antara orang-orang yang terlibat dalam tahap-tahap pengambilan putusan. Pusat perhatiannya bukan pada hukum tertulis dan putusan hakim yang bersifat formal, melainkan pada pribadi hakim dan orang-orang yang terlibat dalam peranan-peranan sosial dalam pengambilan putusan. Fokus utama dalam pendekatan ilmu hukum perilaku adalah perilaku hakim dalam proses peradilan terutama sikap individual yang melekat pada pribadi hakim yang menentukan perilakunya atau tindakannya dalam mempertimbangkan putusan.³¹⁴

Pemikiran hakim dalam proses di pengadilan untuk menjatuhkan putusan terhadap perkara yang diperiksanya sangat dipengaruhi oleh aliran legisme, positivisme hukum, pengaruh aliran tersebut menimbulkan aliran *ideen jurisprudenzen*, yaitu hakim dilarang menafsirkan undang-undang. Aliran tersebut dalam praktik banyak mendapat kritik dan kecaman, sehingga lahir aliran

³¹¹ Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, 1959, dalam Adi Sulistiyono, *Menggugat Dominasi Positivisme Dalam Ilmu Hukum*, Sebelas Maret University Press, Surakarta, 2004, hlm. 1-2.

³¹² Fuller, *Anatomy of Law*, Pelican Book, 1971, dalam Adi Sulistiyono, *Ibid.*, hlm. 1-2.

³¹³ Menurut Hart, perkembangan teori hukum memang banyak membantu manusia untuk memahami esensi hukum, namun teori hukum juga dapat mengaburkan makna keseluruhan dari hukum. Lihat Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1991, hlm. 2.

³¹⁴ Antonius Sudirman, *Hati Nurani Hakim dan Putusannya Suatu Pendekatan Dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku (Behavioral Jurisprudence) Kasus Bismar Siregar*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm. 32.

penemuan hukum. Berkaitan dengan hal tersebut, kajian dekonstruksi yaitu gerakan pemikiran postmodernis, seperti *critical legal studies* (gerakan studi hukum kritis) menarik dikemukakan dalam pembahasan.

Anthon F. Susanto³¹⁵, mengemukakan bahwa dekonstruksi dalam hukum sebagaimana dijelaskan aliran studi hukum kritis adalah strategi pembalikan untuk membantu melihat makna tersembunyi yang terkadang diistimewakan melalui sejarah. Dekonstruksi bertujuan menolak rezim semantik yang menguasai peristilahan hukum dan mengumpulkan kembali hal-hal yang terlupakan dan tercecer dalam setiap penafsiran hukum.

Gerakan studi hukum kritis, bertujuan melawan pemikiran yang sudah mapan khususnya mengenai norma-norma dan standar yang sudah *built-in* dalam teori dan praktik hukum yang cenderung untuk diterima apa adanya (*taken for granted*), yaitu norma-norma dan standar hukum yang didasarkan pada premis ajaran *liberal legal justice*.³¹⁶ Kritik terhadap hukum modern dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo, bahwa memasuki abad 20 dan awal abad 21, nampak perubahan yang cukup penting, yaitu dimulainya perlawanan terhadap dominasi kekuasaan tersebut. Pandangan ini muncul dan diusung oleh para pemikir postmodernis, sehingga sifat hegemonial dan negara perlahan dibatasi, dan mulai muncul pluralisme dalam masyarakat, negara tidak lagi absolut kekuasaannya, dan muncul kearifan lokal.³¹⁷

Blumer³¹⁸, salah seorang tokoh aliran interaksionisme simbolik mengemukakan bahwa tindakan manusia terdiri dari pertimbangan atas berbagai hal yang diketahuinya dan melahirkan serangkaian kelakuan atas dasar bagaimana mereka menafsirkan hal tersebut. Hal yang dipertimbangkan mencakup masalah, seperti keinginan dan kemauan, tujuan dan sarana yang tersedia untuk mencapainya, serta tindakan yang diharapkan dari orang lain.

³¹⁵ Anthon F. Susanto, *Ilmu Hukum Non Sistematis Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hlm. 271-272.

