

**ARGUMENTASI HUKUM PUTUSAN HAKIM MAHKAMAH AGUNG
INSTRUMEN MEWUJUDKAN
PUTUSAN YANG BERKEADILAN**

DISERTASI

Oleh:
Almihan
NIM.4001173043

PROGRAM STUDI
HUKUM ISLAM



**PASCASARJANA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI SUMATERA UTARA
2021**

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR	i
ABSTRAK	ii
DAFTA ISI	iii
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah	19
C. Batasan Masalah.....	19
D. Penjelasan Istilah	20
E. Kerangka Teori dan Konsep.....	22
F. Kajian Tedahulu	33
G. Tujuan Penelitian	38
H. Kegunaan Penelitian.....	38
I. Metode Penelitian	39
I. Sitimatika Pembahasan.....	42
BAB II KETENTUAN HUKUM PUTUSAN HAKIM	43
A. Landasan Teori.....	43
B. Aspek Ontology Tentang Hukum.....	50
C. Aspek Epistemologi Tentang Hukum.....	75
D. Rassionalitas Tentang Pertimbangan Hukum.....	92
BAB III PERTIMBANGAN HUKUM PRISMAATIK DAN ARGUMENTATIF	128
A. Penerapan Teori Penalaran Hukum Prismatik Dalam Mewujudkan Yurisprodensi.....	128
B. Pertimbangan Hukum Sebagai Wujud Pertanggung Jawaban Hakim.....	132
C. Pembentukan yurisprudensi menjembatani Law book in Action.....	149

BAB IV PUTUSAN HAKIM SEBAGAI PRODUK HUKUM DAN KEADILAN.....	183
A. Pertimbangan Nilai Dalam Argumentasi Putusan Hakim	183
B. Pertimbangan Prismatic dalam Perespektif Ilmu hukum.....	191
C. Upaya Hukum Mewujudkan Putusan Hakim Yang Adil	209
BAB V PENUTUP.....	213
A Kesimpulan	213
B. Rekomendasi.....	214
DAFTAR PUSTAKA.....	216

PERSETUJUAN

Disertasi berjudul

**ARGUMENTASI HUKUM PUTUSAN HAKIM MAHKAMAH
AGUNG SEBAGAI INSTRUMEN MEWUJUDKAN PUTUSAN
YANG BERKEADILAN**

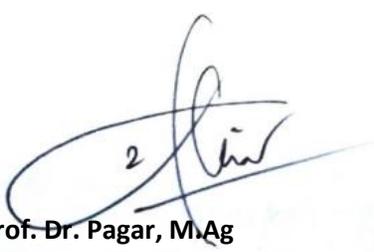
**Oleh
ALMIHAN
NIM.4001173043**

**Dapat Disetujui Dan Disahkan Untuk diajukan
Pada Ujian Terbuka Memperoleh Gelar Doktor (S-3)
Pada Program Studi Hukum Islam Pascasarjana
UIN Sumatera Utara Maedan**

**Medan , 15 Februari 2022
Pembimbing**



**Prof. Dr. Nawir Yuslem, M.A
NIP. 195808151985031007**



**Prof. Dr. Pagar, M.Ag
NIP. 1958231 198803 1 016**

PENGESAHAN SIDANG TERTUTUP DISERTASI

Disertasi berjudul: “ ARGUMENTASI HUKUM PUTUSAN HAKIM MAHKAMAH AGUNG SEBAGAI INSTRUMEN MEWUJUDKAN PUTUSAN YANG BERKEADILAN Nama: Almihan , NIM. 4001173043 Program Studi Hukum Islam telah diuji dalam Sidang Tertutup Disertasi Pascasarjana Universitas Islam Negeri Sumatera Utara Medan pada Rabu , 8 Februari 2022. Disertasi ini telah diperbaiki sesuai masukan dari para penguji dan telah memenuhi syarat diajukan untuk sidang terbuka pada Program Studi Hukum Islam.

Medan, 8 Februari 2022
Panitia Ujian Sidang Tertutup
Pascasarjana UIN-SU Medan

Ketua



Prof Dr. Hasan Bakti Nasution, M.A
NIP. 196208141992031003
NIDN.

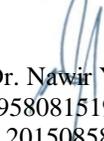
Sekretaris



Dr. Zainul Fuad , M.A
NIP. 196704231994031004
NIDN.

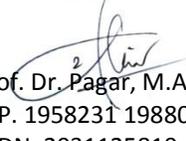
Anggota

Penguji I



Prof. Dr. Nawir Yuslem, M.A
NIP. 195808151985031007
NIDN. 2015085801

Penguji II



Prof. Dr. Pagar, M.Ag
NIP. 1958231 198803 1 016
NIDN. 2031125810

Penguji III



Prof. Dr. Suhaidi .SH, Ag
NIP. 19540820 198203 1 002
NIDN.

Penguji IV



Prof. Dr. H. Asmuni, M. Ag
NIP. 19540820 198203 1 002
NIDN. 20200085402

Penguji V



Dr. Fauziah Lubis, M.Hum
NIP.
NIDN

Mengetahui

Ka. Prodi HUKI. PPS UIN SU



Dr. Dhiauddin Tanjung, S.H.I, M.A
NIP. 196208141992203 1 003
NIDN. 2020107903

ABSTRAK

Terdapat keterkaitan antara Argumentasi putusan hakim terhadap keadilan mewujudkan rasa keadilan . Disertasi ini berjudul “**ARGUMENTASI HUKUM PUTUSAN HAKIM MAHKAMAH AGUNG SEBAGAI INSTRUMEN MEWUJUDKAN PUTUSAN YANG BERKEADILAN**”. Ketidak puasan masyarakat pencari keadilan terhadap putusan-putusan hakim, dapat disebabkan karena ketidak sesuaian antara keadilan yang tumbuh dalam perasaan hukum masyarakat dengan keadilan yang diberikan oleh hakim berdasarkan skenario yang digariskan undang-undang . putusan hakim yang mengedepankan sumber formal hukum, dan keadilan yang mengikuti sumber hukum formal sesuai prosedur dalam praktik pengadilan, terhadap beberapa putusan Mahkamah Agung tidak mengikuti aturan yang ada karena dipandang bahwa aturan yang ada sudah tidak memenuhi rasa keadilan, juga karena tidak ada diatur dalam undang-undang dan aturan yang berkaitan dengan hal tersebut yang tidak lagi menjadi pedoman hakim memutus perkara Konkret namun demikian halnya kenyataan di masyarakat belum dapat diterima sebagai sebuah keadilan, sehingga diajukan permintaan koreksi melalui upaya hukum. Konsep Negara hukum *rechstaat* dan *the rule of law* yang dihimpun dalam wadah Negara Hukum Indonesia, karenanya nilai kepastian hukum harus dijaga bersama-sama dengan kemanfaatan sesuai rasa keadilan masyarakat, dipertimbangkan dalam argumentasi pertimbangan hukum secara prismatic dan bukan alternatif.

Penelitian ini bertujuan (1) untuk Menjawab adanya ketentuan-ketentuan hukum positif yang mengatur kewenangan hakim Pengadilan Agama untuk mewujudkan putusan yang berkeadilan, (2) untuk menjawab bahwa hakim peradilan agama mengimplementasikan regulasi untuk mewujudkan tujuan-tujuan hukum secara prismatic dalam argumentasi putusan hakim, dan (3) untuk menjawab putusan hakim yang argumentatif dengan argumentasi hukum putusan hakim yang memenuhi rasa keadilan, penelitian ini menggunakan pendekatan normatif yaitu pendekatan penelitian dengan cara meneliti dan mengkaji objek penelitian melalui asas-asas hukum, perundang-undangan dan buku-buku literatur serta putusan-putusan kasasi, yang berhubungan penemuan dan pembentukan hukum melalui putusan hakim. Penelitian ini bersifat deskriptif analitis, bahan hukum primer dan skunder. Hasil penelitian ini, (1) bahwa undang-undang dasar dan undang-undang tentang kekuasaan kehakiman serta undang-undang lainnya yang terkait mendorong putusan hakim yang argumentatif, berorientasi pada nilai-nilai keadilan, (2) penalaran hukum secara prismatic dalam argumentasi putusan hakim menghasilkan nilai kepastian hukum, keadilan, dan kemanfaatan secara simultan, (3) pertimbangan hukum secara prismatic tersebut secara alami memperoleh kepercayaan para pencari keadilan karena putusnya dirasa memenuhi rasa keadilan masyarakat

Kata Kunci : Argumentasi putusan Hakim yang berkeadilan

ABSTRACT

There is a link between argumentative judges' decisions, public trust in the judiciary and efforts to build a fair court. This dissertation is entitled "LEGAL ARGUMENTATION OF RELIGIOUS COURT JUDGES AS AN INSTRUMENT TO REALIZE

FAIR DECISION". The dissatisfaction of the justice-seeking community with the judge's decisions can be caused by a mismatch between the justice that grows in the community's legal feelings and the justice given by the judge based on the scenario outlined by law. The judge's decision that prioritizes formal sources of law, and justice that follows formal legal sources according to procedures in court practice, is still not acceptable as justice, so a request for correction is submitted through legal remedies. The concept of a state of law *rechtstaat* and the rule of law which are collected in the framework of the State of Law of Indonesia, therefore the value of legal certainty must be maintained together with benefits according to the sense of justice of the community, taken into account in the argumentation of legal considerations in a prismatic and not alternative way

This study aims (1) to answer the existence of positive legal provisions that regulate the authority of Religious Court judges to realize fair decisions, (2) to answer that religious court judges implement regulations to realize legal objectives prismatically in the argumentation of judges' decisions, and (3) to answer the argumentative judge's decision with the legal argument of the judge's decision that fulfills a sense of justice, this study uses a normative approach, namely a research approach by researching and examining the object of research through legal principles, legislation and literature books and cassation decisions, which relate to the discovery and formation of law through judges' decisions. This research is descriptive analytical, primary and secondary legal materials. The results of this study,

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Argumentasi diartikan sebagai pemberian alasan yang diuraikan secara jelas untuk memperkuat suatu pendapat sedangkan istilah '*argument*' diartikan sebagai berusaha mempercayakan orang lain dengan mengajukan alasan-alasan.

Dengan demikian, yang dimaksud dengan 'argumentasi hukum' dalam Disertasi ini, yaitu "alasan berupa uraian penjelasan yang diuraikan secara jelas, berupa serangkaian pernyataan secara logis, untuk memperkuat atau menolak suatu pendapat, pendirian atau gagasan, berkaitan dengan asas hukum, norma hukum dan peraturan hukum konkret, serta sistem hukum dan penemuan hukum".

Hakim dan penegak hukum yang lainnya memandang hukum pada peristiwa konkret yang memerlukan pemecahan, suatu konflik. Untuk memecahkan peristiwa konkret atau konflik itu dicarikan norma atau hukumnya dan hukumnya terdapat dalam himpunan peraturan-peraturan hukum.

Hakim sebagai aktor utama dalam proses peradilan senantiasa dituntut untuk mengasah kepekaan nurani, kecerdasan moral dan profesional dalam menegakkan hukum dan keadilan dalam wujud putusannya. Putusan hakim harus selalu dapat dipertanggung jawabkan kepada Tuhan Yang Maha Esa dan kepada masyarakat khususnya pencari keadilan.¹ Salah satu instrument mewujudkan Visi Mahkamah Agung Republik Indonesia adalah melalui putusan hakim yang argumentatif. Putusan hakim yang tidak mandiri, terindikasi adanya Kolusi Korupsi dan Nepotisme (KKN), tidak profesional, tidak memberi kepastian hukum dan rasa keadilan, begitu pula putusan yang tidak dapat dieksekusi dapat menurunkan kepercayaan publik sekaligus merendahkan pengadilan.

¹ Lihat pasal 53 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman.

Tugas utama hakim adalah menerapkan hukum pada kasus konkret dalam wujud putusan. Dalam penerapan hukum itu selalu diawali dengan penemuan hukum. Penemuan hukum diperlukan dalam rangka memecahkan atau menyelesaikan suatu persoalan hukum berdasarkan hukum atau secara hukum. Hukum yang diterapkan adalah hukum yang berlaku positif. Dalam hal hukum positif yang mengatur peristiwa hukum sudah jelas maka tugas hakim adalah mempertemukan peristiwa hukum yang kongkret dengan aturan hukum yang ada. Akan tetapi apabila aturan hukum yang ada tidak jelas, atau tidak sesuai rasa keadilan masyarakat atau kurang melindungi hak asasi, maka penemuan hukum dilakukan dengan interpretasi yaitu menemukan pengertian-pengertian aturan hukum yang ada, atau menggali berbagai bahan hukum yang bersumber dari kesadaran hukum masyarakat atau teori-teori hukum yang tersedia sehingga suatu peristiwa hukum konkret dapat dipecahkan secara tepat dan benar. Penemuan hukum seperti ini disebut pembentukan hukum (*rechts cheeping*) melalui wujud putusan.² Putusan hakim yang telah berkekuatan hukum tetap, berubah menjadi hukum positif, sebab telah secara langsung mengikat pihak-pihak,³ tentu saja yang dimaksud hukum positif yang bersifat subyektif karena hanya mengikat para pihak, tidak menjadi kaidah yang berlaku umum.

Ketika mengadili persoalan hukum terkait persoalan keadilan, Austin berpandangan bahwa hukum merupakan sebuah perintah dari penguasa dan hukum secara tegas dipisahkan dari moral. Hakikat dari semua hukum adalah perintah yang dibuat oleh penguasa yang berdaulat yang ditujukan kepada yang diperintah dengan disertai sanksi apabila perintah itu dilanggar. Kaidah-kaidah sosial diluar ketentuan hukum yang dibuat oleh penguasa yang berdaulat bukanlah hukum.

² Bagir manan, dalam idris, rahminawati, imam Mulyana, Penemuan hukum Nasional dan Internasional, penerbit Fikahati Aneska, bekerjasama dengan bagian Hukum Internasional Fakultas hukum Universitas Pdjadjaran Bandung 2012, hal. 77.

³ Bagir Manan, Hukum Positif Indonesia suatu kajian Teoritik FH UII Pres Yogyakarta hlm 1 Hukum Positif adalah kumpulan asas dan kaidah hukum tertulis dan tidak tertulis yang pada saat ini sedang berlaku dan mengikat secara umum atau khusus dan ditegakkan oleh pemerintah atau Pengadilan dalam Negara Indonesia.

Jika, seperti diduga oleh Austin, kewajiban hukum merupakan suatu konsekuensi dari sanksi, maka perbuatan yang merupakan kewajiban hukum untuk mematuhi tidak dapat disamakan dengan perbuatan yang diperintahkan oleh norma hukum. Yang dapat diperintahkan hanyalah sanksi. Norma hukum tidak menetapkan perbuatan yang membentuk kewajiban. Yang merupakan ketetapan dari norma hukum tersebut hanyalah perbuatan yang bertentangan dengannya, perbuatan yang dianggap salah tidak berdasarkan hukum, yang terdapat didalam norma hukum sebagai kondisi dari sanksi karena norma hukum melekatkan sanksi tertentu kepada perbuatan tertentu perbuatan yang bertentangan dengannya menjadi kewajiban hukum. Namun demikian Austin menggambarkan persoalan tersebut seolah olah norma hukum yang dia sebut sebagai perintah.

Austin dan Kelsen menyatakan tidak ada kaitan antara hukum dengan moral atau keadilan. Tujuan hukum menurutnya semata-mata untuk mewujudkan kepastian hukum.⁴

Austin berpendapat bahwa tidak ada kaitan antara hukum dan Moral dalam pandangan yang sedikit berbeda dengan Austin, bahwa hukum dan moralitas adalah kesatuan yang tidak bisa dipisahkan dalam menetapkan sebuah keadilan lebih dari itu analogi berpikir hakim adalah bagian dari kepastian hukum hakim tanpa tekanan penguasa.

Berbeda dengan cara berpikir filsafat positifisme tersebut, cara berpikir filsafat yang berlaku dalam sistem kekuasaan kehakiman di Indonesia harus dipahami sebagai sintesis antara hukum tertulis dengan hukum yang belum tertulis dengan menempatkan keadilan hukum sebagai pengabdian hukum. Sistem hukum Indonesia dijelaskan di bawah nilai-nilai Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara

⁴ Khuzafah Dimyaati, *Study tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia* (Yogyakarta: Genta Publishing, cetakan kelima, 2010), hal. 68-71.

Republik Indonesia tahun 1945 sebagai dasar filosofis dan teoritis penerapan hukum di Indonesia.⁵

UUD 1945 tentang kekuasaan kehakiman memberi ruang kebebasan bagi hakim untuk merefleksikan bunyi Undang-Undang sesuai rasa keadilan masyarakat. Sehingga dengan demikian bunyi Undang-Undang menjadi hidup bermoral keadilan. Hal ini dapat dilihat pada ketentuan pasal 1 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman yang menyatakan “kekuasaan kehakiman adalah Kekuasaan Negara yang merdeka dalam menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 dapat terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia”.

Berdasarkan teks hukum tersebut, maka Pancasila dan UUD 1945 harus ditempatkan sebagai sumber ideologi Negara yang oleh hakim harus dipedomani sebagai tolak ukur menilai keadilan hukum dalam penerapan hukum. Dasar-dasar hukum yang diterapkan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai ideologi Negara atau selalu harus dalam kerangka Negara hukum.

Ruang kebebasan hakim yang diberikan oleh Negara meliputi kebebasan mengadili, kebebasan dari campur tangan pihak luar, kebebasan berekspresi dalam rangka pengembangan hukum praktis, kebebasan menggali nilai-nilai hukum sesuai rasa keadilan masyarakat, termasuk kebebasan mengambil keputusan diluar ketentuan hukum tertulis apabila dinilai ketentuan hukum tertulis tersebut tidak sesuai dengan rasa keadilan pada masyarakat.

Kebebasan hakim disini bukanlah berarti bebas tanpa batas, karena dasar hukum yang diterapkan tidak boleh bertentangan dengan ideologi Negara, tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang yang sederajat, futuristik, harus melindungi Hak Asasi Manusia (HAM) dan mengamankan keadilan.

⁵ Lihat pasal 24 ayat (1) UUD tahun 1945. Jo Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman.

Menurut Scholen, penentuan mengenai apa hukumnya mengenai suatu kasus tertentu, keadilanlah yang merupakan taruhan utamanya, ia dimulai dari keadilan dan diakhiri dengan keadilan.⁶

Penulis selaku hakim Indonesia ketika hendak mengadili menurut hukum selalu digelisahkan atas pertanyaan “dengan ketentuan hukum tertulis itu, apa yang harus dilakukan untuk memberi keadilan sesuai perasaan hukum masyarakat, dalam hal ini ada tiga tujuan hukum yang selalu ingin diwujudkan secara integratif didalam pertimbangan hukum putusan hakim yaitu: mengadili menurut hukum harus selalu berorientasi pada ketiga tujuan hukum yaitu kepastian hukum, kemaslahatan dan keadilan, keadilan dalam hubungannya dengan norma hukum positif (kepastian hukum), keadilan dalam hubungannya dengan Norma sosial (kemanfaatan), dan keadilan dalam hubungannya dengan norma moral (Filosofis/keadilan) karena itu telah menjadi amanat UUD 1945 dan UU Nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman..

Radbruch mengatakan bahwa hukum yang baik adalah ketika hukum tersebut memuat kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan⁷. Sekalipun ketiganya merupakan cita hukum (*rechtsidee*) namun masing-masing nilai mempunyai tjuan dan maksud yang berbeda satu dengan yang lainnya, sehingga ketiganya mempunyai potensi untuk saling bertentangan.

Menurut Bentham ada beberapa situasi yang tidak memungkinkan tujuan-tujuan itu digabungkan, ketika muncul kontradiksi diantara tujuan-tujuan itu perlu ditemukan cara untuk memutuskan mana tujuan yang lebih diutamakan.⁸

Menurut Mahfud MD, negara hukum Indonesia dikonsepskan secara tegas sebagai Negara hukum yang prismatic menggabungkan segi-segi positif antara *rechtstaat* dengan kepastian hukumnya dan *the rule of law* dengan rasa keadilannya

⁶ SatjiptoRaharjo, *Ilmu hukum*, (Bandung: PT Citra Sdtya Bakti,2000), hal. 101.

⁷ Widodo Dwi Putro, *Kritik terhadap Paradigma Positivisme Hukum* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2011), hlm. 246.

⁸ Jeremy Bentham, *Teori perundang –undangan, Penterjemah Nurhadi* (Bandung: Penerbit Nuansa dan Nusa media, 2010), hlm. 127.

secara integrative.⁹ Mengadili menurut hukum harus selalu berorientasi pada ketiga tujuan hukum yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan, karena itu telah menjadi amanat UUD 1945 dan UU Nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman.

Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 hasil perubahan menyebutkan bahwa Indonesia adalah negara hukum.¹⁰ Sedangkan Pasal 28 huruf H UUD 1945 menekankan pentingnya kemanfaatan dan keadilan.¹¹ Demikian pula pasal 24 UUD 1945 menekankan bahwa kekuasaan kehakiman harus menegakkan hukum dan keadilan¹² dan dalam pasal 28 huruf D menekankan pentingnya kepastian hukum yang adil.¹³

Sejak berlakunya Undang-Undang nomor 14 tahun 1970 sampai diberlakukannya Undang-Undang 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman, selain menerapkan bunyi Undang-Undang, hakim diwajibkan menggali nilai-nilai hukum sesuai rasa keadilan masyarakat. hal ini menunjukkan bahwa selain kepastian hukum, dunia peradilan menekankan pada pentingnya rasa keadilan. Prinsip kepastian hukum dan prinsip keadilan diakomodasi dalam sistem peradilan di Indonesia

Prinsip kepastian hukum lebih menonjol di dalam tradisi kawasan Eropa Kontinental dengan konsep negara hukum *rechtaat*. Sedangkan rasa keadilan lebih menonjol didalam tradisi hukum kawasan Anglo Sexon dengan konsep negara

⁹ Mahfud MD dan Tjandra Sri Djaja Pradjonggo, *Sifat melawan Hukum dalam Trindalkan Pidana Korupsi*, (Jakarta: Indonesia Lawyer Club, 2010), hal. 9

¹⁰ Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945, Pasal 1 ayat (3): Negara Indonesia adalah Negara hukum

¹¹ Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945, Pasal 28 H ayat (2) Setiap orang mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.

¹² Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945, Pasal 24 ayat (1) kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan (2) kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan meliter, dan lingkungan peradoilan Tata Usaha Negara dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

¹³ Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945, Pasal 28 D ayat (1), setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.

hukum *the rule of law*. Sumber masalah dalam praktik adalah kedua prinsip itu bukan diterapkan secara integratif melainkan alternatif.

Dalam penegakan prinsip kepastian hukum, norma positif dalam sistem peraturan perUndang-Undangan dipandang sebagai sumber formal hukum yang paling utama. Dengan demikian, maka Undang-Undang harus dibuat selengkap mungkin supaya mampu mengakomodasi dan mengantisipasi setiap perilaku dan perbuatan hukum.

Pembentuk Undang-Undang berkeyakinan bahwa Undang-Undang yang dibuatnya mampu mengakomodasi dan mengantisipasi perbuatan hukum terkait dengan materi muatan yang tercantum dalam peraturan tersebut.¹⁴ Demikian pula mereka berasumsi bahwa peraturan yang dibuatnya telah menampung kehendak penuh semua pemangku kepentingan. Oleh sebab itu Undang-Undang yang dihasilkan telah menampung rasa keadilan dan kemanfaatan jika diterapkan, lagi pula tidak ada aturan hukum yang tidak bermoral atau jahat. Asumsi ini didasarkan pada Undang-Undang nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan PerUndang-Undangan yang menyaratkan tujuh asas pembentukan peraturan perUndang-Undangan yang baik. Asumsi bahwa apabila tujuh asas pembentukan peraturan perUndang-Undangan sudah terpenuhi, maka Undang-Undang tersebut menjadi baik dan seolah tidak ada kekurangan lagi, ternyata tidak dapat dipertahankan, karena pesatnya perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, menyebabkan hukum tidak selalu dapat mengantisipasi peristiwa konkret.

Menurut Bagir Manan, kaidah hukum baik tertulis atau tidak tertulis, berada di belakang perubahan masyarakat. Meskipun pada waktu dibuat, suatu kaidah hukum

¹⁴ UU. Nomor 21 tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang undangan Pasal 5 “dalam membentuk peraturan perUndang-Undang harus dilakukan berdasarkan pada asas pembentukan peraturan perundang undangan yang baik, yang meliputi a. kejelasan tujuan, b. kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat. c. kesesuaian antara jenis, hirarki, dan materi muatan, d. dapat dilaksanakan; e. keadilan, kemanfaatan, dan kepastian. f. kejelasan rumusan; dan g. keterbukaan.

sangat progresif, *future-oriental*, dengan mengandung muatan *social engineering*, tetapi dalam perjalanan waktu akan ketinggalan juga dari dinamika masyarakat.¹⁵

Apabila terjadi kesenjangan antara Undang-Undang (*law in the books*) dengan hukum yang hidup sesuai rasa keadilan masyarakat, maka cara mengatasi kesenjangan itu harus diciptakan oleh pembuat Undang-Undang. Akan tetapi jika terjadi kasus dan dibutuhkan pemecahan melalui putusan pengadilan. Sedangkan pembentukan Undang-Undang yang baru belum dilakukan, maka dalam ruang seperti inilah hakim harus melakukan penemuan hukum. Kesenjangan ini menurut paham positivisme menjadi ruang interpretasi secara tertutup. Paham ini telah berhasil memenjarakan kreativitas kebebasan berpikir hakim Indonesia karena tidak memberi ruang gerak bagi kebebasan hakim untuk mengembangkan hukum melalui lembaga yurisprudensi. Paham positivisme ini berpandangan bahwa hukum harus dipisahkan dari moral dan keadilan karena hukum hanya membawa misi kepastian dengan mekanisme menjalankan perintah Undang-Undang. Berbeda dengan paham positivisme tersebut, hakim Indonesia memperoleh kebebasan mengaktualkan hukum tertulis sesuai mekanisme yang digariskan Undang-Undang dasar Tahun 1945 dan Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Di luar Undang-Undang masih ada hukum yang hidup, tumbuh dan berkembang sesuai dinamika sosial dan rasa keadilan mereka. Hakimplah yang mempertemukan antara kaidah hukum tertulis dengan perubahan-perubahan sosial agar hukum tetap aktual, mampu memenuhi kebutuhan sesuai dengan perubahan masyarakat.¹⁶

Demi kepastian hukum, hakim wajib mendahulukan penerapan ketentuan hukum tertulis dari yang tidak tertulis, namun akan menimbulkan persoalan keadilan bagi

¹⁵ Idris, Rahminawati Aneska dan Imam Mulyana, *Penemuan hukum Nasional dan Internasional*, (Bandung: Penerbit Fika Hati Aneska bekerjasama dengan Bagian Hukum Internasional Fakultas hukum Universitas Padjadjaran, 2012). hal. 78

¹⁶ *Penemuan Hukum Nasional dan Internasional*, (Bandung: Penerbit Fika Hati Aneska bekerjasama dengan Bagian Hukum Internasional Fakultas hukum Universitas Padjadjaran, 2012). hal.78

yang berperkara apabila dalam penerapan hukum tertulis yang mungkin sudah tertinggal oleh zaman tanpa mempertimbangkan perubahan.¹⁷

Dalam suatu negara hukum, kekuasaan kehakiman merupakan badan yang sangat menentukan isi dan kekuatan kaidah-kaidah hukum positif dalam konkretisasi oleh hakim pada putusan-putusannya.¹⁸ Oleh karena itu untuk terselenggaranya peradilan yang baik, teratur serta memenuhi rasa keadilan masyarakat, figur hakim sangat menentukan melalui putusan-putusannya. Karena hakekatnya hakimlah yang menjalankan kekuasaan kehakiman demi terselenggaranya fungsi peradilan itu¹⁹. Menempatkan hakim seolah mulut Undang-Undang, pandangan seperti itu sudah lama ditinggalkan.

Menurut Wiarda, penemuan hukum secara *heteronom* membuat hakim tidak mandiri karena harus tunduk pada Undang-Undang. Menemukan hukum secara silogisme yaitu Undang-Undang sebagai premis mayor dan fakta hukum sebagai premis minor kemudian ditarik kesimpulan sebagai pendapat hukum. Dalam sistem peradilan di Indonesia, hakim diberi kebebasan secara bertanggung jawab menerapkan hukum sesuai rasa keadilan masyarakat, namun keadilan legalis tetap dijunjung tinggi, cara menemukan hukum seperti ini disebut penemuan hukum otonom.

Ketidak puasan masyarakat pencari keadilan terhadap putusan-putusan hakim, dapat disebabkan antara lain karena ketidak sesuaian antara keadilan yang tumbuh dalam perasaan hukum masyarakat. Ketidak puasan masyarakat pencari keadilan terhadap putusan-putusan hakim, dapat disebabkan antara lain karena ketidak sesuai

¹⁷ Bandingkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, Berkenaan dengan Pasal 43 ayat(1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 3019) yang menyatakan anakyang dilahirkan diluar perkawinan hanya meampunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” tidak memiliki kekuatan hukummengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasar ilmu pengetahuan dan Tehnologi dan /atau alat buktim lain menurut hukumtenyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu paengetahuan dan thnologi dan/ atauai alat bukti lain menurut hukum meampunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata deluarga ayahnya.

¹⁸ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, hal. 10

¹⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, hal. 9

antara keadilan yang tumbuh dalam perasaan hukum masyarakat dengan keadilan yang diberikan oleh hakim sebagai aktor pengadilan berdasarkan skenario yang digariskan Undang-Undang.

Putusan hakim yang mengedapankan pentingnya sumber formal hukum, dan keadilan yang mengikuti sumber hukum formal sesuai prosedur dalam praktik pengadilan, ternyata belum dapat diterima sebagai sebuah keadilan dan masih harus diajukan permintaan koreksi melalui banding dan kasasi, sampai upaya hukum luar biasa.

Hakim Indonesia dituntut menjadi professional. Komisi Yudisial mempunyai kewenangan melakukan pengawasan terhadap hakim dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Dalam hal tersebut komisi Yudisial diberikan kewenangan menganalisis putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap²⁰.”

Komisi Yudisial berwenang memberikan penilaian dan evaluasi terhadap putusan hakim apakah merapkan aturan didalam argumentasi hukum terhadap putusannya apakah sudah sesuai dengan ketentuan yang berlaku terhadap hakim, terhadap apa yang diminta apakah memenuhi kepastian hukum dan memenuhi rasa keadilan. Karena persoalan pertentangan antara kepastian hukum dan rasa keadilan. Hakim menerapkan pasal 41 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yaitu “Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan/atau menentukan suatu kewajiban bagi bekas Istri”.

Pasal ini oleh hakim diterapkan secara *ex-officio*, tanpa didasarkan pada tuntutan didalam gugatan putusan tersebut oleh Komisi Yudisial dinilai melanggar ketentuan pasal 189 R. Bg sebagai tindakan *ultra petita* dan *ultra vires* yang dilarang menurut hukum acara perdata.

²⁰ Pasal 42 UU No 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman: “dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim, Komisi Yudisial dapat menganalisis putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap sebagai rekomendasi untuk melakukan mutasi hakim.

Persoalan yang muncul kemudian adalah karena pada dasarnya hukum prosedural yang berlaku di Indonesia, khususnya hukum acara perdata (HIR/R.Bg yang dilengkapi RV) adalah warisan dan produk Pemerintah Belanda (pemerintah sekuler), apakah hukum ini sudah mencerminkan keadilan moral bagi rakyat banyak yang mayoritas beragama Islam di Indonesia, yang percaya kitab sucinya sebagai sumber keadilan moral yang menentukan baik dan buruk. Menurut Chemerinsky, bahwa masyarakat modern tidak mungkin diatur oleh pandangan spesifik individu yang hidup dua abad yang lalu, yaitu ketika HIR dan R. Bg dibuat dan diberlakukan sebagai hukum formal dalam sistem peradilan di Indonesia.

Moral Justice adalah keadilan berdasarkan standar moral yang memisahkan yang baik dan buruk. Standar bersumber dari kitab suci yang merupakan keadilan ilahi sebagai representasi dari keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.²¹ Ronald Dworkin menyatakan *moral principle is the foundation of law* (Prinsip moral) merupakan fondasi hukum.²²

Bismar siregar menyatakan. Bila untuk menegakkan keadilan lalu kepastian hukum harus dikorbankan, maka itu yang dilakukan karena hukum itu hanyalah sarana sedangkan tujuannya adalah keadilan.²³ Menurut Friedrich Carl Joachim, keadilan hanya bisa dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan, oleh hukum.²⁴ Landasan ontologis yang menjadi pijakannya adalah sistem-sistem nilai yang dianut oleh manusia.²⁵ Lebih lanjut Joachim menambahkan

²¹ Rifyal Ka'bah, *Peradilan Islam Kontemporer*. (Jakarta: Universitas Yasri, 2009). hal. 13. Menurut Rifyal Ka'bah "Penegakan hukum sebenarnya adalah pengakuan keadilan Hukum tidak lain adalah aturan untuk menegakkan keadilan, hukum yang berkeadilan menciptakan ketentuan dalam masyarakat dan mendukung kepatuhan warga masyarakat.

²² Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum dan teori Peradilan (Legal Theosy and Legal Prudence)*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009). hal 471.

²³ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, (Jakarta: Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, 2008), hal.

²⁴ Carl Joachim Muttaqinen, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung: Penerbit Nuansa dan Nusamedia, 2004), hal. 239

²⁵ Ibid, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, (Bandung: Penerbit Nuansa dan Nusamedia), hal. 248

pernyataan tentang ketidakadilan adalah fakta yang tidak dapat disangkal bahwa perasaan orang akan lebih terbangkitkan oleh rasa ketidakadilan daripada keadilan.

Oleh karena itu hakim sebagai pemegang palu dengan kekuasaan dan kebebasan yang diberikan oleh negara kepadanya, dapat mengalihkan hak kepemilikan seseorang, dapat mencabut kebebasan warga Negara, dapat menyatakan tidak sah suatu tindakan sewenang-wenang oleh pemerintah terhadap anggota masyarakat, lebih jauh dapat memerintahkan diakhirinya hak hidup seorang melalui putusan hakim. Untuk itu hakim haruslah profesional.

Profesionalisme hakim dapat diketahui antara lain pada aspek penguasaan ilmu hukum normatif, termasuk asas-asas hukum yang berkaitan dengan norma hukum positif, kemahiran yuridis dan kemampuan berpikir aksiomatik dan problematik atau berpikir ekstra yuridis, yang dibangun melalui penalaran hukum yang tercermin di dalam pertimbangan hukum putusannya.

