

PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM

Abstrak

Penemuan hukum termasuk kegiatan sehari-hari para yuris, dan terjadi pada semua bidang hukum, seperti hukum pidana, hukum perdata, hukum pemerintahan dan hukum pajak. Ia adalah aspek penting dalam ilmu hukum dan praktek hukum.

Secara sederhana dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah kegiatan atau usaha menemukan hukum karena hukumnya tidak jelas atau tidak lengkap. Pada umumnya penemuan hukum diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim, atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum. Lebih lanjut dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkret tertentu. Adapun penemuan hukum itu meliputi proses perumusan masalah hukum, pemecahan masalah hukum dan pengambilan keputusan.

*Penemuan hukum, pada hakekatnya mewujudkan pengembangan hukum secara ilmiah dan secara praktikal. Penemuan hukum sebagai sebuah reaksi terhadap situasi-situasi problematikal yang dipaparkan orang dalam peristilahan hukum berkenaan dengan dengan pertanyaan-pertanyaan hukum (*rechtsvragen*), konflik-konflik hukum atau sengketa-sengketa hukum. Penemuan hukum diarahkan pada pemberian jawaban terhadap pertanyaan-pertanyaan tentang hukum dan hal pencarian penyelesaian-penyelesaian terhadap sengketa-sengketa konkret. Terkait padanya antara lain diajukan pertanyaan-pertanyaan tentang penjelasan (*tafsiran*) dan penerapan aturan-aturan hukum, dan pertanyaan-pertanyaan tentang makna dari fakta-fakta yang terhadapnya hukum harus diterapkan. Penemuan hukum berkenaan dengan hal menemukan penyelesaian-penyelesaian dan jawaban-jawaban berdasarkan kaidah-kaidah hukum.*

Kata Kunci : *Hakim, Aparat hukum, Konflik hukum. Penemuan hukum.*

A. Pendahuluan

Sistem hukum mempunyai tiga komponen atau sub sistem yang saling mempengaruhi satu dengan yang lainnya, yaitu substansi hukum (*substance*) yakni kaidah/norma hukum serta peraturan perundang-undangan, struktur hukum (*structure*) yakni aparat penegak hukum dan budaya hukum (*legal culture*). Bilamana ketiga komponen hukum tersebut bersinergi secara positif, maka akan mewujudkan tatanan sistem hukum yang ideal seperti yang diinginkan. Dalam hal ini, hukum tersebut efektif mewujudkan “tujuan hukum” (keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum). Sebaliknya, bila ketiga komponen hukum bersinergi negatif maka akan melahirkan tatanan sistem hukum yang semrawut dan tidak efektif mewujudkan tujuan hukum.

Hukum bekerja dengan cara memancangi perbuatan seseorang atau hubungan antara orang-orang dengan masyarakat. Untuk keperluan pemancangan yang demikian, hukum menjabarkan pekerjaannya dalam berbagai fungsinya, yaitu :

1. Pembuatan norma-norma, baik yang memberikan peruntukan maupun yang menentukan hubungan antara orang dengan orang.
2. Penyelesaian sengketa-sengketa.
3. Menjamin kelangsungan kehidupan masyarakat dalam hal terjadi perubahan-perubahan.

Hukum, dengan demikian, digolongkan sebagai sarana untuk melakukann kontrol sosial, yaitu suatu proses mempengaruhi orang-orang untuk bertingkah laku sesuai dengan harapan masyarakat. Pengontrolan oleh hukum dijalankan dengan berbagai cara dan melalui pembentukan badan-badan yang dibutuhkan.¹

Hukum, kaidah/norma, perundang-undangan (substansi hukum) yang merupakan komponen dari sistem hukum memiliki fungsi sebagai alat untuk melindungi kepentingan manusia atau sebagai perlindungan kepentingan manusia. Upaya yang semestinya dilakukan guna melindungi kepentingan manusia ialah hukum harus dilaksanakan secara layak. Pelaksanaan hukum itu sendiri dapat berlangsung secara damai, normal tetapi dapat terjadi pula karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar tersebut haruslah ditegakkan, dan diharapkan dalam penegakan hukum inilah hukum tersebut menjadikan kenyataan.

Dalam hal terjadinya pelanggaran undang-undang tersebut, penegak hukum (hakim) harus melaksanakan atau menegakkan undang-undang. Hakim (unsur dari struktur hukum) tidak dapat dan tidak boleh menanggukhan atau menolak menjatuhkan putusan dengan alasan karena hukumnya tidak lengkap atau tidak jelas. Hakim dilarang menolak menjatuhkan putusan dengan dalih tidak sempurnanya undang-undang.

Apa yang dimaksudkan dengan "penemuan hukum" dalam penelitian adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum konkrit. Atau dapat dikatakan adalah proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkrit (*das sein*) tertentu.

Studi mengenai analisis terhadap teknik/metode (prosedur) penemuan hukum oleh hakim dalam proses pengambilan keputusan, kiranya tepat didekati melalui pendekatan teori "sistem hukum" sebagaimana dikemukakan oleh Lawrence M. Friedman yakni: *Substance of the rule, legal structure dan legal culture*, dan teori "penegakan hukum" sebagaimana yang dikemukakan oleh Soerjono Soekanto yaitu: (a) materi hukum atau undang-undang, (b) penegak hukum, (c) sarana dan fasilitas, (d) masyarakat, yakni lingkungan di mana hukum tersebut beriak dan (e) budaya masyarakat, dalam hal ini akan diteliti faktor-faktor yang mempengaruhi hakim dalam proses penemuan hukum. Serta teori tentang "tujuan hukum" yakni mencapai keadilan, menciptakan kemanfaatan dan menciptakan kepastian hukum, guna melihat apakah produk pengadilan (putusan oleh hakim) dapat mewujudkan hakikat dari tujuan hukum yang ada.

