

PENEGAKAN HUKUM DAN RASA KEADILAN MASYARAKAT SUATU SUMBANGAN PEMIKIRAN*

Abstrak

Karakteristik hukum sebagai kaedah selalu dinyatakan berlaku umum untuk siapa saja dan di mana saja dalam wilayah negara, tanpa membeda-bedakan. Meskipun ada pengecualian dinyatakan secara eksplisit dan berdasarkan alasan tertentu yang dapat diterima dan dibenarkan. Pada dasarnya hukum itu tidak berlaku secara diskriminatif, kecuali oknum aparat atau organisasi penegak hukum dalam kenyataan sosial telah memberlakukan hukum itu secara diskriminatif. Akhirnya penegakan hukum tidak mencerminkan adanya kepastian hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat.

Penegakan hukum, tekanannya selalu diletakkan pada aspek ketertiban. Hal ini mungkin sekali disebabkan oleh karena hukum diidentikkan dengan penegakan perundang-undangan, asumsi seperti ini adalah sangat keliru sekali, karena hukum itu harus dilihat dalam satu sistem, yang menimbulkan interaksi tertentu dalam berbagai unsur sistem hukum.

Hukum adalah kontrol sosial dari pemerintah (law is governmental social control), sebagai aturan dan proses sosial yang mencoba mendorong perilaku, baik yang berguna atau mencegah perilaku yang buruk. Di sisi lain kontrol sosial adalah jaringan atau aturan dan proses yang menyeluruh yang membawa akibat hukum terhadap perilaku tertentu, misalnya aturan umum perbuatan melawan hukum. Tidak ada cara lain untuk memahami sistem hukum selain melihat perilaku hukum yang dipengaruhi oleh aturan keputusan pemerintah atau undang-undang yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang. Jika seseorang berperilaku secara khusus adalah karena diperintahkan hukum atau karena tindakan pemerintah atau pejabat lainnya atau dalam sistem hukum.

Kata kunci: struktur hukum, substansi hukum, karakteristik hukum, budaya hukum

* Dosen Fakultas Syari'ah IAIN "SMH" Banten

Pendahuluan

Masalah penegakan hukum adalah merupakan suatu persoalan yang dihadapi oleh setiap masyarakat. Walaupun kemudian setiap masyarakat dengan karakteristiknya masing-masing, mungkin memberikan corak permasalahannya tersendiri di dalam kerangka penegakan hukumnya. Namun setiap masyarakat mempunyai tujuan yang sama, agar di dalam masyarakat tercapai kedamaian sebagai akibat dari penegakan hukum yang formil.

Kedamaian tersebut dapat diartikan bahwa di satu pihak terdapat ketertiban antar pribadi yang bersifat ekstern dan di lain pihak terdapat ketenteraman pribadi intern. Demi tercapainya suatu ketertiban dan kedamaian maka hukum berfungsi untuk memberikan jaminan bagi seseorang agar kepentingannya diperhatikan oleh setiap orang lain. Jika kepentingan itu terganggu, maka hukum harus melindunginya, serta setiap ada pelanggaran hukum. Oleh karenanya hukum itu harus dilaksanakan dan ditegakkan tanpa membedakan atau tidak memberlakukan hukum secara diskriminatif.

Karakteristik hukum sebagai kaedah selalu dinyatakan berlaku umum untuk siapa saja dan di mana saja dalam wilayah negara, tanpa membedakan. Meskipun ada pengecualian dinyatakan secara eksplisit dan berdasarkan alasan tertentu yang dapat diterima dan dibenarkan. Pada dasarnya hukum itu tidak berlaku secara diskriminatif, kecuali oknum aparat atau organisasi penegak hukum dalam kenyataan sosial telah memberlakukan hukum itu secara diskriminatif. Akhirnya penegakan hukum tidak mencerminkan adanya kepastian hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat.

Penegakan hukum, tekanannya selalu diletakkan pada aspek ketertiban. Hal ini mungkin sekali disebabkan oleh karena hukum diidentikkan dengan penegakan perundang-undangan, asumsi seperti ini adalah sangat keliru sekali, karena hukum itu harus dilihat dalam satu sistem, yang menimbulkan interaksi tertentu dalam berbagai unsur sistem hukum.

Hukum Sebagai Suatu Sistem

Sistem hukum tidak hanya mengacu pada aturan (*codes of rules*) dan peraturan (*regulations*), namun mencakup bidang yang luas, meliputi struktur, lembaga dan proses (*procedure*) yang mengisinya serta terkait dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) dan budaya hukum (*legal structure*).

Menurut Lawrence Friedman, unsur-unsur sistem hukum itu terdiri dari struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*) dan budaya hukum (*legal culture*).¹

Struktur hukum meliputi badan eksekutif, legislatif dan yudikatif serta lembaga-lembaga terkait, seperti Kejaksaan, Kepolisian, Pengadilan, Komisi Judisial, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) dan lain-lain.

Sedangkan substansi hukum adalah mengenai norma, peraturan maupun undang-undang.

Budaya hukum adalah meliputi pandangan, kebiasaan maupun perilaku dari masyarakat mengenai pemikiran nilai-nilai dan pengharapan dari sistem hukum yang berlaku, dengan perkataan lain, budaya hukum itu adalah iklim dari pemikiran sosial tentang bagaimana hukum itu diaplikasikan, dilanggar atau dilaksanakan.

Tanpa budaya hukum sistem hukum itu sendiri tidak akan berdaya, seperti ikan mati yang terkapar di keranjang, bukan seperti ikan hidup yang berenang di lautnya (*without legal culture, the legal system is inert, a dead fish lying in a basket, not a living fish swimming in its sea*).² Setiap masyarakat, negara dan komunitas mempunyai budaya hukum. Selalu ada sikap dan pendapat mengenai hukum. Hal ini tidak berarti bahwa setiap orang dalam satu komunitas memberikan pemikiran yang sama.