Pengadilan Agama adalah pengadilan perdata, kebenaran dalam sengketa perdata dibangun atas dasar kebenaran formal. Data perkara yang ditangani Mahkamah Agung pada Kamar Agama cenderung meningkat setiap tahun. Perkara yang ditangani tersebut terdiri dari sengketa perkawinan, sengketa kewarisan, hibah dan sengketa ekonomi syariah. Kasus sengketa perkawinan terdiri dari cerai talak atau cerai gugat yang rata-rata kumulasi dengan harta bersama dan *hadhonah*, biaya pemeliharaan anak dan nafkah istri serta iddah. Kasus poligami dan pembatalan nikah. Sengketa kewarisan meliputi sengketa tentang penentuan ahli waris, penentuan objek warisan dan bahagian masing-masing ahli waris, serta kasus tersebut terdapat sejumlah kasus yang benar-benar membutuhkan pembentukan hukum baru karena telah terjadi kekosongan normatif, seperti dalam kasus sengketa pemeliharaan (*hadhonah*) anak, kedua suami istri memohonkan *hadhonah* terhadap anak dibawah umur, padahal suami berperilaku jahat sekali (pemabuk, dan bertato) meskipun beragama Islam, sedangkan istri dalam keadaan *murtad* (cacat aqidah) dan kembali kelingkungan keluarga yang beragama bukan Islam, anak yang dibawah

umur menurut pasal 172 Kompilasi Hukum Islam, beragama mengikuti agama ayahnya, sedangkan pasal 105 Kompilasi Hukum Islam, menentukan keharusan anak dibawah umur 12 tahun berada dibawah pemeliharaan ibunya. Dalam kasus seperti ini, Undang-Undang, kompilasi hukum Islam dan yurisprudensi yang mengatur mengenai *hadhahah* tidak lagi memberikan perlindungan kepada kepentingan terbaik bagi anak, karena itu hakim dituntut melakukan pembentukan hukum baru yang melindungi kepentingan anak dan kepentingan sosial.

Harta bersama menurut KHI pasal 97 Janda atau duda cerai masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan. Putusan MA memberikan 2/3 istri suami 1/3

Anak yang murtad (berbeda agama dengan pewaris) menurut fikih konvensional, tidaklah mewarisi pewaris yang beragama Islam meskipun mempunyai hubungan darah yang dekat dengan pewarisnya. Akan tetapi dalam kasus tertentu dimana perbedaan agama tidak menjadi persoalan dalam keluarga, bahkan anak yang murtad itu lebih bermanfaat bagi orang tuanya dari pada saudara-saudaranya yang muslim anak tersebut diberi wasiat wajibah

Al-Qur'an melarang menikahi antara seorang ayah dengan anak tirinya (anak bawaan istrinya) atau seorang ibu dengan anak tirinya yaitu anak bawaan suami kedalam perkawinannya dengan istrinya tersebut. Al-Qur'an tidak pernah menyebut anak tiri boleh menikah dan mewarisi harta peninggalan ayah tirinya. Kalau demikian berarti anak tiri tidak boleh mewarisi harta peninggalan dari ayah tirinya ataupun ibu tirinya Anak tiri tidak mendapat warisan dari ayah tiri, namun oleh hakim diberi wasiat wajibah dari harta peninggalan ayah tirinya

Anak perempuan menghibah paman, sesuai pasal 181, bila seorang meninggal tanpa meninggalkan anak dan ayah, maka saudara laki-laki dan saudara perempuan seibu masing-masing mendapat seperenam bagian. Bila mereka itu dua orang atau lebih maka mereka bersama-sama mendapat sepertiga bagian., akan tetapi paman dalam kedudukannya sebagai wali seperti halnya pada masyarakat Arab tidaklah

menjalankan fungsinya kecuali hanya sekedar wali nikah. Para hakim dalam memutus suatu perkara banyak merujuk kepada pendapat-pendapat para ulama yang termuat dalam kitab-kitab fiqh baik klasik maupun moderen bahkan terkadang berijtihad sendiri dalam menemukan hukum-hukum baru yang berhubungan dengan kasus yang ditangani sebagaimana putusan Mahkamah Agung No. 86 K/AG/1994.

Dalam perkara 86 K/Ag/1994 di atas . Terhadap kasus ini pengadilan Agama Mataram menolak semua dalil gugatan penggugat, Pengadilan Tinggi Agama Mataram dalam amarnya membagi harta peninggalan Amaq Nawiyah untuk anak perempuan 1/2 (setengah) bagian dan sisanya (1/2 bagian) diberikan kepada Amaq Itrawan selaku ashabah dan Mahkamah Agung dalam amarnya membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram dan mengadili sendiri dengan pertimbangan “selama masih ada anak laki-laki maupun anak perempuan maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris kecuali orang tua, suami dan isteri menjadi tertutup (terhijab).

Putusan Mahkamah Agung di atas sangat sepektakuler, berbeda dengan pendapat para ulama sebelumnya sebagaimana dijumpai dalam kitab-kitab fiqh, baik fikih klasik maupun kontemporer, juga berbeda dengan hukum yang hidup dalam masyarakat muslim Indonesia khususnya masyarakat muslim Mataram, Rengat dan Bojonegoro.

Putusan Mahkamah Agung merupakan ijtihad baru terhadap persoalan waris yang telah pernah diijtihadkan oleh pakar hukum sebelumnya, Mahkamah Agung dan para ulama masing-masing menggunakan metodologi ijtihad dalam menghasilkan hukum, oleh karena itu putusan Mahkamah Agung Nomor 86 K/AG/1994 menarik untuk dilakukan penelitian dalam kajian ilmiah, metode pendekatannya seiring dengan perkembangan epistemologi study keislaman dalam konteks kekinian

Permohonan cerai talak memohon diberi izin mengucapkan thalak terhadap istri yang akan dicraikan, mentalak istri hanya diberikan kepada suami yang

beragama islam bukan kepada suami yang murtad dari agama semula yakni beragama islam, terhadap kasus ini banyak pendapat ada yang menyatakan bahwa suami yang murtad dapat diberi izin karena pernikahannya beragama islam pendapat lainnya tidak diberi izin karena mentalak adalah hak suami yang beragama islam.

Secara obyektif didapati sejumlah putusan yang penalaran hukumnya kurang memuaskan, kurang argumenatif, bahkan kurang pertimbangan (*onvoldoende gemoethveerd*) sehingga dalam koreksi ditingkat banding, putusan tingkat pertama harus dibatalkan dan diperbaiki dengan mengadili sendiri. Pengacara (advokat) sering keberatan dan mengeluhkan kekeliruan fakta hukum, salah menerapkan hukum pembuktian, salah menerapkan hukumnya, melampaui batas wewenang yang ditentukan Undang-Undang yang oleh Undang-Undang itu sendiri mengancam batal demi hukum. Kondisi objektif seperti tersebut mempunyai hubungan erat dengan profesionalisme hakim dan tingkat kepercayaan masyarakat kepada lembaga peradilan. Memperbaiki mutu putusan menjadi salah satu cara memulihkan kepercayaan masyarakat menuju terwujudnya badan peradilan yang agung.²⁶ Pertimbangan hukum putusan adalah mahkota bagi hakim yang harus dipertanggung jawabkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, kepada pencari keadilan dan masyarakat. Hakim bertanggung jawab atas putusan dan penetapan yang dibuatnya bertanggung jawab membawa perubahan dalam suatu fenomena. Ketidakpercayaan masyarakat menjadi percaya kepada lembaga peradilan.²⁷ Bahwa tinggi rendahnya kepercayaan masyarakat, sangat ditentukan seberapa jauh argumentatifnya putusan hakim atas klaim bahwa apa yang telah diputus oleh hakim harus dianggap benar (*res judicata pro veritate habetur*).²⁸

²⁶ Visi Mahkamah Agung Republik Indonesia: Terwujudnya Badan Peradilan Indonesia yang Agung, terkandung harapan terwujudnya peradilan Indonesia yang modern, independen, bertanggung jawab, kredibel, menjunjung tinggi hukum dan keadilan, yang pencapaiannya perlu ditumbuh kembangkan.

²⁷ Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009, tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 53 ayat (1) dalam memeriksa dan memutus perkara, hakim bertanggung atas penetapan dan putusan yang dibuatnya

²⁸ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta: Penerbit Liberti, 1982) hal. 173

Ada beberapa indikator yang harus dipenuhi sebuah putusan yang dapat bernilai yurisprudensi yaitu (1) putusan hakim adalah mengenai kasus tertentu (*judge decision in a particular case*); (2) Ratio decidendi putusan yaitu berupa prinsip hukum yang dijadikan dasar putusan yang diambil (*the principles of law on which the decision is based*); (3) Putusan berhubungan dengan perkembangan hukum, sehingga putusan yang diambil berkaitan erat dengan perubahan sosial (4) Putusan tersebut belum diatur dalam Undang-Undang atau Undang-Undang kurang jelas.²⁹ Sedangkan fungsi putusan yang bernilai yurisprudensi adalah untuk (1) menegakkan terwujudnya *law standart (standar hukum)* (2) Menciptakan keseragaman landasan kerangka hukum yang sama (*unified*) dalam kasus yang sama, dan persepsi hukum yang sama dalam kasus yang sama (3) Terciptanya kepastian penegakan hukum (4) Mencegah disparitas pidana.³⁰ Pendapat lain menyebut ada lima indikator yang harus dipenuhi sebuah putusan untuk dapat disebut Yurisprudensi yaitu (1) Norma hukum harus menjawab empirik (2) tidak boleh bertentangan dengan Ideologi Negara (3) *futuristic* (4) norma itu ideal, melindungi hak asasi manusia (HAM) (5) Norma itu cirinya mengamankan keadilan.³¹ Sedangkan menurut Scholten, konsep penemuan hukum menurut beliau (1) Hukum bukan suatu sistem hukum tertulis yang tidak boleh diubah sebelum badan legislatif mengubahnya. Artinya Undang-Undang dapat saja diubah maknanya meskipun tidak diubah bunyi kata-katanya (2) Keterbukaan sistem hukum berhubungan dengan persoalan kekosongan hukum. Ada dua indikator kekosongan hukum yaitu pertama jika hakim menyatakan bahwa ia menemukan kekosongan hukum karena tidak tahu bagaimana memberi putusannya. Kedua dengan konstruksi hukum penalaran logis sekalipun, problemnya tetap tidak terpecahkan.³²

²⁹ Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, Cetakan Keempat, 2006), hal. 830

³⁰ Ibid, *Hukum Acara Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, Cetakan Keempat, 2006), hal. 836-837

³¹ Abdul Gani Abdullah, disebutkan dalam catatan ujian disertasi tanggal 5 April 2012 pada Fakultas Hukum UNISBA Bandung

³² Idris, Rahminawati dan Imam Mulyana, hlm. 626

Menurut Yahya Harahap, tidak semua putusan bernilai yurisprudensi, ada syarat yang harus dipenuhi yaitu (1) putusan mengandung nilai terobosan, dapat berupa penyimpangan terhadap putusan sebelumnya, atau mengandung penafsiran baru terhadap Undang-Undang yang berlaku, atau mengandung penciptaan asas-asas baru, atau bertentangan dengan Undang-Undang bertentangan dengan kepentingan umum dan (2) putusan itu diikuti secara konstans, atau dijadikan sebagai model atau pedoman, karena sesuai tuntutan perkembangan kesadaran masyarakat.³³

Pertimbangan hukum putusan hakim, bukan hanya harus logis, rasional dan ilmiah tetapi juga sekaligus intuitif irrasional.³⁴ Rasional ilmiah artinya hakim harus memiliki kemampuan mengenal dan memahami kenyataan faktanya serta aturan yang berlaku beserta ilmunya. Sedangkan logis intelektual dalam hal ini mengandung arti menerapkan sebuah aturan terhadap kasus konkret dengan mengindahkan hukum-hukum logika, demikian pula intuitif irrasional adalah berarti kepekaan hati nurani dan perasaan halus mendampingi rasio dan logika sehingga melahirkan keadilan.

Beberapa pertanyaan muncul berkenaan tentang bagaimana membangun peradilan yang agung melalui pembentukan yurisprudensi yang mengamanatkan keadilan dan kemanfaatan tetapi tidak melanggar sendi-sendi kepastian hukum. Dipertanyakan kepada hakim, terutama dalam kegiatan mengadili; (1) Bagaimana kalau norma hukum positif yang akan diterapkan kedalam kasus konkret, ternyata bertentangan dengan rasa keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan secara *integratif* dan *prismatik* kedalam pertimbangan hukum, supaya putusannya menjadi argumenatif (2) Apakah penemuan hukum itu sekedar menerapkan hukum terhadap kasus konkret dengan cara silogisme deduktif sebagaimana positivisme dan apakah setiap kepastian hukum melahirkan keadilan atau sebaliknya (3) Apakah penemuan hukum itu, kepastian hukum harus mengalah bilamana terdapat pertentangan dengan

³³Abdul Gani Abdullah, disebutkan dalam Catatan ujian proposal disertasi tanggal 5 April 2012 pada fakultas Hukum UNISBA Bandung.

³⁴ Idris Rahminawati dan Imam Mulyana, *Penemuan hukum Nasional dan Internasional*, hal. 626

rasa keadilan dan atau bertentangan dengan prinsip-prinsip *due process of law* (4) apakah penemuan hukum itu kepastian hukum dan rasa keadilan masyarakat (*legal justice dan social justice*) sama pentingnya (5) Apakah penemuan hukum itu, kepastian hukum harus mengalahkan rasa keadilan masyarakat bilamana Undang-Undang atau perjanjian kontrak itu sudah jelas bunyi kata-katanya dan tidak perlu ditafsir lagi, sesuai asas *Sens Clair* mencari untung (bunga) dari orang yang tidak beruntung.

Amanat ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor: VII/MPR/2001 tentang Visi Indonesia Masa Depan, yaitu visi Indonesia 2020 Bab II tentang menjelang tahun 2020, bagian kedua menyatakan “semua warga Negara berkedudukan sama di depan hukum dan berhak mendapatkan keadilan.” Hukum ditegakkan untuk keadilan dan bukan untuk kepentingan kekuasaan ataupun kelompok kepentingan tertentu. Tantangan untuk menegakkan keadilan adalah terwujudnya aturan hukum yang adil serta institusi hukum dan aparat penegak hukum yang jujur, professional, dan tidak terpengaruh oleh penguasa. Supremasi hukum ditegakkan untuk menjamin kepastian hukum, keadilan dan pembelaan hak asasi manusia. Ketentuan ini merupakan parameter dalam pembentukan yurisprudensi sebagai bagian dari tataran hukum nasional.

B. Rumusan Masalah

Dari uraian di atas, beberapa masalah dapat diidentifikasi sebagai berikut:

1. Bagaimana Regulasi Argumentasi hukum Putusan Hakim Mahkamah Agung untuk mewujudkan putusan yang berkeadilan?
2. Bagaimana peran hakim mengimplementasikan regulasi yang mengatur tentang Argumentasi putusan hakim yang berkeadilan?
3. Bagaimana kreasi hakim dalam merumuskan putusannya tetap mempertahankan prinsip berkeadilan?

C. Batasan Masalah

Dalam penelitian ini penulis membahas tentang argumentasi hukum dalam penetapan putusan hakim instrument mewujudkan putusan yang berkeadilan, penulis perlu menjelaskan bagaimana hakim dalam memutuskan perkara dan sejauh mana argumentasi hukumnya sehingga putusan tersebut dapat memenuhi rasa keadilan bagi masyarakat pencari keadilan.

Dalam disertasi ini penulis juga membatasi putusan-putusan yang akan dijadikan sample adalah putusan Mahkamah Agung tentang perkara Harta bersama, Hadhonah, warisan, anak angkat. Yang berisi argumentasi hukum yang tidak bersesuaian dengan undang-undang dan peraturan yang mengatur argumentasi hukum yang keluar dari norma hukum untuk mewujudkan putusan hakim yang berkeadilan.

D. Penjelasan Istilah

Dari judul penelitian ini sudah tergambar tentang apa yang akan penulis teliti nantinya dalam sebuah Disertasi yaitu Argumentasi Hukum Putusan Hakim sebagai instrument mewujudkan putusan yang berkeadilan. Dalam pada itu, perlu dijelaskan istilah-istilah, kunci yang akan menjadi poin utama dalam penelitian ini, sebagai berikut:

a. Argumentasi hukum

Yang dimaksud argumentasi disini adalah pertimbangan hukum yang komperhensip yaitu mempertimbangkan aspek norma hukum positif norma sosial dan norma moral³⁵ Sedangkan yang dimaksud prismatic adalah pertimbangan hukum yang mempertimbangkan tiga nilai hukum yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Pola penalaran hukum prismatic adalah mempertimbangkan doctrinal deduktif produk Top Down yaitu norma hukum positif

³⁵ Contoh pertimbangan yang argumentative tentang hadhonah, tidak hanya mempertimbangkan Pasal 105 KHI bahwa anak dibawah usia 12 Tahun berada di bawah pemeliharaan ibunya. Tetapi harus juga mempertimbangkan aspek sosial, apakah ibu yang bersangkutan bukan pelaku kekerasan dalam rumah tangga, bukan pecandu narkoba, berkelakuan baik dan tidak melalaikan kewajibannya sebagai ibu. Demikian pula mempertimbangkan aspek moral. Sehingga pihak lawan mengetahui kelayakan pemohon disertai hak sebagai pemegang hadhonah

dalam system perundang-undangan dan non doctrinal induktif produk hukum bottom up yaitu sumber hukum tidak tertulis yang hidup, tumbuh dan berkembang sesuai rasa keadilan masyarakat (norma sosial dan norma moral). Dari pola penalaran hukum prismatik ini melahirkan nilai hukum kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan secara simultan.

Argumentasi hukum adalah nama lain untuk penalaran hukum (*legal reasoning*). Aktivitas penalaran hukum tentu tidak hanya dilakukan oleh hakim karena suatu kasus yang dibawa ke persidangan adalah kasus yang telah melewati prosedur cukup panjang.

b. Putusan

Putusan ialah pernyataan hakim yang dituangkan dalam bentuk tertulis dan diucapkan oleh hakim dalam sidang terbuka untuk umum, sebagai hasil dari pemeriksaan perkara gugatan (*contentious*).

Penetapan ialah juga pernyataan hakim yang dituangkan dalam bentuk tertulis dan diucapkan oleh hakim dalam sidang terbuka untuk umum, sebagai hasil dari pemeriksaan perkara permohonan (*voluntair*).

c. Putusan Hakim

Putusan hakim adalah putusan akhir dari suatu pemeriksaan persidangan di pengadilan dalam suatu perkara. Putusan akhir dalam suatu sengketa yang diputuskan oleh hakim yang memeriksa dalam persidangan umumnya mengandung sanksi berupa hukuman terhadap pihak yang dikalahkan.

Penelitian ini, argumentasi hukum dipergunakan dengan maksud agar setiap putusan hakim dapat memenuhi kepastian hukum dan memenuhi rasa keadilan, tidak terjadi persoalan hukum yang dirasakan oleh masyarakat pencari keadilan bahwa putusan hakim yang telah memenuhi rasa keadilan dan terwujudnya tujuan hukum yakni keadilan. terhadap beberapa kasus yang belum ada aturan yang mengaturnya hal ini jika menunggu peraturan yang belum kunjung dibuat sementara kasus yang

dihadapi menghendaki keputusan yang berkeadilan disini peluang hakim untuk menemukan hukum.

Terhadap kasus yang diputus oleh hakim yang tidak mengikuti peraturan yang ada dan yang belum diatur terhadap kasus hadhonah, harta bersama warisan dan anak perempuan menghibab paman dan anak angkat mendapat warisan.

d. Harta bersama

Yang dimaksud Harta bersama adalah harta yang berhasil dikumpulkan selama berumah tangga sehingga menjadi hak berdua suami istri sedangkan yang dimaksud dalam kamus umum Bahasa Indonesia yang dimaksud harata bersama atau gono gini adalah harta perolehan bersama selama bersuami istri.

Dalam undang-undang perkawinan No 1 Tahun 1974 harta bersama adalah harta yang diperoleh selama perkawinan ini berarti bahwa terbentuknya harta bersama dalam masa perkawinan ialah sejak tanggal terjadinya perkawinan sampai perkawinan putus karena perceraian atau karena kematian.

e. Hadhonah

Hadhonah yang dimaksud adalah kewajiban orang tua untuk memelihara dan mendidik anak mereka dengan sebaik baiknya pemeliharaan ini mencakup masalah ekonomi pendidikan dan segala sesuatu yang menjadi kebutuhan pokok si anak.

f. Kewarisan

Istilah hukum kewarisan menurut Kompilasi Hukum Islam di Indonesia adalah hukum yang mengatur tentang perpindahan hak kepemilikan harta peninggalan (tirkah) pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagiannya masing-masing.³⁶

³⁶ Pasal 17 Kompilasi Hukum Islam.

E. Kerangka Teori dan Konsep

1. Kerangka Teoritis

Kerangka teori merupakan kerangka yang menggambarkan hubungan antara teori-teori yang akan diteliti. Suatu konsep teori bukan merupakan suatu gejala yang akan diteliti tetapi merupakan suatu abstraksi dari gejala tersebut. Gejala itu sendiri biasanya dinamakan fakta. Sedangkan konsep teori merupakan suatu uraian mengenai hubungan-hubungan dari fakta tersebut.³⁷

Teori mempunyai peranan penting dalam setiap kegiatan penelitian hukum, karena setiap kegiatan penelitian pada umumnya diawali dengan penelusuran teori dan membuat keputusan terakhir dengan suatu konsepsi teori. Teori merupakan *flow of reasoning/logic* (alur penalaran atau logika), terdiri dari seperangkat konsep atau variabel, definisi dan proposisi yang disusun secara sistematis.³⁸ Teori berasal dari kata “*theoria*” dalam bahasa Latin yang berarti “perenungan”, yang pada gilirannya berasal dari kata “*thea*” dalam bahasa Yunani yang secara hakiki menyiratkan sesuatu yang disebut dengan realitas.³⁹ Kerangka teori merupakan landasan dari teori atau dukungan teori dalam membangun dan memperkuat kebenaran dari permasalahan yang diteliti. Kerangka teori yang dimaksud ialah kerangka pemikiran atau butir-butir pendapat dan teori yang dijadikan sebagai pegangan baik disetujui maupun tidak disetujui.⁴⁰ Kerangka teori merupakan garis besar dari suatu rancangan atas dasar pendapat yang dikemukakan sebagai keterangan mengenai suatu peristiwa. Oleh karena itu kerangka teoritis bagi suatu penelitian mempunyai kegunaan sebagai berikut:⁴¹

³⁷Ronny Hanitijosoemiro, *Metodologi Penelitian Hukum*, (Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983), hal. 25,

³⁸J. Supranto, *Metode Penelitian Hukum dan Statistik*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2003), hlm. 194.

³⁹*Ibid.* hlm. 21.

⁴⁰Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, (Bandung: Mandar Maju, 1994), hlm. 80.

⁴¹Soejono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Press, 1986), hlm. 121.

- a. Teori berguna untuk mempertajam atau lebih mengkhususkan fakta yang hendak diselidiki atau diuji kebenarannya;
- b. Teori berguna untuk mengembangkan sistem klasifikasi fakta, membina struktur konsep-konsep serta mengembangkan defenisi-defenisi yang ada;
- c. Teori merupakan suatu ihktisar dari hal-hal yang diteliti; dan
- d. Teori memberikan kemungkinan pada prediksi fakta mendatang, oleh karena telah diketahui sebab-sebab terjadinya fakta tersebut dan mungkin faktor-faktor tersebut akan timbul dimasa yang akan datang.

Berangkat dari persoalan-persoalan yang dikemukakan pada pokok permasalahan tersebut, maka untuk menjawab beberapa permasalahan yang dirumuskan dalam penelitian ini, diperlukan landasan teori dalam menganalisis persoalan-persoalan tersebut. Kerangka pemikiran teori yang dimaksud adalah kerangka pemikiran konseptual atau pendapat sebagai pegangan dalam penulisan usulan penelitian ini.

Dimaksudkan dengan teori di sini adalah seperangkat pernyataan yang secara sistematis berhubungan, atau serangkaian proposisi yang saling berhubungan yang memungkinkan dapat dipergunakan untuk menerangkan dan memprediksikan sesuatu. Dalam kaitan ini, teori merupakan suatu alat analisis yang tidak dapat dipisahkan satu sama lainnya terhadap suatu persoalan, sehingga diperoleh jawaban dari persoalan tersebut secara sistematis dan komprehensif.

Pada tahap *heuristic* akan mengacu pada teori-teori merumuskan pokok sengketa, pembebanan pembuktian dan penilaian alat bukti, merumuskan fakta kejadian, dikualifisir menjadi fakta hukum. Untuk menguji kebenaran fakta hukum dilakukan verifikasi dengan mengacu pada ketentuan hukum prosedural dan sangat memperhatikan prinsip-prinsip *due process of law* yang prosedural.

Pada tahap *de legitimatic* akan mengacu pada metode berpikir aksiomatik sistemik atau penemuan hukum heteronom dalam konsep positivisme dengan menerapkan model-model penalaran hukum dan metode-metode penafsiran hukum,

disistimatisir, dianalisis untuk kemudian diterapkan kepada fakta hukum secara silogisme deduktif.

Pada tahap ini pula. Apabila hakim menilai ketentuan hukum substantive yang akan diterapkan pada fakta hukum, bilamana ternyata akan menabrak dan bertentangan dengan prinsip-prinsip *due process of law* yang substantive dan tidak dapat diterapkan secara prismatic, maka hakim harus menggunakan metode berpikir hukum secara *topical problematic* dengan memilih pendapat hukum yang paling dapat diterima secara akal sehat (*acceptable dan planusible*) dan atau dapat pula disebut dengan penemuan hukum otonom.

Sarana menguji kebenaran pendapat hukum yang akan dipilih menjadi diktum putusan adalah falsifikasi. Metode merumuskan pendapat hukum sebagai patokan pembentukan yurisprudensi adalah dengan pendekatan norma hukum *top-down* dan *bottom up* dengan pola berpikir ilmiah hukum yang sistemik-problematic, sebagai gabungan penemuan hukum heteronom dengan otonom.

Selanjutnya akan ditampilkan pula, sekiranya dalam rapat musyawarah putusan, ternyata pendapat hukum dari kedua hakim majelis atau tiga hakim majelis berbeda pendapat dan sama sekali dalam rapat musyawarah itu dapat mufakat bulat maka dilakukan *dissenting opinion* sesuai mekanisme dissenting. Falsifikasi terhadap pendapat hukum yang akan dipilih menjadi diktum putusan, dianalisis tingkat koherensi aturan hukum yang diterapkan serta tingkat konsistensi putusan itu maupun tingkat disparitasnya.

Kerangka berpikir yang ditampilkan dalam penelitian ini, dikemukakan tiga tataran teori yaitu *Grand Theory*, *Middle Theory* dan *Applied Theory*. Pada tataran *Grand Theory* akan ditampilkan tentang teori negara hukum. Teori ini memberikan petunjuk kepada hakim tentang bagaimana mengadili menurut hukum, yang penekanannya pada kepastian hukum, rasa keadilan dan kemanfaatan, sedangkan pada tataran *Middle Range Theory* akan ditampilkan metode-metode penalaran hukum menurut aliran-aliran filsafat hukum yang berorientasi pada tujuan hukum.

Pada tataran *Applied Theory*, akan ditampilkan rasionalitas pertimbangan hukum putusan hakim yang mengacu pada ketentuan Pasal 14, pasal 50 dan 53 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Pasal 178 HIR/ Pasal 189 Rbg, dan pasal-pasal lain yang terkait.

Untuk mempersamakan persepsi mengenai pertimbangan hukum putusan yang argumenative dan prismatic, maka terlebih dahulu diberikan pengertian sebagai berikut; yang dimaksud “argumenative” disini adalah pertimbangan hukum yang komprehensif yaitu mempertimbangkan aspek norma hukum positif norma sosial dan norma moral.⁴² Sedangkan yang dimaksud prismatic adalah pertimbangan hukum yang mempertimbangkan tiga nilai hukum yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Pola penalaran hukum prismatic adalah mempertimbangkan *doctrinal deduktif* produk top down yaitu norma hukum positif dalam sistem perUndang-Undangan dan *non doctrinal induktif* produk hukum *bottom up* yaitu sumber hukum tidak tertulis yang hidup, tumbuh dan berkembang sesuai rasa keadilan masyarakat (norma sosial dan norma moral). Dari pola penalaran hukum prismatic ini melahirkan nilai hukum kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan secara simultan.

1. Grand Theory yaitu Teori Negara Hukum

Landasan teori penelitian ini berdasar ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hasil perubahan ketiga yaitu Pasal 1 ayat (3) menyatakan “Negara Indonesia adalah Negara Hukum”.

Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 1 ayat (1) menyatakan: “Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan

⁴² Contoh pertimbangan yang argumenative tentang hadhonah, tidak hanya mempertimbangkan pasal 105 KHI bahwa anak dibawah usia 12 tahun berada di bawah pemeliharaan ibunya. Tetapi harus juga mempertimbangkan aspek sosial, apakah ibu yang bersangkutan bukan pelaku kekerasan dalam rumah tangga, bukan pecandu narkoba, berkelakuan baik ndan tidak melalaikan kewajibannya sebagai ibu . Demikian pula mempertimbangkan aspek moral. Sehingga pihak lawan mengetahui kelayakan pemohon disertai hak sebagai pemegang hadhonah

berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Indonesia.⁴³

Konsep Negara Hukum *Rechtstaat* dan/atau *The Rule of Law*, merupakan konsep Negara hukum yang dianggap paling ideal saat ini, meskipun konsep tersebut dijalankan dengan persepsi berbeda-beda. Konsep *The Rule of Law* dalam bahasa Indonesia sering diartikkan dengan supremasi hukum atau pemerintahan berdasarkan atas hukum sedangkan *rechstaat* diterjemahkan sebagai negara hukum.⁴⁴

Konsep Negara Hukum di Eropa Kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte dengan menggunakan istilah Jerman yaitu *rechstaat*. Adapun dalam tradisi Anglo Amerika konsep negara hukum di kembangkan oleh A.V Dicey dengan sebutan *the rule of law*.⁴⁵

Menurut Julius Stahl, konsep negara hukum yang disebut dengan istilah *rechstaat* itu, mencakup empat elemen penting, yaitu: (1) Perlindungan hak asasi manusia, (2) Pembagian kekuasaan, (3) Pemerintah berdasarkan Undang-Undang, dan (4) Peradilan Tata Usaha Negara. Adapun A.V Dicey menguraikan ada tiga ciri penting dalam setiap negara hukum yang disebutnya dengan istilah *the rule of law*, yaitu: (1) *supremacy of law*, (2) *equality before the law*, (3) *due process of law*.

Demikian pula *The Internasional Commission of Jurisis* mengemukakan perinsip-prinsip negara hukum yang dianggap penting adalah: (1) Negara harus tunduk pada hukum, (2) pemerintah menghormati hak-hak individu, dan (3) Peradilan yang bebas dan tidak memihak. Menurut Mahfud MD, negara hukum Indonesia dikonsepsikan secara tegas sebagai Negara hukum yang prismatic,

⁴³ Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157

⁴⁴ Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern*, (Bandung : Penerbit Refika Aditama, , 2009), hal. 1

⁴⁵ Jimly Asshidiqie, *Kostitusi dan Konstitussionalisme Indonesia*, (Jakarta : Penerbit Sinar Grafika, , 2010), hal. 75

menggabungkan segi-segi positif antara *rechstaat* dengan kepastian hukumnya, dan *the rule of law* dengan rasa keadilannya, secara integrative.⁴⁶

Dalam penegakan hukum modern, atas kepastian hukum tidak boleh dijadikan satu-satunya dasar putusan hakim, karena ada keharusan agar putusan hakim didasarkan juga pada asas keadilan dan kemanfaatan.

Tentang bagaimana seharusnya wujud sistem hukum dalam suatu Negara hukum, bagaimana menegakkan kepastian hukum, apa indikator serta parameternya, terkait hal ini oleh Lon Fuller dalam bukunya *The Morality of Law*, menyebutkan s ebagai berikut, (1) Hukum harus diikuti oleh semua orang, termasuk penguasa negara (2) Hukum harus dipublikasikan (3) Hukum harus berlaku ke depan bukan berlaku surut, (4) Kaidah hukum harus ditulis secara jelas, sehingga hukum diketahui dan diterapkan secara benar, (5) Hukum harus menghindari diri dari kontradiksi-kontradiksi, (6) Hukum jangan mewajibkan sesuatu yang tidak mungkin dipatuhi, (7) hukum harus bersifat konstan sehingga ada kepastian hukum, tetapi hukum harus diubah jika situasi politik dan sosial telah berubah.

Perinsip penting didalam negara hukum adalah adanya jaminan kesetaraan kedudukan bagi setiap orang dihadapan hukum Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 mengatur tentang: Negara Indonesia adalah Negara hukum. Sudargo Gautama menyatakan bahwa kedudukan dan hubungan individu dengan Negara menurut teori Negara Hukum adalah "... dalam suatu Negara hukum, terdapat pembatasan kekuasaan Negara terhadap perseorangan. Negara tidak maha kuasa. Negara tidak dapat bertindak sewenang-wenang. tindakan-tindakan Negara terhadap warganya dibatasi oleh hukum".⁴⁷ Oleh Karena itu, setiap orang berhak atas pengakuan jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum (penjelasan atas UU Nomor 16 tahun 2004) Pasal 4 UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia sebagai

⁴⁶ Tjandra Sridjaja Pradjonggo, *Sifat Melawan Hukum dari Tindak Pidana Korupsi*, hal. XI

⁴⁷ O. C. Kaligis, *Analogi Tulisan Ilmu Hukum*, jilid 6 PT. Alumni, Bandung, 2011, hlm. 90

Implementasi rumusan Pasal 28 ayat (1) amandemen UUD 1945 yaitu: Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum dan hak tidak dianut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi i dalam keadaan apapun.

Prinsip hukum yaitu *Due Process of Law* yang substantif dan *Due Process of Law* yang prosedural. Adapun yang dimaksud dengan *Due Process of law* yang substantif adalah suatu persyaratan yuridis yang menyatakan bahwa pembuatan suatu peraturan hukum tidak boleh berisikan hal-hal yang dapat mengakibatkan perlakuan terhadap manusia secara tidak adil, tidak logis dan sewenang-wenang.

Sebagaimana diketahui bahwa inti Negara hukum adalah perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia. Sebenarnya perlindungan hak asasi ini berasal dari konsep pemikiran hukum alam yang rasional yang dikembangkan sejak abad ke 17 dan 18, dengan alasan bahwa manusia sejak lahir telah melekat hak-hak dasar yang diberikan oleh alam dan hak dasar ini menempati kedudukan yang dijamin oleh konstitusi yang tidak boleh dikesampingkan oleh siapapun, termasuk oleh pemerintah yang sah dari suatu Negara.

Perlindungan terhadap hak-hak dasar, kemudian berkembang sampai kepada perjanjian atau kontrak yang dilakukan oleh warga Negara, dalam hal ini pemerintah tidak boleh turut (intervensi) karena dapat melanggar prinsip kebebasan berkontrak.

Teori lain yang dipakai pula sebagai alat ukur dalam Grand Theory ini adalah teori keadilan (*A Theory Of Law*) menurut John Rawls, Keadilan adalah kebijakan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem pemikiran.⁴⁸ Lanjut Rawls menyatakan, suatu teori, betapapun elegan dan ekonomisnya, harus ditolak atau direvisi jika ia tidak benar, demikian juga

⁴⁸ Jhon Rawls; *A. Theory of Justice (Teori Keadilan)*, Penerjemah Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Penerbit Pustaka Pelajar, Yogyakarta, Tahun 2011. Hlm.3

hukum dan institusi, tidak peduli betapapun efisien dan rapinya, harus direformasi atau dihapuskan jika tidak adil. Ada dua prinsip keadilan menurut Rawls, pertama setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Kedua, ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga dapat diharapkan memberi keuntungan semua orang dan semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang. Adapun landasan dari prinsip keadilan menurut Rawls adalah keadilan, kesetaraan. Konsep kesetaraan berlaku; Pertama keadilan adalah pada administrasi berbagai institusi sebagai sistem aturan publik. Dalam hal ini kesetaraan pada Hakekatnya adalah keadilan sebagai kesetaraan. Kedua: makna kesetaraan ditentukan oleh prinsip-prinsip keadilan yang menuntut agar hak-hak dasar yang setara diberikan pada semua orang.