B. Pengertian Penemuan Hukum

Penemuan hukum, pada hakekatnya mewujudkan pengembangan hukum secara ilmiah dan secara praktikal. Penemuan hukum sebagai sebuah reaksi terhadap situasi-situasi problematikal yang dipaparkan orang dalam peristilahan hukum berkenaan dengan dengan pertanyaan-pertanyaan hukum (*rechtsvragen*), konflik-konflik hukum atau sengketa-sengketa hukum. Penemuan hukum diarahkan pada pemberian jawaban terhadap pertanyaan-pertanyaan tentang hukum dan hal pencarian penyelesaian-penyelesaian terhadap sengketa-sengketa konkret. Terkait padanya antara lain diajukan pertanyaan-pertanyaan tentang penjelasan (tafsiran) dan penerapan

aturan-aturan hukum, dan pertanyaan-pertanyaan tentang makna dari fakta-fakta yang terhadapnya hukum harus diterapkan. Penemuan hukum berkenaan dengan hal menemukan penyelesaian-penyelesaian dan jawaban-jawaban berdasarkan kaidah-kaidah hukum.

Secara sederhana dapatlah dikatakan bahwa penemuan hukum adalah kegiatan atau usaha menemukan hukumnya karena hukumnya tidak jelas atau tidak lengkap. Pada umumnya penemuan hukum diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim, atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum. Lebih lanjut dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkret tertentu. Adapun penemuan hukum itu meliputi proses perumusan masalah hukum, pemecahan masalah hukum dan pengambilan keputusan.²

Konkretisasi atau individualisasi hukum itu berhubung dengan adanya peristiwa konkret atau konflik. Kepada sarjana hukum yang bekerja dalam profesinya selalu dihadapkan pada peristiwa konkret atau konflik yang harus dipecahkannya atau diselesaikannya. Peristiwa konkret atau konflik itu harus dipecahkan dan untuk memecahkannya harus dicarikan (kaedah) hukumnya. Hukum atau *das Sollen* itu abstrak. Hukum yang abstrak itu tidak dapat secara langsung diterapkan pada peristiwanya yang konkret. Oleh karena itu hukumnya harus dikongkretkan lebih dulu dengan menghubungkan dan menyesuaikan dengan peristiwa konkretnya untuk kemudian dicari peristiwa hukumnya dan kemudian diterapkan hukumnya.

Dalam menemukan hukum ada beberapa hal yang harus diperhatikan dan dikuasai, yaitu:

- a. adanya tata urutan dalam sumber (penemuan) hukum (hierarkhi);
- b. sistem hukum;
- c. metode penemuan hukum.

Perlu diketahui bahwa sumber (penemuan) hukum itu mengenal tata-urutan atau kewerdaan (hierarkhi). Seperti yang telah diketahui sumber (penemuan) hukum itu ialah peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional dan doktrin. Di samping itu perlu mendapatkan perhatian juga bahwa

perilaku merupakan sumber hukum juga, oleh karena di dalam perilaku manusia itu terdapat hukumnya. Oleh karena kepentingan manusia itu yang mendorong perilakunya maka kepentingan merupakan sumber hukum juga. Undang-undang diprioritaskan atau didahulukan dari sumber-sumber hukum lainnya. Kalau hendak mencari arti sebuah istilah hukum misalnya maka haruslah dicari lebih dahulu di dalam undang-undang. Kalau ternyata di dalam undang-undang tidak ada maka barulah dicari dalam hukum kebiasaan, kemudian di dalam yurisprudensi. Kalau di dalam yurisprudensipun tidak ada maka baru dicari di dalam doktrin dan begitu selanjutnya. Kalau kita bicara tentang sumber hukum, maka hal itu tidak akan lepas dari kaedah hukum serta asas-asas hukum. Oleh karena itu dalam menemukan hukum harus pula dikuasai mengenai sifat dan ciri-ciri kaedah dan asas-asas hukum.

Hukum merupakan suatu sistem, yaitu suatu kesatuan yang tidak menghendaki adanya konflik di dalamnya. Kalau sampai terjadi konflik maka konflik itu tidak akan dibiarkan berlangsung berlarut-larut. Oleh karena itu maka dalam menemukan hukum ciri-ciri sistem hukum itu harus diketahui. Sistem hukum mengenal klasifikasi. Di samping itu sistem hukum bersifat konsisten. Konsisten dalam arti secara ajeg mengatasi konflik yang terjadi. Sering terjadi konflik antara undang-undang dengan undang-undang, antara undang-undang dengan putusan pengadilan, antara undang-undang dengan hukum kebiasaan. Untuk mengatasi konflik-konflik itu tersedialah asas-asas yang secara konsisten digunakan. Kalau peraturan perundang-undangannya tidak bersifat lengkap, maka sistem hukumnyalah yang sifatnya lengkap. Ketidak-lengkapan atau ketidak-jelasan itu dilengkapi dengan penemuan hukum. Setiap sistem hukum mempunyai konsep-konsep fundamental. Ciri-ciri sistem hukum seperti yang telah dikemukakan di atas harus diperhatikan dalam menemukan hukum.

Untuk menemukan hukum ada cara atau metodenya. Metode penemuan hukum ini telah banyak diketahui, akan tetapi sering tidak disadari. Metode penemuan hukum itu adalah metode penafsiran (interpretasi), metode argumentasi dan metode eksposisi atau konstruksi hukum. Kiranya bukan tempatnya untuk menguraikan metode-metode tersebut di sini.