Banyak sub budaya dari suku-suku yang ada, agama, kaya, miskin, penjahat dan polisi mempunyai budaya yang berbeda antara satu dengan yang lainnya. Yang paling menonjol adalah budaya hukum dari orang dalam, yaitu hakim dan penasehat hukum yang bekerja di dalam sistem hukum itu sendiri, karena sikap mereka membentuk banyak keragaman dalam sistem hukum. Setidak-tidaknya kesan ini akan mempengaruhi penegakan hukum dalam masyarakat.

Hukum adalah kontrol sosial dari pemerintah (*law is governmental social control*), sebagai aturan dan proses sosial yang mencoba mendorong perilaku, baik yang berguna atau mencegah perilaku yang buruk.³ Di sisi lain kontrol sosial adalah jaringan atau aturan dan proses yang menyeluruh yang membawa akibat hukum terhadap perilaku tertentu, misalnya aturan umum perbuatan melawan

¹ Lawrence Friedman, "American Law", (London: W.W. Norton & Company, 1984), hal. 6.

² *Ibid*, hal. 7.

³ Donald Black, "Behavior of Law", (New York, San Fransisco, London: Academic Press, 1976), hal. 2.

hukum.⁴ Tidak ada cara lain untuk memahami sistem hukum selain melihat perilaku hukum yang dipengaruhi oleh aturan keputusan pemerintah atau undang-undang yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang. Jika seseorang berperilaku secara khusus adalah karena diperintahkan hukum atau karena tindakan pemerintah atau pejabat lainnya atau dalam sistem hukum.

Tetapi kita juga membutuhkan kontrol sosial terhadap pemerintah, karena tidak dapat kita pungkiri, bahwa tiada kuda tanpa kekang. Begitu juga tiada penguasa dan aparaturnya yang bebas dari kontrol sosial. Semua tahu ada orang yang berwenang menyalahgunakan jabatannya, praktek suap dan KKN sering terjadi dalam tirani birokrat. Maka untuk memperbaiki harus ada kontrol yang dibangun dalam sistim. Dengan kata lain, hukum mempunyai tugas jauh mengawasi penguasa itu sendiri, kontrol yang dilakukan terhadap pengontrol. Pemikiran ini berada di balik pengawasan dan keseimbangan (*check and balance*) dan di balik Peradilan Tata Usaha Negara, Inspektur Jenderal, Auditor dan lembaga-lembaga seperti, KPK, Komisi Judisial. Kesemuanya ini harus mempunyai komitmen yang tinggi untuk memberantas segala bentuk penyalahgunaan wewenang dari pihak penguasa.

Hukum akan menjadi berarti apabila perilaku manusia dipengaruhi oleh hukum dan apabila masyarakat menggunakan hukum menuruti perilakunya, sedangkan di lain pihak efektivitas hukum berkaitan erat dengan masalah kepatuhan hukum sebagai norma. Hal ini berbeda dengan kebijakan dasar yang relatif netral dan bergantung pada nilai universal dari tujuan dan alasan pembentukan undang-undang.

Dalam praktek kita melihat ada undang-undang sebagian besar dipatuhi dan ada undang-undang yang tidak dipatuhi. Sistem hukum jelas akan runtuh jika setiap orang tidak mematuhi undang-undang dan undang-undang itu akan kehilangan maknanya. Ketidakefektifan undang-undang cenderung mempengaruhi waktu sikap dan kuantitas ketidakpatuhan serta mempunyai efek nyata terhadap perilaku hukum, termasuk perilaku pelanggar hukum. Kondisi ini akan mempengaruhi penegakan hukum yang menjamin kepastian dan keadilan dalam masyarakat.

Kepastian hukum dapat kita lihat dari dua sudut, yaitu kepastian dalam hukum itu sendiri dan kepastian karena hukum. "Kepastian dalam hukum" dimaksudkan bahwa setiap norma hukum

⁴ Lawrence Friedman, *Op.cit*, hal. 3.

itu harus dapat dirumuskan dengan kalimat-kalimat di dalamnya tidak mengandung penafsiran yang berbeda-beda. Akibatnya akan membawa perilaku patuh atau tidak patuh terhadap hukum. Dalam praktek banyak timbul peristiwa-peristiwa hukum, di mana ketika dihadapkan dengan substansi norma hukum yang mengaturnya, kadangkala tidak jelas atau kurang sempurna sehingga timbul penafsiran yang berbeda-beda yang akibatnya akan membawa kepada ketidakpastian hukum.

Sedangkan “kepastian karena hukum” dimaksudkan, bahwa karena hukum itu sendirilah adanya kepastian, misalnya hukum menentukan adanya lembaga daluarsa, dengan lewat waktu seseorang akan mendapatkan hak atau kehilangan hak. Berarti hukum dapat menjamin adanya kepastian bagi seseorang dengan lembaga daluarsa akan mendapatkan sesuatu hak tertentu atau akan kehilangan sesuatu hak tertentu.

Hukum tidak identik dengan undang-undang, jika hukum diidentikkan dengan perundang-undangan, maka salah satu akibatnya dapat dirasakan, adalah kalau ada bidang kehidupan yang belum diatur dalam perundang-undangan, maka dikatakan hukum tertinggal oleh perkembangan masyarakat. Demikian juga kepastian hukum tidak identik dengan dengan kepastian undang-undang. Apabila kepastian hukum diidentikkan dengan kepastian undang-undang, maka dalam proses penegakan hukum dilakukan tanpa memperhatikan kenyataan hukum (*Werkelijkheid*) yang berlaku.