2. Middle Range Theory

Pada tataran ini akan ditampilkan teori-teori tentang konsep hukum dan perspektif hakim tentang hukum, teori-teori mengadili menurut hukum, metode-metode dan langkah-langkah merumuskan pendapat hukum; metode penemuan hukum secara heteronom, metode-metode penalaran hukum menurut para ahli filsafat, baik dari aliran hukum qodrat, positivisme, utilitarianisme, mazhab sejarah, *sociological jurisprudence* dan realisme hukum, akan dipertajam melalui penalaran hukum yang dipandang sesuai dengan sistem hukum yang berlaku di Indonesia.

Pada tataran ini juga akan ditampilkan betapa pentingnya argumentasi hukum.⁴⁹ Penafsiran hukum secara logis, secara literal dan penafsiran sistematis yang merupakan pengembangan hukum teoritis maupun pengembangan hukum

⁴⁹ Argumenasi Hukum, secara teoritis ada tiga unsure yang harus diperhatikan yaitu (1) berpikir problematis, (2) Pengutamakan argumenasi; (3) Argumenasi yang rasional. (Visser't Hooft Hph) Terjemahan Laboratorium Hukum Fakultas Hukum UNFAR, 2001, Filsafat ilmu Hukum tidak dipublikasikan. hlm. 37)

praktis. Sudah menjadi kesepakatan internasional⁵⁰ tentang 10 nilai dasar (*court values*) sebagai indikator pengadilan di percaya masyarakat yaitu:

1. Semua warga Negara berkedudukan sama didepan hukum dan berhak mendapatkan keadilan (*equality before the law*).
2. Kejujuran (*fairness*).
3. Tidak memihak (*impartiality*).
4. Kebebasan dalam membuat putusan (*independence of decision making*).
5. Kemampuan (*competence*).
6. Berintegritas (*integrity*).
7. Terbuka (*transparency*).
8. Mudah dikunjungi (*accessibility*).
9. Tepat waktu (*timeliness*).
10. Kepastian (*certainty*).

Selanjutnya menjadi kriteria pengukuran pengadilan yang tinggal (*seven areas for court excellence*)⁵¹ yaitu:

1. Kepemimpinan dan Manajemen Pengadilan (*court management and leadership*).
2. Kebijakan pengadilan (*court policies*).
3. Sumber daya pengadilan yaitu personel, materiil dan financial (*human material, and financial resources*).
4. Proses persidangan yang tepat waktu (*court proceeding*).
5. Kepuasan pencari keadilan (*client needs and satisfaction*).
6. Biaya terjangkau dan akses ke pengadilan (*affordable and accessible court service*)

Kepercayaan masyarakat kepada pengadilan adalah merupakan indikator kesuksesan pelaksanaan tugas pengadilan melalui putusannya yang berkualitas

⁵⁰ Laporan peserta Court Quality Forum di Sidney Australia, tanggal 21-23 September 2008.hlm.3

⁵¹ Laporan peserta Court Quality Forum di Sidney Australia hlm. 4

yang dihasilkan oleh hakim yang jujur, adil, kompeten, independen, bijak, berintegritas tinggi yang terimplementasi secara konsisten dalam menjalankan tugas yudisialnya. Putusan yang berkualitas dimaksud di sini adalah putusan yang argumenative yaitu putusan yang dipertimbangkan secara prismatic.

3. Applied Theory

Pada tataran teori ini akan ditampilkan tentang rasionalitas pertimbangan hukum putusan hakim dengan mengacu pada ketentuan Pasal 14, pasal 50, dan Pasal 53 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman serta Pasal 178 dan 179 HIR. Pasal 189 dan Pasal 190 R.Bg, yang meliputi tahap *De Heuristic* dan Tahap *De legitimatik*.

Pada tahap *heuristic* akan mengacu pada teori-teori merumuskan pokok sengketa, pembebanan pembuktian dan penilaian alat bukti, merumuskan fakta kejadian, dikualifisir menjadi fakta hukum. Untuk menguji kebenaran fakta hukum dilakukan verifikasi dengan mengacu pada ketentuan hukum prosedural dan sangat memperhatikan prinsip-prinsip *due process of law* yang prosedural.

Pada tahap *de legitimatic* akan mengacu pada metode berpikir aksiomatik sistemik atau penemuan hukum heteronom dalam konsep positivisme dengan menerapkan model-model penalaran hukum dan metode-metode penafsiran hukum, disistimatisir, dianalisis untuk kemudian diterapkan kepada fakta hukum secara silogisme deduktif.

Pada tahap ini pula. Apabila hakim menilai ketentuan hukum substantive yang akan diterapkan pada fakta hukum, bilamana ternyata akan menabrak dan bertentangan dengan prinsip-prinsip *due process of law* yang substantive dan tidak dapat diterapkan secara prismatic, maka hakim harus menggunakan metode berpikir hukum secara *topical problematic* dengan memilih pendapat hukum yang paling dapat diterima secara akal sehat (*acceptable dan planusible*) dan atau dapat pula disebut dengan penemuan hukum otonom.

Sarana menguji kebenaran pendapat hukum yang akan dipilih menjadi diktum putusan adalah falsifikasi. Metode merumuskan pendapat hukum sebagai patokan pembentukan yurisprudensi adalah dengan pendekatan norma hukum *top-down* dan *bottom up* dengan pola berpikir ilmiah hukum yang sistemik-problematic, sebagai gabungan penemuan hukum heteronom dengan otonom.

Selanjutnya akan ditampilkan pula, sekiranya dalam rapat musyawarah putusan, ternyata pendapat hukum dari kedua hakim majelis atau tiga hakim majelis berbeda pendapat dan sama sekali dalam rapat musyawarah itu dapat mufakat bulat maka dilakukan *dissenting opinion* sesuai mekanisme dissenting. Falsifikasi terhadap pendapat hukum yang akan dipilih menjadi diktum putusan, dianalisis tingkat koherensi aturan hukum yang diterapkan serta tingkat konsistensi putusan itu maupun tingkat disparitasnya.

2. Kerangka Konseptual

Kerangka konsep berisikan tentang konsep-konsep operasional dari penelitian bukan konsep-konsep dari undang-undang. Namun, penggunaan Undang-undang dimungkinkan apabila konsep sudah ada di dalamnya.⁵² Jadi, tidak menutup kemungkinan dalam hal penggunaan undang-undang untuk memberikan definisi konsep yang dikemukakan. Dikarenakan penelitian hukum adalah penelitian Normatif yang bersifat kualitatif, maka tidak menutup kemungkinan dalam hal

⁵²Perumusan konsep diserahkan kepada kebutuhan penelitian, yang dapat diperoleh dari semua sumber hukum yang dimiliki. Perumusan konsep dibutuhkan untuk memperoleh pemahaman inti dan dasar pijakan pada istilah yang akan di pergunakan dalam penelitian. Oleh karena itu, penelitian ini adalah, penelitian hukum jadi, konsep operasional berasal dari undang-undang. Sumber: Dian Fuji N. Simatupang, "Penyusunan Proposal Penelitian", bahan perkuliahan metode penelitian dan Penulisan Hukum, (Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 27 Februari 2008), hal. 16. Lihat juga: Topo Santoso, "penelitian Proposal Penelitian Hukum Normatif", Pelatihan Penelitian Hukum, (Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 25 April 2005), hal. 23. Mengatakan bahwa: "Kerangka Konsepsional pada hakikatnya merupakan suatu pengarah, atau pedoman yang lebih konkret daripada kerangka teoritis yang seringkali bersifat abstrak kadangkala diperlukan definisi operasional. Dalam penelitian hukum, kerangka konsepsional dapat diambil dari peraturan perundang-undangan".

penggunaan semua undang-undang dan regulasi bersangkutan dengan judul dan permasalahan (isu hukum) yang sedang diteliti.⁵³

Kerangka konseptual merupakan gambaran antara konsep-konsep khusus yang merupakan kumpulan dalam arti yang berkaitan, dengan istilah yang akan diteliti dan/atau diuraikan dalam karya ilmiah.⁵⁴ Pada penelitian hukum kerangka konseptual diperoleh dari peraturan perundang-undangan atau melalui usaha untuk membentuk pengertian-pengertian hukum. Apabila kerangka konseptual tersebut diambil dari peraturan perundang-undangan tertentu maka biasanya kerangka konseptual tersebut sekaligus merumuskan definisi-definisi tertentu, yang dapat dijadikan pedoman operasional di dalam proses pengumpulan, pengolahan, analisis dan konstruksi data.⁵⁵

Kerangka konseptual dalam merumuskan atau membentuk pengertian-pengertian hukum yang kegunaannya tidak hanya terbatas pada penyusunan kerangka konsepsional saja, bahkan pada usaha merumuskan definisi-definisi operasional di luar peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, konsep merupakan unsur pokok dari suatu penelitian.⁵⁶

F. Kajian Terdahulu

Argumentasi hukum sebagai dasar putusan hakim secara khusus telah banyak ditulis dan diteliti baik dalam bentuk buku, skripsi tesis maupun disertasi diantaranya adalah:

Hasil analisis Syarifuddin menyimpulkan dua kesimpulan besar. memiliki dua bentuk yaitu hakim agama memiliki kecenderungan normatif dalam persepsinya yang berhubungan dengan kedudukan suami istri dalam rumah tangga yang

⁵³Alvi Syahrin, “*Pendekatan dalam penelitian Hukum*”, Bahan perkuliahan Metode Penelitian Hukum, (Medan: Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, 2018), hlm. 3.

⁵⁴SoerjonoSoekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta :UI Press, 1986), hlm. 132. Lihat juga Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2009), hlm. 96.

⁵⁵Solly Lubis, *op.cit.*, hlm. 80.

⁵⁶Koentjaraningrat, *Metode Penelitian Masyarakat*, (Jakarta : Gramedia Pustaka Utama, 1997), hlm. 24.

membawa konsekwensi hukum (yuridis) dan responden secara umum mempersepsikan peran yang cenderung elastis antara suami dan istri dalam kehidupan keluarga. Responden tidak membagi peran antara suami istri secara kaku pada hal-hal yang berkaitan dengan urusan nafkah, rumah tangga, dan kewajiban mendidik anak. Sebagian besar berpendapat bahwa kerjasama diantara keduanya justru lebih baik, bukan pembagian peran yang ketat. Analisis kedua dipahami bahwa kedudukan antara laki-laki dan perempuan secara normative dengan mendudukan laki-laki sebagai kepala keluarga yang memberi nafkah bagi keluarga justru memberikan kepastian hukum dalam perubahan

Dari sini tampak suatu hubungan antara hukum yang memberi kepastian hukum ditengah perubahan sosial. Syarifuddin juga mengangkat hasil penelitian M Abdul Hamid dan Nur Fadhillah (2006)⁵⁷ yang mengungkapkan bahwa persoalan utama dalam peraturan UU Perkawinan, yakni saat menempatkan posisi laki-laki yang lebih superior dibandingkan dengan perempuan dalam rumah tangga. Kritik terhadap peraturan ini terletak pada Pasal 31 ayat (3) UUP yang secara tegas menyebutkan bahwa “suami sebagai kepala keluarga dan isteri sebagai ibu rumah tangga”, serta Pasal 34 ayat (2) “suami wajib melindungi istri dan istri wajib mengatur rumah tangga sebaik-baiknya.

Berbeda dengan beberapa penelitian diatas, Syafaruddin berkesimpulan berbeda yakni hukum perkawinan di Indonesia seperti UU Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) masih sangat relevan dengan pergeseran konstruksi peran lebih cenderung elastis, sehingga tidak perlu ada perubahan.⁵⁸ Menurutnya hukum mampu memberikan kepastian hukum ditengah perubahan sosial, ahli-ahli hukum mendorong atau menghambat suatu perubahan sebab jika tidak ada kepastian hukum (seperti misalkan Pasal-Pasal tentang hak dan kewajiban suami istri.

⁵⁷ Lihat M Abdul Hamid dan Nur Fadhillah, “Undang-Undang perkawinan dan Marginalisasi Perempuan (Studi Krisis Terhadap Undang-Undang No. 1 Tahun 1974)”, <http://ejournal.uin-malang.ac.id/index.php/egalita/article/view/1915/pdf> diunduh pada 25 April 2020

⁵⁸ Syafaruddin, “Kesetaraan Gender Dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam (Respon Hakim Pengadilan Agama Surakarta Tahun 2013)”, dalam SUHUF, Vol. 26, No. 1, (2014)

Syafaruddin juga berkesimpulan bahwa terdapat dua pola Pertama ada dua pola respon yaitu (1) hakim agama yang memiliki kecenderungan normatif dalam persepsinya yang berhubungan dengan kedudukan suami istri dalam berumah tangga yang membawa konsekuensi hukum (yuridis) dan (2) yang secara umum mempersepsikan peran yang cenderung lebih elastis antara suami istri dalam kehidupan keluarga. Kedua respon yang memahami kedudukan antara laki-laki dan perempuan secara normatif dengan mendudukan laki-laki sebagai kepala keluarga yang memberi nafkah bagi keluarga justru memberikan kepastian hukum dalam perubahan konstruksi kekinian yang elastis dimana laki-laki dan perempuan dapat saling membagi perannya tanpa tersekat. Dari sini tampak suatu hubungan antara hukum yang memberi kepastian di tengah perubahan sosial.

Penelitian tentang reformasi hukum di Pengadilan Agama berikutnya dilakukan oleh Cate Sumner dan Tim Lindsey dalam *Courting Reform: Indonesia's Islamic Courts and Justice for the Poor*.⁵⁹ Adapun fokus penelitian ini adalah pada proses pendokumentasian akses para pencari hukum kepada Pengadilan Agama. Penelitian ini membuktikan bahwa persepsi Barat terhadap Islam di Indonesia yang didominasi oleh kelompok Islam radikal adalah salah besar. Sebab dalam kenyataannya kelompok Islam arus utama telah memainkan peran yang sangat penting dalam proses demokratisasi dan reformasi hukum Islam. Kemudian terlihat juga bagaimana peran besar Peradilan Islam dalam memberikan akses keadilan dan transparansi yang sangat baik jika dibandingkan peradilan lainnya. Buktinya terlihat dalam survey yang dilakukan dengan hasil sebanyak 83% pencari keadilan sudah merasa bahwa “hakim mendengarkan mereka”, 88,2% merasa bahwa staff di Pengadilan Agama telah memperlakukan mereka dengan hormat, 73% merasa bahwa staf bersedia untuk menjawab dan menjelaskan prosedur untuk mendapatkan keadilan, dan 71,1% pencari keadilan memilih untuk kembali lagi ke Pengadilan Agama jika mereka memiliki masalah hukum suatu saat nanti. Bentuk-bentuk

⁵⁹ Cate Sumner dan Tim Lindsey, “Courting Reform: Indonesia's Islamic Courts and Justice for the Poor”, dalam *International Journal for Court Administration*, (2011)

kepuasan ini, baik dalam hal pelayanan publik dan juga putusan-putusan yang diterima oleh para pencari keadilan membuat Peradilan Agama menjadi pengadilan paling berhasil di Indonesia. Akan menjadi sangat ironi, jika mengingat sejarah saat Peradilan Agama selama ini kurang diperhatikan oleh negara dan dianggap memiliki kualitas kelembagaan yang relatif rendah. Perubahan yang cukup signifikan ini, menurut peneliti, mulai berubah terutama saat sistem reformasi sistem Peradilan Satu Atap diaktifkan yang dipicu oleh reformasi konstitusi diikuti dengan runtuhnya rezim orde baru.

Selanjutnya oleh Khoiruddin Nasuiton dalam *Women`s Rights in The Islamic Family Law of Indonesia*⁶⁰ yang berkesimpulan bahwa sumber-sumber hukum nasional yang digunakan oleh hakim-hakim Peradilan Agama sudah sangat menjamin status dan hak-hak wanita jika dibandingkan dengan konsep konvensional yang dirumuskan dalam kitab-kitab fikih. Namun sayangnya dalam penelitian ini Khoiruddin hanya membandingkan kedua hal ini dengan ketentuan praktik perkawinan paksa oleh wali nikah (hak ijbar) saja, tanpa memperlihatkan bagaimana pelaksanaan instrumen hukum tersebut yang terangkum dalam putusan-putusan hakim yang sudah berkekuatan hukum tetap.

Penelitian selanjutnya dilakukan oleh Mu`allim yang meneliti tentang peran peradilan dalam penyerapan yurisprudensi sebagai sumber hukum dimana temuan penelitiannya menegaskan bahwa hakim Pengadilan Agama se-wilayah Jawa Tengah sangat mandiri dalam memutuskan perkara, tidak tergantung dengan yurisprudensi sebagai sumber hukum. Hakim dalam memutus perkara lebih mensinergikan berbagai sumber hukum yang dijadikan dasar hukum baik Al-Qur`an, Hadist, kitab fiqih, peraturan perUndang-Undangan dan yurisprudensi sebagai sumber hukum.⁶¹ Manan meneliti putusan-putusan Pengadilan Agama di wilayah DKI Jakarta dengan

⁶⁰ Khoiruddin Nasuiton dalam, "Women`s Rights in The Islamic Family Law of Indonesia", dalam Jurnal Hukum No. 28 Vol. 12, (2005)

⁶¹ Amir bin Mu`allim, Yurisprudensi Peradilan Agama: Studi Pemikiran Hukum Islam di Lingkungan Peradilan Agama se-Jawa Tengah dan Pengadilan Tinggi Agama Semarang, 1991-1997, Disertasi dipertahankan dalam promosi doctor IAIN Sunan Kalijaga tanggal 18 Agustus 2003.

fokus masalah pembaharuan hukum Islam yang dilakukan oleh para hakim agama dengan temuan penelitian yang menegaskan bahwa hakim agama memiliki peran dalam pembaharuan hukum melalui putusan dengan menggunakan jenis *ijtihad masalah*.⁶²

Asasriwarni melakukan penelitian terhadap putusan Pengadilan Agama Padang dari Tahun 1989 s/d 1997. Penelitian ini menghasilkan tiga temuan: *Pertama*, Pengadilan Agama memutus perkara dengan menerapkan hukum yang sudah ada dalam peraturan perUndang-Undangan, meninggalkan peraturan perUndang-Undangan dan berpaling kepada hukum yang termuat dalam kitab fikih, dan berpaling dari fikih serta Undang-Undang dan memilih hukum adat sebagai dasar hukum putusan. *Kedua*, pada umumnya Pengadilan Agama di wilayah PTA Padang lebih menerapkan kaidah hukum yang terdapat dalam peraturan perUndang-Undangan yang berlaku, urutan berikutnya adalah kaidah hukum yang terdapat dalam Al-Qur'an, Hadist, kitab fikih dan terakhir hukum adat. *Ketiga*, sebagian putusan Pengadilan Agama mengandung pembaharuan hukum.⁶³

Studi ini merupakan lanjutan dari studi-studi sebelumnya yang menempatkan putusan-putusan hakim dari berbagai tingkatan sebagai objek kajian. Dari seluruh penelitian yang dianggap relevan diatas, penulis belum mendapatkan penelitian yang dilakukan terhadap putusan-putusan tingkat kasasi dan menggunakan analisa terhadap argumentasi hakim dalam memutus perkara. Mayoritas penelitian masih ditujukan kepada dua instrument hukum yang dianggap paling banyak digunakan dalam membangun putusan-putusan yang dihasilkan oleh lembaga Peradilan Agama. Sehingga penulis menganggap perlu meneliti bagaimana rasio hukum yang digunakan hakim saat memutuskan perkara-perkara yang dianggap sebagai instrumen mewujudkan peradilan yang agung dalam peraturan perundang-undangan.

⁶² Abdul Manan, Peranan Pengadilan Agama dalam Perspektif Pembaharuan Hukum Islam: Studi Kasus Terhadap Putusan-Putusan di Lingkungan Peradilan Agama DKI Jakarta, Disertasi dipertahankan dalam ujian terbuka pada Tahun 2004 di Universitas Sumatera Utara.

⁶³ Asasriwarni, Studi tentang Putusan-Putusan Pengadilan Agama sebagai Produk Pemikiran Hukum Islam (Kasus Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Padang 1989-1997), Disertasi dipertahankan dalam ujian terbuka pada Tahun 2008 di UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

Perbedaan penelitian yang penulis lakukan juga terletak pada proses analisis, penelitian ini akan mencoba menarik kesimpulan, yang berangkat dari analisis putusan-putusan hakim di Tahun 1995-2018, bukan dari kritik sosial ataupun dari tafsiran lembaran agama.

G. Tujuan Penelitian

1. Untuk menganalisis bagaimana ketentuan-ketentuan hukum positif yang mengatur kewenangan hakim dapat mendorong putusan yang argumentatif sesuai dengan tujuan-tujuan hukum.
2. Untuk menganalisis peran hakim mengimplementasikan putusan hakim secara prismatic dalam mewujudkan tujuan-tujuan hukum.
3. Untuk menganalisis putusan hakim yang argumenatif untuk mewujudkan tujuan hukum.

H. Kegunaan Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat berguna bagi kepentingan pengembangan hukum teoritis dan praktis bagi hakim yaitu

1. Secara teoritis, hasil penelitaian ini dapat memberi kontribusi pemikiran bagi para hakim tentang teori penalaran hukum yang mana dari sejumlah aliran filsafat hukum yang paling sesuai dalam konteks Negara hukum Indonesia.
2. Secara praktis, Pengembangan hukum di Indonesia, ketika hukum dipahami sebagai Undang-Undang, maka dipastikan hukum selalu dalam posisi akan tertinggal oleh fakta, sebagai akibat dinamika sosial, ilmu pengetahuan dan teknologi. Masyarakat membutuhkan kepastian hukum yang adil dan bermanfaat bagi mereka mengenai adanya penyelesaian hukum terhadap semua kasus yang terjadi, walaupun secara tekstual Undang-Undangnya belum ada atau sudah ada tetapi telah tidak lagi mencerminkan rasa keadilan masyarakat. Jika menunggu proses pembentukan Undang-Undang yang mengaturnya, akan bertentangan

dengan azas peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat dan biaya ringan. Dalam konteks ini diperlukan penemuan hukum bernilai Yurisprudensi yang dibuat oleh hakim sebagai solusi yang efektif. Teori tentang pola penalaran hukum *top down* (norma hukum positif) sebagai sumber hukum formal) dan pola penalaran hukum sosial dan norma moral sebagai sumber hukum materil yaitu kekuatan hukum yang hidup secara nyata dalam masyarakat), dipertimbangkan secara integratif dan prismatic menjawab fakta hukum. Pola penalaran ini, tujuan kepastian hukum, rasa keadilan masyarakat dan kemanfaatan dicapai secara bersamaan.

3. Untuk kepentingan *sosial control*, penelitian ini dapat memberikan kontribusi bagi pemerhati hukum, tentang bagaimana melakukan eksaminasi terhadap putusan hakim yang dinilai benar dan adil, maupun terhadap putusan yang dinilai bermasalah.

I. Metode Penelitian

1. Adapun metode pendekatan penelitian ini adalah:
 - a. Penelitian hukum yuridis normatif adalah jenis penelitian yang dilakukan dalam kegiatan pengembangan hukum menurut ilmu hukum praktikal atau dogmatika hukum dan/atau hermeneutika serta konstruktivisme kritis, semuanya diarahkan kepada teks-teks Undang-Undang yang berlaku dalam tatanan hukum positif, bersaranakan konsep-konsep, katagor-katagori, teori-teori, klasifikasi dan metode-metode dalam rangka proses upaya penemuan hukum dalam memecahkan kasus kongkrit. Metode normatif tersebut oleh Soetandyo Wignyosoebroto disebut metode doctrinal.⁶⁴ Dalam penelitian doctrinal selain tersebut, dapat pula melalui putusan hakim yang harus memenuhi tiga kerangka acuan yaitu positivitas, keherensi dan keadilan.

⁶⁴ Sulistyowati Irianto dan Shidarta, *Metode Penelitian Hukum Konstelasi dan Refleksi*. Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2009, hlm. 149

- b. Penelitian dengan pendekatan fenomenologi. Pada teori ini mementingkan pengolahan, analisa dan konstruksi data secara kualitatif untuk menghasilkan data deskriptif-analisis, yaitu apa yang dinyatakan oleh responden secara lisan dan tertulis, dan juga perilakunya yang nyata, yang diteliti dan dipelajari sebagai sesuatu yang utuh.⁶⁵
- c. Penelitian ini juga menggunakan pendekatan filosofis. Aneka aliran filsafat hukum yang menjadi kajian dalam penelitian ini yang sumber data dan formalnya, berasal dari buku-buku teks dibidang teks dibidang filsafat hukum dan untuk keperluan analisis sekitar penalaran hukum praktis. Anton. Bakker dan Ahmad Charris Zubair menyebut sepuluh macam metode filsafat yaitu (1) interpretasi; (2) Insduksi dan deduksi (3) koherrensi intern; (4) Holistik; (5) kesinambungan historis; (6) idealisasi; (7) komparasi; (8) analogi; (9) deskripsi; (10) hermeneutika dan konstruktivisme kritis.⁶⁶

2. Jenis Penelitian Bersifat Deskriptif Kualitatif

Jenis kualifikasi penelitian ini adalah deskriptif kualitatif. Penelitian ini focus pada dua masalah pokok yaitu mengenai model-model penealaran hukum menurut aliran filsafat yang kemudian bermaksud untuk memilih model penalaran hukum yang paling komprehensif diantara model-model penalaran hukum yang dipandang ideal untuk memecahkan permasalahan hukum kongkret dalam konteks pertimbangan hukum yang ideal.

Obyek yang akan diteliti, focus pada putusan hakim dibidang hukum perkawinan dan kewarisan dari tahun 1995 sampai tahun 2018 terutama putusan Kasasi.

⁶⁵ Soerjono Soekamto; *Pengantar Penelitian Hukum*, Penerbit Universitas Indonesia (UI-Press), Jakarta, 2010, hlm. 250, Bandingkan dengan Anthon F Susanto; *Dekonstruksi Hukum Eksplorasi Teks dan Model Pembacaan*, Gen Publishing, Yogyakarta, 2010. hlm.115. Femenologi menekankan kepada aspek subyektif, berusaha masuk keunia konseptual dari obyek yang ditelitinya, sehingga peneliti mengerti tentang apa dan bagaimana suatu pengertian yang dikembangkannya disekitar peristiwa atau obyek penelitian dalam kehidupan sehari-hari.

⁶⁶ Shidarta, *Karakteristik, Penalaran Hukum dalam Konteks Ke Indonesiaan*, CV. Utama Bandung, 2006, hal. 31

3. Sumber dan Metode Pengumpulan Data dan Bahan Hukum

Penelitian ini menitik beratkan pada bahan-bahan dokumenter, sehingga teknik pengumpulan data yang diterapkan adalah data Primer dan data sekunder. data Primer berupa putusan Mahkamah Agung dalam beberapa kasus diantaranya kasus Hadhonah, hartra bersama, anak angkat, anak tiri, anak perempuan menghibab paman cerai talaq terhadap suami murtad dan anak murtad memperoleh bagian harta peninggalan dan kasus-kasus yang lain. Data yang diperoleh dari berbagai karya ilmiah, hasil penelitian kontemporer, pendapat para ahli yang ada relevansinya dengan topik dengan Argumentasi hukum sebagai data skunder studi kepustakaan yang ditunjang wawancara dengan seorang hakim agung yang kompeten dengan penelitian ini.

Bahan hukum yang dipergunakan meliputi bahan hukum primer yang mencakup buku, literature, putusan Hakim Mahkamah Agung Republik Indonesia dari badan peradilan dilingkungan Mahkamah Agung, maupun putusan-putusan dari badan-badan peradilan Agama, peradilan tata usaha Negara, Peradilan Militer, serta putusan Mahkamah Konstitusi, doktrin, jurnal, majalah yang memuat materi yang relevan dengan bidang kajian ini, dan juga bahan hukum berupa kamus hukum, kamus bahasa Indonesia dan ensklopedia.

4. Tekhnik analisis Data dan Bahan Hukum

Analisis data dalam penelitian ini dilakukan dengan menggunakan metode snow ball. Selanjutnya dilakukan penafsiran surface structure dilanjutkan dengan *deep structure*.⁶⁷ Setelah melalui tahapan-tahapan inventarisasi dan identifikasi terdapat sumber bahan hukum yang relevan (baik bahan hukum primer maupun

⁶⁷ Kenneth D Beiley, *Method of Sosial Research*, Scond Edition, New York, The Free Press, 1982, hlm. 309-315, Penafsiran surface structure merupakan penafsiran yang dilakukan peneliti terhadap teks-teks dan fakta-fakta yang melekat pada data yang telah dikumpulkan dan dikategorisasikan. yang dalam hal ini pemaknaan lebih difokuskan pada hal-hal yang tertuang didalam teks-teks dan realitas-realitas yang muncul tersebut. Sedangkan penafsiran deep structure merupakan pengembangan dari penafsiran surface structure, yakni penafsiran mendalam yang dilakukan oleh peneliti dengan tujuan untuk mengungkap makna-makna yang tersirat dibalik teks-teks dan realitas-realitas yang muncul dari data yang telah dikumpulkan dan dikategorisasikan tersebut.

bahan hukum yang bersifat skunder); langkah berikutnya adalah melakukan sistematika terhadap keseluruhan bahan yang ada.

J. Sistematika Penulisan

Bab I yaitu pendahuluan yang terdiri dari: Latar belakang masalah, rumusan masalah, batasan masalah, penjelasan istilah, Kerangka Teori dan konsep, Kajian terdahulu, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, metode penelitian dan sistematika Pembahasan.

Bab II membahas perwujudan putusan legalistik dan argumentative berisi landasan teori, aspek ontologi tentang hukum, aspek epistemologi tentang hukum, dan rasionalitas tentang pertimbangan hukum.

Bab III membahas pertimbangan hukum prismatic dan putusan yang argumentatif penerapan teori penalaran hukum prismatic dalam mewujudkan yurisprudensi, pertimbangan hukum sebagai pertanggung jawaban hakim, pembentukan yurisprudensi menjembatani *law in books*.

Bab IV membahas putusan sebagai produk hukum dan keadilan, pertimbangan nilai dalam argumenasi putusan hakim, pertimbangan prismatic dalam prespektif ilmu hukum, upaya mewujudkan putusan hakim yang adil

Bab V akan menguraikan kesimpulan dan rekomendasi.

BAB II

KETENTUAN HUKUM PUTUSAN NHAKIM

A. Landasan Teori

Kerangka berpikir yang ditampilkan dalam penelitian ini, dikemukakan tiga tataran teori yaitu *Grand Theory*, *Middle Theory* dan *Applied Theory*. Pada tataran *Grand Theory* akan ditampilkan tentang teori negara hukum. Teori ini memberikan petunjuk kepada hakim tentang bagaimana mengadili menurut hukum, yang penekanannya pada kepastian hukum, rasa keadilan dan kemanfaatan, sedangkan pada tataran *Middle Range Theory* akan ditampilkan metode-metode penalaran hukum menurut aliran-aliran filsafat hukum yang berorientasi pada tujuan hukum. Pada tataran *Applied Theory*, akan ditampilkan rasionalitas pertimbangan hukum putusan hakim yang mengacu pada ketentuan Pasal 14, pasal 50 dan 53 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Pasal 178 HIR/ Pasal 189 Rbg, dan pasal-pasal lain yang terkait.

Untuk mempersamakan persepsi mengenai pertimbangan hukum putusan yang argumenative dan prismatic, maka terlebih dahulu diberikan pengertian sebagai berikut; yang dimaksud *argumenative* disini adalah pertimbangan hukum yang komprehensif yaitu mempertimbangkan aspek norma hukum positif norma sosial dan norma moral.⁶⁸ Sedangkan yang dimaksud prismatic adalah pertimbangan hukum yang mempertimbangkan tiga nilai hukum yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Pola penalaran hukum prismatic adalah mempertimbangkan *doctrinal deduktif* produk top down yaitu norma hukum positif dalam sistem perUndang-

⁶⁸ Contoh pertimbangan yang argumenative tentang hadhonah, tidak hanya mempertimbangkan pasal 105 KHI bahwa anak dibawah usia 12 tahun berada di bawah pemeliharaan ibunya. Tetapi harus juga mempertimbangkan aspek sosial, apakah ibu yang bersangkutan bukan pelaku kekerasan dalam rumah tangga, bukan pecandu narkoba, berkelakuan baik ndan tidak melalaikan kewajibannya sebagai ibu . Demikian pula mempertimbangkan aspek moral. Sehingga pihak lawan mengetahui kelayakan pemohon disertai hak sebagai pemegang hadhonah

Undang-undang dan *non doctrinal induktif* produk hukum *bottom up* yaitu sumber hukum tidak tertulis yang hidup, tumbuh dan berkembang sesuai rasa keadilan masyarakat (norma sosial dan norma moral). Dari pola penalaran hukum prisma ini melahirkan nilai hukum kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan secara simultan.

1. Grand Theory yaitu Teori Negara Hukum

Landasan teori penelitian ini berdasar ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hasil perubahan ketiga yaitu Pasal 1 ayat (3) menyatakan “Negara Indonesia adalah Negara Hukum”.

Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 1 ayat (1) menyatakan: “Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Indonesia.”⁶⁹

Konsep Negara Hukum *Rechtstaat* dan/atau *The Rule of Law*, merupakan konsep Negara hukum yang dianggap paling ideal saat ini, meskipun konsep tersebut dijalankan dengan persepsi berbeda-beda. Konsep *The Rule of Law* dalam bahasa Indonesia sering diartikan dengan supremasi hukum atau pemerintahan berdasarkan atas hukum sedangkan *rechstaat* diterjemahkan sebagai negara hukum.⁷⁰

Konsep Negara Hukum di Eropa Kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte dengan menggunakan istilah Jerman yaitu *rechstaat*. Adapun dalam tradisi Anglo Amerika konsep negara hukum di kembangkan oleh A.V Dicey dengan sebutan *the rule of law*.⁷¹

⁶⁹ Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157

⁷⁰ Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern*, (Bandung : Penerbit Refika Aditama, , 2009), hal. 1

⁷¹ Jimly Asshidiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta : Penerbit Sinar Grafika, , 2010), hal. 75

Menurut Julius Stahl, konsep negara hukum yang disebut dengan istilah *rechstaat* itu, mencakup empat elemen penting, yaitu: (1) Perlindungan hak asasi manusia, (2) Pembagian kekuasaan, (3) Pemerintah berdasarkan Undang-Undang, dan (4) Peradilan Tata Usaha Negara. Adapun A.V Dicey menguraikan ada tiga ciri penting dalam setiap negara hukum yang disebutnya dengan istilah *the rule of law*, yaitu: (1) *supremacy of law*, (2) *equality before the law*, (3) *due process of law*.