³¹⁶ Anthon F. Susanto, *Teori Hukum (Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali)*, Refika Aditama, Bandung, 2005, hlm. 125.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Blumer, dalam Margaret M. Poloma, *Sosiologi Kontemporer*, Tim Penerjemah Yosogama, Grafindo Persada, Jakarta, 1994, hlm. 268-269.

Menurut Mead³¹⁹, manusia memiliki sejumlah kemungkinan tindakan dalam pemikirannya sebelum ia memulai tindakan yang sebenarnya. Sebelum melakukan tindakan yang sebenarnya, seseorang mencobakan terlebih dahulu berbagai alternatif tindakan secara mental melalui pertimbangan pemikirannya. Berpikir menurut Mead, adalah suatu proses dimana individu berinteraksi dengan dirinya sendiri menggunakan simbol-simbol yang bermakna. Melalui proses interaksi dengan dirinya sendiri, individu memilih yang mana di antara stimulus yang tertuju kepadanya itu yang akan ditanggapinya. Dengan demikian, individu secara tidak langsung menanggapi stimulus, namun terlebih dahulu memilih dan kemudian memutuskan stimulus mana yang akan ditanggapinya. Setelah stimulus dipilih, individu mencobakan berbagai tantangan dalam pikiran sebelum tanggapan yang sesungguhnya diberikan. Aktor melihat ke depan dan memastikan akibat atau hasil dari berbagai tindakan yang dipilihnya itu. Tindakan tersebut merupakan hasil dari proses interpretasi terhadap stimulus. Jadi merupakan hasil proses belajar, dalam arti memahami simbol-simbol dan saling menyesuaikan makna dari simbol-simbol itu, meskipun norma-norma, nilai-nilai sosial dan makna dari simbol-simbol itu memberikan pembatasan terhadap tindakannya, bahwa dengan kemampuan berpikir yang dimilikinya manusia memiliki kebebasan untuk menentukan tindakan dan tujuan-tujuan yang hendak dicapainya.

Teori lain yang dapat menjelaskan perilaku hukum dikemukakan oleh Donald Black³²⁰, dari sudut pandang sosiologis, hukum bukanlah apa yang oleh para pakar hukum dipandang sebagai aturan-aturan yang mengikat dan wajib dilaksanakan, namun sebagai contohnya hukum lebih merupakan kecenderungan-kecenderungan yang dapat diamati dari perilaku hakim, polisi, pengacara, jaksa penuntut umum atau pejabat administratif. Dari sudut pandang ini, hukum seperti fenomena perilaku lainnya, dapat menerima metode ilmiah seperti realitas lain. Tidak ada aturan intelektual yang khusus, yang dibutuhkan untuk studi tersebut.

³¹⁹ George Ritzer, *Sociology, A Multiple Paradigma Science*, penerjemah Alimandan, 1992, *Sosiologi Ilmu Pengetahuan Berparadigma Ganda*, Raja Grafindo, Jakarta, 2015, hlm. 67-68.

³²⁰ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legalprudence)*, Kencana, Jakarta, hlm. 152.

Pada waktu yang bersamaan, justru ilmu sosial tentang hukum yang terkait pada positivisme, yaitu teori ilmu yang konvensional, tidak dapat terlepas dari batasan-batasan yang melekat pada pemikiran ilmiah itu sendiri.

Eugen Ehrlich dalam karyanya tentang *Fundamental Principles of The Sociology of Law 1912*, mengemukakan :³²¹

At the present as well as at any other time, the centre of gravity of legal development lies not in legislation, nor in juristic science, nor in judicial decision, but in society itself (Baik dewasa ini maupun kapan saja, pusat perkembangan hukum, tidak terletak pada perundang-undangan, juga tidak terletak pada ilmu hukum dan juga tidak pada putusan pengadilan, melainkan terletak di dalam masyarakat sendiri).

Dalam kaitannya dengan pengkajian perilaku hukum, Achmad Ali dengan mengutip pendapat Lawrence M. Friedman³²², dalam bukunya yang berjudul *American Law an Introduction*, mengemukakan bahwa istilah *legal behavior* (perilaku hukum) adalah perilaku yang dipengaruhi oleh aturan, keputusan, perintah atau undang-undang yang dikeluarkan oleh pejabat dengan wewenang hukum.