Para penegak hukum yang hanya bertitik tolak dari substansi norma hukum formil yang ada dalam undang-undang (*law in book's*), akan cenderung mencederai rasa keadilan masyarakat. Seyogyanya penekanannya di sini, harus juga bertitik tolak pada hukum yang hidup (*living law*). Lebih jauh para penegak hukum harus memperhatikan budaya hukum (*legal culture*), untuk memahami sikap, kepercayaan, nilai dan harapan serta pemikiran masyarakat terhadap hukum dalam sistim hukum yang berlaku.

Penegakan Hukum

Penegakan hukum pada prinsipnya harus dapat memberi manfaat atau berdaya guna (*utility*) bagi masyarakat, namun di samping itu masyarakat juga mengharapkan adanya penegakan hukum untuk mencapai suatu keadilan. Kendatipun demikian tidak dapat kita pungkiri, bahwa apa yang dianggap berguna (secara sosiologis) belum tentu adil, begitu juga sebaliknya apa yang

dirasakan adil (secara filosofis), belum tentu berguna bagi masyarakat.

Dalam kondisi yang demikian ini, masyarakat hanya menginginkan adanya suatu kepastian hukum, yaitu adanya suatu peraturan yang dapat mengisi kekosongan hukum tanpa menghiraukan apakah hukum itu adil atau tidak. Kenyataan sosial seperti ini memaksa pemerintah untuk segera membuat peraturan secara praktis dan pragmatis, mendahulukan bidang-bidang yang paling mendesak sesuai dengan tuntutan masyarakat tanpa perkiraan strategis, sehingga melahirkan peraturan-peraturan yang bersifat tambal sulam yang daya lakunya tidak bertahan lama. Akibatnya kurang menjamin kepastian hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat.

Sebaiknya mekanisme dan prosedur untuk menentukan prioritas revisi atau pembentukan undang-undang baru, masyarakat harus mengetahui sedini mungkin dan tidak memancing adanya resistensi dari masyarakat, maka setidaknya-tidaknya dilakukan dua macam pendekatan yaitu pendekatan sistem dan pendekatan kultural politis.

Melalui pendekatan sistem prioritas revisi atau pembentukan undang-undang baru, harus dilihat secara konstektual dan konseptual yang bertalian erat dengan dimensi-dimensi *geopolitik*, *ekopolitik*, *demopolitik*, *sosiopolitik* dan *kratopolitik*. Dengan kata lain politik hukum tidak berdiri sendiri, lepas dari dimensi politik lainnya, apalagi jika hukum diharapkan mampu berperan sebagai sarana rekayasa sosial. Kepicikan pandangan yang hanya melihat hukum sebagai alat pengatur dan penertib saja, tanpa menyadari keserasian hubungannya dengan dimensi-dimensi lain, akan melahirkan produk dan konsep yang kaku tanpa cakrawala wawasan dan pandangan sistemik yang lebih luas dalam menerjemahkan perasaan keadilan hukum masyarakat.⁵

Substansi undang-undang sebaiknya disusun secara taat asas, harmoni dan sinkron dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945. Untuk itu harus dilakukan

⁵ Selanjutnya dijelaskan bahwa faktor utama: (1) kesatuan wilayah sebagai subsistemnya adalah geopolitik; (2) kesatuan masyarakat sebagai subsistemnya adalah sosiopolitik; (3) kesatuan cita, perjuangan dan tujuan sebagai subsistemnya adalah ekopolitik; (4) kesatuan sumber moral sebagai subsistemnya adalah demopolitik; dan (5) kesatuan sistem hukum dan sistem pemerintahan sebagai subsistemnya adalah kratopolitik. M. Solly Lubis, "*Serba-serbi Politik dan Hukum*", (Bandung: Mandar Maju, 1989), hal. 48 dan 94-96.

dengan mengabstraksikan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945 kemudian menderivasi, yakni menurunkan sejumlah asas-asas untuk dijadikan landasan pembentukan undang-undang. Semua peraturan-peraturan hukum yang dikeluarkan secara sektoral oleh departemen-departemen yang bersangkutan harus serasi dan sinkron dengan ketentuan undang-undang. Perlu kita maklumi bahwa banyak peraturan undang-undang sering tidak berpijak pada dasar moral yang dikukuh oleh rakyat, bahkan sering bertentangan.

Pada taraf dan situasi seperti ini, kesadaran moral warga masyarakat tentu saja tidak akan lagi selalu sama dan sebangun dengan kesadaran hukum rakyat. Hukum yang dikembangkan dari cita pembaharuan dan pembangunan negara-negara nasional pun karenanya akan memerlukan dasar legitimasi lain, yang tak selamanya dipungut begitu saja dari legitimasi moral rakyat yang telah ada selama ini. Hukum-hukum ekonomi, lalu lintas dan tata kota yang mendasarkan diri maksud-maksud pragmatis jelaslah kalau terlepas dari kesadaran moral tradisional.⁶

Dalam pelaksanaan penegakan hukum, keadilan harus diperhatikan, namun hukum itu tidak identik dengan keadilan, hukum itu bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan. Setiap orang yang mencuri harus dihukum tanpa membeda-bedakan siapa yang mencuri. Sebaliknya keadilan bersifat subjektif, individualistis dan tidak menyamaratakan.⁷ Adil bagi seseorang belum tentu dirasakan adil bagi orang lain.