Demikian pula *The Internasional Commission of Juris* mengemukakan perinsip-prinsip negara hukum yang dianggap penting adalah: (1) Negara harus tunduk pada hukum, (2) pemerintah menghormati hak-hak individu, dan (3) Peradilan yang bebas dan tidak memihak. Menurut Mahfud MD, negara hukum Indonesia dikonsepsikan secara tegas sebagai Negara hukum yang prismatic, menggabungkan segi-segi positif antara *rechstaat* dengan kepastian hukumnya, dan *the rule of law* dengan rasa keadilannya, secara integrative.⁷²

Dalam penegakan hukum modern, atas kepastian hukum tidak boleh dijadikan satu-satunya dasar putusan hakim, karena ada keharusan agar putusan hakim didasarkan juga pada asas keadilan dan kemanfaatan.

Tentang bagaimana seharusnya wujud sistem hukum dalam suatu Negara hukum, bagaimana menegakkan kepastian hukum, apa indikator serta parameternya, terkait hal ini oleh Lon Fuller dalam bukunya *The Morality of Law*, menyebutkan sebagai berikut, (1) Hukum harus diikuti oleh semua orang, termasuk penguasa negara (2) Hukum harus dipublikasikan (3) Hukum harus berlaku ke depan bukan berlaku surut, (4) Kaidah hukum harus ditulis secara jelas, sehingga hukum diketahui dan diterapkan secara benar, (5) Hukum harus menghindari diri dari kontradiksi-kontradiksi, (6) Hukum jangan mewajibkan sesuatu yang tidak mungkin dipatuhi, (7) hukum harus bersifat konstan sehingga ada kepastian hukum, tetapi hukum harus diubah jika situasi politik dan sosial telah berubah.

⁷² Tjandra Sridjaja Pradjonggo, *Sifat Melawan Hukum dari Tindak Pidana Korupsi*, hal. XI

Perinsip penting didalam negara hukum adalah adanya jaminan kesetaraan kedudukan bagi setiap orang dihadapan hukum Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 mengatur tentang: Negara Indonesia adalah Negara hukum. Sudargo Gautama menyatakan bahwa kedudukan dan hubungan individu dengan Negara menurut teori Negara Hukum adalah "... dalam suatu Negara hukum, terdapat pembatasan kekuasaan Negara terhadap perseorangan. Negara tidak maha kuasa. Negara tidak dapat bertindak sewenang-wenang. tindakan-tindakan Negara terhadap warganya dibatasi oleh hukum".⁷³ Oleh Karena itu, setiap orang berhak atas pengakuan jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum (penjelasan atas UU Nomor 16 tahun 2004) Pasal 4 UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia sebagai Implementasi rumusan Pasal 28 ayat (1) amandemen UUD 1945 yaitu: Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum dan hak tidak dianut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurang i dalam keadaan apapun.

Prinsip hukum yaitu *Due Process of Law* yang substantif dan *Due Process of Law* yang prosedural. Adapun yang dimaksud dengan *Due Process of law* yang substantif adalah suatu persyaratan yuridis yang menyatakan bahwa pembuatan suatu peraturan hukum tidak boleh berisikan hal-hal yang dapat mengakibatkan perlakuan terhadap manusia secara tidak adil, tidak logis dan sewenang-wenang.

Sebagaimana diketahui bahwa inti Negara hukum adalah perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia. Sebenarnya perlindungan hak asasi ini berasal dari konsep pemikiran hukum alam yang rasional yang dikembangkan sejak abad ke 17 dan 18, dengan alasan bahwa manusia sejak lahir telah melekat hak-hak dasar yang diberikan oleh alam dan hak dasar ini menempati kedudukan yang dijamin oleh konstitusi yang

⁷³ O. C. Kaligis, *Analogi Tulisan Ilmu Hukum*, jilid 6 PT. Alumni, Bandung, 2011, hlm. 90

tidak boleh dikesampingkan oleh siapapun, termasuk oleh pemerintah yang sah dari suatu Negara.

Perlindungan terhadap hak-hak dasar, kemudian berkembang sampai kepada perjanjian atau kontrak yang dilakukan oleh warga Negara, dalam hal ini pemerintah tidak boleh turut (intervensi) karena dapat melanggar prinsip kebebasan berkontrak.

Teori lain yang dipakai pula sebagai alat ukur dalam Grand Theory ini adalah teori keadilan (*A Theory Of Law*) menurut John Rawls, Keadilan adalah kebijakan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem pemikiran.⁷⁴ Lanjut Rawls menyatakan, suatu teori, betapapun elegan dan ekonomisnya, harus ditolak atau direvisi jika ia tidak benar, demikian juga hukum dan institusi, tidak peduli betapapun efisien dan rapinya, harus direformasi atau dihapuskan jika tidak adil. Ada dua prinsip keadilan menurut Rawls, pertama setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Kedua, ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga dapat diharapkan memberi keuntungan semua orang dan semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang. Adapun landasan dari prinsip keadilan menurut Rawls adalah keadilan, kesetaraan. Konsep kesetaraan berlaku; Pertama keadilan adalah pada administrasi berbagai institusi sebagai sistem aturan publik. Dalam hal ini kesetaraan pada Hakekatnya adalah keadilan sebagai kesetaraan. Kedua: makna kesetaraan ditentukan oleh prinsip-prinsip keadilan yang menuntut agar hak-hak dasar yang setara diberikan pada semua orang.

2. Middle Range Theory

Pada tataran ini akan ditampilkan teori-teori tentang konsep hukum dan perspektif hakim tentang hukum, teori-teori mengadili menurut hukum, metode-metode dan langkah-langkah merumuskan pendapat hukum; metode penemuan hukum secara heteronom, metode-metode penalaran hukum menurut para ahli filsafat,

⁷⁴ Jhon Rawls; *A. Theory of Justice (Teori Keadilan)*, Penerjemah Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Penerbit Pustaka Pelajar, Yogyakarta, Tahun 2011. Hlm.3

baik dari aliran hukum qodrat, positivisme, utilitarianisme, mazhab sejarah, *sociological jurisprudence* dan realisme hukum, akan dipertajam melalui penalaran hukum yang dipandang sesuai dengan sistem hukum yang berlaku di Indonesia.

Pada tataran ini juga akan ditampilkan betapa pentingnya argumentasi hukum.⁷⁵ Penafsiran hukum secara logis, secara literal dan penafsiran sistematis yang merupakan pengembangan hukum teoritis maupun pengembangan hukum praktis. Sudah menjadi kesepakatan internasional⁷⁶ tentang 10 nilai dasar (*court values*) sebagai indikator pengadilan di percaya masyarakat yaitu:

1. Semua warga Negara berkedudukan sama didepan hukum dan berhak mendapatkan keadilan (*equality before the law*).
2. Kejujuran (*fairness*).
3. Tidak memihak (*impartiality*).
4. Kebebasan dalam membuat putusan (*independence of decision making*).
5. Kemampuan (*competence*).
6. Berintegritas (*integrity*).
7. Terbuka (*transparency*).
8. Mudah dikunjungi (*accessibility*).
9. Tepat waktu (*timeliness*).
10. Kepastian (*certainty*).

Selanjutnya menjadi criteria pengukuran pengadilan yang tinggal (*seven areas for court excellence*)⁷⁷ yaitu:

1. Kepemimpinan dan Manajemen Pengadilan (*court management and leadership*).
2. Kebijakan pengadilan (*court policies*).

⁷⁵ Argumenasi Hukum, secara teoritis ada tiga unsure yang harus diperhatikan yaitu (1) berpikir problematis, (2) Pengutamaan argumenasi; (3) Argumenasi yang rasional. (Visser't Hooft Hph) Terjemahan Laboratorium Hukum Fakultas Hukum UNFAR, 2001, Filsafat ilmu Hukum tidak dipublikasikan. hlm. 37)

⁷⁶ Laporan peserta Court Quality Forum di Sidney Australia, tanggal 21-23 September 2008.hlm.3

⁷⁷ Laporan peserta Court Quality Forum di Sidney Australia hlm. 4

3. Sumber daya pengadilan yaitu personel, materiil dan financial (human material, and financial resources).
4. Proses persidangan yang tepat waktu (court proceeding).
5. Kepuasan pencari keadilan (client needs and satisfaction).
6. Biaya terjangkau dan akses ke pengadilan (affordable and accessible court service)

Kepercayaan masyarakat kepada pengadilan adalah merupakan indikator kesuksesan pelaksanaan tugas pengadilan melalui putusannya yang berkualitas yang dihasilkan oleh hakim yang jujur, adil, kompeten, independen, bijak, berintegritas tinggi yang terimplementasi secara konsisten dalam menjalankan tugas yudisialnya. Putusan yang berkualitas dimaksud di sini adalah putusan yang argumenative yaitu putusan yang dipertimbangkan secara prismatic.

3. Applied Theory

Pada tataran teori ini akan ditampilkan tentang rasionalitas pertimbangan hukum putusan hakim dengan mengacu pada ketentuan Pasal 14, pasal 50, dan Pasal 53 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman serta Pasal 178 dan 179 HIR. Pasal 189 dan Pasal 190 R.Bg, yang meliputi tahap *De Heuristic* dan Tahap *De legitimatik*.

Pada tahap *heuristic* akan mengacu pada teori-teori merumuskan pokok sengketa, pembebanan pembuktian dan penilaian alat bukti, merumuskan fakta kejadian, dikualifisir menjadi fakta hukum. Untuk menguji kebenaran fakta hukum dilakukan verifikasi dengan mengacu pada ketentuan hukum prosedural dan sangat memperhatikan prinsip-prinsip *due process of law* yang prosedural.

Pada tahap *de legitimatik* akan mengacu pada metode berpikir aksiomatik sistemik atau penemuan hukum heteronom dalam konsep positivisme dengan menerapkan model-model penalaran hukum dan metode-metode penafsiran hukum,

disistimatisir, dianalisis untuk kemudian diterapkan kepada fakta hukum secara silogisme deduktif.

Pada tahap ini pula. Apabila hakim menilai ketentuan hukum substantive yang akan diterapkan pada fakta hukum, bilamana ternyata akan menabrak dan bertentangan dengan prinsip-prinsip *due process of law* yang substantive dan tidak dapat diterapkan secara prismatic, maka hakim harus menggunakan metode berpikir hukum secara *topical problematic* dengan memilih pendapat hukum yang paling dapat diterima secara akal sehat (*acceptable dan planusible*) dan atau dapat pula disebut dengan penemuan hukum otonom.

Sarana menguji kebenaran pendapat hukum yang akan dipilih menjadi diktum putusan adalah falsifikasi. Metode merumuskan pendapat hukum sebagai patokan pembentukan yurisprudensi adalah dengan pendekatan norma hukum *top-down* dan *bottom up* dengan pola berpikir ilmiah hukum yang sistemik-problematic, sebagai gabungan penemuan hukum heteronom dengan otonom.

Selanjutnya akan ditampilkan pula, sekiranya dalam rapat musyawarah putusan, ternyata pendapat hukum dari kedua hakim majelis atau tiga hakim majelis berbeda pendapat dan sama sekali dalam rapat musyawarah itu dapat mufakat bulat maka dilakukan *dissenting opinion* sesuai mekanisme dissenting. Falsifikasi terhadap pendapat hukum yang akan dipilih menjadi diktum putusan, dianalisis tingkat koherensi aturan hukum yang diterapkan serta tingkat konsistensi putusan itu maupun tingkat disparitasnya

B. Aspek Ontologi Tentang Hukum

a. Teori Negara Hukum Dalam Konteks Hukum Nasional

Negara Republik Indonesia dalam Undang-Undang Tahun 1945 hasil Amandemen ketiga Pasal 1 ayat (3) menyebutkan bahwa Indonesia adalah

Negara Hukum⁷⁸. Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang 1945, juga menyatakan: “kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.” Demikian pula pada Undang-Undang No 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman, Pasal 1 ayat (1) menyatakan “kekuasaan kehakiman adalah Kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya negara hukum Indonesia.”

Berdasarkan teks hukum tersebut, pancasila dan Undang-Undang dasar Tahun 1945 harus ditempatkan sebagai sumber Idiologi Negara, sebagai potret apa yang dipikirkan bangsa Indonesia, sebagai tolok ukur bangsa Indonesia menilai suatu keadilan, sebagai sumber pemikiran hukum, sebagai sumber dari segala sumber hukum dalam konteks penyelenggaraan kekuasaan kehakiman di Indonesia, demi tegaknya Negara hukum Republik Indonesia.

Di kawasan Eropa Continental, Negara hukum dikonsepsikan oleh *rechstaat*, sedangkan *anglo sexon* dikonsepsikan *The Rule of Law*. Konsep *Rechtstaat* dalam bahasa Indonesia diterjemahkan sebagai “negara hukum”. Sedangkan konsep *The Rule of Law* dalam bahasa Indonesia diterjemahkan sebagai supremasi hukum atau pemerintahan berdasarkan atas hukum.

Pada zaman modern ini konsep Negara hukum di Eropa continental dikembangkan oleh antara lain Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte, dan lain-lain dengan menggunakan istilah jerman yaitu *Rechtstaat*, sedangkan Negara hukum anglo saxon amerika, dikembangkan oleh A.V. Dice dengan sebutan *The Rule of Law*.

⁷⁸ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm, 11

Konsep Negara hukum *Rechtstaat* menurut Julius Stahl, mencakup empat elemen penting yaitu:⁷⁹

1. Perlindungan hak asasi manusia;
2. Pembagian kekuasaan;
3. Pemerintah berdasar Undang-Undang;
4. Peradilan Tata Usaha Negara.

Adapun konsep Negara hukum *The Rule of Law* menurut A.V. Dicey menyebut ada tiga elemen penting yaitu:⁸⁰

1. Supremasi hukum;
2. Equality before the law;
3. Due process of law.

Konsep *Rechtstaat* kemudian diikuti oleh Belanda, sedangkan konsep *The Rule of Law*, berasal dari Inggris, yang meskipun berbeda historis namun kedua konsep itu bermuara pada perlindungan hak-hak fundamental rakyat. Konsep *rechtstaat* lebih diarahkan kepada perbaikan dan pembahasan fungsi eksekutif dan pejabat administratif sehingga tidak melanggar hak-hak fundamental rakyat. Sedangkan konsep *The Rule of Law* diarahkan kepada perbaikan dan peningkatan peran dari lembaga-lembaga dan badan badan peradilan untuk menegakkan hukum dan hak-hak dasar manusia.⁸¹

Konsep Negara hukum Indonesia⁸² adalah gabungan dari konsep *Rechtstaat* dan konsep *The Rule of Law*, hal ini dapat dilihat dari isi penegakan hukum yang menekankan pentingnya kepastian hukum yang adil,⁸³ dan juga menekankan pentingnya kemanfaatan dan keadilan⁸⁴.

⁷⁹, *Konstitusi dan Konstitusionalime Indonesia*. hlm. 110

⁸⁰, *Konstitusi dan Konstitusionalime Indonesia*. hlm. 126

⁸¹ Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern (Rechtstaat)*, PT, Refika Aditama, Bandung, 2009. hal. 4

⁸² Pasal 1 ayat(3) UUD Tahun 1945 yang menyatakan Negara Indonesia adalah Negara Hukum

⁸³ Lihat pasal 28 huruf (D) UUD 1945

Selain itu juga menekankan bahwa kekuasaan kehakiman harus menegakkan hukum dan keadilan.⁸⁵

Menurut Mahfud MD.⁸⁶, bahwa negara hukum Indonesia dikonsepsikan secara tegas sebagai Negara hukum yang prismatic, menggabungkan segi-segi positif antara *Rechtstaat* dengan kepastian hukumnya dan *The Rule of Law* dengan rasa keadilan secara integratif.

Konsep negara hukum Indonesia, mencakup paling tidak terdapat tujuh elemen penting:

1. Perlindungan hak asasi manusia;
2. Pemisahan kekuasaan yaitu eksekutif, legislative dan yudikatif sebagai pemangku kekuasaan kehakiman yang merdeka;
3. Pemerintahan berdasarkan atas Undang-Undang;
4. Adanya peradilan Tata Usaha Negara;
5. Adanya supremasi hukum;
6. Kesamaan kedudukan dihadapan hukum;
7. *Due process of law* yang procedural dan substantif.

Konsep negara hukum Indonesia, kekuasaan kehakiman ditegakkan oleh dua lembaga hukum yaitu Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung. Kekuasaan kehakiman yang ditegakkan oleh dua lembaga hukum tersebut adalah kekuasaan Negara, oleh karena itu hakim sebagai pelaku kekuasaan kehakiman tunduk pada sistem hukum yang dianut di Indonesia. Dengan demikian dalam penegakan hukum maupun dalam penemuan hukum, terdapat beberapa hal penting yang harus diperhatikan yaitu:

1. Hukum yang ditegakkan tidak boleh bertentangan dengan Ideologi Negara dan Konstitusi (Pancasila dan UUD Tahun 1945).

⁸⁴ Lihat pasal 28 huruf (H) UUD 1945

⁸⁵ Lihat pasal 24 UUD 1945

⁸⁶ Mahfud MD, Dalam Tjandra Sridjaja Prajonggo, *sifat melawan hukum dalam tindak pidana Korupsi*, Indonesia Lawyers Club, Jakarta, 2010 Hlm IX

2. Hukum yang ditegakkan tunduk pada sistem hukum yang tidak boleh bertentangan satu sama lain.
3. Hukum yang ditegakkan berlaku umum dan non-retroactifity.
4. Hukum yang ditegakkan harus melindungi hak-hak dasar rakyat sebagaimana diatur dalam UUD Tahun 1945.
5. Hukum yang ditegakkan harus berorientasi pada tujuan hukum yang digariskan UUD Tahun 1945 dan UU tentang kekuasaan kehakiman yaitu kepastian hukum yang adil serta kemanfaatan dan keadilan.

Elemen-elemen penting dalam konsep Negara hukum *Rechtstaat* dan *The Rule of Law*, telah diatur secara tersurat maupun tersirat dalam Pasal-Pasal UUD dan UU tentang kekuasaan kehakiman dan Undang-Undang organik lainnya, kecuali *due process of law*, hanyalah bersifat ilmu hukum, teori hukum, dan filsafat hukum. *Due process of law* tidak diatur secara jelas di dalam Undang-Undang, akan tetapi terjadi pertentangan antara kepastian hukum dan rasa keadilan, maka *due process of law* tampil menyelesaikan sengketa hukum itu dengan cara hukum yang tidak adil harus dibuat adil. Doktrin *due process of law*, mengajarkan bahwa apabila elemen kekuasaan Negara akan melakukan suatu tindakan hukum yang bersifat melanggar hak-hak dasar yang fundamental dari rakyat Indonesia. Hal itu dapat saja dilakukan dengan suatu prosedur hukum yang fair dan benar.⁸⁷

Visi Indonesia masa depan dalam ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor VII/MPR/2001 tentang Visi Indonesia menjelang Tahun 2020, Bab III bagian kedua memberi amanat bahwa semua warga Negara bekedudukan sama didepan hukum dan berhak mendapatkan keadilan. Hukum ditegakkan untuk keadilan dan bukan untuk kepentingan kekuasaan ataupun kelompok kepentingan tertentu. Tantangan

⁸⁷ Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modren (Rechtstaat)*Pt, Refika Aditama, Bandung, 2009, hal 52.

untuk menegakkan keadilan adalah terwujudnya aturan hukum yang adil serta institusi hukum dan aparat penegak hukum yang jujur, professional, dan tidak terpengaruh oleh penguasa. Supremasi hukum ditegakkan untuk menjamin kepastian hukum, keadilan, dan pembelaan hak asasi manusia.

Perangkat hukum kearah terwujudnya aturan hukum yang adil, telah diundangkan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perUndang-Undangan yang mensyaratkan tujuh asas pembentukan peraturan perUndang-Undangan yang baik meliputi (a) kejelasan tujuan (b) kelembagaan atau pejabat pembentukan yang tepat (c) kesesuaian antara jenis, hirarki dan materi muatan (d) dapat dilaksanakan, (e) kedayagunaan dan kehasilgunaan, (f) kejelasan rumusan, dan (g) keterbukaan.

Meskipun aturan hukum yang dihasilkan oleh pembentuk Undang-Undang sudah adil dan baik, namun menurut Francois Geny⁸⁸, Undang-Undang tidak pernah sempurna, sebuah Undang-Undang tidak pernah mampu dengan sempurna mempresentasikan keutuhan realitas yang ada dalam bentangan kehidupan sosial.

Amandemen Undang-Undang Dasar Tahun 1945 yang mengatur tentang kemandirian pengadilan dan terwujudnya institusi hukum dan aparat penegak hukum yang jujur dan professional, telah dibentuk sebuah badan yang berlandung dibawah kekuasaan kehakiman yaitu Komisi Yudisial yang bertugas melakukan pengawasan terhadap hakim dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Bahkan Komisi Yudisial diberikan kewenangan menganalisa putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap.⁸⁹ Selain itu Mahkamah

⁸⁸ Bernard L Tanya dkk, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011, hlm. 199

⁸⁹ Pasal 42 UU Nomor 48 Tahun 2009, tentang Kekkuasaan Kehakiman Menyebutkan. Dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim,

Agung telah membentuk sebuah badan yang disebut Badan Pengawasan (BAWAS) yang bertugas melakukan pengawasan terhadap perilaku hakim, melakukan pengawasan regular, monitoring terhadap pengadilan dan audit kinerja serta audit integritas terhadap aparat peradilan. Reformasi birokrasi di Mahkamah Agung dan badan badan peradilan yang ada dibawah Mahkamah Agung yang dipimpin langsung oleh Wakil ketua Mahkamah Agung. Demikian pula reformasi birokrasi yang dipimpin langsung oleh wakil presiden melalui Menteri Pemberdayaan Aparatur Negara (Menpan) telah melakukan pembaharuan terhadap Mahkamah Agung Republik Indonesia dan jajarannya melalui delapan area perubahan. Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Mahkamah Agung dan yang mengatur tentang badan-badan peradilan di bawah Mahkamah Agung. Peraturan pemerintah terkait tentang reformasi birokrasi semuanya diarahkan untuk terwujudnya institusi penegak hukum yang bersih dan berwibawa, adil, jujur, dan profesional dan mandiri dalam rangka menegakkan kepastian hukum yang adil serta kemanfaatan dan keadilan sesuai dengan tujuan-tujuan hukum yang dicanangkan dalam Undang-Undang dasar Negara Republik Indonesia.

Dalam visi Indonesia masa depan telah dinyatakan bahwa hukum ditegakkan untuk keadilan dan tantangan untuk menegakkan keadilan adalah terwujudnya Tata aturan yang adil. Tata aturan yang adil menurut Kelsen⁹⁰ adalah tata aturan yang dapat menjamin pemenuhan kebutuhan sebanyak-banyaknya orang. Persoalan keadilan sebenarnya adalah sesuatu yang berada diluar rasio manusia. Bagi pengetahuan rasional hanyalah kepentingan dan konflik kepentingan.

Komisi Yudisial dapat menganalisis putusan Pengadilan yang telah memperoleh Kekuatan hukum tetap sebagai dasar rekomendasi melakukan mutasi hakim.

⁹⁰ Jimly Ashiddiqie dan Ali Syafa'at. *Teori Hans Kelsen Tentang hukum*, Konstitusi Pers Jakarta, 2012. hlm. 17

Solusinya dapat diberikan oleh tata aturan yang memenuhi satu kepentingan atas pengorbanan kepentingan lain, atau membuat suatu kompromi antara kepentingan yang bertentangan. Diantara dua pilihan tersebut mana yang disebut adil, tidak dapat ditemukan oleh pengetahuan secara rasional. Pemenuhan keadilan hanya dapat ditemukan menurut ketentuan hukum positif berupa Undang-Undang. Hukum positif berupa Undang-Undang tidak diukur dari sudut adil atau tidak adil, teori yang menyebut the pure theory of law.⁹¹ Keadilan dapat dimaknai sebagai legalitas, adalah adil jika suatu aturan diterapkan pada semua kasus yang sama. Tindakan individu disebut adil adalah berarti legal sedangkan tindakan yang tidak adil disebut illegal.⁹² Adil adalah sesuatu yang sangat relatif, adalah sangat tidak adil apabila mengadili kasus tertentu yang tidak menurut ketentuan hukum positif, sebab keadilan yang ingin diwujudkan oleh hukum positif adalah keadilan legalitas.

Prinsip penting dalam sebuah Negara hukum adalah adanya jaminan kesetaraan kedudukan bagi setiap orang dihadapan hukum.⁹³ Adanya jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum (penjelasan atas UU Nomor 16 Tahun 2004). Rawls dalam teorinya yang disebut a theory of justice⁹⁴ menyatakan ada dua prinsip keadilan yaitu, pertama setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang, kedua: ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga (a) dapat diharapkan memberi keuntungan bagi semua orang, dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang. Landasan prinsip

⁹¹, *Teori Hans Kelsen Tentang hukum* hlm . 20

⁹², *Teori Hans Kelsen Tentang hukum*.hlm .21

⁹³ Lihat pasal 27 UUD tahun 1945, Bandingkan dengan pasal 4 Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999, tentang hak Asasi Manusia . Demikian pula dengan pasal 28 huruf (I) Amandemen UUD tahun 1945

⁹⁴ Jhon Rawls, *A. Theory of Justice*, of-Cit, hlm 3

keadilan menurut Rawls adalah keadilan kesetaraan. Hakikat kesetaraan adalah keadilan sebagai keteraturan yang menuntut agar hak-hak dasar yang setara diberikan kepada semua orang.⁹⁵

Dengan demikian, setiap putusan pengadilan harus bermuara pada penegakan kepastian hukum yang adil yang memberikan jaminan perlindungan hak-hak asasi dan keadilan kesetaraan bagi semua orang dihadapan hukum. Mengabaikan hal-hal sebagaimana tersebut, dapat menyebabkan rendahnya kepercayaan publik terhadap penegakan hukum oleh pengadilan.

Untuk mewujudkan peradilan yang dipercaya menuju peradilan berwibawa, terdapat sepuluh nilai dasar yang harus dianut oleh pengadilan (court values) sebagai indikator menuju peradilan yang bersih dan berwibawa yaitu: (1) perlakuan yang sama di depan hukum (equality before the law), hal ini dapat dilihat dalam Pasal 4 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, (2) hakim dalam menjalankan tugas dan fungsi pengadilan wajib menjaga kemandirian peradilan, hal ini disebut dalam Pasal 3 Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009, (3) terbuka (transparan) dapat dilihat dalam Pasal 13 Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009, (4) kebebasan membuat putusan (independence of decision making), hal ini dapat dilihat dalam Pasal 10 dan Pasal 14 Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009, (5) tepat waktu (time lines), dapat dilihat dalam Pasal 2, dan Pasal 52 Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009, (6) hakim mempunyai sikap kejujuran (fairness), (7) tidak memihak (impartiality), (8) mempunyai kemampuan (competence), (9) berinteritas (integrity). Nomor 6, 7, 8, 9 tersebut dapat dilihat dalam surat keputusan bersama antara Mahkamah Agung dan Komisi Yudisial Republik Indonesia No. 047/KMA/SKB/IV/2009 dan No. 02/SKB/P.KY/IV/2009, (10) Mudah

⁹⁵ Ibid. hlm. 656-657

dikunjungi (accessibility). Untuk itu pengadilan berkedudukan di ibukota dan jalan protokol agar mudah dikunjungi (11) berkepastian (certainty), hal ini telah menjadi amanat UUD Tahun 1945 tentang pentingnya kepastian hukum yang adil. Sedangkan mengenai tepat waktu (time lines), hal ini telah diatur dalam Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) No. 06 Tahun 1992 bahwa penanganan perkara di tingkat pertama dan banding tidak boleh lebih dari enam bulan, ketentuan tersebut telah diubah dengan SEMA. No 02 Tahun 2014 bahwa penanganan perkara di tingkat pertama tidak boleh melebihi lima bulan dan di tingkat banding tiga bulan sedangkan ditingkat kasasi, pada waktu majelis kasasi menerima berkas perkara langsung membuat jadwal persidangan dan menentukan tanggal pembacaan putusan.⁹⁶ Sepuluh nilai dasar (court values)⁹⁷ tersebut telah berlaku universal dan tercantum dalam fakta internasional dan prinsip etika Bangalore sebagai berikut:

1. Perlakuan yang sama didepan hukum (*equality befor the law*)
2. Kejujuran (fairness)
3. Tidak memihak (impartiality)
4. Kebebasan membuat putusan (independence of decision making)
5. Kemampuan (competence)
6. Berinteritas (integrity)
7. Keterbukaan (trasnsparance)
8. Mudah dikunjungi (accessibility)
9. Tepat waktu (time lines)
10. Berkepastian (certainty)

Selain itu disebutkan pula dalam seven areas for court exelence bahwa terdapat tujuh bidang keunggulan pengadilan yang dinilai berdasarkan self

⁹⁶ Laporan Tahunan, tahun 2013 disampaikan tanggal 26 Februari 2014

⁹⁷ Laporan peserta Court Quality Forum, yang dilaksanakan di sydney Australia pada tanggal 23 September 2008. hlm 3

assessment checklist IFCE98 yaitu (1) court management and leadership, (2) court planning and policies, (3) court resources and human material and financial, (4) court processes proceedings, (5) client need and satisfaction, (6) affordable and accessible court services, (7) publik trust and compidence.

Pada umumnya kepercayaan masyarakat (publik trust and confidence) kepada pengadilan, merupakan indikator kesuksesan pelaksanaan tugas pengadilan yaitu adanya putusan hakim yang berkualitas, dipertimbangkan nilai kepastian, keadilan yang cepat dan kemanfaatan, argumentasinya dapat dipahami, proses persidangan yang cepat dan tepat waktu, semuanya dapat secara alami meningkatkan kepercayaan masyarakat terhadap pengadilan, ketaatan kepada keputusan pengadilan, kekuatan hukum mereka pada akhirnya meningkatkan kewibawaan pengadilan. Sedangkan kepuasan masyarakat pencari keadilan pada umumnya.

b. Teori *law as a tool of social change*

Sangat berbeda dengan Roscoe Pound, Friedrich Carl Van Savigny mengkonstruksi teorinya tentang hukum. Menurut Savigny⁹⁹ terdapat hubungan organik antara hukum dengan watak atau karakter suatu bangsa. Hukum hanyalah cerminan dari Volkgeist, oleh karena hukum adat yang tumbuh dan berkembang dalam rahim Volkgeist harus dipandang sebagai hukum kehidupan sejati. Hukum sejati itu tidak dibuat, ia harus ditemukan. Legislasi hanya penting selama ia memiliki sifat deklaratif terhadap hukum sejati itu. Kita harus menemukan asas-asas dalam nilai-nilai hukum yang hidup itu. Untuk memahami nilai-nilai hukum yang hidup sesuai rasa keadilan masyarakat, harus menyelami inti jiwa rakyat.

⁹⁸ www.Courtexcellence.com/

⁹⁹ Bernaard, I Tanya, *Teori hukum*.op.Cit.hlm 103-104

Labih lanjut savigny¹⁰⁰ menjelaskan bahwa pembakuan hukum itu menjadi hukum tertulis akan menghambat dinamika masyarakat. Untuk merumuskan hukum sesuai dengan jiwa bangsa perlu ada riset mendalam mengenai apa sebenarnya semangat jiwa bangsa itu dan manakah keyakinan bangsa yang dapat menjadi dasar dasar suatu tata hukum yang memadai.

Berbeda jauh dengan Savigny, Paund menyatakan,¹⁰¹ bahwa hukum merupakan sarana rekayasa masyarakat (a tool of social engineering). Ungkapan tersebut berbeda dengan pandangan yang umumnya dianut oleh pakar hukum saat itu bahwa bukan perubahan hukum yang mempengaruhi perkembangan masyarakat, tetapi justru perubahan dalam masyarakat yang mempengaruhi perkembangan hukum. Fungsi hukum menurut Pound adalah sebagai alat untuk melakukan pembaharuan masyarakat, artinya hukum akan mempertahankan model kehidupan sosial yang ada, khususnya kehidupan sosial yang dianggap baik dan diterima oleh masyarakat.

Pespektif Paund tentang hukum sebagai alat pembaharuan masyarakat telah berpengaruh terhadap hakim-hakim di Amerika Serikat sejak sesudah Tahun 1950 berkenaan dengan hak asasi antara kulit hitam dengan kulit putih terutama pemisahan tempat duduk bagi kulit putih dan kulit hitam disekolah. Putusan Mahkamah Agung Amerika tersebut telah berhasil mengubah pola pikir warganya tentang hak asasi manusia.

Al-Qur'an memberi contoh tentang hukum sebagai alat pembaharuan masyarakat sebagaimana dalam surat An-nisa ayat 7 telah mempersamakan kedudukan anak perempuan dengan anak laki-laki sebagai subyek hukum dan ahli waris, dimana sebelumnya anak perempuan tidak dipandang sebagai subyek hukum yang berhak memperoleh bagian waris dari orang tuanya.

¹⁰⁰ Ibid. hal 120

¹⁰¹ Munir Fuady. *Teori-teori Besar(Grand Theory)dalam Hukum*, Kencana, Jakarta, 2013.hlm 251

Perspektif Paund bahwa hukum adalah sebagai alat pembaharuan masyarakat, telah lama dianut di Indonesia baik melalui perUndang-Undangan maupun melalui putusan hakim Indonesia. Putusan pengadilan menyangkut pencurian sandal bolong, pencurian kakao, yang nilainya sangat rendah akan tetapi unsur-unsur delik telah cukup terbukti, namun penghukuman yang dijatuhkan oleh hakim mengundang kontroversi ditengah-tengah masyarakat. Banyak dikalangan masyarakat intelektual menyatakan bahwa hukumannya tidak adil, bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat, namun tidak ada yang mengatakan bahwa mencuri bukan kejahatan. Karena itu kalau hakim menjatuhkan hukuman 3 hari atau 10 hari atau 1 bulan, bukanlah adil tidaknya hukuman menjadi persoalan hukum akan tetapi fungsi hukum sebagai sosial control hendak mempertahankan nilai-nilai etis dan moral di dalam moral dalam masyarakat. Baik hukum tertulis dalam sistem perUndang-Undangan hukum positif maupun hukum yang hidup sesuai rasa keadilan masyarakat serta moral yang menemukan baik buruknya, pantas tidak pantas, semuanya memandang pencurian itu sebagai sebuah kejahatan yang harus dibersihkan ditengah pergaulan hidup masyarakat. Karena itu pencuri harus dihukum.

c. Teori Hukum Pembangunan

Mochtar Kusumaatmaja dengan konsep hukumnya yaitu teori hukum pembangunan sebagai modifikasi konsep a tool of social engeneering dari Paund. Konsep teori hukum pembangunan lahir sebagai jawaban terhadap permintaan BAPPENAS yaitu konsepsi hukum yang mendukung pembangunan.

Dalam konsep hukum sebagai saran pembaharuan masyarakat dikatakan bahwa hukum merupakan suatu alat untuk memelihara ketertiban dalam masyarakat, karenanya sifat dasar dari hukum adalah konservatif artinya bersifat memelihara dan mempertahankan apa yang telah tercapai.

Jadi semua hasil pembangunan harus dipelihara, dilindungi, dan diamankan. Sifat manusia yang dinamis dan berubah dengan cepat sedangkan hukum tidak demikian, tetapi hukum harus membantu masyarakat dalam proses perubahan masyarakat.

Mochtar memberikan definisi tentang hukum, dikemukakan bahwa hukum tidak hanya meliputi asas dan kaidah yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat, melainkan juga termasuk lembaga dan proses dalam mewujudkan berlakunya kaidah itu dalam kenyataan di masyarakat.