Bagaimanakah prosedur penemuan hukum itu? Untuk mudahnya diambil contoh penemuan hukum oleh hakim perdata, karena penemuan hukum itu merupakan kegiatan hakim setiap harinya yang dilakukan secara profesional. Mengapa hakim perdata,

karena peluang penemuan hukumnya lebih banyak dibandingkan dengan hakim pidana yang dibatasi oleh pasal 1 ayat 1 KUHP.

Prosedur penemuan hukum itu meliputi jawab menjawab yang tujuannya agar hakim mengetahui peristiwa konkret apa yang sekiranya menjadi sengketa antara kedua belah pihak. Kalau sekiranya oleh hakim sudah diketahui peristiwa konkretnya, maka peristiwa atau sengketa itu dibuktikan agar hakim dapat mengkonstatasi kebenaran peristiwa konkret atau sengketa tersebut. Hakim tidak akan mengkonstatasi suatu sengketa tanpa mengadakan pembuktian lebih dulu. Setelah peristiwa konkretnya dirumuskan atau dikonstatasi maka peristiwa konkret itu harus diterjemahkan dalam bahasa hukum agar (peraturan) hukumnya dapat diterapkan, sebab (peraturan) hukumnya tidak dapat diterapkan secara langsung terhadap peristiwa konkretnya. Jadi peristiwa konkret yang telah dikonstatasi itu kemudian harus dikonversi atau diterjemahkan menjadi peristiwa hukum. Setelah peristiwa konkretnya dikonversi menjadi peristiwa hukum barulah hukumnya dapat diterapkan. Kemudian diambillah keputusan.

Penemuan hukum merupakan rangkaian kegiatan, sehingga pada hakekatnya penemuan hukum itu dimulai sejak jawab menjawab. Akan tetapi momentum dimulainya penemuan hukum adalah pada saat membuktikan dan kualifikasi peristiwa konkretnya. Di sini dicarilah peristiwa konkret yang relevan; untuk itu harus pula diketahui hukumnya. Langkah kedua adalah mengkualifikasi peristiwa konkret: peristiwa konkret harus diterjemahkan dalam bahasa hukum. Yang dikualifikasi adalah peristiwa konkret, untuk dijadikan peristiwa hukum agar hukumnya dapat diterapkan. Langkah ketiga adalah mencari atau menseleksi (peraturan) hukum dari sumber-sumber hukum: undang-undang, hukum kebiasaan, yurisprudensi dan doktrin serta perilaku manusia. Langkah keempat adalah menganalisis atau menginterpretasi (peraturan) hukum tersebut. Langkah kelima adalah menerapkan peraturan hukumnya terhadap peristiwa hukumnya dengan menggunakan silogisme. Langkah keenam adalah mengevaluasi dan mempertimbangkan argumentasinya. Di sini harus diperhatikan *Idee des Rechts*, yaitu unsur-unsur yang harus diperhatikan dalam menjatuhkan putusan, yaitu putusan harus mengandung keadilan (*Gerechtigkeit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) dan kepastian hukum (*Rechtssicherheit*). Tiga unsur itu idealnya harus diupayakan ada dalam setiap putusan secara proporsional. Dalam prakteknya tidak mudah mengupayakan hadirnya ketiga unsur itu secara proporsional,

tetapi kalau salah satu unsur ditinggalkan maka unsur lain dikorbankan: kalau yang diperhatikan itu hanyalah keadilan saja maka kepastian hukumnya dikorbankan dan begitu selanjutnya. Jadi paling tidak ketiga unsur itu harus ada sekalipun tidak secara proporsional.

C. Peranan Hakim dan Penafsiran Hukum

Hakim sebagai sebuah jabatan yang memiliki fungsi yudikatif, pada dasarnya memiliki dua tindakan/peran. Pertama, untuk membuktikan keberadaan suatu fakta yang dikualifikasikan sebagai delik perdata atau pidana oleh suatu norma umum yang harus diterapkan kepada kasus tertentu. Kedua, hakim menjatuhkan suatu sanksi perdata atau pidana yang konkret yang ditetapkan secara umum dalam norma yang harus diterapkan. Dari kedua peran tersebut dapat disimpulkan bahwa hakim merupakan penerap dari norma hukum yang berupa peraturan perundang-undangan yang kemudian diikuti dengan menerapkan sanksi demi tegaknya peraturan perundang-undangan tersebut.

Pada kesejarahannya menurut van apeldoorn peranan hakim dapat dibagi kedalam 3 masa yang terdiri dari masa abad ke-19 (legisme), pada masa ajaran hukum bebas atau ajaran menemukan hukum dengan bebas dan pada masa ini. Peranan hakim pada masa-masa legalisme (abad ke 19) mencapai puncak kejayaannya hanya difungsikan sebagai terompet undang-undang/corong undang-undang. Hakim pada konteks ini diposisikan untuk menerapkan peraturan perundang-undangan dengan menggunakan asas logikal, tanpa memperhatikan aspek-aspek lain diluar logika dan aturan hukum tersebut. Secara operasional penerapan suatu aturan hukum dalam perkara konkret mengikuti aturan berpikir silogisme, dimana aturan hukum diposisikan sebagai premis mayor dan fakta konkret/kenyataan-kenyataan diperlakukan sebagai premis minor, sehingga penentuan apakah seseorang telah melanggar hak seseorang atau seseorang telah melakukan suatu tindak pidana sangat bergantung pada kualifikasi-kualifikasi/unsur-unsur yang dinyatakan dalam aturan hukum tersebut (premis mayor). Pada masa legisme ini hakim tidak mempersoalkan motif, seperti apakah seseorang melakukan suatu tindakan pencurian dengan alasan karena lapar atau karena alasan-alasan lainnya. Sehingga pada masa ini, hakim memiliki tugas sebagai subsumptie-automat karena tugasnya semata-mata terdiri atas melakukan pencocokan (subsumptie)

kedalam peraturan perundang-undangan yang sesuai untuk hal tersebut.