Aristoteles dalam buah pikirannya "*Ethica Nicomacea*" dan "*Rhetorica*" mengatakan, hukum mempunyai tugas yang suci, yakni memberikan pada setiap orang apa yang berhak ia terima. Anggapan ini berdasarkan etika dan berpendapat bahwa hukum bertugas hanya membuat adanya keadilan saja (*Ethische theorie*). Tetapi anggapan semacam ini tidak mudah dipraktekkan, maklum tidak mungkin orang membuat peraturan hukum sendiri bagi tiap-tiap manusia, sebab apabila itu dilakukan maka tentu tak akan habis-habisnya. Sebab itu pula hukum harus membuat peraturan umum, kaedah hukum tidak diadakan untuk menyelesaikan suatu perkara tertentu. Kaedah hukum tidak menyebut suatu nama seseorang tertentu,

⁶ Soetandyo Wignjosoebroto, "*Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*", Cetakan Pertama, (Jakarta: ELSAM dan HUMA, 2002), hal. 380.

⁷ Sudikno Mertokusumo, "*Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*", (Yogyakarta: Citra Aditya Bakti, 1993), hal. 2.

kaedah hukum hanya membuat suatu kualifikasi tertentu.⁸ Kualifikasi tertentu itu sesuatu yang abstrak. Pertimbangan tentang hal-hal yang konkrit diserahkan pada hakim

Nilai-Nilai Dasar Hukum

Berdasarkan anggapan tersebut di atas maka hukum tidak dapat kita tekankan pada suatu nilai tertentu saja, tetapi harus berisikan berbagai nilai, misalnya kita tidak dapat menilai sahnyanya suatu hukum dari sudut peraturannya atau kepastian hukumnya, tetapi juga harus memperhatikan nilai-nilai yang lain.

Radbruch mengatakan bahwa hukum itu harus memenuhi berbagai karya disebut sebagai nilai dasar dari hukum. Nilai dasar hukum tersebut adalah: keadilan, kegunaan dan kepastian hukum..⁹ Sekalipun ketiga-tiganya itu merupakan nilai dasar dari hukum, namun di antara mereka terdapat suatu *Spannungsverhältnis* (ketegangan), oleh karena di antara ketiga nilai dasar hukum tersebut masing-masing mempunyai tuntutan yang berbeda satu sama lainnya, sehingga ketiganya mempunyai potensi untuk saling bertentangan

Seandainya kita lebih cenderung berpegang pada nilai kepastian hukum atau dari sudut peraturannya, maka sebagai nilai ia segera menggeser nilai-nilai keadilan dan kegunaan. Karena yang penting pada nilai kepastian itu adalah peraturan itu sendiri. Tentang apakah peraturan itu telah memenuhi rasa keadilan dan berguna bagi masyarakat adalah di luar pengutamaan nilai kepastian hukum. Begitu juga jika kita lebih cenderung berpegang kepada nilai kegunaan saja, maka sebagai nilai ia akan menggeser nilai kepastian hukum maupun nilai keadilan, karena yang penting bagi nilai kegunaan adalah kenyataan apakah hukum tersebut bermanfaat atau berguna bagi masyarakat. Demikian juga halnya jika kita hanya berpegang pada nilai keadilan saja, maka sebagai nilai ia akan

⁸ Hakim diberi kesempatan menggolongkan peristiwa-peristiwa hukum sebanyak-banyaknya di dalam suatu golongan, yakni golongan peraturan hukum itu. Yakni, hukum yang berlaku pada saat ini atau hukum yang berlaku pada saat yang tertentu. Misalnya, peraturan-peraturan hukum dalam KUH Pidana, peraturan-peraturan pemerintah daerah yang berlaku sekarang atau yang berlaku pada masa lalu sebagai hukum positif dan hukum alam serta hukum tidak tertulis lainnya. Peraturan hukum sebagai peraturan yang abstrak dan *hypotetis*, dengan demikian hukum itu harus tetap berguna (*doelmatig*). Agar tetap berguna hukum itu harus sedikit mengorbankan keadilan. E. Utrecht, "*Pengantar Dalam Hukum Indonesia*", (Jakarta: Balai Buku Ichtar, 1962), hal. 24-28.

⁹ Satjipto Rahardjo, "*Ilmu Hukum*", (Bandung : Alumni, 1986), hal. 21.

menggeser nilai kepastian dan kegunaan, karena nilai keadilan tersebut tidak terikat kepada kepastian hukum ataupun nilai kegunaan, disebabkan oleh karena sesuatu yang dirasakan adil belum tentu sesuai dengan nilai kegunaan dan kepastian hukum.¹⁰ Dengan demikian kita harus dapat membuat kesebandingan di antara ketiga nilai itu atau dapat mengusahakan adanya kompromi secara proporsional serasi, seimbang dan selaras antara ketiga nilai tersebut.

Keabsahan berlakunya hukum dari segi peraturannya barulah merupakan satu segi, bukan merupakan satu-satunya penilaian, tetapi lebih dari itu sesuai dengan potensi ketiga nilai-nilai dasar yang saling bertentangan. Apa yang sudah dinilai sah atas dasar persyaratan yang harus dipenuhi oleh suatu peraturannya, bisa saja dinilai tidak sah dari kegunaan atau manfaat bagi masyarakat.