Kata asas menggambarkan bahwa Mochtar memperhatikan pandangan aliran hukum alam, karena asas-asas itu ada kaitannya dengan nilai-nilai moral tertinggi yaitu keadilan. Sedangkan kata kaidah menggambarkan bahwa Mochtar memperhatikan pengaruh aliran positivisme hukum, karena kata kaidah mempunyai sifat normatif.

Kata lembaga menurutnya menggambarkan memperhatikan pandangan mazhab sejarah, karena yang dimaksud lembaga disini adalah lembaga hukum adat adapun kata proses menggambarkan perhatian kepada pandangan Pragmatik Legal Realism (Rouscoe Paund) karena yang dimaksud proses disini adalah proses terbentuknya putusan hakim pengadilan.

Kata lembaga dan proses adalah sebagai cerminan dari pandangan sosiologi jurisprudence, karena kata lembaga dan proses merupakan cerminan dari living law yaitu sumber hukum tidak tertulis yang hidup. Kata kaidah yang mewujudkan berlakunya kaidah itu dalam kenyataan menggambarkan bahwa bentuk hukumnya harus Undang-Undang.

d. Konsep Hukum dan Perpestif hakim tentang Hukum

Hakim adalah Tata aturan sebagai suatu sistem aturan tentang perilaku manusia, atau seperangkat aturan yang memiliki satu kesatuan sehingga dipahami sebagai suatu sistem. Pertanyaan Ontologi mengenai apakah

hukum itu, para ahli berbeda konsep mengenai pertanyaan tersebut.¹⁰² Pertanyaan selanjutnya apakah hukum itu identik dengan keadilan. Pertanyaan ontologi yang pertama dijawab oleh Mochtar bahwa hukum adalah keseluruhan kaidah dan asas yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat, termasuk lembaga dan proses didalam mewujudkan hukum itu dalam kenyataan.¹⁰³

Kata asas menggambarkan pandangan hukum alam tentang nilai moral sedangkan kata kaidah menggambarkan pengaruh pandangan positivism karena mempunyai sifat normatif. Sedangkan kata lembaga dan proses adalah cerminan dari pandangan sociological jurisprudence yang berakar dari living law. Jadi konsep hukum menurut Mochtar meliputi hukum tertulis, hukum tidak tertulis, dengan tidak mengenyampingkan jurisprudensi sebagai sumber hukum. Berbeda dengan itu, konsep hukum tertulis sebagai hukum sedangkan hukum tidak tertulis hanya diakui sebagai hukum apabila sudah menjadi produk otoritas yang sah menurut pandangan positivisme hukum.

Konsep hukum menurut positivisme bahwa hukum merupakan perintah penguasa yang berdaulat (Austin) dan merupakan kehendak dari negara (Kelsen). Dipengaruhi oleh filsafat positivisme dari August Comte, bahwa hukum bertujuan mewujudkan kepastian hukum.

Austin adalah salah seorang penganut utama aliran positivisme hukum. Hukum menurut Austin diperlukan adanya 4 (empat) unsur yaitu:

¹⁰² Aliran hukum alam dengan konsepsinya bahwa hukum berlaku universal dan abadi dibagi menjadi dua bagian yaitu filsafat alam (Plato, aristoteles, Hugo de Groot) dan filsafat ketuhanan (Thomas Aquines). Plato seorang idealis sedangkan aristoteles seorang realis. Thomas Aquines membagi hukum dalam 4 katagore yaitu, Lex acterus, lex naturalis, dan lex positivis. Konsep hukummazhab sejarah oleh Carl Van Van Savigny bahwa dunia ini terdapat bermacam-macam bangsa dan tiap bangsa mempunyai suatu Volkgeist. Konsep sociological Jurisprudence bahwa hukum yang dibuat agar memperhatikan hukum yang hidup dalam masyarakat (living Law) dipelopori Eugen Erlich dan dikembangkan oleh Roscoe Paund mendapat pengaruh filsafatr positif sosiologi dari Auguste Comte. Pragmatic legal Realism konssep hukumnya bahwa hukum dapat berperan sebagai alat pembaharuan masyarakat. Pendasarnya Chipman, Gray, Oliver Wendel Holmes

¹⁰³ Lili Rasyidi, Otje Salman dan Miranda Risang Ayu. *Teori Hukum Pembangunan* . hlm 2-4

(1) adanya seorang penguasa (*souverghnity*), (2) adanya suatu perintah (*command*), (3) adanya kewajiban untuk menaati (*duty*), (4) sanksi bagi mereka yang tidak taat (*sanction*).¹⁰⁴

Dengan demikian, hukum menurut Austin adalah tata aturan yang dibuat negara in casu pemerintah yang sah, tataran aturan itu harus ditaati atau dipatuhi, jika tidak ditaati maka negara atau pemerintah akan memberikan sanksi. Hukum menurut positivisme Austin, bukanlah mempersoalkan adil atau tidak adil dan bukan pula mempersoalkan relevan dengan dunia kenyataan, akan tetapi positivisme mempersoalkan keberadaannya sebagai hukum apabila dibuat atas dasar otoritas yang sah.

Dengan demikian Austin mengganti “ide keadilan” dengan “perintah” oleh yang berkuasa. Hukum sebagai sebuah keadilan diganti dengan aturan formal produk negara, aturan kebenaran harus bertolak dari kebenaran bebas ragu yaitu aturan formal produk otoritas yang sah dari sebuah negara. Jadi jelas menurut Austin bahwa hukum tidak didasarkan pada nilai baik atau buruk melainkan pada kekuasaan dari pemegang kedaulatan.

Hakikat hukum dalam pandangan Austin adalah hukum positif, hukum positif itu merupakan perintah dari penguasa yang berdaulat, dan yang terpenting dari karakter hukum positif adalah terletak pada sanksi. Untuk itu hukum positif memenuhi unsur perintah, sanksi, kewajiban mentaati perintah dari penguasa yang berdaulat. Kepastian hukum adalah tujuan dari positivise hukum, dan untuk mencapai kepastian itu, hukum harus dipisahkan dari moral.¹⁰⁵ Jadi dalam teori Austin (*analytical jurisprudence*), dikenal dua bentuk hukum yaitu *positivism law* (Undang-Undang) dan *positive morality* (hukum kebiasaan). Hukum kebiasaan ini

¹⁰⁴ Bernad L Tanya, dkk, *Teori Hukum*, Penerbit Genta Publishing, Yogyakarta, 2010.hlm.120

¹⁰⁵ Sulistiowati Irianto. Op-cit. hlm .15

akan diakui sebagai hukum yang sah apabila dikukuhkan menjadi Undang-Undang sebagai produk otoritas yang sah.

Kelsen mengatakan bahwa jika sebuah teori hukum positif mengharuskan perbedaan antara hukum dan moral pada umumnya, dan antara hukum dan keadilan pada khususnya, berarti teori ini berada dalam perspektif tradisional yang mengandaikan bahwa hanya satu tatanan moral yang berlaku mutlak dan karenanya hanya ada satu keadilan asolut.¹⁰⁶

Tuntutan untuk memisahkan antara hukum dan moral, hukum dan keadilan, mengandung arti bahwa keabsahan tatanan moral yang berlaku mutlak. Jika hanya nilai-nilai moral relatif yang diasumsikan, maka dalil bahwa hukum harus merupakan moral yakni harus adil.

Menurut Kelsen, pembenaran hukum positif melalui moral dan norma hukum, jika memang terdapat hukum yang baik secara moral. Jika semua hukum positif yang dikehendaki oleh Tuhan adalah adil dan hal-hal yang juga baik itu sesuai kehendak tuhan, dan jika tidak ada hukum positif yang tidak adil. Karena segala sesuatu yang ada pada dasarnya tidaklah jahat, jika hukum diidentikkan dengan keadilan, dan jika yang ada itu diidentikkan dengan seharusnya, maka konsep keadilan dan konsep kebaikan menjadi kehilangan makna.¹⁰⁷ Karena itu, jika tidak ada sesuatu yang tidak adil, maka tidak ada sesuatu yang baik (adil).

Meskipun konsep hukum positif menurut Kelsen, memisahkan antara hukum dan moral, tidaklah berarti bahwa hukum dan moral atau hukum dan keadilan tidak terkait ini tidak berarti bahwa konsep hukum berada di luar konsep “baik”. Konsep “baik” tidak bisa didefinisikan sebagai kebalikan dari definisi yang seharusnya. Jika hukum didefinisikan sebagai norma, maka ini mengaplikasikan bahwa apa yang tidak melanggar hukum adalah

¹⁰⁶ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law (barkeley)*. University California, Press. 1978 diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien. *Teori hukum Murni* (penerbit Nusa Media dan Penerbit Nuansa, Bandung, 2007), hlm 75

¹⁰⁷ Ibid . hlm .77

“baik”. Dalil yang didasarkan pada pengandaian tentang teori nilai “relativistik” untuk memisahkan antara hukum dan moral, dan hukum dan keadilan hanya memiliki makna sebagai berikut¹⁰⁸:

1. Jika sebuah tatanan hukum dinilai moral atau in-moral, adil atau tidak adil, maka penilaian ini mengungkapkan hubungan antara tatanan hukum dengan salah satu dari banyak sistem moral yang mungkin ada namun tidak dengan sistem moral “yang sebenarnya”, dan karena itu hanya merupakan pertimbangan nilai yang relatif bukannya absolut.
2. Validitas sebuah Tatanan hukum positif tidak tergantung pada kesesuaian dengan beberapa sistem moral

Teori hukum murni (*the pure theory of law*) adalah teori hukum positif tentang apakah hukum itu dan bagaimana hukum itu dibuat. Bukan seperti teori hukum alam yang sibuk menguji tingkat validitas sebuah aturan hukum bahwa aturan itu hanya dapat diterima sebagai hukum positif apabila tidak bertentangan dengan moral keadilan, padahal hukum alam juga belum mampu merumuskan isi tata hukum yang adil.¹⁰⁹

Menurut Kelsen¹¹⁰ keadilan adalah sesuatu diluar rasio karena itu bagaimanapun pentingnya bagi tindakan manusia, tetapi bukan subyek pengetahuan. Bagi pengetahuan rasional yang ada dalam masyarakat hanyalah kepentingan dan kompleks kepentingan. Solusinya dapat diberikan oleh tata aturan yang memenuhi suatu kepentingan atas pengorbanan kepentingan lain atau membuat kompromi antara kepentingan yang bertentangan.

Selanjutnya menurut Kelsen, bahwa jika tatanan moral tidak mengharuskan dipatuhinya tatanan hukum positif dalam situasi apapun, atau jika ada kemungkinan ketidak sesuaian antara hukum dan moral, antara ilmu

¹⁰⁸ Ibid, hlm 79

¹⁰⁹ Jimly Asshiddiqie, op – Cit. hlm 18-19

¹¹⁰ Ibid . Hlm .20

hukum dan etika, memiliki makna bahwa validitas norma hukum positif tidak bergantung pada kesesuaiannya dengan tatanan moral, ini berarti bahwa dari sudut pandang pengetahuan yang ditujukan kepada hukum positif, norma hukum bisa dianggap valid sekalipun ia berlainan dengan tatanan moral¹¹¹.

Studi tentang moral adalah kajian tentang kearifan yaitu usaha manusia termasuk hakim untuk menjadi arif untuk dirinya dan orang lain, atau untuk menemukan prinsip-prinsip kearifan itu karena disanalah inti kebenaran, jadi esensi moral adalah mencari kebenaran.

Apa yang diinginkan dicapai dan diharapkan agar hakim berpikir secara benar, berbuat atau bertindak secara benar, yaitu berpikir atau berbuat menurut akal sehat (rasional) agar dapat berbuat adil.

Keadilan hanya dapat dimaknai sebagai legalitas. Dikatakan adil jika suatu aturan diterapkan pada semua kasus dimana menurut isinya memang aturan tersebut harus diaplikasikan, adalah tidak adil jika suatu aturan diterapkan pada suatu kasus tetapi tidak pada kasus lain yang sama.¹¹²

Apa ukurannya bahwa hakim itu berbuat adil? Ukurannya adalah tatanan norma positif dalam sistem perUndang-Undangan, jadi adil adalah berbuat menurut ketentuan norma positif. Adil adalah relatif sifatnya, karena itu kebenaran moral keadilan adalah juga relatif dan berarti boleh berbeda-beda karena perbedaan waktu dan tempat.

Menurut Kelsen, bahwa penilaian tentang apa yang baik dan apa yang tidak baik secara moral, apa yang bisa dibenarkan atau tidak bisa dibenarkan secara moral, sama-sama rentan terhadap perubahan, berkelanjutan seperti halnya dengan hukum yang pada saat diterapkan dahulu boleh jadi sesuai dengan tatanan moral yang berlaku di kala itu, dan boleh jadi dinilai tidak

¹¹¹ Ibid. Hlm. 78

¹¹² Jimly Asshiddiqie dan Ali Safa'at. *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*. Konstitusi Press.2012 hlm, 21

bermoral dijamin sekarang.¹¹³ Boleh jadi adil sesuai dengan tatanan moral yang berlaku di suatu daerah, kemudian norma positif itu untuk diterapkan ditempat lain, bahkan menjadi tidak adil karena tidak sesuai dengan tatanan moral yang berlaku ditempat itu. Misalnya moral berpakaian bagi masyarakat di Jakarta atau Bandung tentu berbeda dengan moral berpakaian koteka bagi sebagian masyarakat Papua, meskipun pada waktu yang sama. Karena itu menurut Kelsen, mengevaluasi tatanan sosial positif dengan menggunakan standar benar-salah, tidak dapat dilepaskan dari konteks waktu dan tempat.¹¹⁴

H.L.A. Hart membedakan pengertian “positivisme” menjadi lima arti seperti yang banyak disebut dalam ilmu hukum kontemporer, yaitu (1) anggapan bahwa Undang-Undang adalah perintah manusia, (2) anggapan bahwa tidak perlu ada hubungan antara hukum dengan moral atau hukum yang ada dan yang seharusnya ada, (3) anggapan bahwa Analisa (studi tentang arti) dari konsepsi-konsepsi hukum (a) layak dilanjutkan, dan (b) harus dibedakan dari penelitian-penelitian historis mengenai sebab-sebab atau asal usul dari Undang-Undang dari penelitian-penelitian sosiologis mengenai hubungan hukum dengan gejala sosial lainnya, dan kritik atau penghargaan hukum apakah dalam arti moral, tuntutan-tuntutan sosial, “fungsi-fungsinya” atau sebaliknya, (4) anggapan bahwa sistem hukum adalah suatu “sistem logika tertutup” dimana putusan putusan hukum yang tepat dapat dihasilkan dengan cara-cara yang logis dari peraturan-peraturan hukum yang telah ditentukan lebih dahulu tanpa mengingat tuntutan-tuntutan sosial, kebijaksanaan, norma norma moral, dan (5) anggapan bahwa penilaian-penilaian moral tidak dapat diberikan atau dipertahankan,

¹¹³ Ibid. hal 25

¹¹⁴ Ibid .hal. 35

seperti halnya dengan pernyataan-pernyataan tentang fakta dengan alasan yang rasional, petunjuk atau bukti (non-cognitive dalam etika).¹¹⁵

Hart selanjutnya membagi peraturan menjadi dua macam yaitu peraturan primer (primary rules) dan peraturan skunder (secondary rules)¹¹⁶. Peraturan primer menurut Hart adalah peraturan yang berisi tentang hak dan kewajiban individu, sedangkan peraturan skunder adalah peraturan yang berhubungan dengan pembuatan, penafsiran, dan perubahan peraturan-peraturan primer, misalnya aturan yang harus diikuti oleh lembaga pembentuk Undang-Undang, lembaga peradilan, dan para administrator pada saat menerapkan peraturan primer¹¹⁷.

Kritik terhadap Positivisme hukum, yang pertama kali melakukan kritik terhadap mazhab positivism adalah dari mazhab sejarah yang dirintis oleh Friederich Carl van Savigny diteruskan oleh muridnya yaitu Fuchta¹¹⁸, kemudian mazhab sejarah meluas hingga ke Inggris yang dipelopori oleh Henry Maine. Kelompok ini menyerang mazhab positivism hukum dengan menyatakan bahwa hukum bukan hanya yang dikeluarkan oleh penguasa dalam bentuk Undang-Undang, namun hukum adalah jiwa bangsa (volksgeist) dan substanssinya adalah aturan tentang kebiasaan hidup masyarakat.¹¹⁹ Letak perbedaan antara positivism hukum dengan mazhab sejarah terletak pada sumber dan bentuk hukum. Positivisme hukum berasal dari top down, namun tidak dapat disangkal bahwa ada pula hukum yang lahir, tumbuh, dan berkembang di dalam masyarakat, tetapi itu bukan

¹¹⁵ W. Friedmann, *legal Theory London*, Stevens & Sons Limited, 1953, diterjemahkan oleh Muhammad arifin, *Teori dan filsafat Hukum*, Penerbit Manajemen PT. Raja Grafindo Persada JNakarta, Cet. Ke 3, 1996. Hlm 147-148. Bandingkan dengan Khudzaifah Dimiyati *Teorisasi Hukum*, Penerbit Genta Publishing, Cet Ke 5, Yogyakarta 2010 Hlm 68 bandingkan pula dengan Tjandra Sridjaja Pranjonggo, *Sifat Melawan Hukum Dalam Tindak Pidana Korupsi*. Penerbit Indonesdi Iw yewr Club, cetakan ke 3, Jakarta Pusat. 2010 hlm 25

¹¹⁶ Sulisstyowati Irianto Dan Shidarta, op-cit hlm 22

¹¹⁷ Ibid. hlm 30

¹¹⁸ Ibid. hlm .24

¹¹⁹ Ibid.hlm 32

hukum menurut mazhab positivism. Mazhab sejarah, bahwa hukum itu tidak dibuat tapi ada ditengah-tengah masyarakat, karena hukum itu adalah jiwa bangsa (volksgeist). Sebagaimana Cicero juga mengungkapkan bahwa dimana ada masyarakat, disitu ada hukum. Menurut mazhab sejarah bahwa hukum tidak diciptakan melainkan ditemukan

Teori Austin tentang hukum sebagai perintah, menjadi titik tolak bagi teori-teori analitis, tokohnya adalah Jhon Gray di Amerika dan John Salmon di Inggris¹²⁰. Gray setuju dengan teori Austin, ia lukiskan sebagai pengakuan kebenaran bahwa hukum suatu negara atau badan lain yang terorganisir, bukan suatu yang ideal, tetapi sesuatu yang nyata ada, bukan sesuatu yang sesuai dengan agama atau alam atau moralitas, bukan sesuatu yang seharusnya ada tetapi sesuatu yang ada¹²¹. Tetapi Gray tidak setuju dengan Austin tentang hukum itu harus dari kekuasaan yang berdaulat. Bagi Gray bahwa Undang-Undang, kepatutan dan kebiasaan hanyalah sebagai sumber hukum, sedangkan hukum yang sebenarnya adalah apa yang menjadi keputusan pengadilan.¹²²

Untuk menentukan hak dan kewajiban, hakim terlebih dahulu menetapkan fakta-fakta dan juga menerapkan hukumnya, fakta yang diterapkan dan hukumnya itulah hukum. Eugen Ehrlich dan Roscoe Pound sebagai pengemban teori dibalik mazhab sociological jurisprudence, dalam pandangannya bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat (living law)¹²³. Teori ini adalah merupakan jalan tengah antara mazhab positivism dengan mazhab sejarah yang mengatakan bahwa hukum adalah jiwa bangsa (Volksgeist) hukum itu tidak dibuat tetapi ditemukan dalam masyarakat.

¹²⁰ W. Friedmann, op-cit. hlm. 57

¹²¹ Ibid. hlm 60

¹²² .ibid . hlm 69

¹²³ Bernard L. Tanya dkk. Op-cit. hlm 141-142

Sedangkan Roscoe Paund mengatakan,¹²⁴ bahwa pada dasarnya kondisi awal struktur suatu masyarakat, selalu berada dalam kondisi yang kurangimbang, untuk menciptakan dunia yang beradab, maka ketimpangan-ketimpangan struktural itu perlu di tata ulang dalam pola kesimbangan yang proporsional. Dalam konteks tersebut, hukum yang bersifat logis analitis dan serba abstrak (hukum murni) ataupun yang berisi gambaran realitas apa adanya (sosiologis), tidak mungkin diandalkan. Hukum yang demikian tidak dapat mengubah keadaan. Karena itu perlu ada langkah progresif yaitu memfungsikan hukum untuk menata perubahan. Dari sinilah munculnya teori dari Paund yang menyatakan law as a tool social engineering.

Sebagai pemikir social engineering, Paund mengusulkan agar para ahli hukum beraliran sosiologis perlu lebih memperhitungkan fakta sosial dalam perjaannya, apakah pembuatan hukum, penafsiran atau penerapan peraturan. Sebab bagi Paund, kehidupan hukum terletak pada pelaksanaannya¹²⁵. Fokus utama Paund dalam konsep social engineering adalah interest balancing, dan karenanya yang terpenting adalah tujuan akhir dari hukum yang diaplikasikan dan mengarahkan masyarakat kearah yang lebih maju.¹²⁶

Sudah barang tentu yang dimaksudkan oleh Paund, mekanisme perubahan sosial dimaksud adalah merupakan suatu proses yang terencana dengan tujuan menganjurkan, mengajak, menyuruh, atau bahkan memaksa anggota masyarakat agar mengikuti norma-norma hukum atau tata tertib hukum yang ditetapkan sebagai norma baru¹²⁷. Atas dasar keyakinan yang demikian, maka dapatlah dimengerti jika penggunaan hukum modern

¹²⁴ Ibid .hlm .155

¹²⁵ Ibid, hlm .161

¹²⁶ Ibid, hlm . 170

¹²⁷ Ibid, hlm 160

senantiasa diarahkan untuk menjadi sarana menyalurkan kebijakan-kebijakan demi menciptakan keadaan-keadaan yang baru.¹²⁸

Senada dengan uraian diatas, terapan social engineering sebagaimana yang dikembangkan oleh Podgorcki, tercermin dalam empat asas sebagai berikut:

1. *Social engineering* harus merupakan atau penggambaran yang baik mengenai situasi yang dihadapi,
2. *Membuat suatu analisis mengenai penilaian-penilaian yang ada dan menempatkannya dalam suatu urutan hirarki. Analisis dimaksud meliputi pula perkiraan mengenai apakah cara-cara yang akan dipakai tidak akan menimbulkan efek yang lebih memperburuk keadaan.*
3. *Melaksanakan verifikasi terhadap hipotesa-hipotesa seperti apakah suatu cara yang dipikirkan untuk dilakukan, pada akhirnya nanti akan membawa pada tujuan sebagaimana dikehendaki.*
4. *Pengukuran terhadap efek peraturan-peraturan yang ada.*¹²⁹

Berbeda dengan pembuatan Undang-Undang untuk tujuan *social engineering*, kubu realism hukum tidak tertarik dengan lukisan-lukisan normatif yang apriori tentang hukum. Bagi realism, hal yang lebih penting adalah kepeloporan para hakim dalam menjalankan hukum ke dalam kasus-kasus nyata. Oliver Holmes dan Jerome Frank (eksponen realism hukum Amerika) menyatakan, hukum yang termuat dalam aturan-aturan, hanya satu generalisasi mengenai dunia ideal.¹³⁰ Sedangkan menghadapi gejala-gejala hidup secara realistis, hakim sering menghadapi dua bahkan lebih tentang kebenaran, yang seolah-olah meminta kepastian mana yang lebih unggul dalam konteks tertentu, salah satunya adalah kebenaran versi aturan

¹²⁸ Ibid, hlm 163

¹²⁹ Ibid,hlm,164

¹³⁰ Ibid.hlm,166

hukum, padahal kebenaran-kebenaran dalam putusan hakim, terkadang lebih unggul daripada aturan yang terdapat didalam norma.¹³¹

Aturan-aturan hukum menurut Holmes, hanyalah menjadi salah satu faktor yang patut dipertimbangkan. Faktor moral, soal kemanfaatan dan keutamaan kepentingan sosial, menjadi faktor yang tidak kalah pentingnya (pertimbangan non-doctrinal)¹³². Holmes juga menyatakan bahwa aturan Undang-Undang bukanlah poros sebuah keputusan yang berbobot. Aturan tidak diandalkan menjawab dunia kehidupan yang begitu kompleks. Lagi pula kebenaran yang riil, bukan terletak dalam Undang-Undang, tetapi pada kenyataan hidup.¹³³

Benyamin Cardoso mengingatkan bahwa memang benar pertimbangan non-doctrinal turut berpengaruh dalam pertimbangan hakim dalam mengambil keputusan, tetapi tidak boleh membuat hakim lupa pada aspek normatif dari hukum yang melayani kepentingan umum akan keadilan. Kewibawaan seorang hakim menurut Cardoso, terletak pada kesetiiaannya menjunjung tujuan hukum itu. Putusan hakim tidak boleh berkembang secara bebas tanpa batas. Hakim tetap terikat pada kepentingan umum sebagai inti keadilan.¹³⁴

Disinilah letak dilemanya putusan kasasi dalam waduk Kedung Ombo yang diputuskan oleh majelis dibawah pimpinan Asikin sebagai Ketua Majelis, demikian pula putusan Bismar yang menghukum seorang laki-laki dalam kasus analogi kemaluan perempuan sebagai objek barang. Sebab disatu sisi putusan itu mendekati rasa keadilan masyarakat (kepentingan umum), namun disisi lain menentang kepastian hukum yang termuat didalam Undang-Undang. Apa yang dilakukan Bismar adalah sebuah pembentukan hukum baru (konstruksi), yang jangkauan wilayah berlakunya

¹³¹ Ibid.hlm,167

¹³² Ibid, hlm 162

¹³³ Ibid. hlm.166

¹³⁴ Ibid.hlm.168

bertentangan dengan asas legalitas dan asas non-retraktif yang menghendaki suatu aturan tidak boleh berlaku surut, sebab aturan yang dikonstruksi oleh Bismar, lahir sesudah adanya fakta hukum berkenaan dengan pembentukan hukumnya.

Kontradiktif dari kedua permasalahan hukum tersebut yaitu pertentangan antara rasa keadilan dan kepastian hukum. Nampak betapa pengaruh positivism hukum, pengaruh filsafat hukum, dan pengaruh mazhab realism hukum terhadap pandangan hakim terhadap konsep-konsep hukum kemudian dicetuskan menjadi sebuah putusan yang menurutnya adil dan kepastian.

Memang tidak ada putusan hakim yang mempunyai nilai kebenaran yang absolut, tetapi bahwa putusannya mendekati kebenaran karena pada pertimbangan hukumnya memuat tentang alasan dan dasar hukum yang rasional, disitulah inti keadilan dan kepastian, sebagaimana yang diamanatkan dalam Pasal 50 Juncto Pasal 14 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman serta Pasal 189 Rbg.

C. Aspek Epistemologi Teori Tentang Putusan Hakim

Sesuai ketentuan Pasal 189 R.Bg Juncto Pasal 14 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman bahwa apabila pemeriksaan perkara telah selesai, Majelis Hakim karena jabatannya melakukan musyawarah untuk mengambil putusan yang akan dijatuhkan.

Peroses pemeriksian di persidangan dianggap selesai apabila telah melakukan pemeriksaan yang diawali dengan proses upaya perdamaian berdasar Pasal 130 HIR yang diperluas melalui proses mediasi berdasar PERMA No 1 Tahun 2016.

Apabila peroses upaya perdamaian, baik dipersidangan maupun mediasi yang dinyatakan gagal, maka pemeriksaan pokok perkara dilanjutkan dimulai dengan pembacaan surat gugatan, jawaban tergugat, replik penggugat dan duplik tergugat.

Hakim kemudian merumuskan pokok sengketa yang dilanjutkan dengan pembebanan pembuktian berdasar Pasal 163 HIR kepada para pihak. Apabila proses pembuktian yang berimbang telah selesai kemudian para pihak mengajukan kesimpulan.

Pada persidangan pertama bagi tergugat apabila mengajukan eksepsi menyangkut kewenangan relatif yaitu kewenangan mengadili berdasarkan daerah hukum masing-masing pengadilan dalam satu lingkungan yang telah ditetapkan yang batas-batas wilayah hukumnya (Pasal 118 HIR).

Tata cara pemeriksaan eksepsi tentang kompetensi relatif, diatur dalam Pasal 125 ayat (2) dan (3) HIR Juncto Pasal 33 serta Pasal 135 HIR sebagai berikut:

1. Eksepsi relatif harus diajukan pada persidangan pertama bagi Penggugat.
2. Eksepsi relatif boleh dikirim bersama-sama jawaban mengenai pokok perkara tanpa dihadiri oleh tergugat (Pasal 133 HIR).
3. Eksepsi relatif harus diputuskan pada sidang pertama diawal persidangan bagi tergugat (Pasal 135 HIR).
4. Jika eksepsi dikabulkan, maka putusan hakim adalah putusan akhir yang menyatakan “pengadilan yang bersangkutan tidak berwenang memeriksa dan mengadili perkara tersebut”.
5. Jika eksepsi ditolak maka pengadilan menyatakan diri berwenang memeriksa dan mengadili perkara yang bersangkutan dan memerintahkan kepada panitera untuk segera menyampaikan isi putusan kepada tergugat (putusan ini disebut putusan sela).
6. Kepada kedua belah pihak diperintahkan untuk melanjutkan pemeriksaan perkaranya.

Patokan pemeriksaan eksepsi relatif diatur dalam Pasal 118 HIR atau Pasal 142 R.Bg serta Pasal 99 Rv. yang dipakai mengisi kekosongan hukum guna melengkapi yang diatur dalam HIR dan R.Bg sebagai berikut:

- a. Actor Sequatur Forum Rei (*forum domicile*). Berdasarkan asas ini, telah digariskan batas wewenang relatif badan peradilan untuk memeriksa suatu sengketa perdata yaitu:
- b. Yang berwenang mengadili adalah Pengadilan Negeri/Agama tempat tinggal tergugat (Pasal 118 (1) HIR) pengecualian dari Pasal tersebut adalah ketentuan Pasal 66 ayat (2) dan Pasal 73 ayat (1) Undang-Undang nomor 7 tahun 1989 yaitu permohonan talak diajukan pada pengadilan yang mewilayahi tempat tinggal penggugat.
- c. Untuk menentukan tempat tinggal atau tempat kediaman penggugat atau pemohon dan tergugat didasarkan pada kartu penduduk, kartu keluarga. Perubahan tempat tinggal setelah gugatan diajukan tidak mempengaruhi keabsahan gugatan secara relatif.

Apabila pihak tergugat terdiri dari beberapa wilayah hukum pengadilan yang berlainan, maka memberi hak kepada penggugat untuk memilih salah satu diantara tempat tinggal para tergugat, dengan demikian penggugat dapat mengajukan gugatan kepada salah satu pihak kepada pengadilan yang dianggapnya paling menguntungkan atau paling memudahkan baginya dalam mengajukan bukti saksi atau pembuktian lainnya.

Apabila tergugat tidak diketahui tempat kediamannya yang sesungguhnya atau domisili hukumnya di wilayah Indonesia, memberi hak kepada penggugat untuk mengajukan gugatannya kepada Pengadilan yang mewilayahi tempat tinggal penggugat.

Jika jenis sengketa menyangkut soal hutang piutang dimana kedudukan pihak debitur terdiri dari debitur pokok dan penjamin yang dalam hal ini meskipun tergugat terdiri dari beberapa orang dan berdomisili diberbagai wilayah hukum pengadilan yang berbeda, maka gugatan harus diajukan pada pengadilan yang mewilayahi tempat tinggal penjamin.

- d. Actor Sequator Forum Rei Sitae

Dasar menentukan patokan kompetensi relatif menurut asas forum rei sitae, diatur dalam Pasal 118 ayat (3) HIR dan Pasal 143 Rbg. Juncto Pasal 99 ayat (8) Rv. Dalam Pasal tersebut dijelaskan bahwa apabila obyek sengketa terdiri dari benda tidak bergerak, maka gugatan diajukan pada pengadilan yang mewilayahi tempat tinggal obyek sengketa tersebut.

Kalau objek sengketa lebih dari satu dan terletak pada wilayah pengadilan yang berbeda, maka penggugat dapat memilih untuk mengajukan gugatan pada pengadilan yang dianggapnya paling mudah mengajukan bukti saksi atau bukti lainnya.

Gugatan dapat diajukan pada pengadilan yang mewilayahi domisili pilihan yang ditunjuk dalam klausula suatu perjanjian yang disepakati kedua pihak (Pasal 118 ayat (4) HIR). Sifat domisili pilihan ini adalah alternatif. Artinya penggugat boleh mengajukan gugatan ke pengadilan yang disepakati, tetapi tetap memberi hak kepada penggugat untuk mengajukan gugatan kepada pengadilan yang mewilayahi tempat tinggal penggugat. Jadi domisili pilihan tidak secara mutlak menyingkirkan patokan actor sequator forum rei.

Selain kompetensi relatif tersebut, adapula kompetensi absolut. Landasan penentuan kompetensi absolut pada pembatasan wewenang pengadilan yang ditentukan dalam Undang-Undang. Patokan kompetensi absolut pada badan Peradilan Agama, diatur pada Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No.3 Tahun 2006 dan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2006 dan Undang-Undang 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Pasal 49 Undang-Undang 7 Tahun 1989 menyatakan bahwa:

1. Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perakara ditingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam dibidang:
 - a. Perkawinan;

- b. Kewarisan, wasiat, dan hibah yang dilakukan berdasarkan Hukum Islam;
 - c. Wakaf dan shadaqah;
2. Bidang perkawinan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) huruf a ialah hal yang diatur dalam atau berdasarkan Undang-Undang mengenai perkawinan yang berlaku.
 3. Bidang kewarisan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) huruf b ialah penentuan siapa-siapa yang menjadi ahli waris, penentuan mengenai bagian masing-masing ahli waris dan melaksanakan pembagian harta peninggalan tersebut.

Pasal 50 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 berbunyi “*dalam hal terjadi sengketa mengenai hak milik atau keperdataan lain dalam perkara-perkara sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 49, maka khusus mengenai obyek yang menjadi sengketa tersebut harus diputus lebih dahulu oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan umum.*”

Perubahan mendasar yang ditetapkan dalam Undang-Undang nomor 3 Tahun 2006 tentang perubahan atas Undang-Undang nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yaitu:

- a. Pilihan hukum bahwa para pihak sebelum berperkara dapat mempertimbangkan untuk memilih hukum apa yang akan dipergunakan dalam pembagian warisan. Ketentuan tentang pilihan hukum dinyatakan tidak berlaku lagi dengan diberlakukannya asas personalitas keIslaman pada Undang-Undang nomor 3 Tahun 2006.
- b. Sengketa hak milik dalam Pasal 50 Undang-Undang nomor 7 Tahun 1989 terdapat perubahan bahwa sengketa hak milik atau keperdataan lain yang subyek hukumnya adalah antara orang-orang yang beragama Islam dan obyek sengketa hak milik termasuk dalam lingkup Pasal 49 Undang-Undang nomor 7 Tahun 1989, berdasarkan Pasal 50 ayat (2) Undang-Undang nomor 3 Tahun 2006 menjadi kewenangan badan Peradilan Agama.