Peranan hakim pada masa ajaran hukum bebas atau ajaran menemukan hukum dengan bebas, merupakan penolakan terhadap pandangan legisme yang berkembang pada abad ke-19. Ajaran hukum bebas ini, menyatakan tidak semua hukum terdapat di dalam undang-undang, bahwa disamping undang-undang terdapat sumber-sumber yang lainnya, dimana hakim dapat mengambil hukum tersebut (hukum bebas) sebagai dasar bagi putusan. Mengenai dari manakah asal hukum bebas tersebut berasal, ajaran ini terbagi menjadi dua. Pertama, ialah aliran hukum sosiologis dan kedua, ialah aliran hukum kodrat. Aliran pertama, yakni aliran hukum sosiologis digawangi oleh Hamaker yang menyatakan hukum bebas tersebut berasal dari adat istiadat, kebiasaan dalam masyarakat yang sifatnya lebih empirik. Sedangkan aliran hukum kodrat menunjuk kepada hal-hal yang sifatnya kontemplatif di dalam ruang-ruang perenungan penuh ide. Namun demikian, aliran-aliran yang datang berikutnya semakin radikal untuk meniadakan undang-undang sebagai sumber satu-satunya yang memandang bahwa hakim dalam memutus tidak hanya mengangap bahwa hukum bebas sebagai suplemen untuk menutupi kekosongan hukum. Namun lebih dari itu, hukum bebas ini dapat mengecualikan peraturan perundang-undangan tertulis dan mengadakan koreksi apabila dianggap telah bertentangan dengan hukum. Para pendukung aliran baru ini, memberikan hakim peran sebagai apa yang disebut dalam hukum romawi sebagai *rechter-koningschap*, namun demikian pandangan ini dianggap justru akan menghilangkan kepastian hukum sehingga banyak terjadi penolakan terhadap paham ini.

Pada masa ini, peranan hakim lebih dititik beratkan untuk melakukan penafsiran terhadap aturan-aturan hukum yang sudah ada, namun dengan tidak hanya menggunakan aktivitas logika semata. Tetapi juga memperhatikan anasir-anasir di luar hal tersebut, yakni kepatutan, keadilan, susila yang baik, itikad yang baik, dan sebagainya. Hakim memiliki tugas untuk mengisi kekosongan hukum yang ada, dimana hakim dalam melakukan penafsiran hukumnya tidak terlepas dari aturan hukum yang ada. Hakim dalam pada masa ini tidak melakukan pembentukan hukum dalam arti dia mengadakan suatu aturan hukum yang tidak ada menjadi ada. Namun hakim memutus berdasarkan perasaan hukum dengan memperhatikan kebiasaan dan pandangan-pandangan yang berlaku di dalam

masyarakat dan menyesuaikan hukum yang konkret pada tuntutan hal-hal yang khusus.

Penemuan hukum itu sendiri lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa hukum yang kongkrit. Hal ini merupakan proses kongkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa kongkrit. Atau lebih lanjutnya dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah proses kongkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa kongkrit (*das sein*) tertentu. Dari abstraksi pemikiran yang dikemukakan di atas, terdapat beberapa hal/faktor serta alasan yang melatarbelakangi perlunya suatu analisis terhadap prosedur penemuan hukum oleh hakim dalam proses penyelesaian perkara terutama pada tahap pengambilan keputusan, antara lain sebagai berikut : *Pertama*, bahwa kegiatan kehidupan manusia ini sangatlah luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Maka wajarlah kalau tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kegiatan kehidupan manusia, sehingga tak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapannya dan jelas sejelas-jelasnya. Oleh karena hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas maka harus dicari dan ditemukan. *Kedua*, perhatian dan kesadaran akan sifat dan tugas peradilan telah berlangsung lama dan ajaran penemuan hukum, ajaran penafsiran hukum atau metode yuridis ini dalam abad ke 19 dikenal dengan hermeneutic yuridis (hermeneutika), namun yang menjadi pertanyaan, bagaimana dengan penerapannya. *Ketiga*, adalah munculnya suatu gejala umum, yakni kurangnya serta menipisnya rasa kepercayaan sebagian "besar" masyarakat terhadap proses penegakan hukum di Indonesia. Gejala ini hampir dapat didengar dan dilihat, melalui berbagai media yang ada. Menurut hemat peneliti gejala ini lahir tidak lain adalah karena terjadinya suatu ketimpangan dari apa yang seharusnya dilakukan/diharapkan (khususnya dalam proses penegakan hukum) dengan apa yang terjadi dalam kenyataannya. *Keempat*, kaitannya dengan gejala umum di atas, dari mekanisme penyelesaian perkara (kasus) yang ada, tidak jarang hakim selaku penegak hukum menjatuhkan putusan/vonis terhadap kasus yang tanpa disadari telah melukai rasa keadilan masyarakat disebabkan karena terlalu kaku dalam melihat suatu peraturan (bersifat normative/positivistik) tanpa mempertimbangkan

faktor sosiologis yang ada. Salah satu contoh yang masih hangat dimemori kita pada awal bulan yang lalu yakni divonis bebasnya beberapa kasus korupsi (koruptor) kelas kakap yang nyata-nyata telah merugikan Negara.

Alasan yang lain yang tentunya sangat terkait dengan kajian ini yakni melihat bagaimana seorang hakim melakukan penemuan hukum dalam tugas dan tanggung jawabnya yang sudah menjadi kewajiban melekat pada profesinya serta sejauhmana hal itu dapat mewarnai dalam setiap putusan yang dilahirkan.