Dalam menyesuaikan peraturan hukum dengan peristiwa konkrit atau kenyataan yang berlaku dalam masyarakat (*Werkelijkheid*), bukanlah merupakan hal yang mudah, karena hal ini melibatkan ketiga nilai dari hukum itu. Oleh karena itu dalam praktek tidak selalu mudah untuk mengusahakan kesebandingan antara ketiga nilai tersebut. Keadaan yang demikian ini akan memberikan pengaruh tersendiri terhadap efektivitas bekerjanya peraturan hukum dalam masyarakat. Misalnya; seorang pemilik rumah menggugat penyewa rumah ke pengadilan, karena waktu perjanjian sewa-menyewa telah lewat atau telah berakhir sesuai dengan waktu yang diperjanjikan. Tetapi penyewa belum dapat mengosongkan rumah tersebut karena alasan belum mendapatkan rumah sewa yang lain sebagai tempat penampungannya. Ditinjau dari sudut kepastian hukum, penyewa harus mengosongkan rumah tersebut karena waktu perjanjian sewa telah lewat sebagaimana yang telah diperjanjikan.

Apakah hal ini, dirasakan adil kalau si penyewa pada saat itu belum ada rumah lain untuk menampungnya? Dalam hal ini, hakim dapat memutuskan: memberi kelonggaran misalnya selama waktu 6 (enam) bulan kepada penyewa untuk mengosongkan rumah tersebut. Ini merupakan kompromi atau kesebandingan antara nilai kepastian hukum dengan nilai keadilan, begitu juga nilai manfaat atau kegunaan terasa juga bagi si penyewa yang harus mengosongkan rumah tersebut.

Adalah lazim bahwa kita melihat efektifitas bekerjanya hukum itu dari sudut peraturan hukumnya, sehingga ukuran-ukuran

¹⁰ *Ibid.*

untuk menilai tingkah dan hubungan hukum antara para pihak yang mengadakan perjanjian itu, didasarkan kepada peraturan hukumnya. Tetapi sebagaimana dicontohkan di atas, jika nilai kepastian hukum itu terlalu dipertahankan, maka ia akan menggeser nilai keadilan.

Kalau kita bicara tentang nilai kepastian hukum, maka sebagai nilai tuntutan adalah semata-mata peraturan hukum positif atau peraturan perundang-undangan. Pada umumnya bagi praktisi hanya melihat pada peraturan perundang-undangan saja atau melihat dari sumber hukum yang formil.

Sebagaimana diketahui undang-undang itu, tidak selamanya sempurna dan tidak mungkin undang-undang itu dapat mengatur segala kebutuhan hukum dalam masyarakat secara tuntas. Adakalanya undang-undang itu tidak lengkap dan adakalanya undang-undang itu tidak ada ataupun tidak sempurna. Keadaan ini tentunya menyulitkan bagi hakim untuk mengadili perkara yang dihadapinya. Namun, dalam menjalankan fungsinya untuk menegakkan keadilan, maka hakim tentunya tidak dapat membiarkan perkara tersebut terbengkalai atau tidak diselesaikan sama sekali.

Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*)

Berdasarkan Pasal 16 ayat (1) Undang-undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menegaskan "*pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya*".

Di samping itu pula dapat kita lihat Pasal 22 AB yang menegaskan "*bilamana seorang hakim menolak menyelesaikan suatu perkara dengan alasan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan tidak menyebutnya, tidak jelas atau tidak lengkap, maka ia dapat dituntut karena menolak mengadili*".

Berdasarkan kedua ketentuan tersebut di atas, maka hakim dipaksa atau wajib turut serta menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak. Bilamana undang-undang tidak mengatur suatu perkara, maka hakim harus bertindak atas inisiatif sendiri untuk menemukan dan menggali nilai-nilai hukum yang tidak tertulis yang hidup di kalangan rakyat (*living law*). Untuk itu, ia harus terjun ke tengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya

yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit. Ini merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit. Sementara orang lebih suka menggunakan istilah "*pembentukan hukum*" dari pada "*penemuan hukum*", oleh karena istilah penemuan hukum memberi sugesti seakan-akan hukumnya sudah ada.¹¹

Lembaga penemuan hukum ini akan membawa kita kepada lembaga interpretasi hukum dan konstruksi hukum. Karena dalam melakukan penyesuaian peraturan perundang-undangan dengan peristiwa konkrit yang terjadi dalam masyarakat, tidak selalu dapat diselesaikan dengan jalan menghadapkan fakta dengan peraturannya saja melalui interpretasi, tetapi lebih jauh dari itu kadangkala hakim terpaksa mencari dan membentuk hukumnya sendirinya melalui konstruksi dengan cara *Analogi*, *Rechtsverfijning* dan *Argumentum a contrario*.

Sebagai contoh dapat dikemukakan bahwa dalam hukum adat Indonesia menganut sistim *partriar chaat*, segala harta yang timbul dalam perkawinan adalah milik suami, janda tidak berhak mewarisi harta peninggalan suaminya. Kedudukan janda dalam hukum adat ini dianggap tidak sesuai dengan rasa keadilan, karena itu janda harus diberikan kedudukan yang pantas di samping kedudukan keturunan anak-anak keturunan sipeninggal warisan.¹² Tugas hakim adalah menyelesaikan tiap perkara, meskipun bertentangan dengan undang-undang atau undang-undang tinggal diam. Hakim wajib membuat penyelesaian yang diinginkan oleh masyarakat pencari keadilan itu, berdasarkan hukum yang ditemukan atau dibentuknya sendiri.

¹¹ Van Eikema Hommes, "*Logika en Rechtsvinding*", (Tanpa kota: Vrije Universiteit, tanpa tahun), hal. 32.