Selanjutnya penambahan kompetensi absolut bagi peradilan agama yang diatur dalam Pasal 49 Undang-Undang nomor 3 Tahun 2006 adalah “sengketa ekonomi syariah,” yang termasuk ekonomi syariah adalah perbuatan atau kegiatan Usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari’ah antara lain meliputi:

- a. Bank Syariah.
- b. Lembaga keuangan Syariah.
- c. Asuransi Syariah.
- d. Asuransi syari’ah.
- e. Reksadana syariah.
- f. Obligasi syariah dan surat berharga berjangka menengah Syariah.
- g. Sekuritas Syariah.
- h. Pembiayaan Syariah.
- i. Pembiayaan syariah pegadaian Syariah.
- j. Dana pensiun lembaga keuangan syariah dan
- k. Bisnis syariah.

Tata cara pemeriksaan tentang kompetensi absolut diatur dalam Pasal 136 HIR. Mengenai kompetensi absolut, dapat dengan eksepsi dan juga tanpa eksepsi dan juga tanpa eksepsi karena hakim secara ex-officio dapat menyatakan diri tidak berwenang. Mengenai kompetensi absolut apabila melampaui batas wewenang yang ditentukan Undang-Undang maka wajib diputus sebelum masuk pada tahap pembuktian.

Patokan Obscur libel, bahwa suatu gugatan dapat dinyatakan kabur dan cacat formal apabila:

- a. Posita gugatan tidak menjelaskan dasar hukum, yaitu bila mana posita gugatan tidak dicantumkan dasar hukum dan kejadian yang mendasari gugatan penggugat, atau dasar hukumnya tetapi tidak menjelaskan fakta kejadian atau sebaliknya. Dalil gugat yang demikian, tidak memenuhi asas “jelas dan tegas.” (Pasal 8 RV).

- b. Tidak jelas obyek yang disengketakan, yaitu bahwa bilamana surat gugatan tidak menjelaskan obyek sengketa tentang letak, luas dan batas-batasnya atau di dalam obyek sengketa setelah dilakukan pemeriksaan setempat terdapat obyek lain yang tidak dijelaskan dalam posita gugatan, atau ternyata obyek gugatan tidak ditemukan dilapangan.
- c. Terdapat saling bertentangan antara posita gugatan dengan petitum gugatan, padahal posita gugatan adalah menjadi dasar pemeriksaan perkara di persidangan. Bilamana posita dan petitum tidak saling mendukung, maka gugatan tersebut dinyatakan tidak berdasar hak.
- d. Petitum gugatan tidak terinci, hanya berbentuk kompositur atau *ex aequo et bono*. Pada prinsipnya petitum gugatan harus disebutkan secara jelas dan terinci. Bila sudah ada petitum primer yang terinci, baru boleh diikuti dengan tuntutan subsider dalam bentuk kompositur *ex aequo et bono*.

Patokan *error in persona*, bahwa suatu gugatan dapat diskualifikasi cetak formal apabila dalam gugatan itu mengandung *error in persona*, yaitu:

- a. Terjadi diskualifikasi *in persona*, disebabkan karena penggugat bukan *persona standi in judicio*, sebab penggugatnya belum dewasa atau bukan orang yang mempunyai hak dan kepentingan seperti orang tua menggugat cerai untuk anaknya padahal tidak didukung dengan surat kuasa. Dapat pula terjadi karena penggugat masih berada dibawah kuratele. Dapat pula dikualifikasi *in persona* karena kuasa hukum yang tampil tidak didukung dengan surat kuasa yang sah.
- b. *Gremis Anhoedaning Heid*, yaitu bahwa orang yang ditarik sebagai tergugat tidak sah. Seperti dalam putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 601/SIP/1975 tanggal 20 April 1977 yang menyatakan bahwa seseorang pengurus yayasan digugat secara pribadi, mestiya yang digugat adalah bukan secara pribadi tetapi dalam kedudukannya sebagai pengurus yayasan.
- c. *Plurium litis consortium*, yaitu bahwa orang yang ditarik sebagai tergugat tidak lengkap, oleh karena obyek yang disengketakan tidak lagi berada pada pihak

tegugat karena telah dijual dan menjadi milik pihak ketiga sedangkan pihak ketiga tersebut tidak ditarik sebagai turut tergugat yang harus tunduk pada putusan.

Selain dari itu masih ada cacat formal gugatan yang terkait dengan pokok perkara yaitu gugatan yang *premature* dan *nebis in idem*. Mengenai gugatan yang *premature* seperti menggugat pembagian harta bersama padahal suami istri yang bersangkutan belum putus perkawinannya, atau menggugat harta warisan padahal terhadap perkara tersebut pewarisnya masih hidup. Demikian pula gugatan yang diajukan padahal terhadap perkara tersebut telah ada putusan yang bersifat positif dan telah berkekuatan hukum tetap dan mengikat, dimana antara gugatan dan putusan yang telah ada mengenai objek sengketa, para penggugat dan para penggugatnya sama, alasan-alasan dalam posita gugatan pun sama. Terhadap gugatan yang *premature* dan perkara *nebis in idem* tidak boleh diputus dalam bentuk putusan sela, tetapi harus diperiksa dan di putus bersama-sama dengan pokok perkara.

Khusus mengenai perkara yang melanggar asas *nebis in idem*, meskipun gugatan ini sebelumnya cacat formal yang seharusnya putusannya bersifat negatif, akan tetapi karena perkara tersebut seharusnya tidak diajukan lagi sehingga ada hakim yang berpendapat sebaiknya gugatan tersebut diputus dengan ditolak karena dibuktikan dengan putusan yang telah ada sebelumnya.

Tata cara pemeriksaan eksepsi atau tanpa eksepsi mengenai gugatan yang cacat formal, diatur dalam Pasal 136 HIR bahwa cacat formil gugatan yang tidak menyangkut kompetensi relatif dan kompetensi absolut, tidak boleh dipertimbangkan tersendiri dalam putusan sela, melainkan harus dipertimbangkan dan diputus bersama-sama pokok perkara.

Bilamana semua tahapan pemeriksaan di persidangan setelah selesai dan majelis menyatakan bahwa tahapan selanjutnya adalah musyawarah putusan untuk menentukan putusan yang akan dijatuhkan sebagaimana diatur dalam Pasal 14 tidak menyangkut kompetensi relatif dan kompetensi absolut, tidak boleh dipertimbangkan

tersendiri dalam putusan sela, melainkan harus dipertimbangkan dan diputus bersama-sama pokok perkara.

Bilamana semua tahapan pemeriksaan di persidangan telah selesai dan majelis menyatakan bahwa tahapan selanjutnya adalah musyawarah putusan untuk menentukan putusan yang akan dijatuhkan sebagaimana diatur dalam Pasal 14 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman yang menegaskan bahwa:

- a. Putusan diambil berdasarkan sidang permusyawaratan hakim yang bersifat rahasia.
- b. Dalam sidang permusyawaratan, setiap hakim wajib menyampaikan pertimbangan atau pendapat tertulis terhadap perkara yang sedang diperiksa dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari putusan.
- c. Dalam hal sidang permusyawaratan tidak dapat dicapai mufakat bulat, pendapat hakim yang berbeda wajib dimuat dalam putusan.

Apabila dalam rapat musyawarah putusan tersebut, majelis hakim sepakat bahwa gugatan tidak mengandung cacat formal. Maka majelis mempertimbangkan pokok perkara. Patokan memeriksa pokok perkara telah di atur dalam Pasal 178 HIR atau Pasal 189 R.Bg, yaitu:

- a. Pada waktu bermusyawarah, hakim karena jabatannya wajib melengkapi segala alasan hukum yang tidak dikemukakan kedua belah pihak.
- b. Hakim wajib mengadili seluruh bagian tuntutan.
- c. Hakim dilarang menjatuhkan putusan atas yang tidak dituntut atau memberikan lebih dari pada yang dituntut.

D. Asas-Asas Dan Format Putusan

Putusan merupakan akhir suatu proses pemeriksaan perkara yang dilakukan majelis hakim dengan terlebih dahulu dilakukan musyawarah berdasarkan ketentuan Pasal 14 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Putusan merupakan suatu pernyataan hakim sebagai pelaku kekuasaan kehakiman yang diberi wewenang, diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum, guna menyelesaikan suatu sengketa antara para pihak.

Perlu dijelaskan disini bahwa yang dimaksud putusan pada uraian ini adalah putusan *judex factie* tingkat pertama dan bukan putusan tingkat banding atau kasasi, karena putusan yang terkait dengan teknik pemeriksaan perkara hanyalah putusan tingkat pertama. Putusan tingkat banding, meskipun termasuk *judex factie*, tetapi pemeriksaan di tingkat banding hanyalah bersifat koreksai terhadap jalannya pemeriksaan perkara tingkat pertama, yaitu apakah hukum acara dijalankan secara tepat dan benar dalam proses persidangan, sedangkan putusan kasasi hanyalah bersifat syarat koreksi terhadap penerapan hukum sudah tepat dan benar, apakah tidak lalai memenuhi syarat yang digariskan Undang-Undang dan atau apakah menerapkan tidak melampaui batas wewenang yang ditentukan Undang-Undang.

Asas-asas yang harus ada dalam putusan adalah sebagai berikut:

- a. Harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan secara jelas dan rinci, memuat Pasal-Pasal dan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar mengadili (Pasal 50 dan 53 UU No. 48 Tahun 2009). Suatu putusan yang tidak cukup mempertimbangkan alasan-alasan dalam posita gugatan menurut hukum pembuktian atau tidak memberikan penilaian terhadap alat bukti secara rinci, demikian pula tidak memberi pertimbangan mengenai dasar hukumnya, baik berdasar pada Pasal-Pasal peraturan perUndang-Undangan atau sumber hukum tak tertulis yang didasar mengadili, dapat dikategorikan *onvol doende gemotiveed* (tidak cukup pertimbangan) sehingga menjadi alasan untuk membatalkan putusan yang bersangkutan. Gugatan yang telah dipertimbangkan menurut hukum pembuktian, ternyata tidak terbukti. Dinyatakan tidak beralasan hukum dan dengan demikian gugatan tersebut harus ditolak. Demikian pula suatu gugatan yang dinyatakan tidak berdasar hukum dimana posita gugatan

tidak sejalan dengan petitum, maka gugatan tersebut dinyatakan tidak berdasar hukum sehingga dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ont vankelijk verklaard*).

- b. Asas wajib mengadili seluruh bagian gugatan. Asas ini digariskan dalam Pasal 178 ayat (2) HIR/Pasal 189 ayat (2) RBG dan Pasal 50 Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman. Kelalaian memeriksa dan mengadili seluruh bagian gugatan termasuk gugatan rekonvensi, kelalaian mengadili bagian kecil dari gugatan misalnya permohonan sita dan diperintahkan pengadilan tingkat banding. Biasanya diputus sela dan diperintahkan pengadilan tingkat pertama untuk memeriksa dan memutus bagian gugatan yang terabaikan tersebut, namun apabila bagian gugatan itu prinsip sifatnya, maka berarti pengadilan tingkat pertama tidak melaksanakan Tata tertib persidangan yang seharusnya dilaksanakan dan hal itu menjadi alasan bagi hakim banding atau pun hakim kasasi untuk membatalkan putusan tersebut. Tentang hal ini dapat diperhatikan putusan mahkamah agung RI Nomor 235K/SIP/1973 Tanggal 4-12-1975. Dalam kasus ini Pengadilan Negeri tidak memutus dan mengadili mengenai status ahli waris penggugat. Padahal itu diminta dalam petitum gugatan. Atas kelalaian itu Mahkamah Agung dalam tingkat kasasi menyatakan *judex factie* tidak melaksanakan ketentuan yang mengharuskan untuk memberi putusan mengenai seluruh petitum gugatan, sehingga cukup alasan membatalkan putusan tersebut.¹³⁵
- c. Tidak boleh mengabulkan melebihi tuntutan. Asas ini digariskan Pasal 178 ayat (3) HIR. Pasal 189 ayat (3) RBG. Larangan ini disebut *ultra petita partium*. Mengadili lebih dari yang dituntut dikategorikan melampaui batas kewenangan atau *ultra vires*.
- d. *Ultra petita partium* ataupun *ultra vires* dikategorikan sebagai tindakan yang tidak sesuai hukum. Bahkan tindakan *ultra petita* yang didasarkan atas i'tikad baik sekalipun. Tetapi dikategorikan illegal karena bertentangan dengan prinsip

¹³⁵ Yahya Harahap. Hukum Acara Perdata, Sinar Grafika. Jakarta, Tahun 2006 Hlm 801

The Rule of Law.¹³⁶ Hal senada dengan tersebut dapat dilihat pada putusan Mahkamah Agung RI tentang waduk kedug ombo yang dibatalkan dalam putusan peninjauan kembali (PK).

- e. Putusan ultra petita yang dapat dibenarkan apabila putusan *judex faxtie* didasarkan pada petitum subsidair yang berbentuk *ex aequo et bono*, dapat dibenarkan asalkan masih dalam kerangka yang sesuai dengan intipetitum primair atau sesuai dengan kejadian materiil.¹³⁷
- f. Adapun tindakan hakim yang mengabulkan sebagian gugatan dalam petitum primair dan sebagian lagi dalam petitum subsidair dipandang sebagai ultra petita yang tidak dapat dibenarkan. Hal itu sebagaimana ditegaskan dalam putusan Mahkamah Agung RI Nomor: 882K/SIP/1974 tanggal 24-3-1976.¹³⁸
- g. Prinsip sidang terbuka untuk umum

Pembukaan sidang dan sidang untuk pengucapan amar putusan, wajib dalam sidang terbuka untuk umum. Putusan yang tidak diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum, dikategorikan sebagai tindakan yang lalai memenuhi syarat yang digariskan Undang-Undang yang oleh Undang-Undang sendiri mengancam dengan batalnya putusan demi hukum. Hal tersebut dapat dilihat dalam Pasal Pasal 13 Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009 menyatakan:

- a. Semua sidang pemeriksaan pengadilan adalah terbuka untuk umum, kecuali Undang-Undang menentukan lain
- b. Putusan pengadilan hanya sah dan mempunyai kekuatan hukum apabila diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum.
- c. Tidak terpenuhinya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan (2) mengakibatkan putusan batal demi hukum.

¹³⁶ *Ibid* .Hlm 802

¹³⁷ *Ibid, hlm, 803*

¹³⁸ *Ibid, hlm 805*

Format putusan terdiri dari kepala putusan, identitas para pihak, pertimbangan tentang duduknya perkara, pertimbangan tentang hukumnya, amar putusan dan akhir putusan.

Kepala putusan memuat kata:

- a. PUTUSAN (ditulis capital) dibawahnya ditulis Nomor putusan. Selanjutnya ditulis kalimat DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA.
- b. Identitas para pihak, terdiri dari nama para penggugat, para tergugat, pekerjaan dan tempat tinggal serta kualitas para pihak apakah sebagai penggugat, tergugat ataupun turut tergugat. Bila mana diwakili oleh kuasa hukum, harus pula menyebut nama kuasa hukumnya, surat kuasa dan kualitasnya masing-masing.
- c. Memuat pertimbangan tentang duduknya perkara, yang terdiri dari gugatan, jawaban, replik dan duplik, serta alat bukti masing-masing pihak. Adapun kesimpulan para pihak tidak wajib dimuat dalam putusan.
- d. Pertimbangan hukum

Hal pertama yang harus dipertimbangkan oleh hakim adalah apakah dalam perkara tersebut diajukan eksepsi mengenai pokok perkara atau tidak ada eksepsi. Atau apakah ada pelanggaran terhadap formal gugatan, apakah ada perubahan gugatan, perubahan gugatan tidak dapat dibenarkan sepanjang mengenai kejadian materiil. Apa saja yang menjadi objek sengketa, harus disebut satu persatu, kemudian menguraikan pokok sengketa.

Hal-hal yang diakui secara tegas oleh pihak tergugat atau hal-hal yang tidak dibantah yang dapat dikualifikasi sebagai pengakuan dipersidangan dan tidak dibuktikan lagi.

Berdasarkan Pasal 163 HIR. Alat bukti apa saja yang diajukan oleh penggugat dan tergugat. Apakah alat bukti tersebut memenuhi syarat formal dan materilnya, apakah memenuhi batas minimal pembuktian, apakah nilai pembuktian itu sempurna dan mengikat, apakah nilai pembuktiannya bersifat bebas (Urij Bewijs Kracht)

maksudnya hakim bebas untuk menilai. Apabila pembuktian itu berdasarkan persangkaan, maka kekuatan nilai bukti persangkaan berdasar Undang-Undang sebagai alat bukti mempunyai nilai pembuktian pasti, akan tetapi bilamana hanya persangkaan yang disimpulkan oleh hakim yang bukan persangkaan berdasar Undang-Undang maka mempunyai nilai bukti bebas. Pengakuan yang diberikan oleh tergugat, ada tidak kemungkinan apakah pengakuan murni, pengakuan berkualifikasi, ataukah pengakuan berklausa. Bukti pengakuan juga mempunyai syarat formil dan materil. Pengakuan murni mempunyai nilai pembuktian sempurna mengikat dan menentukan (vollegded, binded, dan beslisedd atau dwingend), sedangkan pengakuan berkualifikasi dan pengakuan berklausa hanya menjadi bukti permulaan. Demikian pula jika pembuktian itu dengan sumpah, ada sumpah decisoir (pemutus) dan ada sumpah tambahan (suplatoir). Kedua macam bukti sumpah ini juga mempunyai syarat materil dan syarat formil. Selain sumpah decisoir dan suplatoir, masih ada yang disebut sumpah penaksir dan sumpah li'an. Sumpah penaksir adalah sumpah yang diucapkan untuk menetapkan jumlah ganti rugi atau harga barang yang akan dikabulkan (Pasal 155 HIR/182 RBG/ 1940 KUH perdata). Sedangkan sumpah li'an adalah sumpah yang diperintahkan oleh hakim kepada salah satu pihak dalam perkara permohonan talak atau cerai gugat dengan alasan zina yang disanggah oleh pihak tertuduh, sedangkan pihak penuduh tidak dapat melengkapi bukti-bukti yang diajukannya (Pasal 126 KHI).

Nilai pembuktian sumpah decisoir maupun sumpah suplatoir mempunyai nilai pembuktian sempurna, mengikat dan menentukan. Apabila majelis telah memeriksa alat bukti dari berbagai aspek berupa syarat formal dan materil, batas minimal pembuktian, kesesuaian kesaksian, dan nilai pembuktian masing-masing pihak, barulah menentukan terbukti atau tidaknya suatu fakta atau kejadian materil atau suatu hak, kemudian hakim mengkualifisir fakta-fakta kejadian secara induktif kemudian disimpulkan menjadi fakta hukum.

Apabila proses penilaian pembuktian telah selesai, kemudian dalam rapat musyawarah majelis, oleh ketua majelis meminta pendapat hukum tertulis dari setiap hakim anggota, termasuk pendapat hukum dari ketua majelis. Dimusyawarahkan untuk menentukan amar putusan sesuai batasan Pasal 178 HIR/189 RBG.

Dalam penerapan hukum itulah diperlukan argumentasi legalis, sosiologis dan filosofis (prismatik) untuk mendukung mengapa petitum gugatan tersebut dikabulkan seluruhnya, dikabulkan sebagian dan ditolak sebagian. Putusan yang tidak lengkap argumennya, baik argumen yuridisnya, argumen sosiologis maupun argumen filosofis, bukanlah termasuk putusan yang argumentative.

Esensi putusan yang didasarkan pada kalimat DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA adalah penegakan hukum untuk tujuan keadilan. Dalam realitasnya suatu perkara diproses dan diadili menurut peraturan perUndang-Undangan. Jarang sekali disertai pertimbangan filosofis atau pertimbangan moral justice, pada hal putusan didasarkan pada ketuahanan yang Maha Esa. Mengapa putusan tentang pencurian sandal bolong dan putusan tentang pencurian kakao ditentang kebanyakan orang. Bahkan menilai putusan tidak sesuai rasa keadilan masyarakat, meskipun hukumnya hanya beberapa hari, hal itu karena tidak disertai pertimbangan moral justice bahwa mencuri itu, sekecil apapun nilainya, perbuatan mencuri itu adalah kejahatan yang dilarang oleh hukum dan agama. Argumentasi putusan itu penting karena terdapat pihak yang dimenangkan dan ada pula pihak yang dikalahkan, atau mengapa mereka dikalahkan, atau mengapa mereka dihukum.

Berdasarkan ketentuan Pasal 50 Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman, bahwa dalam pertimbangan hukum putusan itu memuat:

- a. Alasan-alasan yang berkaitan dengan penentuan fakta-fakta kejadian dikualifisir menjadi fakta hukum.
- b. Dasar putusan yang berkaitan dengan hukum yang diterapkan dan argumen-argumen pendukung,

- c. Pasal-Pasal dari peraturan perundang yang berkaitan dengan dasar-dasar hukum yang diterapkan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.
- d. Hukum tak tertulis, dapat berupa argumen sosiologis dan filosofis atau moral justice.
- e. Alasan dan dasar hukum tersebut harus tepat dan benar (Pasal 53 ayat (2) Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009 kekuasaan kehakiman).

Alasan dan dasar hukum yang diterapkan dalam pertimbangan hukum tersebut, hakim bertanggung jawab atas putusan yang dibuatnya (Pasal 53 ayat (1) Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009 tersebut). Artinya bahwa putusannya dipertanggung jawabkan sesuai pertimbangan hukum yang dibuatnya.

- a. Amar putusan (*diktum*)

Amar putusan merupakan jawaban terhadap petitum gugatan, baik dalam konvensi maupun dalam rekonvensi. Amar putusan ini meliputi putusan tingkat pertama, tingkat banding dan kasasi, maupun putusan peninjauan kembali. Ukuran untuk menyatakan putusan berkekuatan hukum tetap adalah diterimanya putusan kepada pihak-pihak yang berperkara tersebut.

Dari segi putusan, dapat berupa:

- a. Putusan *niet ont vankeljk verklaard* (NO) yaitu amar putusan yang menyatakan gugatan tidak dapat diterima disebabkan karena gugatan mengandung cacat formal.
- b. Putusan gugur karena penggugat tidak hadir sidang pertama yang telah ditentukan pengadilan, pada hal telah dipanggil secara patut dan resmi, sedangkan tergugat hadir.
- c. Putusan Verstek yaitu putusan yang dijatuhkan pengadilan karena tergugat tidak hadir pada persidangan, tidak pula mengutus orang lain sebagai kuasanya, padahal telah dipanggil dengan patut dan resmi.

- d. Putusan ditolak karena penggugat tidak mampu membuktikan dalil-dalil gugatannya.
- e. Putusan dikabulkan karena dalil-dalil gugatan penggugat dapat dibuktikan sehingga gugatan tersebut beralasan dan berdasar hukum dapat dikabulkan.

Dari segi jenisnya, putusan dapat berupa:

- a. Putusan sela yaitu putusan yang berkaitan dengan tindakan-tindakan yang harus dilakukan dipersidangan, yang bukan putusan akhir.
- b. Putusan preparatoir yaitu putusan untuk mempersiapkan putusan akhir, tanpa pengaruh terhadap pokok perkara, persidangannya bersifat insidentil, sebagai contoh adalah putusan sela mengenai diterimanya pihak ketiga masuk menjadi penggugat interpensi karena mempunyai kepentingan.
- c. Putusan interlucotoir adalah putusan sela yang berkaitan dengan eksepsi kompetensi absolut yang ditolak ataukah putusan sela yang berkaitan dengan beban pembuktian.
- d. Putusan sela terhadap gugatan insedentil yang berkaitan dengan penetapan prodeo dan penetapan tentang perintah sita jaminan.
- e. Putusan provisi yang tidak berkait dengan pokok perkara yang menghendaki adanya tindakan sementara sebelum adanya putusan akhir, tergugat tetap berkewajiban memberi nafkah hidup bagi anak-anaknya.

Putusan akhir, amar putusan akhir dapat berbentuk atau bersifat:

- a. Deklaratoir, yaitu putusan yang bersifat menyatakan atau tidak menimbulkan keadaan hukum baru. Amar seperti ini tidak memerlukan upaya hukum paksa.
- b. Konstitutif, yaitu putusan yang bersifat meniadakan keadaan hukum yang sudah ada atau menimbulkan keadaan hukum baru. Keadaan hukum baru atau ketiadaan hukum yang sudah ada terjadi dengan sendirinya setelah putusan ini mempunyai kekuatan hukum tetap. Sehingga tidak memerlukan upaya paksa (eksekusi).

- c. Komdemnatoir, yaitu putusan yang bersifat menghukum pihak yang dikalahkan untuk memenuhi suatu prestasi yang dituntutnya sekaligus mewajibkan pihak yang kalah tidak mematuhi amar putusan secara sukarela, maka pelaksanaannya dapat dipaksakan melalui eksekusi.
- d. Putusan serta merta atau uitvoerbaar bij voorraad. Wewenang menjatuhkan putusan serta merta ini hanya menjadi wewenang pengadilan tingkat pertama, putusan ini juga adalah putusan kondemnatoir. Putusan ini hanya dapat dijatuhkan apabila ada putusan provisi yang mendahului putusan akhir, atau didasarkan oleh alat bukti autentik mengenai pokok sengketa tentang bezirecht, atau didasarkan pada adanya alat bukti berupa putusan yang telah berkekuatan hukum tetap.
- e. Meskipun demikian, penjatuhan putusan serta merta sangat hati-hati karena sulitnya pemulihan kembali eksekusi yang telah dijalankan, akan tetapi jika sudah menjadi amar putusan, eksekusinya harus diomohonkan izin pada pengadilan tinggi lebih dahulu, dan adanya jaminan yang setara nilainya dengan objek eksekusi dari pemohon eksekusi.

E. Rasionalitas Tentang Pertimbangan Hukum

Argumentasi pada dasarnya adalah penampilan proses kegiatan berpikir.¹³⁹ Argumentasi dan penalaran adalah dua istilah yang sering dipertautkan, penalaran adalah kegiatan berpikir.¹⁴⁰ Berpikir secara yuridis adalah berpikir secara normatif. Teori argumentasi mengkaji bagaimana menganalisis dan merumuskan suatu argumentasi secara tepat, teori argumentasi mengembangkan kriteria yang dijadikan dasar untuk argumentasi yang jelas dan rasional.¹⁴¹

¹³⁹ B. Arif Sidharta, Op-Cit. hlm. 163.

¹⁴⁰ Jan Hendrik Rapar, *Pengantar Logika*, Penerbit KANISIUS, Yogyakarta, 1996. hlm.16

¹⁴¹ Philipus M.Hadjon, *Argumenasi Hukum*, Penerbit Gajah Mada University Press, Yogyakarta, cet keempat, 2009. hlm 13

Argumentasi hukum dihasilkan oleh proses penalaran (*redeneer process*). Penalaran selalu bersangkutan paut dengan logika dan bahasa. Penalaran hukum menggunakan prinsip-prinsip logika.

Penalaran hukum bagi hakim adalah merupakan kegiatan berpikir untuk menghasilkan pendapat hukum yang berangkat dari kasus konkrit yang dihadapi dengan mengacu pada sistem hukum positif. Berbeda halnya dengan penalaran hukum yang mengkaji produk, dimana obyek pada diktum putusan sebagai imperensi (penyimpulan) dari hasil kegiatan berpikir hukum dikaitkan dengan pertimbangan hukumnya. Dalam teori hukum telah meletakkan kriteria rasional putusan hakim yaitu pada Heuristik dan de Legitimatik.

Persoalan penalaran hukum senantiasa terpengaruh dari landasan berpikir sebagaimana yang dimaksud dalam aliran-aliran filsafat hukum yang meliputi (1) aliran hukum kodrat, (2) positivisme hukum, (3) utilitarianisme, (4) mazhab sejarah, (5) sociological jurisprudence, (6) realism hukum. Dari keenam aliran filsafat tersebut membentuk kerangka orientasi pola berpikir yuridis, sebagaimana diuraikan pada teori-teori penalaran hukum di atas.

Dalam teori hukum, kriteria rasionlitas putusan hakim dibedakan atas de Heuristik dan Laegitimatik.¹⁴² Heuristic adalah metode pemecahan masalah lewat penalaran sebagai proses intelektual untuk mencapai penyelesaian masalah.¹⁴³

Pada tahap de heuristic ini, hakim berusaha mencari tahu dan menemukan jalan pemecahan secara tepat dan benar, sehubungan dengan ini diperkenalkan sekilas tentang peradilan perdata yang dianut di Indonesia yang disebut adversary model.¹⁴⁴ Adversary model mengandung pengertian bahwa hakim untuk menemukan jalan pemecahan untuk kebenaran suatu fakta adalah dengan melalui benturan dalil-dalil para pihak yang bersengketa di persidangan dengan dimulai dari gugatan, jawaban, replik, dan duplik dengan variasi gugatan misalnya dilengkapi

¹⁴² *Ibid*, hlm 24

¹⁴³ Otje Salman, *teori Hukum*, Penerbit Rafika Aditama, Bandung, Cetakan pertama, 2004. hlm 37

¹⁴⁴ Komnas HAM . *Position Paper Advokasi KUHP*, seri 2. hlm 17-18

permohonan sita jaminan, gugatan provisi bahkan dengan tambahan berupa permohonan untuk pelaksanaan putusan (eksekusi) secara serta merta meskipun ada upaya hukum berupa verzet, banding atau kasasi, dan tergugat dalam jawabannya dengan berbagai variasi berupa eksepsi-eksepsi. Dalam proses persidangan, kedua pihak yang berperkara mempresentasikan dalil-dalil, semakin jelas dan kerasnya benturan dalil-dalil dari pihak mereka semakin besar pula kemungkinan untuk menemukan kebenaran suatu fakta kejadian atau fakta peristiwa yang relevan, sedangkan hakim dalam hal ini bersifat fasif, artinya ruang lingkup dan luasnya pokok sengketa ditentukan oleh para pihak didalam gugatan dan jawabannya. Jadi dalam hal ini yang aktif adalah para pihak. Dari dalil-dalil gugatan dan jawaban, replik dan duplik itulah yang kemudian oleh hakim dirumuskan pokok sengketa yang kemudian dibuktikan oleh para pihak sesuai hukum pembuktian.

Perumusan pokok sengketa sangat ditentukan oleh sejauh mana pemahaman hakim terhadap kasus konkrit yang dimunculkan para pihak dipersidangan. Rumusan pokok sengketa itulah kemudian dihadapkan kepada alat bukti yang diajukan. Alat bukti dinilai tingkat validasinya, formal dan materilnya kemudian dihadapkan kepada alat bukti yang diajukan. Alat bukti dinilai tingkat validasinya, formal dan materilnya kemudian dianalisis menurut kekuatan nilai pembuktian. Dari situlah dirumuskan fakta kejadian atau fakta peristiwa kemudian diterjemahkan kedalam simbol-simbol hukum atau peristilahan yuridis, misalnya:

Fakta peristiwa: terbukti telah terikat suatu perkawinan yang sah, fakta kejadian tentang pernah rukun, fakta kejadian/peristiwa pada hari/tanggal/jam pasangan suami istri tersebut bertengkar, saling memukul, fakta telah berpisah tempat tinggal berapa bulan lamanya, fakta di persidangan keduanya tidak dapat didamaikan lagi.

Dari fakta-fakta tersebut diterjemahkan kedalam simbol-simbol yuridis secara silogisme induktif kemudian disimpulkan sebagai fakka hukum bahwa “antara suami istri yang bersangkutan telah terjadi perselisihan dan pertengkar dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangganya”.

Selanjutnya sistem peradilan perdata dengan adversary model pada pertimbangan hukum tahap kedua yaitu tahap legitimasi, menggunakan metode dengan logika deduktif. Tentang legitimasi harus dibedakan dengan legalitas. Legitimasi yaitu kegiatan menyangkut persoalan keadilan, sedangkan legalitas adalah menyangkut kesesuaian dengan hukum positif.¹⁴⁵

Dalam kegiatan legitimasi, sebagaimana telah diuraikan di muka tentang teori-teori merumuskan pendapat hukum maka sekedar pengulangan akan dikemukakan sebagai berikut:

1. Rumusan struktur hukum
2. Menginventaris sumber hukum yang relevan dengan struktur fakta, baik berupa peraturan tertulis maupun sumber hukum tak tertulis berupa hukum yang hidup, tumbuh dan berkembang di masyarakat.
3. Menganalisis sumber hukum tersebut dengan cara memahami makna yang terkandung dalam teks Undang-Undang tersebut. Bilamana secara tekstual tidak dapat diterapkan kedalam struktur fakta (kasus konkret) maka harus dilakukan interpretasi (hermeneutika) dengan metode berpikir aksiomatik (sistemik) atau konstruksi dengan metode berpikir topikal (problematik) baik secara analogi dan atau a contrario dalam hal ketersediaan aturan hukum maupun secara dekonstruksi dalam pengertian belum ada ketersediaan aturan hukum maupun dalam pengertian terdapat peraturan dalam tatanan hukum positif akan tetapi dalam penerapannya akan bertentangan dengan prinsip due process of law. Sehingga aturan hukum itu harus dibuat adil untuk kemudian diterapkan secara adil.
4. Demikian pula harus dianalisis jangkauan keberlakuan Undang-Undang itu berdasar asas-asas hukum, misalnya: asas legalitas, asas non retroaktif, asas lex superior derogate lex inferior, asas lex posterior derogate legi priori, dan asas lex specialis derogate legi generalis. Sebab asas-asas tersebut dimaksudkan

¹⁴⁵ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Penerbit Nuansa dan Nusamedia, Bandung, 2004.hlm.257

untuk menjamin stabilitas dan prediktabilitas demi kepastian hukum dan keadilan. Demikian pula kebijakan-kebijakan hukum yang muncul dalam teks Undang-Undang seperti kata dapat dalam rangka pemenuhan tujuan kemanfaatan dalam penerapannya.

5. Menghubungkan struktur aturan dengan struktur fakta hukum secara silogisme deduktif. Dalam hal ini terbuka kemungkinan terjadi perbedaan pendapat diantara hakim yang bersidang (*dissenting opinion*).
6. Penentuan diktum putusan dari pendapat hukum yang disepakati atau pendapat hukum yang mayoritas dari berbagai alternatif memilih kepastian hukum atau memilih keadilan dalam hal jika keduanya tidak dapat dicapai sekaligus didalam diktum putusan.

Tugas hakim dalam mengadili suatu perkara adalah sangat berkait dengan persoalan normatif dan filsafat hukum sebab tugas mengadili berkaitan dengan keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan. Pound mengatakan bahwa salah satu obyek filsafat adalah *the application of law*.¹⁴⁶ Menurut Golding, sebagai *the critical evaluation of law and legal institution... and the study of judicial decision making*.¹⁴⁷ oleh karena itu tugas hakim mengadili maka tidak lepas dari kegiatan penemuan hukum.

Dalam kegiatan ini akan dipertanyakan kepada hakim yang melakukan kegiatan mengadili:

- a. Apakah penemuan hukum itu sekedar penerapan hukum aacara silogisme deduktif sebagaimana positivism hukum.
- b. Apakah penemuan hukum itu menjadikan Undang-Undang dan hukum yang hidup, tumbuh dan berkembang sesuai rasa keadilan masyarakat sama pentingnya, sehingga pola penalaran (up down dan bottom up) sama-sama sebagai premis mayor.