D. Penemuan Hukum di Dalam Sistem Hukum Indonesia

Indonesia di dalam keluarga-keluarga sistem hukum dunia, termasuk salah satu dari keluarga hukum Eropa Kontinental (*civil law*), yang mana telah memasuki pembahasan pada ulasan pendahuluan dari paper ini. Sistem Eropa Kontinental ini, mengutamakan hukum tertulis dan terkodifikasi sebagai sendi utama dari sistem hukum Eropa kontinental ini, oleh karenanya sering pula disebut sebagai sistem hukum kodifikasi. Pemikiran kodifikasi ini dipengaruhi oleh konsepsi hukum abad ke-18 – 19. Untuk melindungi masyarakat dari tindakan-tindakan sewenang-wenang dan demi kepastian hukum, kaidah-kaidah hukum harus tertulis dalam bentuk undang-undang. Lebih lanjut pemikiran ini menyatakan bahwa, suatu undang-undang harus bersifat umum (*algemeen*). Umum baik mengenai waktu, tempat, orang atau obyeknya. Kedua, undang-undang harus lengkap, tersusun dalam suatu kodifikasi. Berdasarkan pandangan ini Pemerintah dan Hakim tidak lebih dari sebuah mesin yang bertugas untuk menerapkan undang-undang (*secara mekanis*).

Berbeda dengan sistem Eropa Kontinental, sistem Anglo Saxon yang biasa disebut dengan sistem *common law* merupakan sistem hukum yang menjadikan yurisprudensi sebagai sendi utama di dalam sistem hukumnya. Yurisprudensi ini merupakan keputusan-keputusan hakim mengenai suatu perkara konkret yang kemudian putusan tersebut menciptakan kaidah dan asas-asas hukum yang kemudian mengikat bagi hakim-hakim berikutnya di dalam memutus suatu perkara yang memiliki karakteristik yang sama dengan perkara sebelumnya. Aliran hukum ini menyebar dari daratan Inggris kemudian ke daerah-daerah persemakmuran Inggris (eks jajahan Inggris), Amerika Serikat, Canada, Australia dan lain-lain. Namun demikian, pada perkembangannya kedua sistem hukum tersebut mengalami konvergensi (saling mendekat), yang ditandai dengan peranan yang cukup penting suatu peraturan perundang-undangan

bagi sistem common law dan sebaliknya peranan yang signifikan pula dari yurisprudensi dalam sistem Eropa Kontinental.

Makin besarnya peranan peraturan perundang-undangan terjadi karena beberapa hal, diantaranya ialah :

- a. Peraturan perundang-undangan merupakan kaidah hukum yang mudah dikenali, mudah diketemukan kembali dan mudah ditelusuri. Sebagai kaidah hukum tertulis, bentuk, jenis dan tempatnya jelas. Begitu pula pembuatnya
- b. Peraturan perundang-undangan memberikan kepastian hukum yang lebih nyata karena kaidah-kaidahnya mudah diidentifikasi dan mudah diketemukan kembali;
- c. Struktur dan sistematika peraturan perundang-undangan lebih jelas sehingga memungkinkan untuk diperiksa kembali dan diuji baik segi-segi formal maupun materi muatannya; dan
- d. Pembentukan dan pengembangan peraturan perundang-undangan dapat direncanakan. Faktor ini sangat penting bagi negara-negara yang sedang membangun termasuk membangun sistem hukum baru yang sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat.

Tetapi tidak berarti pemanfaatan peraturan perundang-undangan tidak mengandung masalah-masalah, adapun masalah-masalah tersebut ialah :

- a. peraturan perundang-undangan tidak fleksibel. Tidak mudah menyesuaikan peraturan perundang-undangan dengan perkembangan masyarakat. Pembentukan peraturan perundang-undangan membutuhkan waktu dan tata cara tertentu. Sementara itu masyarakat berubah terus bahkan mungkin sangat cepat. Akibatnya maka terjadi semacam jurang antara peraturan perundang-undangan dan masyarakat. Dalam keadaan demikian, masyarakat akan menumbuhkan hukum sendiri sesuai dengan kebutuhan. Bagi masyarakat yang tidak mampu menumbuhkan hukum-hukum sendiri akan "terpaksa" menerima peraturan-peraturan perundang-undangan yang sudah ketinggalan. Penerapan peraturan perundang-undangan yang tidak sesuai itu dapat dirasakan sebagai ketidakadilan dan dapat menjadi hambatan perkembangan masyarakat;
- b. peraturan perundang-undangan tidak pernah lengkap untuk memenuhi segala peristiwa hukum atau tuntutan hukum dan menimbulkan apa yang lazim disebut kekosongan hukum atau *rechstvaccum*. Barangkali yang tepat adalah kekosongan peraturan perundang-undangan bukan kekosongan huku. Hal ini dikarenakan

ajaran Cicero-*ubi societas ubi ius*- maka tidak akan pernah ada kekosongan hukum. Setiap masyarakat mempunyai mekanisme untuk menciptakan kaidah-kaidah hukum apabila "hukum resmi" tidak memadai atau tidak ada.

Kelemahan-kelemahan dari peraturan perundang-undangan inilah yang kemudian menimbulkan konsep penemuan hukum oleh hakim. Namun demikian, terdapat beberapa pandangan yang menyatakan bahwa penemuan hukum tidak diperkenankan hakim melakukan penemuan hukum. Gagasan penolakan ini lebih disebabkan oleh ketidakmungkinan dari apa yang disebut dengan kekosongan hukum. Hal ini merupakan pandangan dari positivisme Kelsen, yang menyatakan bahwa "tidak mungkin terdapat suatu kekosongan hukum dikarenakan jika tata hukum tidak mewajibkan para individu kepada suatu perbuatan tertentu, maka individu-individu tersebut adalah bebas secara hukum. sepanjang negara tidak menetapkan apa-apa maka itu merupakan kebebasan pribadinya". Berkebalikan dengan pandangan ini, justru kekosongan hukum sangat mungkin terjadi dan akan menimbulkan kebangkrutan keadilan (*bankruptcy of justice*) dimana hukum tidak dapat memfungsikan dirinya di tengah-tengah masyarakat untuk menyelesaikan persoalan yang ada di masyarakat. Kebangkrutan keadilan, merupakan konsekuensi dari kondisi dimana hukum tidak dapat menyelesaikan suatu sengketa yang timbul di dalam masyarakat.