¹² Lihat, Mahkamah Agung dalam Putusan tanggal 2 Nopember 1960, Reg. No.302 K/Sip/1960, berkesimpulan bahwa: "hukum adat di seluruh Indonesia perihal warisan mengenai seorang janda perempuan selalu merupakan ahli waris terhadap barang asal suaminya dalam arti, bahwa sekurang-kurangnya dari barang asal itu sebagian harus tetap berada di tangan janda, sepanjang perlu untuk hidup secara pantas sampai ia meninggal dunia atau kawin lagi, sedang di berapa daerah Indonesai di samping menentukan ini mungkin dalam hal barang-barang warisan adalah berupa amat banyak kekayaan, sijanda perempuan berhak atas bagian dari barang-barang warisan seperti seorang anak kandung dari sipeninggal warisan". Yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut, tidak dapat berlaku sebagai peraturan hukum yang mengikat secara umum, tetapi hanyalah mengikat para pihak yang berperkara saja atau lebih jauh dapat diikuti oleh hakim lain dalam hal perkara yang sama. Namun sebagai penemuan hukum dari hakim yurisprudensi ini cukup berharga sebagai faktor pembentukan hukum nasional.

Konstruksi hukum dapat dilakukan apabila suatu perkara yang dimajukan kepada hakim, tetapi tidak ada ketentuan yang dapat dijalankan untuk menyelesaikan perkara tersebut, meskipun telah dilakukan penafsiran hukum. Begitu juga setelah dicari dalam hukum kebiasaan atau hukum adat, namun tidak ada peraturan yang dapat membawa penyelesaian terhadap kasus tersebut. Dalam hal demikian hakim harus memeriksa lagi sistim hukum yang menjadi dasar lembaga hukum yang bersangkutan. Apabila dalam beberapa ketentuan ada mengandung kesamaan, maka hakim membuat suatu pengertian hukum (*rechtsbegrip*) sesuai dengan pendapatnya.

Membuat pengertian hukum itu adalah suatu perbuatan yang bersifat mencari asas hukum yang menjadi dasar peraturan hukum yang bersangkutan. Misalnya, perbuatan menjual, perbuatan memberi, menghendahkan, perbuatan menukar dan perbuatan mewariskan secara *legat* (*legateren*, membuat *testament*) mengandung kesamaan-kesamaan. Kesamaan itu adalah perbuatan yang bermaksud mengasingkan (*vervreemden*) atau mengalihkan. Berdasarkan kesamaan tersebut, maka hakim membuat pengertian hukum yang disebutnya pengasingan. Pengasingan itu meliputi penjualan, pemberian, penukaran dan pewarisan. Pengasingan adalah suatu perbuatan hukum oleh yang melakukannya diarahkan ke penyerahan (pemindahan) suatu benda. Elemen yang terdapat dalam baik penjualan, pemberian, penukaran maupun pewarisan secara *legat*. Tindakan hakim yang demikian ini adalah dikenal sebagai perbuatan melakukan konstruksi hukum.

Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dan dalam mempertimbangkan berat ringannya pidana, hakim wajib memperhatikan pula sifat-sifat yang baik dan jahat dari tertuduh.¹³

Semua masyarakat yang masih mengenal hukum tidak tertulis, serta berada dalam masa pergelokan dan peralihan, hakim merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai hukum yang hidup di kalangan rakyat. Untuk itu ia harus terjun ke tengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian hakim dapat memberikan putusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Sifat-sifat yang jahat

¹³ Lihat, Pasal 28 Undang-undang No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

maupun yang baik dari tertuduh wajib diperhatikan hakim dalam mempertimbangkan pidana yang akan dijatuhkan. Keadaan-keadaan pribadi seseorang perlu diperhitungkan untuk memberikan pidana yang setimpal dan seadil-adilnya. Keadaan pribadi tersebut dapat diperoleh dari keterangan orang-orang dari lingkungannya, rukun tetangganya, dokter ahli jiwa dan sebagainya.¹⁴

Paham yang menyatakan bahwa hakim tidak lain dari pada sebagai pengucap undang-undang atau corongnya undang-undang belaka (*La bouche qui prononce les paroles de loi*) telah ditinggalkan, atau tidak dianut lagi dan sudah lama ditinggalkan.

Menurut van Apeldoorn, hakim harus menyesuaikan (*waarderen*) undang-undang dengan hal-hal yang konkrit yang terjadi di masyarakat dan hakim dapat menambah (*aanvullen*) undang-undang apabila perlu. Hakim harus menyesuaikan undang-undang dengan hal yang konkrit, karena undang-undang tidak meliputi segala kejadian yang timbul dalam masyarakat. Bukankah pembuat undang-undang hanya menetapkan suatu petunjuk hidup yang umum saja? Pertimbangan mengenai hal-hal yang konkrit, yaitu menyesuaikan undang-undang dengan hal-hal yang konkrit diserahkan kepada hakim.¹⁵

Keputusan hakim dapat memuat suatu hukum dalam suasana "*werkelijkheid*" yang menyimpang dari hukum dalam suasana "*positiviteit*". Hakim menambah undang-undang karena pembuat undang-undang senantiasa tertinggal pada kejadian-kejadian yang baru yang timbul di masyarakat.

Undang-undang itu merupakan suatu "*momentopname*" saja, yaitu suatu "*momentopname*" dari keadaan di waktu pembuatannya. Berdasarkan dua kenyataan tadi, maka dapat dikatakan bahwa hakim pun turut serta menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak atau dengan kata lain hakim menjalankan *rechtsvinding*. Scholten menyatakan bahwa menjalankan undang-undang itu selalu "*rechtsvinding*".¹⁶

Kemandirian hakim dalam menemukan dan pembentukan hukum itu, serta dapat menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak atau dalam mengisi ruangan yang kosong dalam undang-undang, adalah tidak bertentangan dengan undang-undang, karena keputusan hakim yang demikian itu hanya berlaku bagi para

¹⁴ Lihat, Penjelasan Pasal 28 Undang-undang No. 4 Tahun 2004.