¹⁴⁶ Otje Salman, Filsafat Hukum, Penerbit PT. Rafika Aditama, cetakan pertama, Bandung, 2009 Hlm.59

¹⁴⁷ *ibid*

- c. Apakah penemuan hukum itu boleh menyimpang dari ketentuan normatif bila mana dalam penerapannya akan melahirkan rasa ketidakadilan sesuai prinsip *due process of law*.
- d. Apakah dalam penemuan hukum, memenangkan kepastian hukum dari pada rasa keadilan sesuai prinsip penafsiran gramatikal menurut teori atau asas *sens clair* yakni asas yang menetapkan bahwa bila kata dan kalimat atau ketentuan hukum mempunyai arti yang cukup jelas maka ketentuan itu tidak boleh ditafsirkan menyimpang dari arti kata dan kalimat ketentuan tersebut. Asas *sens clair* itu juga dianut dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (BW) Pasal 1342 menetapkan bahwa jika kata-kata suatu persetujuan sudah jelas, tidaklah diperkenankan untuk menyimpang dari padanya dengan jalan penafsiran, hal senada dengan pengertian *qat'iyud dalalah* dalam ilmu hukum Islam karena kejelasan makna menurut mantuknya.

Hal lain yang dianggap penting dalam kegiatan legitimasi yaitu tentang diktum putusan itu sendiri, yaitu:

- a. Waktu musyawarah, setiap hakim wajib menyampaikan pertimbangan atau pendapat hukum tertulis terhadap suatu perkara yang sedang diperiksa dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari putusan.¹⁴⁸ Pendapat hukum yang dirumuskan menjadi diktum putusan harus memuat alasan (fakta) dan dasar putusan (legitimasi), juga memuat Pasal-Pasal dari peraturan perUndang-Undangan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.¹⁴⁹
- b. Hakim karena jabatannya wajib melengkapi segala alasan hukum yang tidak dikemukakan oleh kedua belah pihak.¹⁵⁰ Yang dimaksud alasan hukum adalah kaidah hukum (*regel van obyektive recht*). Jika penggugat keliru menyebut

¹⁴⁸ Pasal 14 ayat(2) UU Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan kehakiman

¹⁴⁹ Ibid. Pasal 50 ayat(1) dan Pasal 53 ayat(2)

¹⁵⁰ Pasal 178 ayat (1) HIR/189 ayat(1) Rbg

kaidah hukum, tidak boleh menjadi alasan untuk tidak menerima gugatannya sebab hakim dapat membetulkan dasar hukumnya (kaidah hukumnya).

- c. Hakim wajib mengadili seluruh bagian-bagian gugatan dan dilarang memberikan putusan terhadap hal-hal yang tidak dituntut atau mengabulkan lebih dari yang dituntut.¹⁵¹
- d. Dalam hal mengabulkan tuntutan yang bersifat pelaksanaan putusan lebih dahulu walaupun diajukan verzet, banding atau kasasi, maka putusan ini harus didasarkan pada pertimbangan hukum mengenai adanya bukti autentik atau didasarkan pada adanya tuntutan provisi yang dikabulkan atau didasarkan pada adanya sengketa mengenai hak penguasaan (bezit) dengan mengacu pada prinsip-prinsip kehati-hatian karena sulitnya pemulihan kembali setelah adanya eksekusi.
- e. Gaya bahasa dalam diktum putusan harus jelas, tidak rumit, padat, sederhana, mudah dipahami, dan tidak menimbulkan perbedaan pendapat.
- f. Diktum putusan tidak boleh mengandung penalaran (argumenatif) karena akan menimbulkan atau membuka pintu perdebatan mengenai diktum putusan itu sendiri.
- g. Hindari menggunakan kata-kata musytara' (arti ganda) sehingga mempersempit ruang interpretasi atau jangan menggunakan redaksi yang cacat disebabkan karena kemenduaan (ambiguity semantic) atau disebabkan oleh perumusan secara texture (kata-kata dirumuskan terlalu umum).

F. Dissenting Opinion

Menurut ketentuan Pasal 14 ayat (3) Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman dinyatakan bahwa, “*dalam hal sidang permusyawaratan tidak dapat dicapai mufakat bulat, pendapat hakim yang berbeda dimuat dalam putusan.*”

¹⁵¹ Pasal 178 ayat (2) dan (3) HIR/189 ayat (2) dan (3) HIR

Dalam R.Bg Pasal 197 ayat (2) tidak disebutkan apakah putusan diambil dengan suara terbanyak atau dengan suara bulat. Akan tetapi rasio dari redaksi Pasal 14 ayat (3) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tersebut mendahulukan menyebut mufakat bulat dari pada kata/kalimat “pendapat hakim yang berbeda wajib dimuat dalam putusan” maka dari itu dapat dimengerti bahwa suara bulat (mufakat bulat) dan/atau suara terbanyak menentukan diktum putusan, tanpa memperhatikan apakah suara terbanyak itu akurat pendapat hukumnya atau tidak, apakah mengakomodir rasa keadilan dan kemanfaatan atau tidak, namun ia dipilih sebagai pendapat hukum yang akan mengisi diktum putusan karena ia suara mayoritas meskipun kebenaran dan keadilan tidak selalu dapat diukur dari mayoritas.

Dissenting opinion sebagaimana diuraikan diatas dapat dilihat pada beberapa putusan Mahkamah Agung RI antara lain sebagai contoh adalah putusan Reg. Nomor 04k/PID.HAM.AD.HDK/2003. Kita perhatikan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, lalu perhatikan penerapan hukum didalam putusan Mahkamah Agung tersebut di atas. Ancaman hukuman dalam Undang-Undang tersebut adalah minimal 10 Tahun, tetapi pengadilan tingkat pertama menetapkan hukum hanya 3 Tahun dan putusan itu di tingkat banding dikuatkan, selanjutnya ditingkat kasasi menjadi problem yuridis apakah putusan itu salah menerapkan hukum atau melampaui batas wewenang.

Pendapat hukum dari ketua majelis hakim H. Parman Soeparman, S.H., M.H., dan Syakir Ardiwinata, SH, dinilai sistem. Beliau berpendapat bahwa keberatan jaksa penuntut umum dibenarkan karena yudex factie salah menerapkan hukum berdasarkan alasan-alasan sebagai berikut:

Pertama, judex factie telah salah menerapkan hukum dan melampaui batas wewenangnya karena telah menjatuhkan pidana lebih ringan atau dibawa ancaman pidana yang paling singkat pidana 10 Tahun sebagaimana ditentukan dalam Pasal dalam Pasal 42 ayat (2) huruf (a) dan (b) Jis Pasal 7 huruf (b), Pasal 9 huruf (a) dan Pasal 37 Undang-Undang nomor 26 Tahun 2000.

Kedua, bahwa asas hukum dan praktek peradilan, kebebasan hakim dalam menentukan berat ringannya hukuman adalah berkisar antara lamanya pidana minimal dengan maksimal sehingga in casu hakim dapat menjatuhkan pidana dibawah ancaman yang paling singkat maupun yang paling tinggi sehingga apabila hakim menjatuhkan pidana lebih ringan atau dibawah ancaman pidana paling singkat atau menjatuhkan pidana lebih berat ancaman pidana tertinggi telah salah menarapkan hukum.

Ketiga, bahwa apabila menjatuhkan hukuman di bawah ancaman minimal atau diatas ancaman pidana yang telah ditentukan dalam perUndang-Undangan dikhawatirkan akan menimbulkan preseden buruk dan praktik peradilan dimana hakim mengenyampingkan hukum positif yang mengatur adanya ancaman pidana yang paling singkat padahal ada ketentuan universal limitatif ancaman hukuman seperti terdapat dalam beberapa peraturan perUndang-Undangan yang mengatur ancamana minimal yaitu Undang-Undang nomor 22 Tahun 1997 tentang nakotika, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1997 tentang psiktropika dan Undang-Undang nomor 20 Tahun 2001 tentang pemberantasan tindak pidana korupsi.

Pendapat hukum dan argumentasi yuridis tersebut kita jadikan sebagai contoh bagaimana berpikir sistemik itu. Sejalan dengan itu sebagai hasil Rakernas Mahkamah Agung RI Tahun 2007 di Hotel Clarion Makasar untuk bidang tindak pidana khusus dinyatakan bahwa bilamana di dalam Undang-Undang ada diatur ketentuan batas minimal dan batas maksimal pemidanaan maka ketentuan tersebut tidak dapat dikesampingkan.

Berpikir topical (problematik) yaitu berpikir dalam suasana yang tidak ditemukan kebenaran bebas ragu dalam pertentangan pendapat masalahnya bergeser dari hal yang menentukan apa yang paling masuk akal (plausibility), untuk itu diajukan alasan-alasan untuk mendukung pendapat tertentu yang kekuatannya teruji dalam diskusi. Hal ini dapat kita perhatikan pendapat hakim Agung dari akademisi yaitu Prof. Dr. Mieke Komar, S.H., M.H., Dr Ronald Zelfianus Titahelu, S.H., M.H.,

dan Prof. A. Masykur Efendi, S.H., M.H. Bahwa keberatan tersebut tidak dapat dibenarkan sebab *judex factie* tidak salah menerapkan hukum, sedangkan masalah penjatuhan hukuman dibawah 10 Tahun sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang nomor 26 Tahun 2000 didasarkan pertimbangan rasa keadilan hakim yang bertolak dari hati Nurani. Pendapat hukum dan argumen tersebut telah teruji dalam diskusi pada saat rapat musyawarah majelis Hakim Agung dan meraih suara mayoritas sehingga menjadi acuan dalam penentuan diktum putusan.

Penilaian atas ketepatan pendapat hukum sebagaimana dalam *dissenting opinion* untuk menjadi acuan penentuan dalam diktum putusan tidak diukur dari ketepatan pendapat melainkan ditentukan dengan suara terbanyak. Tetapi menurut ketentuan Pasal 186 (1) HIR/Pasal 197 ayat (2) R.Bg tidak disebutkan apakah putusan diambil dengan suara terbanyak atau dengan suara bulat.

2. Teori Teori Tentang Penalaran Hukum

(1) Aliran Hukum Kodrat

Menurut aliran ini, keberadaan hukum positif tetap diakui eksistensinya. Namun tetap juga harus diuji tingkat validasinya seandainya tidak memenuhi persyaratan moralitas yang dibebankan oleh hukum kodrat. Hukum kodrat adalah hirarki hukum yang paling tinggi, karena prinsip hukum kodrat inilah sehingga hakim Amerika yang menafsirkan konstitusi menentang segala perUndang-Undangan negara yang mengurangi hak asasi individu dalam bidang ekonomi.¹⁵²

Menurut aliran hukum kodrat, bahwa tata hukum harus dibangun dalam struktur yang berpuncak pada kehendak Tuhan. Karena itu dalam doktrin Thomas Aquinas, konfigurasi tata hukum dimulai dari (i) *Lex Aeterna*: hukum dan kehendak tuhan, (ii) *Lex Naturalis*: prinsip umum (hukum alam), (iii) *Lex Devina*: hukum Tuhan yang

¹⁵² W.Friedman, op-cit. hlm.47

dalam kitab suci, (iv): *Lex humane*: hukum buatan manusia yang sesuai dengan hukum alam.¹⁵³

Jika *Lex Human* (hukum buatan manusia) itu menjadi tidak benar karena (a) mengabaikan kebaikan masyarakat, (b) mengabdikan pada nafsu dan kesombongan pembuatnya, (c) berasal dari kekuasaan yang sewenang-wenang, (d) diskriminatif terhadap rakyat, maka hukum itu tidak sah karena bertentangan dengan moral hukum Tuhan¹⁵⁴.

Hukum pada dasarnya merupakan cerminan tatanan Ilahi, legislasi hanya memiliki fungsi untuk mengklasifikasi dan menjelaskan tatanan Ilahi itu, tugas hakim adalah menegakkan keadilan melalui fungsinya menerapkan hukum kaitan dengan pemberlakuan Undang-Undang.

Menurut pemikiran Aquinas, membolehkan penalaran rasional selama batas-batas yang ditetapkan wahyu ilahi tidak dilanggar, penerapan hukum positif dalam kasus riil harus dibaca sebagai implementasi hukum ilahi.¹⁵⁵

Aquinas membagi hukum yang berasal dari wahyu ilahi dengan hukum yang dijangkau atas akal manusia, hukum yang berasal dari wahyu disebut "*Ius divinum positivum*" (hukum Ilahi positif) sedangkan hukum melalui akal manusia terdiri atas, (1) *Ius natural* (hukum alam), (2) *Ius gentium* (hukum bangsa-bangsa), dan (3) *Ius positivum humanum* (hukum positif buatan manusia).¹⁵⁶

Bagi Aquinas, akal itu memberikan pencerahan. Akal pada posisi di atas dari kehendak, sebab kehendak itu cenderung naluriah. Itulah sebabnya maka hukum produk akal selalu berintikan pada keadilan.

Aquinas membagi keadilan itu menjadi tiga kategori.¹⁵⁷

¹⁵³ Bernad L. Tanya dkk. Op-cit. hlm.59

¹⁵⁴ *Ibid*, hlm 57

¹⁵⁵ *Ibid*. hlm 59

¹⁵⁶ *Ibid*. hlm 62

¹⁵⁷ *Ibid*.hlm 60

Pertama: *Ius distributive* (keadilan distribusi) yang menunjuk pada yang sama diberikan sama yang berbeda diberikan berbeda. Hal ini disebut kesederajatan geometris.

Kedua: *Iustitia commutative* (keadilan komutatif). Menunjuk pada keadilan berdasar prinsip aritmetis, yaitu penyesuaian yang harus dilakukan apabila terjadi perbuatan yang tidak sesuai dengan hukum.

Ketiga: *Iustitia legalis*. Keadilan hukum atau keadilan yang ingin diwujudkan oleh Undang-Undang yang menunjuk pada ketaatan pada undang, keadilan legalis disebut pula dengan *iustitia generalis*.¹⁵⁸

Menurut Aquinas, semua tatanan politik, semua pemerintah harus tunduk kepada hukum. Teori tentang hukum menurut Aquinas adalah:¹⁵⁹

Pertama: hukum dan perUndang-Undangan harus rasional, karena merupakan aturan dan ukuran tindakan manusia.

Kedua: hukum ditunjukkan bagi kebaikan umum, karena hukum merupakan aturan bagi perilaku, dan karena tujuan dari segala perilaku itu adalah kebahagiaan maka hukum mesti ditunjukkan bagi kebaikan bersama.

Ketiga: hukum ditujukan bagi kebaikan masyarakat dan kesejahteraan umum, maka hanya dibuat oleh nalar dari semua orang lewat legislasi.

Keempat: hukum perlu dipublikasikan karena aturan yang memandu hidup manusia, maka aturan itu mesti mereka ketahui agar memiliki nilai kewajiban.

Menurut Aquinas, mentaati hukum sama dengan bersikap baik menurut segala hal, jadi perilaku hukum sama dengan perilaku moral. Menurut Aquinas, tidak boleh ada pertentangan antara hukum dengan moral. Karena itu seluruh aturan hukum harus dapat diterima secara akal sehat.

Inti dari hukum kodrat adalah kebenaran dan keadilan, sebab kebenaran dan keadilan dicintai oleh semua ummat manusia dan inilah yang selalu dijadikan premis mayor dalam melakukan uji validasi terhadap peraturan perUndang-Undangan.

¹⁵⁸ *Ibid, hlm 64*

¹⁵⁹ *Ibid, hlm 71*

Hukum menurut aliran hukum qodrat harus memiliki integritas moral. Integritas ini menjamin adanya moralitas, sebagai contoh dapat dilihat pada Pasal 3, 4, dan 5 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang membolehkan poligami dengan persyaratan yang ketat, yang mungkin tidak menjamin pencapaian kepuasan terutama bagi kaum perempuan tetapi Undang-Undang itu sendiri memiliki integritas moral karena diadopsi dari kebolehan berpoligami menurut positif Qur'ani yang menjamin adanya derajat moralitas. Ketika logika menolak poligami, muncullah penalaran yang melibatkan intuisi yang memberi pemahaman bahwa poligami, dibolehkan oleh zat yang azali yang maha mengetahui segala makhluk-Nya yang terbatas. Suatu visi yang diyakini ummat Islam adalah bahwa Allah memahami diri-Nya sendiri dan didalamnya Allah melihat semua eksistensi yang terbatas dan hanya Allah yang mempunyai intuisi intelektual sempurna.

Pola penalaran aliran hukum qodrat adalah intuitif. Pola penalaran ini sejalan dengan karakteristik pemaknaan hukumnya berupa asas-asas kebenaran dan keadilan yang universal. Jika ketentuan normatif tidak sejalan dengan standar regulatif tersebut maka norma itu harus disingkirkan.

Pola penalaran hukum bagi aliran hukum qodrat adalah sama dengan positivisme, sebab hukum tetap dijadikan sebagai premis mayor sedangkan fakta hukum dijalankan sebagai premis minor, kemudian ditarik kesimpulan sesuai metode silogisme deduktif.

(2) Menurut Aliran Positivisme

Sama dengan aliran kodrat bahwa positivisme juga melakukan uji material terhadap Undang-Undang yang kini menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi bagi positivisme, standar regulasi yang dijadikan acuan adalah juga norma hukum. Logikanya bahwa norma hukum hanya mungkin diuji validitasnya dengan norma hukum yang lebih tinggi yaitu norma dasar yang disebut konstitusi. Norma hukum positif akan diterima sebagai doktrin yang aksiomatis bila mana mengikuti "*the rule sistematizing of legal science*" yang memuat asas eksel, asumsi,

derogasi dan non kontra diksi.¹⁶⁰ Asas pertama yang mengandaikan sejumlah sumber legislasi independen bagi sistem hukum dalam arti luas yang tidak harus terbatas berupa Undang-Undang itu tunduk pada sistem hirarki sedangkan asas derogasi tidak menghendaki adanya konflik didalam Undang-Undang tersebut. Demikian pula dengan asas non kontradiksi bahwa eksistensi sebuah kewajiban tidak dapat dihadirkan bersamaan dengan sebuah non kewajiban tidak dapat dihadirkan bersamaan dengan sebuah non kewajiban misalnya kewajiban membayar pajak tidak boleh dihadirkan bersamaan dengan kewajiban tidak membayar pajak oleh seorang wajib pajak atas obyek pajak tertentu.

Selanjutnya tata cara melakukan uji validasi terhadap hukum positif yang telah dijelaskan oleh Kalsen mengenai adanya sistem hirarkis norma positif yang disebut *Grund Norm* (norma dasar) dan Grund Norm inilah yang menjadi standar regulasi dari setiap perUndang-Undangan inti dari ajaran positivisme adalah pencapaian kepastian hukum sedangkan inti kepastian hukum adalah prediktabilitas dan sumber formalnya yang merupakan kebenaran bebas ragu adalah perundang-undangan. Demikian pula asas legalitas adalah roh dari upacara pengajaran kepastian hukum tersebut. Dari itulah larangan retroaktif dan penerapan analogi dilarang dalam konsep ilmu hukum pidana menurut konsep berpikir positivism. Itulah sebabnya pola penalaran hukum menurut positivisme adalah berbentuk penalaran *silogisme* yaitu peraturan perUndang-Undangan sebagai premis mayor sedangkan fakta hukum dijadikan sebagai premis minor dan daripadanya ditarikan kesimpulan.

Formulasinya pola penalaran positivism dapat dilihat dalam contoh berikut ini:

Norma positif dalam Pasal 39 juncto Pasal 6 ayat (1) dan Pasal 45 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 menerapkan struktur aliran yang memenuhi asas eksklusi, subsumsi, derogasi, dan non kontradiksi. Dalam kasus yang terbukti sebagai fakta hukum bahwa seorang perempuan janda menikah dengan

¹⁶⁰ Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks ke Indonesiaan*, Penerbit CV.Utomo,Bandung , 2006.hlm.246

seorang laki-laki, dikawinkan oleh pegawai pencatat nikah pada tanggal 25 Februari sedangkan perempuan janda tersebut dalam masa iddah.

Waktu tunggu bagi seorang janda yang apabila perkawinannya putus karena kematian, waktu tunggu bagi janda tersebut adalah 130 hari. Sedangkan pegawai pencatat nikah yang menerima kehendak melangsungkan perkawinan berkewajiban meneliti syarat-syarat perkawinan tentang apakah ada larangan dalam perkawinan itu. Pegawai pencatat nikah yang melanggar larangan dalam perkawinan itu dihukum berdasarkan Pasal 45 (1) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tersebut.

Jika diperhatikan dalam struktur aturan dalam premis-premis normatif tersebut, terlihat adanya suatu kebijakan hukum menurut teori kemanfaatan pada kata “dapat” untuk menyatakan bahwa perkawinan tidak boleh dilakukan oleh perempuan selama dalam masa *iddah* kecuali terhadap mantan suaminya sendiri dan ternyata perkawinan janda dalam masa *iddah* dengan pria lain, tidak mengakibatkan perkawinan itu batal secara serta merta (Pasal 27 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975) melainkan “dapat” dibatalkan oleh Pengadilan Agama atas permohonan pihak-pihak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23 Peraturan Pemerintah tersebut. Melihat struktur aturan tersebut, pengadilan hanya dapat membatalkan apabila ada permohonan dari pihak keluarga dan pengadilan dapat membatalkan sebagaimana dapat pula tidak membatalkan jika tujuan kemanfaatan menghendaki demikian.

(3) Menurut Utilitarianisme

Model penalaran hukum menurut utilitarianisme pada dasarnya berangkat dari titik tolak yang sama dengan positivism. Yang berbeda antara positivism dengan utilitarianisme adalah pada gerakan *top-down* yang kemudian diikuti gerakan *bottom-up*, yang berarti Undang-Undang sebagai produk *top down* diuji dalam lapangan kenyataan yaitu keberlakuan Undang-Undang secara efektif karena dipandang bermanfaat bagi masyarakat.¹⁶¹ Jika model penalaran ini dituangkan kedalam

¹⁶¹ *Ibid.hlm.253*

putusan hakim, maka putusan tersebut tidak hanya mengacu pada kemanfaatan. Namun secara teoritis, kepastian hukum dan kemanfaatan tidak pada posisi sederajat.¹⁶² Menurut utilitarianisme kepastian hukum harus menjadi tujuan primer hukum baru kemudian diikuti kemanfaatan sebagai tujuannya. Posisi hakim dalam hal ini berada pada wilayah diskreasinya untuk memilih hukum yang bermanfaat sepanjang normanya diformulasi mengandung kata pilihan yang indikatornya ditandai dengan kata “dapat”. Jika premis non doctrinalnya mendukung premis normatifnya.¹⁶³ Maka putusan hakim menjadi putusan negatif, contoh:

1. Pasal 39 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang masa iddah wafat ditetapkan waktu tunggu 130 hari.
2. Pasal 6 (1) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, pegawai Pencatat nikah yang menerima kehendak nikah berkewajiban menelitian syarat-syarat perkawinan, apakah tidak terdapat halangan perkawinan.
3. Pasal 27 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, apabila perkawinan telah dilangsungkan kemudian diketahui adanya larangan pernikahan menurut hukum munakahat, maka pengadilan agama “dapat” membatalkan perkawinan tersebut atas permohonan pihak-pihak sebagaimana yang dimaksud Pasal 23 persatuan pemerintah tersebut.

Penalaran dalam contoh diatas tetap bangunan silogisme tetapi premis mayornya adalah non doctrinal yakni tergantung kemanfaatan (*utility*) sedangkan premis minornya adalah Undang-Undang (premis normatif).

Pilihan untuk membatalkan atau tidak membatalkan harus berdasar pada ada atau tidak adanya proposisi disjungtif pada rumusan norma positifnya. Jika dalam rumusan norma positif terdapat kata “dapat” barulah hakim boleh melakukan pertimbangan kemanfaatan dan itupun jika premis doktrinalnya mendukung. Jika fakta empiris ternyata akan membawa manfaat bagi pencari keadilan dan masyarakatnya, maka diskresi hakim membawa kepada pilihan kemanfaatan.

¹⁶² *Ibid. hlm 254*

¹⁶³ *Ibid. hlm.256*

Adapun jika didalam rumusan Undang-Undang tidak terdapat proposisi disjungtif, maka hakim tidak dapat berbuat banyak karena basis utilitarianisme sama dengan positivism, model penalaran dianggap modifikasi dari positivisme.

(4) Menurut Mazhab Sejarah

Model penalaran mazhab sejarah sangatlah alami karena bukan sesuatu yang didesain khusus, mereka berpendapat bahwa hukum itu tidak dibuat melainkan tumbuh bersama masyarakat. Penganut aliran ini menekankan bahwa hukum adalah pola-pola perilaku sosial yang terlembagakan. Pola-pola perilaku yang terlembagakan ini mengontrol secara normatif perilaku individu dan kelompok masyarakat, sesuai asas bahwa fakta yang berulang-ulang terjadi akan mengikat secara normatif, kemudian dilambungkan sebagai gerakan *top-down* kearah bawah dan jiwa rakyat (*volksgeist*) yang menginspirasi gerakan *top-down* tersebut. *Volksgeist* ini dipersepsikan ada secara intuitif (bukan hasil karya rasion) *volksgeist* adalah kristalisasi nilai-nilai yang dibangun melalui proses penggemblengan sejarah.¹⁶⁴ Ia lahir secara alami melalui kesepakatan-kesepakatan sosial sama halnya dengan bahasa. Tatkala *volksgeist* bertugas menuntun perilaku social, maka dideduksi oleh masyarakat namun karakteristik *volksgeist* itu sebenarnya dibelakang norma hukum namun karakteristik itu sebenarnya dibelakang norma hukum positif.¹⁶⁵ Model penalaran mazhab sejarah adalah menggabungkan sekaligus antara tujuan hukum kemanfaatan (hasil pola) penalaran non doctrinal induktif) dengan tujuan hukum “keadilan” (sebagai hasil pola penalaran doctrinal deduktif atas nilai-nilai terinternalisasi) pada tataran yang primernya.¹⁶⁶

Gambaran singkat pola penalaran mazhab sejarah sebagai berikut:

- a. Ahmad dan Badariah melangsungkan perkawinan sedang badariah dalam masa iddah (struktur fakta).

¹⁶⁴ *Ibid.hlm.257*

¹⁶⁵ *Ibid.hlm.258*

¹⁶⁶ *Ibid.hlm.259*

- b. Menurut agama yang tidak dijalankan menurut ketentuan agama adalah tidak sah (proposisi sebagai hasil pola penalaran non doctrinal induktif).
- c. Menurut nilai-nilai yang terinternalisasi yang diyakini sebagai *volksgeist*, kebiasaan yang tidak sejalan dengan ajaran agama, tidak sah untuk tetap dipertahankan keberadaannya (proposisi sebagai hasil pola penalaran *top down* karena bertitik tolak dari *volsgeist*).
- d. Perkawinan yang tidak dijalankan menurut kebiasaan dan ajaran agama adalah tidak sah.
- e. Ahmad dan Badariah yang melangsungkan perkawinan sedangkan Badariah masih dalam masa iddah adalah tidak sesuai dengan kebiasaan dan ajaran agama.

Peluang untuk menerapkan pola penalaran hukum menurut mazhab sejarah adalah dibenarkan berdasar Undang-Undang no 48 Tahun 2009 hakim berkewajiban menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (ayat (1) Pasal 28 Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009).

(5) Menurut Sociological Jurisprudence

Sociological Jurisprudence adalah model penalaran yang lahir dalam sistem hukum Anglo Saxon yang berakar dari keluarga sistem Common Law. Pola penalaran hukum yang digunakan hakim dalam menyelesaikan kasus konkrit adalah dengan memadukan dua pendekatan sekaligus secara bersamaan yaitu pola bottom-up yang non doctrinal induktif dan pola top down yang doctrinal deduktif.¹⁶⁷ Pola penalaran ini diadopsi kedalam sistem Civil Law yang meletakkan posisi perUndang-Undangan pada kedudukan yang lebih utama dibanding putusan hakim sebagai *judge made law*.¹⁶⁸ Perbedaannya dengan pola penalaran utilitarianisme adalah bahwa utilitarianisme mendahulukan pola top-down baru kemudian diikuti oleh bottom-up, sementara pola penalaran sociological jurisprudence, kedua pola tersebut yaitu top-down dan bottom-up berlangsung bersamaan.¹⁶⁹ Model penalaran sociological

¹⁶⁷ *Ibid.hlm.266*

¹⁶⁸ *Ibid.hlm.267*

¹⁶⁹ *Ibid. hlm 29*

jurisprudence menunjukkan bahwa tujuan hukum kepastian dan kemanfaatan dicapai secara bersamaan, dimana tujuan kemanfaatan dicapai secara bersamaan, dimana tujuan kemanfaatan dicapai dengan pendekatan non doctrinal induktif melalui fakta empiris berdasar dengan teori induktif pada tahap *heuristic*, sedangkan kepastian hukum diperoleh dengan pendekatan doctrinal deduktif pada tahap legitimatik yakni melalui sumber hukum otoritatif (produk top-down) maupun jurisprudensi (*judge made law*) yang mempunyai kekuatan mengikat berdasar asas preseden.

Sebagai contoh penalaran hukum menurut model penalaran *sociological jurisprudence* sebagai berikut:

- a. Abdullah dan Siti Rahmah melangsungkan perkawinan sedangkan Siti Rahmah dalam masa iddah.
- b. Menurut kebiasaan dalam masyarakat Islam, perkawinan yang dilangsungkan dalam masa iddah adalah tidak sah.
- c. Menurut Undang-Undang (produk *top down*) jika perkawinan terjadi dalam masa iddah, maka:
 - a. Pengadilan agama membatalkan perkawinan itu, atau
 - b. Pengadilan tidak membatalkan perkawinan.

(disini terdapat kata-kata “dapat” yang menjadi wilayah diskresi hakim untuk memilih mana yang lebih bermanfaat antara membatalkan atau tidak membatalkan).

Kesimpulan:

- a. Abdullah dan Siti Rahmah yang melangsungkan perkawinan dalam masa iddah adalah tidak sesuai dengan kebiasaan dalam masyarakat Islam dan Undang-Undang produk top- down (norma positif)
- b. Karena itu Pengadilan Agama membatalkan perkawinan Abdullah dan Siti Rahmah tersebut.

(6) Menurut Realism Hukum

Menurut Liwelyn, realism hukum bukanlah merupakan aliran didalam filsafat hukum, melainkan sebagai suatu gerakan dalam cara berpikir tentang hukum.¹⁷⁰ Realism hukum apabila dipresentasikan sebagai model penalaran, dapat dianggap sebagai model yang mengambil posisi paling bertolak belakang (paradosal) dengan positivism hukum. Ketidakpercayaan kaum realis terhadap norma positif berpuncak pada ketidakpercayaan kaum realis terhadap norma positif berpuncak pada ketidakpercayaan mereka pada konsep *the rule of law*.¹⁷¹

Dilihat dari aspek ontologisnya, realism hukum mengartikan hukum sebagai manifestasi makna-makna simbolik pelaku social, pemaknaan demikian jelas sangat jauh nuansa filsafat, tetapi lebih menjurus kepada kombinasi dari berbagai disiplin ilmu, seperti sosiologi, psikologi, antropologi, dan ekonomi.¹⁷²

Realisme hukum dibedakan dalam dua versi yaitu realism Amerika dan Realisme Skandinavia. Perbedaan ini disebabkan karena pengaruh karakteristik keluarga sistem hukum diantara kedua itu. Disisi lain realisme Amerika bersikap *rule-sceptics*, maka kaum realisme Skandinavia bersikap *metaphysic-sceptices*, dengan titik beratnya pada keseluruhan sistem hukum, bukan sekedar perilaku pengadilan.¹⁷³

Ciri-ciri realism hukum dapat dilihat pada:¹⁷⁴

- a. Realisme bukanlah satu aliran realism adalah suatu gerakan dalam cara berpikir dan cara bekerja tentang hukum.
- b. Realisme adalah suatu konsepsi mengenai hukum yang berubah-ubah dan sebagai alat untuk mencapai tujuan sosial, maka tiap bagiannya harus diselidiki mengenai tujuan keadaan sosial lebih cepat mengalami perubahan daripada hukum.
- c. Realism mendasarkan atas pemisahan sementara antara *sollen* dan *Sein* untuk keperluan suatu penyidikan. Agar penyelidikan itu mempunyai tujuan, maka hendaknya diperhatikan adanya nilai-nilai dan observasi terhadap nilai-nilai itu

¹⁷⁰ Zainuddin Ali, *Filsafat Hukum*, Penerbit Sinar Grafika Offset, Cetakan Keempat, 2010, h.63

¹⁷¹ Shidarta, loc.Cit.Hlm.272

¹⁷² Ibid.hlm.273

¹⁷³ Ibid.hlm.274

¹⁷⁴ Zainudin Ali, Op.Cit. hlm.63

haruslah seminim mungkin dan tidak boleh dipengaruhi oleh kehadiran observer dan tujuan kesusilaan.

- d. Realism tidak mendasarkan pada konsep hukum tradisional karena realism bermaksud melakukan apa yang dilakukan sebenarnya oleh pengadilan dan orang-orangnya. Untuk itu dirumuskan definisi dalam peraturan yang merupakan ramalan umum tentang apa yang dikerjakan oleh pengadilan. Berdasarkan keyakinan ini, realism menciptakan penggolongan perkara dan keadaan hukum yang lebih kecil jumlahnya dari jumlah penggolongan yang ada pada masa lampau.
- e. Gerakan realism menekankan pada perkembangan setiap bagian hukum haruslah diperhatikan dengan seksama mengenai akibatnya.

Untuk mewujudkan cirri-ciri program realism hukum tersebut maka diperlukan hal-hal sebagai berikut:

- a. Keterampilan diperlukan untuk memberikan argumentasi yang logis atas putusan yang diambilnya bukan hanya sekedar argumen yang diajukan oleh ahli hukum yang nilainya tidak berkualitas.
- b. Mengadakan perbedaan antara peraturan dengan memperlihatkan relativitas makna peraturan tersebut.
- c. Menggantikan kategori hukum yang bersifat umum dengan hubungan khusus dari keadaan yang nyata.
- d. Cara pendekatan di atas, mencakup juga penyelidikan tentang faktor atau unsur, baik yang bersifat perseorangan maupun yang bersifat umum melalui penelitian atas kepribadian hakim dengan disertai data statistik tentang ramalan apa yang akan diperbuat oleh pengadilan.
- e. Lebih jauh Liwellyn berpendapat bahwa hukum harus diterima sebagai sesuatu yang terus menerus berubah, hukum bukan sesuatu yang statis. Tujuan hukum harus senantiasa dikaitkan dengan tujuan masyarakat dimana hukum itu bekerja. Masyarakat merupakan proses yang terus menerus berubah secara berkesinambungan. Oleh karena itu perubahan hukum pun merupakan suatu hal yang esensial. Demikian

pula ternyata bahwa dibutuhkan penekanan pada evaluasi hukum terhadap dampak dan efek pada masyarakat.¹⁷⁵ Sedangkan Holmes mengemukakan bahwa hukum adalah apa yang diramalkan akan diputuskan dalam kenyataannya oleh hakim pengadilan.¹⁷⁶

Teori-teori yang berada dalam payung realism hukum, sesungguhnya berinduk pada empirisme yang oleh Hume dipatrikan sebagai pengetahuan yang bertumpu pada kenyataan empiris. Empiris menolak pengetahuan sepekulatif yang hanya mengandalkan penalaran logis ala rasionalisme abad ke 18. Ide-ide rasional menuntut empirisme bukanlah segala galanya, ia tidak bisa diandalkan sebagai sumber kebenaran tunggal. Ide-ide itu perlu dipastikan kebenarannya dalam dunia empiris. Dari situlah kebenaran sejati bisa diraih.¹⁷⁷

Menurut Holmes, aturan hukum bukanlah poros sebuah keputusan yang berbobot, aturan tidak bisa diandalkan menjawab dunia kehidupan yang begitu kompleks, lagi pula kebenaran yang riil bukan terletak dalam Undang-Undang tetapi pada kenyataan hidup.¹⁷⁸ Inilah titik tolak teori teori tentang kebebasan hakim yang diusung oleh Holmes dan Frank. Hukum yang termuat dalam aturan hanya satu generasilisasi mengenai hidup ideal.¹⁷⁹ Menurut Holmes, sering menjumpai dua bahkan lebih, kebenaran yang seolah olah meminta mana yang lebih benar diantara pilihan-pilihan kebenaran itu, yang salah satu dari kebenaran itu adalah kebenaran yang ditemukan oleh hakim dari pada kebenaran aturan formal itu. Kebenaran yang ditemukan oleh hakim bahkan lebih relevan, lebih tepat dan lebih bermanfaat dalam konteks riil ketimbang kebenaran yang ditawarkan oleh aturan legal.¹⁸⁰ Aturan aturan hukum menurut Holmes, hanyalah sebagai salah satu faktor yang patut dipertimbangkan oleh hakim dalam pengambilan keputusan yang berbobot, tetapi faktor moral dan kemanfaatan dan utama untuk kepentingan social jauh lebih penting. Sehingga aturan

¹⁷⁵ *Ibid. hlm 67*

¹⁷⁶ *Ibid. hlm 70*

¹⁷⁷ Bernard L.Tanya.0p.Cit.hlm.165

¹⁷⁸ *Ibid.hlm.166*

¹⁷⁹ *Ibid, hlm 167*

¹⁸⁰ *ibid .hlm.172*

resmi dari pasal Undang-Undang terpaksa harus disingkirkan lebih-lebih jika menggunakan aturan-aturan hukum yang justru hasilnya jauh lebih buruk. Seorang hakim yang mengambil keputusan lain diluar skenario Undang-Undang. Dalam hal seperti inilah seorang hakim mempertaruhkan kepekaan hati nurani dan kearifannya.