Cara berhukum yang legalistik, positif-analitis disebut sebagai *rule making*, pemikiran kreatif dan intuitif tersebut disebut *rule breaking*³²³. Diserahkan kepada manusia, berarti membiarkan hukum untuk dapat membuat putusan-putusan yang penuh dengan pilihan. Dalam keadaan sekarang, manusialah yang mampu menyelesaikan pekerjaan yang penuh dengan pilihan tersebut. Hal ini didukung oleh pendapat Zohar dan Marshall, bahwa manusia memiliki kemampuan berpikir yang tidak hanya logis, masinal dan serial, melainkan kreatif dan *rule-breaking*, dan mesin belum dapat melakukan yang terakhir atau kreatif dan *rule-breaking*. Hukum tidak pernah dapat melayani manusia, apabila ia tidak juga bekerja dengan penuh perasaan dan kepedulian (*compassionate*). Untuk dapat melayani manusia dengan baik, maka hukum tidak dapat hanya menghitung dan mengeja pasal undang-undang, melainkan juga

³²¹ Achmad Ali, *Op.cit.*, hlm. 162.

³²² *Ibid.*, hlm. 144.

³²³ Danah Zohar dan Ian Marshall dalam Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Buku Kompas, Jakarta, 2007, hlm. 93.

bekerja dengan modal empati dan keberanian (*dare*) dan itu belum mampu dilakukan mesin.

Oliver Wendell Holmes, seorang *scholar* dan sekaligus hakim agung yang terkenal di Amerika Serikat terkenal dengan diktumnya “*The life of the law has not been logic, but experience*”. Hukum tidak bertolak dari credo “peraturan dan logika”, melainkan juga pengalaman. Pengalaman bukan teks, hukum tidak berangkat dari pembacaan tentang apa yang tertulis dalam peraturan. Peraturan memberikan suatu kerangka, namun di dalamnya manusialah yang bermain. Ia berhadapan dengan sekian banyak pilihan dan tuntutan, serta keinginan yang dilontarkan dalam masyarakat. Radbruch menyebutnya keadilan dan kemanfaatan bagi kehidupan (*utility, reasonableness*).

Logika menjadi simbol peraturan dan penggarapannya secara rasional, sedangkan pengalaman adalah bagaimana manusia (hakim) memberi isi sosial dan kemanusiaan. Dalam sejarah Amerika Serikat, munculnya *Supreme Court* sebagai kekuatan baru, yang semula sama sekali tidak diperhitungkan, juga tidak dapat dilepaskan dari peran seorang manusia bernama John Marshall, Ketua Mahkamah Agung Amerika Serikat (1801-1836). Dalam masa kepemimpinannya, Marshall telah melakukan sesuatu yang besar, sehingga *Supreme Court* yang sebelum itu disebut sebagai bagian yang paling lemah dalam kenegaraan, dibanding eksekutif dan legislatif, muncul sebagai kekuatan di samping keduanya.

B. Kajian Pustaka

1. Penelitian Yang Relevan dan Kebaruan Penelitian

Penelitian dengan tema membangun model penemuan hukum oleh hakim peradilan umum dalam penyelesaian perkara perdata berdasarkan asas peradilan yang baik, sepengetahuan penulis merupakan sebuah hal baru yang belum pernah dikaji oleh penstudi hukum baik secara teoritis maupun praktis. Karya-karya sebelumnya lebih banyak mengkaji budaya hukum hakim dan perilaku hukum hakim, sedangkan dalam fokus kajian dalam penelitian ini adalah membangun model atau bentuk pola penemuan hukum oleh hakim terhadap perkara perdata berdasarkan asas peradilan yang baik sejalan dengan perkembangan masyarakat.

Penegasan tentang orisinalitas penelitian ini dimaksudkan untuk menghindari pengulangan atau duplikasi terhadap tema-tema yang sama.