Melihat dua pandangan yang saling bertentangan tersebut, maka kekosongan hukum ini adalah mungkin terjadi. Hal ini dikarenakan argumentasi Kelsen yang membangun konstruksi berpikirnya hanya pada ranah logikal, namun tidak memperhatikan fakta-fakta empiris dimana hukum tidak semata-mata merupakan apa yang kemudian dinyatakan oleh negara sebagai hukum. Lebih dari itu, hukum juga terdapat di dalam masyarakat akibat proses interaksi yang sangat dinamis dari kehidupan sehari-hari. Kemudian, argumentasi dari yang menyatakan terjadinya kekosongan hukum dapat menimbulkan kebangkrutan keadilan titik tekannya adalah kehidupan yang selalu berkembang di dalam masyarakat, memungkinkan hukum selalu tertinggal satu langkah di bandingkan fakta-fakta sosial kemasyarakatan, oleh karenanya fakta sosial yang demikian dinamis kadang kala merupakan friksi antara kepentingan individu-individu, individu dengan kelompok ataupun kelompok dengan kelompok dan menjadi kontraproduktif jika tidak dapat diselesaikan oleh hukum.

Pada konteks tersebut di atas kekosongan hukum yang berujung pada kebangkrutan hukum adalah hal yang dipastikan dapat terjadi, jika hanya menyatakan bahwa sumber hukum satu-satunya adalah undang-undang. Oleh karenanya, dituntut peranan hakim yang lebih besar dari pada sekedar corong undang-undang. Dalam rangka mengisi kekosongan hukum ini, maka hakim memiliki kewenangan untuk melakukan penafsiran, melakukan analogi, melakukan penghalusan hukum dan lain-lain. Hal ini kemudian yang sering diistilahkan *jugde made law* atau penemuan hukum (*rechtsvinding*). Konsep ini di Indonesia, diakomodir di dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman Nomor : 4 Tahun 2004 dimana dalam Pasal 16 ayat (1), dinyatakan sebagai berikut :

“pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutuskan suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.³

Pengadilan sebagai tempat setiap orang mencari keadilan, dilarang menolak suatu perkara yang diajukan kepadanya untuk diperiksa dan diputuskannya dengan alasan bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan menyelidikinya, hal ini disimpulkan dari ketentuan pasal 16 ayat (1) undang-undang Nomor 4 Tahun 2004.

Bertolak dari ketentuan pasal 16 ayat (1) UU nomor 4 Tahun 2004 tersebut, hakim sebagai pejabat pengadilan dan pelaksana hukum juga wajib melaksanakan tugas yang diberikan oleh pengadilan untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang dilimpahkan ke pengadilan tersebut, walaupun ia merasa bahwa peraturan hukumnya tidak atau kurang jelas, bahkan mungkin memang belum diatur secara tegas untuk perkara tersebut. Karena hakim harus memeriksa dan mengadili, maka ia harus dapat menemukan hukumnya agar perkara yang ditangani dapat diadili. Dalam konteks ini, hakim dapat dikatakan membentuk hukum apabila ia akhirnya dapat memberikan keputusan yang adil terhadap perkara yang ditanganinya.⁴

Dalam konteks hukum Indonesia, kebangkrutan hukum tidaklah di perbolehkan, dengan adanya ketentuan ini. Pasal 16 ayat (1) undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 yang sebelumnya ada pada Pasal 14 ayat (1) Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang

pokok kekuasaan kehakiman, oleh Prof. Mochtar Kusumaatmadja disebut juga dengan asas non-liquid yang merupakan cerminan dari Pasal 22 Algemene Bepalingen (AB) pada masa Belanda. Asas ini kemudian mendasari/memberikan peluang bagi hakim, untuk menafsirkan dan menerapkan konsep penemuan hukum dalam sistem hukum Indonesia.

Aktivitas hakim dalam proses peradilan merupakan salah satu faktor pembentukan hukum dari beberapa faktor lainnya. Undang-undang yang berisi hal-hal yang seharusnya diadaptasikan dengan kenyataan; dalam hal ini peranan dan tugas hakim menjadi sangat penting. Keberadaan putusan hakim telah ditentukan secara yuridis dalam pasal 1917 ayat (1) KUH Perdata, yaitu : "Kekuatan suatu putusan hakim yang telah memperoleh kekuatan mutlak tidak lebih luas daripada sekedar mengenai soalnya putusan."⁵

Pengertian *judge made law* dalam pengertian sistem hukum *common law*, ialah bahwa hakim memiliki peranan di dalam membentuk suatu norma hukum yang mengikat yang didasarkan pada kasus-kasus konkret. Sehingga hukum di dalam pengertian ini benar-benar membentuk suatu norma hukum baru, guna mencapai kepastian hukum maka dikembangkanlah sistem *precedent*, dimana hakim terikat dengan keputusan hakim terdahulu menyangkut suatu perkara yang identik. Apabila dalam suatu perkara hakim di dalam menerapkan *precedent* justru akan melahirkan ketidakadilan, maka hakim harus menemukan faktor atau unsur perbedaannya. Dengan demikian ia bebas membuat putusan baru yang menyimpang dari putusan lama.