¹⁵ E. Utrecht, *Op.cit*, hal. 230.

¹⁶ *Ibid*, hal. 230-231.

pihak yang berperkara saja dan tidak berlaku sebagai peraturan umum.

Namun keputusan hakim yang didasarkan oleh hukum yang ditemukannya itu, dalam keadaan dan waktu tertentu, dapat diikuti oleh hakim-hakim yang lain dalam hal perkara yang sama dan akhirnya menjadi suatu yurisprudensi yang tetap dan sekaligus menjadi sumber hukum yang formil.

Kedudukan yurisprudensi di Indonesia sangat berbeda dengan keputusan hakim yang merupakan "*Preseden*" sebagaimana yang terdapat di Inggris dan Amerika, seperti apa yang dikemukakan oleh Gray. Teori Gray dikenal dengan nama teori mengenai *All the law is judge made law*. Suatu peraturan barulah menjadi peraturan hukum apabila peraturan itu telah dimasukkan dalam putusan hakim. Anggapan Gray ini berdasarkan peradilan dilaksanakan di negeri Inggris, di Amerika Serikat dan di Afrika Selatan dan disebut sebagai peradilan preseden (*Presedenten rechtspraak*).

Hakim wajib mengikuti keputusan hakim yang kedudukannya menurut hirarki pengadilan lebih tinggi, wajib mengikuti keputusan hakim yang lain yang kedudukannya sederajat, tetapi telah lebih dahulu membuat penyelesaian suatu perkara semacam, bahkan wajib mengikuti keputusan sendiri yang dibuatnya lebih dahulu dalam perkara semacam (*stare desicis*). Hukum yang berasal dari pengadilan preseden disebut "*judge made law*" atau "*judiciary law*". Terutama di negeri Inggris sering "*judge made law*" itu dianggap lebih penting dari pada "*Statute law*" (hukum yang ada di dalam peraturan perundang-undangan). Pentingnya "*judge made law*" itu diperbesar oleh Gray dalam rumusannya "*All the law is judge made law*".¹⁷

Fungsi hakim yang bebas untuk mencari dan merumuskan nilai hukum adat dalam masyarakat, diharapkan dapat memfungsikan hukum untuk merekayasa masyarakat dalam seluruh aspek kehidupan dengan memenuhi rasa keadilan, kegunaan dan kepastian hukum secara serasi, seimbang dan selaras. Dewasa ini di Indonesia telah berkembang faham untuk memfungsikan hukum sebagai rekayasa sosial (*law as a tool of social engineering*) terutama dalam bidang hukum privat adat menjadi hukum privat nasional.

Berbekalkan konsep dan rancangan kebijakan seperti itu, tak pelak para pendukung hukum adat tak dapat bertindak lain selain mengandalkan kemampuan para hakim untuk mengembangkan

¹⁷ *Ibid*, hal. 263.

pendayagunaan hukum dalam masyarakat, atas dasar prinsip-prinsip kontigensi yang harus benar-benar kreatif. Sekalipun dalam era orde baru badan-badan kehakiman diidealkan akan menjadi hakim yang bebas dan pembagian kekuasaan dalam pemerintah akan dihormati dengan penuh komitmen, akan tetapi harapan-harapan kepada badan-badan ini sebagai badan yang mandiri dan kreatif untuk merintis pembaharuan hukum-lewat pengartikulasian hukum dan moral rakyat agaknya terlampau berkelebihan.¹⁸

Salah satu aspek dalam kehidupan hukum adalah kepastian, artinya, hukum berkehendak untuk menciptakan kepastian dalam hubungan antar orang dalam masyarakat. Salah satu yang berhubungan erat dengan masalah kepastian tersebut adalah masalah dari mana hukum itu berasal. Kepastian mengenai asal atau sumber hukum menjadi penting sejak hukum menjadi lembaga semakin formal. Dalam konteks perkembangan yang demikian itu, pertanyaan mengenai “*sumber yang manakah yang dianggap sah?*” menjadi penting.¹⁹

Tentang masalah dari mana hukum itu berasal atau bersumber yang dapat kita anggap sah, dalam ilmu hukum hal ini dapat ditinjau dari *dalam arti kata formil* dan *dalam arti kata material*.

Sumber hukum dalam arti kata formil adalah dapat dilihat dari cara dan bentuk terjadinya hukum positif (*ius constitutum*) yang mempunyai daya laku yang mengikat para hakim dan penduduk warga masyarakat, dengan tidak mempersoalkan asal-usul isi dari peraturan hukum tersebut.

Sumber hukum dalam arti kata material, dapat dilihat dari pandangan hidup dan nilai-nilai (*values waarden*) yang hidup dan berkembang dalam masyarakat dan keyakinan serta kesadaran hukum bangsa Indonesia (*ius contituendum*).

Kemampuan para hakim kita agaknya dihadapkan dengan suatu dilema, antara harapan dan kenyataan, terlebih lagi dalam era globalisasi ini. Kebutuhan hukum dalam masyarakat dengan cepat berkembang, sehingga para hakim “*diharapkan*” dapat menyesuaikan hukum dengan peristiwa yang konkrit dan mengambil keputusan berdasarkan hukum yang ditemukannya sendiri dan akhirnya dapat menjadi yurisprudensi yang tetap dan berwibawa.

¹⁸ Soetandyo Wignjosoebroto, “*Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional Dinamika Sosial Politik Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*”, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994), hal. 244.

¹⁹ Satjipto Rahardjo, *Op.cit*, hal. 111.