Berikut ini beberapa karya hasil penelitian yang secara substansi berbeda, namun relevan dengan penelitian disertasi ini :

Tabel 6
Penelitian Yang Relevan

No.	Nama	Judul Penelitian	Kajian dan Hasil Penelitian
1.	Muhammad Daming Sunusi (Program S-3 Ilmu Hukum UNPAD, Bandung, 2009)	Fungsi Hakim Sebagai Sumber Pembentuk Hukum Dalam Perkara Perdata Dihubungkan Dengan Asas Peradilan yang Baik	Penelitian ini berfokus pada kajian penyelesaian perkara perdata yang diajukan ke persidangan yang belum diatur dalam peraturan perundang-undangan serta fungsi hakim dalam pembangunan hukum sebagai upaya pengembangan sistem peradilan Indonesia. Berdasarkan hasil penelitian, dapat disimpulkan antara lain dalam hal hukum belum mengatur terhadap peristiwa hukum yang diajukan ke pengadilan, maka hakim harus membentuk hukum dengan cara menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Berdasarkan perspektif hukum alam, tidak ada yang tetap artinya semuanya berubah termasuk masyarakat ikut berubah, sehingga hukum yang mengatur masyarakat dan manusia turut berubah menurut keadaan, tempat dan waktu
2.	Muhammad Syamsudin (Program S-3 Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, 2010)	Rekonstruksi Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif	Penelitian ini berfokus pada perbedaan budaya hukum hakim di pengadilan umum dengan budaya hukum hakim di pengadilan tipikor dan bagaimana membangun konstruksi baru budaya hukum hakim berbasis hukum progresif dalam rangka mewujudkan putusan yang benar dan adil. Berdasarkan hasil penelitian diperoleh hasil

			<p>bahwa perbedaan budaya hukum hakim di pengadilan umum dan pengadilan tipikor dapat dilihat dari tiga proses budaya, yaitu budaya sebagai input, budaya sebagai proses dan budaya sebagai output. Budaya hukum hakim sangat menentukan pemaknaan hakim tentang korupsi dan berimplikasi pada produk putusan yang dibuat. Rekonstruksi dapat meliputi cara berpikir hukum yang progresif, metode penafsiran hukum yang progresif dan etika profesi hakim progresif dalam menjalankan hukum</p>
3.	<p>Fence M. Wantu (Program S-3 Ilmu Hukum UGM, Yogyakarta, 2011)</p>	<p>Peranan Hakim dalam Mewujudkan Kepastian Hukum, Keadilan dan Kemanfaatan di Peradilan Perdata</p>	<p>Penelitian ini lebih difokuskan pada putusan hakim di pengadilan perdata, apakah telah menciptakan atau kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan. Hasil penelitian diperoleh kesimpulan antara lain hakim dalam memeriksa dan memutus perkara tidak selamanya terpaku pada satu asas saja. Pada setiap perkara secara kasuistis, hakim dapat saja berubah-ubah dari asas yang satu ke asas yang lain. Penekanan yang lebih cenderung asas kemanfaatan lebih bernuansa ekonomi. Dasar pemikirannya bahwa hukum adalah untuk manusia atau orang banyak, oleh karena itu tujuan hukum harus berguna untuk masyarakat atau orang banyak.</p>
4.	<p>Soehartono (Program S-3 Ilmu Hukum UNS, Surakarta, 2012)</p>	<p>Membangun Konstruksi Penemuan Hukum oleh Hakim Dalam Penyelesaian Sengketa Tata Usaha Negara</p>	<p>Penelitian ini antara lain difokuskan pada proses membangun konstruksi yang dilakukan hakim dalam menjalankan tugasnya untuk menemukan hukum terhadap peristiwa konkret agar putusan yang dijatuhkan memenuhi tujuan hukum yang baik. Hasil penelitian, dalam kesimpulannya dinyatakan bahwa dalam menyelesaikan</p>