Dalam konteks tersebut sistem Eropa Kontinental khususnya Belanda, penemuan hukum didasarkan pada ajaran menemukan hukum dengan bebas (*vrije rechtsvinding*), yang pada ajaran tersebut terbagi menjadi tiga ajaran menyangkut dimanakah hukum bebas tersebut dapat ditemukan. Ajaran pertama yang dimotori oleh Hamaker menyatakan bahwa hukum bebas dapat ditemukan dengan menggantinya dari adat istiadat di dalam masyarakat, oleh karenanya ajaran ini disebut pula ajaran aliran sosiologi. Ajaran kedua memandang hukum dapat ditemukan di dalam ketentuan-ketentuan kodrati yang sudah ada untuk manusia, ketentuan kodrati ini tertuang di dalam kitab-kitab suci dan perenungan-perenungan kefilsafatan tentang keadilan dan moralitas, oleh karenanya, hukum ini disebut dengan hukum kodrat. Dan ajaran ketiga ialah ajaran yang

menghendaki hakim dalam menemukan hukum, tidak hanya berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang sudah ada namun lebih dari itu, hakim di dalam menemukan hukum harus juga dalam konteks mengoreksi dan jika perlu membatalkan peraturan perundang-undangan tersebut dan membentuk norma hukum baru, aliran ini disebut juga *rechter-koningschap*.

Pada konteks hukum positif tampaknya kewenangan hakim menemukan hukum sebagaimana dimaksud di dalam Pasal 14 ayat (1) undang-undang nomor 4 tahun 2004 tentang kekuasaan kehakiman, juga harus ditafsirkan secara sistematis dengan Pasal 28 ayat (1) dan (2) undang-undang nomor 4 tahun 2004, yang berbunyi sebagai berikut :

- (1). Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat.
- (2) Dalam menerapkan berat ringannya pidana, hakim wajib memperhatikan pula sifat yang baik dan jahat dari terdakwa.

Dari kedua ayat dalam pasal tersebut, dengan jelas dinyatakan hakim menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat dan memperhatikan hal-hal yang baik dan jahat dari terdakwa sebelum memutuskan suatu perkara. Hal ini menunjukkan bahwa, Indonesia memang menganut ajaran penemuan hukum bebas (*vrije rechtstvinging*), namun menyangkut hukum bebas tersebut hakim masih terikat oleh peraturan perundang-undangan. Sehingga hukum bebas di posisikan sebagai tambahan dari aturan perundang-undangan dia tidak dapat menyimpang dari aturan perundang-undangan tersebut, akan tetapi hakim dapat mengkontekstkan aturan hukum yang ada sesuai dengan rasa keadilan dan nilai-nilai masyarakat, yang merupakan inti dari ajaran penemuan hukum bebas yang beraliran sosiologis. Hukum bebas dalam pengertian rasa keadilan dan nilai-nilai masyarakat sangat identik dengan hukum agama dan adat yang ada di dalam masyarakat. Namun tidak sebatas itu, tafsir rasa keadilan dan nilai-nilali masyarakat juga dapat ditafsirkan di dalam dinamika sosial kemasyarakatan. Dimana aspek tuntutan dan tekanan masyarakat, mengenai mana yang adil dan tidak adil menjadi aspek yang tidak dapat diabaikan dalam memutuskan suatu perkara.

Salah satu contoh penemuan hukum yang menjadi presedent di dalam hukum Indonesia, misalnya dalam kasus sengkon dan karta yang menumbuhkan kembali lembaga *Herzeining* (peninjauan kembali) dan penafsiran secara meluas (ekstensif) di dalam definisi mengenai barang dalam Pasal 378 oleh Bintang Siregar kemudian pada

zaman kolonial dengan beberapa benchmark cases, seperti mendefinisikan ulang unsur-unsur perbuatan melawan hukum melalui kasus pipa ledeng atau mendefinisikan secara luas (ekstensif) pengertian barang dalam delik pencurian, yang mengkualifikasikan listrik sebagai barang pada H.R. 23 Mei 1921, N.J.1921, 564. Dalam konteks hukum nasional ialah putusan yang mengizinkan perubahan status jenis kelamin pasca operasi penggantian kelamin sebagaimana diputus oleh Pengadilan Jakarta Selatan dan Barat Nomor 546/73.P Tanggal 14 November 1973 dengan pemohon ialah Iwan Robianto Iskandar.

Penemuan hukum secara operasional dilakukan dengan terlebih dahulu melakukan penafsiran, yang menggunakan asas-asas logika. Namun demikian, penafsiran tidak melulu menggunakan asas-asas logika, terdapat pula aspek-aspek lain yang menjadi faktor di dalam menentukan suatu keputusan hakim menyangkut penerapan hukum ke dalam suatu perkara. Faktor-faktor yang sifatnya non logikal dan non yuridis, dapat menghaluskan hukum (*rechstverwijning*), dimana hukum tidak menjadi keras bagi kelompok-kelompok tertentu. Misalkan seorang pencuri yang didesak karena kebutuhan ekonominya tentu akan berbeda hukumannya dengan pencuri yang mencuri dikarenakan ketamakan. Sehingga adagium *lex dura, sed tamen scripta* (hukum adalah keras, tetapi memang demikian bunyinya) menjadi tidak relevan di dalam konteks ini. Keseluruhan operasi logika dan penafsiran menggunakan aspek-aspek lainnya, ditujukan untuk mengisi ruang kosong yang terdapat di dalam sistem formil dari hukum. Untuk memenuhi ruang kosong ini, hakim harus berusaha mengembalikan identitas antara sistem formil hukum dengan sistem materil dari hukum. Dengan mencari persamaan dalam sistem materil yang menjadi dasar lembaga hukum yang bersangkutan, sehingga membentuk pengertian hukum (*rechtsbegrip*). Cara kerja atau proses berpikir hakim demikian dalam menentukan hukum disebut konstruksi hukum yang terdiri dari konstruksi analogi, penghalusan hukum dan argumentum a contrario. Di dalam melakukan penafsiran suatu aturan hukum, hakim hendaknya mengikuti beberapa prinsip di bawah ini :