Ketidakmampuan para hakim Indonesia untuk bertindak mandiri dan bebas dalam proses dan fungsi pembaharuan hukum nasional itu sesungguhnya tidak hanya bersebab pada status para hakim (sebagai Pegawai Negeri) yang sebenarnya kurang menjamin kemandiriannya, akan tetapi juga oleh sebab lain yang terikat pada doktrin dan tradisi, yang menentukan bahwa hakim tidak boleh menyimpang dari undang-undang, tetapi sepenuhnya harus tunduk pada undang-undang atau sebagai corong undang-undang (*La bouche qui prononce les paroles de loi*).

Doktrin dan tradisi yang dianut dalam badan-badan pengadilan di Indonesia, telah mengkonsepkan hakim sebatas sebagai corong undang-undang yang mereka temukan dari sumber-sumber formal yang telah ditetapkan terlebih dahulu secara doktrinal. Pendidikan hukum dan kehakiman di Indonesia telah terlanjur sangat menekankan cara berfikir deduktif lewat silogisme logika formal, tanpa pernah mencoba mendedah mahasiswa juga ke cara berfikir induktif yang diperlukan untuk menganalisis kasus-kasus dan beranjak dari kasus-kasus untuk mengembangkan *case laws*.²⁰

Secara formil yang menjadi sumber hukum bagi seorang hakim pada hakekatnya adalah: segala peristiwa-peristiwa bagaimana timbulnya hukum yang berlaku, atau dengan kata lain dari mana peraturan-peraturan yang dapat mengikat para hakim dan penduduk warga masyarakat yaitu terdiri dari: undang-undang, adat, kebiasaan, *yurisprudensi*, *traktat* dan *doktrina*.

Namun demikian hakim dalam rangka menegakkan keadilan dan kebenaran, terpaksa harus melihat sumber-sumber hukum dalam arti kata material, apabila sumber-sumber hukum dalam arti formil tidak dapat dipergunakan untuk menyelesaikan suatu perkara yang sedang diperiksanya. Di sini perlu adanya kemandirian hakim dalam proses menyesuaikan undang-undang dengan peristiwa yang konkrit, mefungsikan hakim untuk turut serta menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak, atau bertindak sebagai penemu hukum dalam upaya menegakkan keadilan dan kepastian hukum.

Menurut von Savigny hukum itu berdasarkan sistem asas-asas hukum dan pengertian dasar dari mana untuk setiap peristiwa dapat diterapkan kaedah yang cocok (*Begriffsjurisprudenz*). Hakim bebas

²⁰ Soetandyo Wignjosebroto, "Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional Dinamika Sosial Politik Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia", *Op.cit*, hal. 244.

dalam menerapkan undang-undang, tetapi ia tetap bergerak dalam sistem yang tertutup.²¹

Anggapan bahwa hukum itu merupakan suatu kesatuan yang tertutup (*logische Geschlossenheit*), pada saat sekarang sudah tidak lagi dapat diterima. Scholten mengatakan bahwa, hukum itu merupakan suatu sistem yang terbuka (*open systeem*), kita menyadari bahwa hukum itu dinamis yaitu terus-menerus dalam suatu proses perkembangan. Hal ini membawa konsekuensi, bahwa hakim dapat bahkan harus memenuhi ruang kosong yang ada dalam sistem hukum, asal saja penambahan itu tidak mengubah sistem tersebut. Namun hakim tidak dapat menentukan secara sewenang-wenang hal-hal yang baru, tetapi ia harus mencari hubungan dengan apa yang telah ada.

Setiap undang-undang pada dasarnya dibentuk secara *in abstracto* atau dalam keadaan abstrak, yakni pembentuk undang-undang hanya merumuskan aturan-aturan umum yang berlaku untuk semua orang yang berada di bawah penguasaannya, sedangkan hakim menjalankan undang-undang itu secara *in concreto* atau dalam keadaan konkrit, yaitu yang hanya berlaku antara pihak-pihak yang bersangkutan dalam suatu perkara tertentu.

Hakim dalam menyesuaikan peraturan perundang-undangan dengan suasana konkrit untuk menegakkan keadilan dan kebenaran serta kepastian hukum (*rechts zekerheid*), harus dapat memberi makna dari isi ketentuan undang-undang serta mencari kejelasan dengan melakukan penafsiran yang disesuaikan dengan kenyataan, sehingga undang-undang itu dapat berlaku konkrit jika dihadapkan dengan peristiwanya.

DAFTAR PUSTAKA

- Aveloorn, van L. J, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Pradnya Pramita, 1986.
- Black, Donald, *Behavior of Law*, New York, San Fransisco, London: Academic Press, 1976.
- Friedman, Lawrence, *American Law*, London: W.W. Norton & Company, 1984.

²¹ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit*, hal. 11.

Hommel, Van Eikema, *Logika en Rechtsvinding*, Tanpa kota: Vrije Universiteit, tanpa tahun.

Lubis, M. Solly, *Serba-serbi Politik dan Hukum*, Bandung: Mandar Maju, 1989.

Mertokusumo, Sudikno, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Yogyakarta: Citra Aditya Bakti, 1993.

Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Bandung : Alumni, 1986.

Utrecht, E., *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Jakarta: Balai Buku Ihtiar, 1962.

Wignjosoebroto, Soetandyo, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional Dinamika Sosial Politik Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994.

_____, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Cetakan Pertama, Jakarta: ELSAM dan HUMA, 2002.

Peraturan dan Undang-undang

Republik Indonesia, Undang-undang Dasar 1945.

Republik Indonesia, Republik Indonesia, Kitab Undang-undang Hukum Pidana.

Republik Indonesia, Undang-undang Nomor 8 Tahun 1982 tentang Hukum Acara Pidana.

Republik Indonesia, Undang-undang No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.