			sengketa, hakim melakukan upaya meninggalkan cara berpikir hukum lama atau tradisional. Upaya membangun konstruksi penemuan hukum dilakukan dengan membuka pandangan nilai keadilan tidak lagi bersifat prosedural atau formal melainkan bersifat substansial sebagaimana diharapkan pencari keadilan dalam masyarakat
5.	I Made Sukadana (Program S-3 Ilmu Hukum UNIBRAW, Malang, 2011)	Mediasi Dalam Sistem Peradilan Perdata Indonesia Dalam Rangka Mewujudkan Proses Peradilan Yang Sederhana, Cepat dan Biaya Ringan	Fokus utama penelitian disertasi ini adalah integrasi mediasi dalam penyelesaian sengketa perdata yang diajukan ke lembaga peradilan. Hasil penelitian dalam kesimpulannya menunjukkan bahwa mediasi sebagai cara yang terintegrasi ke acara peradilan memiliki keunggulan spesifik salah satunya memiliki titel eksekutorial
6.	Anwar Usman (Program S-3 Ilmu Filsafat UGM, Yogyakarta, 2010)	Bentuk-Bentuk Intervensi Terhadap Independensi Kekuasaan Kehakiman, Relevansinya Bagi Penegakan Hukum dan Keadilan di Indonesia	Fokus utama penelitian ini adalah bentuk-bentuk intervensi publik terhadap pelaksanaan kekuasaan kehakiman. Hasil penelitian di antaranya menunjukkan bahwa di era reformasi pasca berlakunya sistem peradilan satu atap di bawah Mahkamah Agung Republik Indonesia, bentuk-bentuk intervensi yang bersumber dari kekuatan-kekuatan publik dan perlawanan publik lebih mendominasi
7.	Sunarto (Program S-3 Ilmu Hukum UNAIR, Surabaya, 2011)	Peran Aktif Hakim Dalam Perkara Perdata	Fokus penelitian disertasi ini di antaranya membahas adanya praktik di peradilan bahwa peradilan perdata hanya untuk menegakkan kebenaran formil semata, sedangkan tujuan peradilan pidana untuk menegakkan kebenaran materiil. Hasil penelitian dalam kesimpulannya dinyatakan bahwa prinsip hakim aktif dimaksudkan untuk menjamin jalannya proses persidangan, meminimalisasi terjadinya gugatan

			yang tidak dapat diterima dan menjamin agar putusan yang dijatuhkan dapat dilaksanakan (<i>executable</i>)
8.	Indriati Amarini (Program S-3 Ilmu Hukum UNS, Surakarta, 2016)	Membangun Keaktifan Hakim (<i>Judicial Activism</i>) Melalui Penemuan Hukum Progresif Dalam Penyelesaian Sengketa Tata Usaha Negara	Fokus penelitian disertasi ini di antaranya membahas apakah hakim di peradilan tata usaha negara telah melaksanakan <i>judicial activism</i> dalam putusannya. Hasil penelitian dalam kesimpulannya dinyatakan bahwa hakim peradilan tata usaha negara banyak yang masih berpikir pragmatis. Pragmatisme hakim dapat dilihat dari pelaksanaan tugas hakim yaitu memeriksa, memutus dan mengadili sebagai suatu tugas yang sifatnya formalitas dan rutinitas belaka. Gejala pragmatisme juga disebabkan adanya sikap hakim bahwa putusan yang dikeluarkan apabila para pihak tidak puas terhadap putusan hakim maka dapat menempuh upaya hukum selanjutnya yaitu banding dan kasasi. <i>Judicial activism</i> sangat diperlukan dalam proses penyelesaian sengketa tata usaha negara

Berdasarkan hal tersebut, kajian dalam disertasi ini lebih berfokus kepada perubahan pemikiran hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara perdata yang tidak ada dasar hukumnya atau dasar hukumnya tidak jelas diatur, sesuai dengan peran hakim sesudah memasuki abad ke- 20. Dalam perkembangan masyarakat yang demikian maju dan kompleks, pemikiran-pemikiran hakim akan mengikuti dan menyesuaikan dengan keadaan masyarakatnya secara holistik dengan melihat dan menengok kepada realitas masyarakat tidak hanya menggunakan cara berpikir dengan IQ (*intellectual quotient*) namun juga EQ (*emotional quotient*) dan SQ (*spiritual quotient*).

2. Kerangka Pemikiran

Bagan 1
Kerangka Pemikiran Disertasi