1. Prinsip objektivitas : penafsiran hendaknya berdasarkan pada arti secara literal dari aturan hukum dan berdasarkan hakekat dari aturan hukum tersebut harus dibuat sejelas mungkin untuk perkembangan selanjutnya;

2. Prinsip kesatuan : setiap norma harus dibaca dengan teks dan tidak secara terpisah. Bagian harus berasal dari keseluruhan dan keseluruhan harus berasal dari bagiannya;
3. Prinsip penafsiran genetis : selama melakukan penafsiran terhadap teks, keberadaan teks asli harus dijadikan pertimbangan, terutama dalam aspek objektivitas, tata bahasa, budaya dan kondisi sosial dari pembentukan hukum tersebut dan terutama dari pembuat hukum tersebut; dan
4. Prinsip perbandingan : prinsip ini ialah prinsip untuk membandingkan suatu teks hukum dengan teks hukum lainnya menyangkut hal yang sama di suatu waktu.

Keempat prinsip tersebut merupakan prinsip yang dijadikan semacam panduan bagi penafsiran dalam rangka menemukan hukum, sehingga kepastian hukum dan keadilan di dalam masyarakat dapat terjalin secara baik.

E. KESIMPULAN

Berdasarkan uraian di atas, maka kesimpulan yang dapat ditarik adalah sebagai berikut:

1. penemuan hukum di dalam sistem hukum Eropa Kontinental, memiliki kedudukan yang diakui. Walaupun, sendi utama dari sistem hukum ini adalah peraturan perundang-undangan, namun penekanan yang berlebihan terhadap peraturan perundang-undangan dalam rangka memutus suatu perkara dapat menciptakan kebangkrutan keadilan (*bankruptcy of justice*) dikarenakan tidak semua peraturan perundang-undangan yang tertulis dapat menjawab tantangan jaman yang akan menyebabkan kekosongan hukum, hal ini dilakukan dengan cara membangun sebuah konstruksi hukum yang terdiri dari konstruksi Analogi, Penghalusan Hukum dan *Argumentum a Contrario*;
2. penemuan hukum dilakukan untuk menutupi kekurangan dari suatu peraturan perundang-undangan dan untuk mencegah kekosongan hukum. Tugas untuk melakukan penemuan hukum, merupakan tugas yang diemban oleh hakim di dalam melakukan memutus perkara konkret. Hakim di dalam melakukan penafsiran terikat oleh teks dan tidak dapat menciptakan hukum baru, hakim hanya menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan di dalam masyarakat sebagaimana ajaran penemuan hukum bebas (*vrije rechtsvinding*) aliran sosiologisnya Hamaker;

3. penemuan hukum memiliki 4 prinsip, yakni prinsip objektif, kesatuan, penafsiran genetis dan prinsip perbandingan. Sehingga dalam melakukan penafsiran tidak hanya melakukan dengan menggunakan logika semata; di dalam sistem hukum Indonesia, penemuan hukum memiliki dasar yuridisnya yang terdapat di dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang kekuasaan kehakiman, terutama di dalam Pasal 16 ayat (1) dan (2) sebagai dasar hakim dapat melakukan penemuan hukum dan Pasal 28 ayat (1) dan (2) sebagai dasar hakim dalam menemukan hukum adalah memperhatikan aspek-aspek nilai-nilai dan keadilan di dalam masyarakat.
4. Tugas seorang hakim hendaknya tidak melulu menjadi terompet undang-undang. Namun lebih dari itu, dia juga diwajibkan menggali nilai-nilai sosial dan rasa keadilan masyarakat. Untuk melakukan hal tersebut bukan merupakan suatu hal yang mudah, diperlukan kemampuan intelektual yang tinggi dan rasa yang peka untuk mengkonstruksi hukum sekaligus menangkap rasa keadilan masyarakat. Oleh karenanya, pembinaan hakim hendaknya diarahkan di dalam semangat dari gagasan sebagaimana di maksud di dalam Pasal 16 ayat (1) dan (2) dan Pasal 28 ayat (1) dan (2) undang-undang nomor 4 tahun 2004 tentang kekuasaan kehakiman.

Catatan Kaki

¹ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Bandung, Alumni, 1983, hal.126.

² Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta, Liberty, 1996, hal. 37.

³ Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 Tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman
⁴ J.B. Daliyo, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, PT. Prenhallindo, 2001, hal.110.

⁵ Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, Rineka Cipta, 1991, hal.138-139.

DAFTAR PUSTAKA

Bagir Manan, *Dasar-Dasar Ilmu Perundang-Undangan Indonesia*, In-Hill.Co, Jakarta, 1992.

Bernard Arief Sidharata, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum Sebuah Penelitian tentang fundasi kefilsafatan dan sifat keilmuan ilmu Hukum sebagai landasan pengembangan ilmu hukum nasional Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 2000.

Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Empirik-Deskriptif*, Rimdipress, Bandung, 1995.

J.B. Daliyo, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, PT. Prenhallindo, 2001.

Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, Rineka Cipta, 1991.

L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnja Paramita, Jakarta, 1968.

Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Bandung, Alumni, 1983.

Shavala Pupuashvili, *Judge Made Law in Development of Law and Access to Justice*, Tblisi State University, Germany, 2003.

Sudikno Mertokusumo , *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta, Liberty, 1996.

Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 Tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman.

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

Penulis, Dosen Fakultas Syari'ah dan Ekonomi Islam IAIN "Sultan Maulana Hasanuddin" Banten