Cardoso memperingatkan bahaya subyektifisme dari aliran realism. Cardoso menyatakan benar-benar ada ruang kebebasan bagi hakim dalam mengambil keputusan, benar pula bahwa faktor sosial ekonomi serta aspek-aspek psikologis turut berpengaruh dalam putusan hakim, tetapi semua itu tidak boleh membuat seorang hakim lupa pada aspek normatif hukum.¹⁸¹ Kewibawaan seorang hakim menurut Cardoso, justru terletak pada kesetiiaannya menjunjung tujuan hukum itu. Oleh karena itu putusan hakim tidak boleh berkembang secara bebas tanpa batas.¹⁸²

Hakim dalam konteks Negara hukum dalam konteks “rechstaat” dan dalam konteks “the rule of law”, dimana hakim wajib mengadili menurut hukum sehingga dengan demikian hakim wajib berpikir secara aksiomatik (sistematik) yang bertolak dari kebenaran bebas ragu (Undang-Undang sebagai premis mayor dan fakta hukum sebagai premis minor), kemudian secara silogisme deduktif, ditarik kesimpulan sebagai jawaban terhadap petitum gugatan para penggugat.

Berbeda dengan itu, realisme hukum lebih mengunggulkan fakta kejadian dan dengan struktur fakta ini sehingga ia tidak memerlukan lagi struktur aturan hukum untuk memandu cara berpikirnya. Pola penalaran realism hukum bertolak dari postulatnya bahwa setiap kasus adalah unik sehingga tidak mungkin ada norma positif berbentuk Undang-Undang yang mampu menjadi premis mayor untuk kemudian dideduksikan kepada struktur fakta.¹⁸³

Pola penalaran hukum bagi realism hukum, berpola “bottom-up” sehingga muncul pola penalaran berupa garis yang bergerak terus-menerus dari sumbu x kearah sumbu

¹⁸¹ Ibid.hlm.168

¹⁸² Ibid . hlm171

¹⁸³ Shidarta.Op.Cit.hlm.275

y, pada titik keseimbangan mutlak (z) suatu gerakan yang paradoksal dengan positivisme hukum, namun keduanya tetap berada pada zona bagian bawah.¹⁸⁴

Mengingat setiap kasus adalah unik menurut realisme hukum, karenanya maka struktur fakta dari masing-masing kasus, itulah yang menentukan hukumnya. Karenanya kepastian hukum bukanlah menjadi tujuannya. Aliran ini berpotensi untuk melahirkan putusan yang berbeda-beda meskipun kasusnya sama (disparitas). Dari situ pula dapat dipahami bahwa realisme hukum sesungguhnya memberi kebebasan yang sangat besar kepada hakim yang berbeda pengertian independensi di Indonesia yang menganut sistem hukum Eropa Kontinental dan keluar dari asas *The Binding of Precedent* yang melekat pada keluarga sistem *common law*.

Hakim yang menganut paham realisme hukum akan sulit dikontrol dan diawasi perilakunya lewat analisa terhadap putusannya, sehingga tidak ada jaminan untuk mengetahui apakah ada penyimpangan atau tidak ada penyimpangan, sehingga berpotensi menjadi penyebab ketidakpercayaan publik terhadap putusan hakim.

Tidak dapat dipandang bahwa kaum realisme hukum itu berpikir aksiomatik karena mereka paradoksal dengan positivisme hukum disebabkan karena ketidakpercayaan mereka terhadap norma hukum tertulis, tidak pula dengan berpikir topikal (*problematic*) karena berpikir topikal masih bertolak dari kontruksi berdasar analogi atau *a contrario* ataupun masih dalam konteks dekonstruksi hukum.

(7) Teori Merumuskan Pendapat Hakim

Untuk memenuhi asas obyektifitas maka pada putusan hakim harus disertai alasan-alasan atau fakta-fakta hukum dan dasar-dasar yang legalistik termasuk sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 pasal 50 ayat (1) menjelaskan bahwa putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan per Undang-Undangan yang bersangkutan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili". Dalam hal ini terdapat

¹⁸⁴ Ibid. hlm 280

perbedaan mengenai “ratio decidendi” dengan “obiter dicta”, meskipun pada keduanya mengandung maka pertimbangan hukum mengenai diktum putusan. *Ratio decidendi* adalah pendapat hukum tertulis atau proposisi yang diciptakan oleh hakim dalam rangka penemuan hukum berkenaan kasus konkrit yang dihadapinya.¹⁸⁵ Sedangkan “obiter dicta” adalah pendapat hukum oleh hakim dalam rangka penemuan hukum berkenaan dengan kasus konkrit.¹⁸⁶ Menurut Satjipto Raharjo bahwa karya-karya hakim itu hanya diakui sebagai hukum manakala ia dihasilkan dalam suatu proses pengadilan. Adapun pendapat hukum oleh hakim diluar tugasnya mengadili bukan merupakan ketentuan hukum yang sah.¹⁸⁷

Senada dengan itu, pasal 14 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 menentukan bahwa dalam sidang permusyawaratan setiap hakim wajib menyampaikan pertimbangan atau pendapat tertulis terhadap perkara yang sedang diperiksa dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari putusan. Dalam hal ini bagaimanakah metode merumuskan pendapat hukum tertulis yang berkenaan dengan kasus konkret yang terbukti menjadi fakta hukum.

Menurut Vandevende, menyebut lima langkah dalam merumuskan pendapat hukum, yaitu:¹⁸⁸

- a. Menelaah fakta-fakta yang tersedia (*resach the available facts*).
- b. Mengidentifikasi sumber hukum yang mungkin, biasanya berupa peraturan perUndang-Undangan dan putusan pengadilan (*identify the applicable sources of law*).
- c. Menganalisis sumber hukum untuk menetapkan aturan hukum yang mungkin dan kebijakan dalam aturan tersebut (*analyze the sources of law*).

¹⁸⁵ Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, Penerbit. PT Citra Aditya Bakti, Cet V. Bandung, 2000. hlm 114

¹⁸⁶ Ibid . hlm 120

¹⁸⁷ Ibid. hlm. 113

¹⁸⁸ Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Keindonesiaan*, Penerbit CV. Utomo Bandugn, hlm 196

- d. Mensitesiskan aturan hukum tersebut kedalam struktur yang koheren, yakni struktur yang mengelompokkan aturan-aturan khusus di bawah aturan umum (*synthesize the applicable rules of law into a coherent structure*).
- e. Menerapkan struktur aturan tersebut kepada fakta-fakta untuk memastikan hak atau kewajiban yang timbul dari fakta-fakta itu dengan menggunakan kebijakan yang terletak dalam aturan-aturan hukum dalam hal memecahkan kasus sulit (*apply the structure of rules to the facts*).

Van Der Brught dan Winkelman menyebutkan tujuh langkah yang harus dilakukan seorang hakim dalam menyusun pendapat hukum terhadap suatu kasus konkret, yaitu:¹⁸⁹

- a. Meletakkan kasus dalam sebuah peta (memetakan kasus) atau memaparkan kasus dalam sebuah peta (ikhtisar artinya: memaparkan secara singkat duduk perkara dari sebuah kasus (menskematisasi).
- b. Menterjemahkan kasus itu kedalam peristilahan yuridis (mengkualifikasi, pengkualifikasian).
- c. Menyeleksi aturan hukum yang relevan.
- d. Menganalisis dan menafsirkan (interpretasi) terhadap aturan-aturan hukum itu.
- e. Menerapkan aturan hukum pada kasus.
- f. Mengevaluasi dan menimbang (mengkaji) argumen-argumen dan penyelesaian.
- g. Merumuskan (formulasi) penyelesaian.

Hadjon dan Djatmiati juga menuliskan ada lima langkah dalam menyusun legal opinion, yaitu:¹⁹⁰

- a. Summary memuat tentang:
 1. Rumusan singkat fakta hukum.
 2. Daftar isu hukum
 3. Summary legal opinion

^h Ibid.hlm. 197

¹⁹⁰ PhilipusM.Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumenasi Hukum*, Penerbit Gajah Mada University Press, Cetakan keempat, Yogyakarta,2009.hlm 45-46

4. Rumusan fakta

Fakta harus dirumuskan secara lengkap tetapi tidak perlu panjang, yang penting intinya saja yang dijadikan landasan untuk merumuskan isu hukum.

b. Isu hukum

Isu hukum harus dirumuskan secara lengkap dan diberi nomor. Pendekatan konseptual merupakan yang paling sering digunakan. Setiap isu hukum di ikuti dengan pertanyaan hukum.

c. Analisa hukum

- a. Pada setiap isu, ditelusuri ketentuan hukum, yurisprudensi, pendapat akademis yang diberikan berkenaan dengan isu hukum tersebut.
- b. Tulis ketentuan hukum yang ditemukan.
- c. Identifikasi problematik hukum yang relevan dengan kasus yang dianalisis.
- d. Berikan pendapat dan bagaimana ketentuan hukum tersebut diterapkan pada kasus konkrit.
- e. Kesimpulan (*conclusion and opinion*)

Dengan memperhatikan beberapa pandangan diatas dan dengan menghubungkan ketentuan pasal 50 ayat (1) juncto pasal 53 ayat (2) dan pasal 14 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, serta kebiasaan dalam praktek pengadilan, dapatlah disimpulkan adanya enam langkah dalam merumuskan pendapat hukum yang disampaikan pada saat sidang permusyawaratan hakim dalam menjatuhkan putusan. Keenam langkah tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Mengidentifikasi fakta-fakta untuk menghasilkan suatu struktur (peta) kasus yang sungguh-sungguh diyakini oleh hakim sebagai suatu kasus yang riil terjadi (terbukti sebagai fakta berdasar hukum pembuktian yang sah.
- b. Menghubungkan (mensubsumsi) struktur kasus tersebut dengan sumber-sumber hukum yang relevan, sehingga ia dapat menetapkan perbuatan hukum kedalam peristilahan yuridis (*legal term*).

- c. Menyeleksi sumber hukum dan aturan hukum yang relevan untuk kemudian mencari tahu kebijakan yang terkandung didalam aturan hukum itu, sehingga dihasilkan satu struktur (peta) aturan yang koheren.
- d. Menghubungkan struktur aturan dengan struktur kasus (fakta Hukum) secara silogisme deduktif.
- e. Mencari alternatif penyelesaian yang tepat dan benar.
- f. Menetapkan pilihan atas salah satu alternatif untuk kemudian diterapkan sebagai pendapat hukum sesuai dengan diktum putusan.

Menurut Moh. Mahfud MD, negara hukum Indonesia dikonsepsikan secara tegas sebagai negara hukum yang prismatik, artinya menggabungkan segi-segi positif antara *rechstaat* dengan kepastian hukumnya dan *the rule of law* dengan rasa keadilannya secara integratif, bukan hanya *reachstaat* dan bukan hanya *The Rule of law*. Konsep *rechstaat* dititik beratkan penegakan hukum itu pada pencapaian kepastian hukum, sedangkan konsep *The Rule of law* dititik beratkan penegakan hukum itu pada pencapaian rasa keadilan dan kemanfaatan.¹⁹¹

Dengan demikian menurut Mahfud dalam penegakan hukum modern, asas kepastian hukum tidak boleh dijadikan satu-satunya dasar putusan hakim, karena ada keharusan agar putusan hakim didasarkan juga pada asas keadilan dan kemanfaatan.¹⁹²

Untuk mengaplikasikan tujuan hukum tersebut secara terpadu kedalam putusan hakim, maka diperlukan metode berpikir oleh hakim secara aksiomatik (sistematik) dan berpikir secara tropical (problematic). Metode berpikir topikal, bertolak dari suasana yang tidak ditemukan kebenaran bebas ragu dalam pertentangan pendapat lalu masalahnya bergeser dari hal yang menentukan (konklusi) menjadi apa yang paling dapat diterima (*acceptable*) dan paling masuk akal (*plausibility*).¹⁹³

¹⁹¹ Tjandra Sridjaja Perjonggo, Op.Cit.hlm ix

¹⁹² Ibid.hlm.X

¹⁹³ Ibid.hlm 164

Metode berpikir aksiomatik ditegaskan didalam UU No 48 tahun 2009, Pasal 4 ayat (1) yaitu kewajiban bagi hakim pengadilan untuk mengadili menurut hukum, ini merupakan suatu tuntutan bagi penalaran hukum oleh hakim untuk menjamin stabilitas dan prediktabilitas dari putusannya dengan mengacu pada sistem hukum positif. Adapun metode berpikir topical, dapat dilakukan melalui konstruksi sebagaimana dapat pula melalui dekonstruksi.

(8) Teori Mengadili Menurut Hukum

Dalam pelaksanaan penegakan hukum, wajib mengikuti ketentuan aturan hukum, penegakan hukum yang tidak menurut ketentuan hukum dapat berakibat batal demi hukum atau *null and void*. Keharusan penegakan hukum mengikuti ketentuan hukum, dimaksudkan untuk mencegah para penegak hukum berlaku sewenang-wenang, sehingga akan mengakibatkan ketidakpastian hukum dan mencederai rasa keadilan. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dalam pasal 4 ayat (1) menyatakan bahwa “Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang”.

Mengadili menurut hukum dan tidak membeda-bedakan orang adalah dua konsep yang berbeda, meskipun erat satu sama lain. “mengadili menurut hukum” dan “tidak membeda-bedakan orang” adalah asas dalam penyelenggaraan peradilan.

Konsep tidak membeda-bedakan orang, karena alasan ketidak setaraan, alasan ras, suku, agama, maupun latar belakang budaya bukan hanya berlaku dipengadilan saja, tetapi sesuai makna tidak membeda-bedakan orang, juga berlaku dalam pelaksanaan penegakan hukum oleh para penegak hukum yang lain.¹⁹⁴ Seperti aparat kepolisian dan aparat kejaksaan dalam melaksanakan tugas dan fungsinya sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku. Segala warga negara bersamaan kedudukannya didalam hukum yang berlaku. Segala warga negara bersamaan kedudukannya

¹⁹⁴ Tjandra Sri Djaja Prajonggo, *Sifat Melawan Hukum dalam Tindak Pidana Korupsi*. Penerbit Indonesia Lawyer Club Jakarta, tahun 2010. hlm.42

didalam hukum dan pemerintahan, dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.¹⁹⁵

Setiap aparat penegak hukum wajib memberikan pelayanan hukum dengan tidak membeda-bedakan orang. Penyimpangan terhadap asas tidak membeda-bedakan orang, hanya dapat dilaksanakan dengan alasan yang sangat sempit, sesuai prinsip *due process of law*, yaitu apabila senyatanya penyimpangan tersebut demi keadilan dan kemanfaatan bagi mereka yang dibedakan.¹⁹⁶ Peran penegak hukum harus dapat menjamin keseimbangan antara rasa keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan dalam pelaksanaan penegak hukum untuk menemukan kepuasan bagi pencari keadilan. Penegak hukum hendaknya berpedoman pada keadilan yang bermanfaat atau kepastian hukum yang berkemanfaatan dan berkeadilan.

Sebagai abdi negara, hakim wajib patuh dan taat pada Undang-Undang oleh karena itu dalam pelaksanaan penegakkan hukum, wajib mengikuti ketentuan aturan hukum tertulis sesuai asas legalitas, kecuali akan menimbulkan ketidakadilan, bertentangan dengan ketertiban umum, kesusilaan dan kepatutan.¹⁹⁷ Dalam hal demikian, hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.¹⁹⁸ Agar dapat menghasilkan putusan yang mampu memberi kepuasan bagi masyarakat, tetapi yang demikian itu tidak boleh sampai mengorbankan, mengadili menurut hukum dan hilangnya kepastian hukum. Hakim wajib mendasarkan putusannya pada hukum atau legalistik tetapi tidak legalistik.

Untuk menjamin penegakan hukum dapat dilaksanakan secara benar dan adil, tidak sewenang-wenang dan tidak melampaui batas wewenang, tidak ada penyalahgunaan wewenang atau kekuasaan, maka ada beberapa asas yang harus dipatuhi terutama didalam persidangan majelis hakim, yaitu asas *imparsiality* (tidak

¹⁹⁵ UUD Tahun 1945. Pasal 27 Ayat (1)

¹⁹⁶ Bagir Manan, *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian* , Penerbit Asosiasi Advokat Indonesia. Jakarta.-MMIX.2009. hlm.2

¹⁹⁷ Op.Cit. Hlm.43. Bandingkan Bagir Manan, Op.Cit. hlm 9

¹⁹⁸ UU Nomor 48 Tahun 2009, Pasal 5 ayat(1)

berpihak), untuk menjamin penegakan asas ini maka Undang-Undang mewajibkan dilakukannya persidangan secara terbuka untuk umum kecuali Undang-Undang menentukan lain, namun pengucapan putusan harus diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum, dan tidak terpenuhinya asas tersebut mengakibatkan putusan batal demi hukum.¹⁹⁹ Asas *audi et alteram partem* (mendengar kedua belah pihak), jangan sampai salah satu pihak didengar diluar hadirnya tergugat di persidangan, karena itu format putusan verstek selalu ditulis dibawah identitas para pihak yaitu “setelah mendengar kedua belah pihak” untuk merealisasikan asas *audi et alteram partem* tersebut. Meskipun tergugat tidak hadir dipersidangan setelah dipanggil secara sah yaitu secara resmi dan patut, inilah pastulat keadilan (*equality before the law*). Asas kejujuran dalam memeriksa perkara (*fairness*) untuk memenuhi asas ini maka segala apa yang terjadi dan apa yang ditanyakan dipersidangan harus dicatat oleh panitera sidang yang kebenarannya terjamin sebagai catatan yang autentik, dan segala apa yang termuat didalam putusan harus berdasarkan pada berita acara persidangan. Asas beracara secara benar sesuai dengan *prinsip due process of law* yang prosedural. Demikian pula asas penerapan hukum substansif secara benar sesuai prinsip *due process of law* yang substansif, seperti penerapan asas legalitas secara tepat dan benar, serta asas *non retro activfe* kecuali Undang-Undang menentukan lain sebagai pengecualian dalam hal pelanggaran HAM berat.

Dari berbagai konsep yang diuraikan diatas dapatlah dirumuskan beberapa patokan sebagai pengertian mengadili menurut hukum, yaitu:

1. Mengadili menurut hukum, merupakan salah satu asas mewujudkan negara berdasarkan atas hukum. Setiap putusan hakim harus memuat pertimbangan hukum yang didasarkan pada fakta yang terbukti dipersidangan sebagai fakta hukum, dan dasar hukum yang legalistik secara tepat dan benar.

¹⁹⁹ UU Nomor 48 Tahun 2009, Pasal 13

2. Hukum dalam pengertian mengadili menurut hukum, harus diartikan secara luas melebihi pengertian hukum dalam kasus atau pengertian tertentu seperti perikatan yang mengikat pihak-pihak, kesusilaan yang baik dan ketertiban umum.
3. Hukum yang hidup dalam masyarakat adalah hukum yang dipertimbangkan dalam putusan hakim, tetapi tidak selalu harus diikuti karena justru kemungkinan *the living law* itu harus dikesampingkan karena tidak sesuai dengan tuntutan sosial yang baru.
4. Sesuai dengan tradisi hukum yang berlaku, hakim wajib mengutamakan penerapan hukum tertulis, kecuali kalau akan menimbulkan ketidakadilan, bertentangan dengan kesusilaan atau ketertiban umum.²⁰⁰

Bagaimana Praktik Mengadili Menurut Hukum, dalam hal ini sering terdengar perdebatan di televisi mengenai ungkapan “keputusan hakim tidak mencerminkan rasa keadilan masyarakat, karena hakimnya terlalu legalistik”, artinya terlalu mementingkan kepastian hukum yang menerapkan semata-mata ketentuan hukum tertulis, sebaliknya mengkritisi putusan hakim yang ekstra yuridis, yang keluar dari bunyi Undang-Undang karena pada penerapannya terdapat ketidakadilan, dengan ungkapan dari pengkritik bahwa putusan mengenai waduk Kedung Ombo yang oleh Asikin, mencoba keluar dari pengertian Pasal 178 HIR, yaitu mengabdikan lebih dari tuntutan dan mengadili apa yang tidak digugat oleh para penggugat didalam gugatan, antara lain penggugat (masyarakat yang dibebaskan tanahnya) menuntut ganti rugi tanahnya Rp 10.000,-/meter persegi, karena tanahnya tidak dapat digunakan lagi, tetapi Majelis Kasasi dibawah pimpinan Asikin Kusumah Atmaja dalam putusnya Nomor 2263K/Pdt/1991, mempertimbangkan demikian: “bahwa uang ganti yang ditetapkan dalam keputusan tersebut diatas sangat minim dan tidak manusiawi, sebab uang ganti rugi tersebut dibawah harga umum dan tidak dapat digunakan untuk membeli barang yang sejenis/kualitas/kuantitas yang sama”. Hal tersebut juga diakui para saksi termohon kasasi dalam sidang uang ganti rugi yang diperoleh dari para

²⁰⁰ Bagir Manan , Op.Cit. hlm, 9-8

termohon kasasi tidak dapat/bisa untuk membeli tanah dan rumah sebagaimana semula dan seterusnya.

Mahkamah Agung dalam putusan Kasasi, mengabulkan tuntutan ganti rugi dengan menghukum tergugat untuk membayar ganti rugi tanah kepada penggugat sejumlah/ Rp.50.000,-/meter persegi, ganti rugi tanaman Rp 30.000,-/meter persegi, serta kerugian immaterial Rp 200.000.000,- Asikin tidak hilaf mengenai ketentuan Pasal 178 HIR tetapi melakukan penalaran ekstra yuridis semata-mata demi keadilan, tetapi Mahkamah Agung dalam putusan Peninjauan Kembali membatalkan putusan Asikin tersebut. Persektif Mahkamah Agung dalam putusan PK adalah bahwa Putusan Kasasi oleh Asikin, salah menerapkan hukum (*ultra petita*), dan melampaui batas wewenang (*Ultra Veres*) dari yang ditentukan Pasal 178 HIR.

Dalam hukum acara perdata, hakim dipersepsikan sebagai figur yang pasif, materi dan luasnya ruang lingkup perkara ditentukan sendiri oleh pihak penggugat dan tergugat, termasuk nilai gugatan dalam perkara tersebut. Yang paling mengetahui berapa nilai kerugian yang layak diperkarakan adalah para pihak sendiri, bukan hakim sehingga hakim hanya boleh memilih dan memutus kurang dari nilai maksimal tuntutan pihak yang berperkara. Dari kenyataan ini, menguatkan ungkapan putusan hakim legalitas. Demikian pula putusan hakim mengenai kasus Gayus, ada yang menilai putusan 7 tahun itu sebagai putusan yang tidak adil karena Gayus hanya menjalani dua pertiga dari tujuh tahun atau hanya akan dijalani selama 4 tahun 7 bulan (55 bulan), dan selebihnya akan dibebaskan oleh remisi-remisi sesuai sistem hukum yang berlaku di Indonesia.

Artinya bahwa ada ketidakpastian masyarakat dalam menilai penegakan hukum itu dan akan mengkristal menjadi ketidakpercayaan masyarakat terhadap penegakan hukum sebagaimana sandiwara yang dilakonkan oleh Gayus.

Dalam melakukan pembentukan hukum oleh hakim, haruslah sangat selektif dan ekstra hati-hati, sebab dapat bertentangan dengan sekaligus dua asas, yaitu asas legalitas dan asas retroaktif, sebab bagaimana mungkin aturan yang dibuat oleh

hakim dapat dijadikan dasar hukum untuk mengadili suatu peristiwa hukum yang sudah terjadi sebelum proses pembentukan hukum itu. Dari sudut pandang teori hukum, aturan hukum yang baru ditetapkan wilayah keberlakuannya tidak dapat dan tidak boleh menjangkau peristiwa hukum yang sudah terjadi sebelum adanya aturan hukum itu.

(9) Aspek Aksiologi Tentang Nilai, Indikator dan Parameternya

Jika Ontologi hukum mempertanyakan tentang hakikat hukum.²⁰¹ Lalu epistemologi hukum mempersoalkan tentang bagaimana hukum memperjuangkan hukum material dalam rangka mewujudkan nilai-nilai dasar dari hukum, yakni bagaimana hukum formal memperjuangkan penegakan hukum material dalam rangka mewujudkan tujuan-tujuan hukum yang ingin dicapai. Radhbruch secara sederhana membagi tujuan hukum menjadi tiga yaitu keadilan (*gerechtigheit*), kepastian hukum (*rechtssicherheit*), dan kemanfaatan (*zweckma bigkeit*).²⁰² Dari ketiga tujuan hukum tersebut, keadilan adalah aspek aksiologi yang paling sulit untuk dijelaskan. Keadilan merupakan konsep filsafat yang sangat relatif nilainya namun keberlakuan suatu norma secara filosofis selalu diukur dari aspek ada nilai keadilan yang dikandungnya, berbeda dengan kepastian hukum yang merupakan aspek aksiologis dari hukum, namun kepastian itu hanya mengacu pada pendekatan yuridis formal semata.

Kelsen ketika menjelaskan teorinya tentang pemurnian hukum, Kelsen menyatakan bahwa keadilan adalah sesuatu yang ideal dan irrasional. Keadilan adalah suatu kualitas yang berhubungan tidak dengan isi dari perintah positif, tetapi pada aplikasi pelaksanaannya. Keadilan adalah berarti menjaga berlangsungnya

²⁰¹ Lihat Sutandio Wignjosoebroto, *Konsep Hukum*, Op.Cit 2-3. Telah menunjuk pemaknaan hakikat hukum yaitu(a) asas-asas kebenaran dan keadilan bersifat kodrati dan berlaku universal;(b) norma-norma positif dalam sistem perUndang-Undangan suatu Negara;(c) putusan hakim in concreto yang tersistematisasi sebagai Judge Mad Law;(d) pola-pola perilaku social yang terlembagakan, eksis variable social yang empiric;manifestasi makna-makna simbolik para pelakusocial sebagaimana tampak dalam interaksi diantaramereka

²⁰² Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Ke Indonesiaan*, CCV. Utama, Bandung,2006.h.226. Bandingkan dengan Widodo Dwi Putro, *Kritik terhadap Paradigma Positivisme Hukum*,Genta Publishing, Yogyakarta, 2011,hlm 248.

perintah positif dengan menjalankannya secara bersungguh-sungguh, maka akan terciptalah keadilan hukum.²⁰³

Kelsen menyadari bahwa keadilan adalah suatu cita-cita yang irrasional, suatu kerinduan abadi manusia akan kebahagiaan. Kebahagiaan yang tidak dapat ditemukan sebagai individu tersendiri dan sebab itulah manusia berusaha mencarinya didalam masyarakat. Keadilan adalah kebahagiaan sosial.²⁰⁴ Keadilan adalah suatu diluar rasio manusia. Karena itu bagaimana pun pentingnya bagi tindakan manusia, tetap bukan subyek pengetahuan. Bagi pengetahuan rasional yang ada dalam masyarakat hanyalah kepentingan dan konflik kepentingan. Solusinya dapat diberikan oleh tata aturan yang memenuhi suatu kepentingan atas pengorbanan kepentingan lain. Atau membuat suatu kompromi antara kepentingan yang bertentangan.²⁰⁵

Berbeda dengan Kelsen, Rawls menyatakan bahwa betapapun bagus dan efisiennya suatu aturan hukum, tetapi jika ia tidak adil maka hukum itu harus diganti.²⁰⁶ Dari hal ini menunjukkan bahwa uji validitas sebuah aturan hukum harus diukur dari ada tidaknya pesan keadilan didalamnya. Dengan demikian berarti hukum dan keadilan tidak dapat dipisahkan, bagaikan dua sisi dari mata uang. Jika keadilan digambarkan sebagai materi yang harus mengisi bentuk hukum. Kalau demikian berarti keadilan memiliki sifat normatif karena keadilan merupakan landasan moral sebuah hukum untuk diakui sebagai hukum, tanpa keadilan sebuah aturan hukum tidak pantas disebut sebagai hukum.²⁰⁷ Dari pandangan ini muncul pertanyaan, kalau aturan hukum itu untuk diterapkan pada kasus konkret ternyata tidak adil menurut pandangan pengadilan, atau ternyata ada tata hukum yang tidak

²⁰³ Djohansyah, *Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman*, Resaint Blanc- Anggota IKAPI, Bekasi Timur, 2008, hlm .56

²⁰⁴ Ibid. hlm 50

²⁰⁵ Jimly Asshiddiqie dan Syafaat Muhammad Ali. *Teorio Hans Kelsen Tentang Hukum, Konstitusi* Press, Jakarta, 2012. hlm.20

²⁰⁶ Rawls, jhon , *A Theory of Justice* (Revisi Edition), Harvard Universty Press, Cambridge-Massachusetts. 2003, hlm 3

²⁰⁷ Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak dan Markus Y .Hage; *Teory Hukum Strtegi TertibManusia Lintas ruang dan Generasi*. CV. Kita , Surabaya, 2006.hlm 106

adil menurut pandangan pengadilan, atau Undang-Undang itu harus dipandang sebagai bukan hukum dan tidak berlaku.²⁰⁸

Richard mengatakannya mempersamakan antara keadilan dan peraturan hukum adalah cara paling mudah untuk memahami keadilan.²⁰⁹ Selanjutnya Penning juga mengatakan bahwa konsep keadilan adalah keadilan hukum sebagaimana terungkap dalam ilmu hukum.²¹⁰ Hal ini sejalan konsep keadilan hukum dan kesetaraan dihadapan hukum menurut ketentuan pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Penulis sendiri berpendapat, bahwa posisi regulasi terhadap pembangunan argumentasi hukum para hakim sudah sangat mengakomodir dan memberikan kepastian posisi dimana setiap hakim di empat lingkungan peradilan dibawah Mahkamah Agung diberikan hak preoregatif untuk menemukan hukum (*rechfinding*) dalam penyelesaian perkara. Tidak hanya didasarkan pada kepastian hukum (*legal perspective*), namun juga secara bebas dapat mempertimbangkan hukum yang hidup di masyarakat berdasarkan asas kemanfaatan dan keadilan atas hukum itu sendiri.

²⁰⁸ Theo Hujibers, *Filsafat Hukum*, Kansius, Yogyakarta, 2005. hlm 73

²⁰⁹ Djohansyah, *Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman Kasaint Blanc*. Bekasi Timur, Cetakan Pertama, 2008. hlm.34

²¹⁰ Ibid , hlm .45

BAB III

PERTIMBANGAN HUKUM PRISMATIK DAN PUTUSAN YANG ARGUMENTATIF

A. Penerapan Teori Penalaran Hukum Prismatik Dalam Mewujudkan Yurisprudensi

Penalaran hukum biasa disebut *legal reasoning*, *legal method*, *argumentasi yuridik* atau method berpikir yuridis, *element of argumen of law*.²¹¹ Penalaran hukum adalah suatu kegiatan untuk mencari dasar hukum yang terdapat di dalam suatu peristiwa hukum, baik yang merupakan perbuatan hukum berupa perjanjian, transaksi, perdagangan, ataupun yang merupakan kasus pelanggaran hukum (pidana, perdata, ataupun administratif) dan memasukkannya kedalam peraturan hukum yang ada.²¹²

Penalaran hukum juga dapat berarti proses penggunaan alasan-alasan hukum (*legal reasons*) dalam menetapkan pendirian hukum yang dirumuskan dalam putusan hakim.²¹³

Sedangkan berpikir Yuridik adalah suatu cara berpikir tertentu, yakni terpola dalam konteks sistem hukum positif dan kenyataan kemasyarakatan, untuk memelihara stabilitas dan prediktabilitas demi menjamin ketertiban, kepastian hukum untuk menyelesaikan kasus konkret secara imparial obyektif-adil manusiawi.²¹⁴

Berpikir yuridik juga dapat dimaknai sebagai metode berpikir yang digunakan untuk memperoleh, menata, memahami dan mengaplikasikan pengetahuan hukum. Ada dua metode berpikir yang digunakan hakim dalam menyelesaikan kasus konkret yang dihadapinya yaitu berpikir aksiomatik (sistemik) dan berpikir topical (problematic).

²¹¹ Waris Susetio, *Legal Reasoning(penalaran Hukum Acara MK)*. Penerbit; Ditjend PP. Kementrian Hukum dan HAM tahun 2012, hlm 245

²¹² Ibid, hlm 248

²¹³ Ibid, hlm 251

²¹⁴ Ibid. hlm.253

Berpikir aksiomatik (sistemik) pada dasarnya bertolak dari kebenaran bebas ragu melalui mata rantai perUndang-Undangan (hukum Positif) sampai pada kesimpulan yang mengikat.²¹⁵ Adapun penalarannya adalah silogisme yaitu peraturan perUndang-Undangan sebagai kebenaran bebas ragu dijadikan premis mayor, dan fakta hukum yang terbukti dipersidangan dijadikan sebagai premis minor, lalu ditarik menjadi kesimpulan sebagai pendapat hukum.

Sistematisasi aturan hukum dapat dilakukan dengan cara bahwa aturan hukum yang akan diterapkan itu tidak boleh bertentangan dengan ideologi Negara, tidak boleh bertentangan dengan konstitusi, tidak boleh bertentangan dengan aturan sederajat, aturan hukum itu futuristik, tidak bertentangan dengan hak hak dasar manusia yang fundamental (hak asasi manusia), dan mengamatkan keadilan. Apabila terdapat dua ketentuan hukum mengatur hal yang sama, maka aturan hukum yang baru mengesampingkan aturan hukum yang lama. Demikian pula aturan hukum yang khusus mengenyampingkan aturan hukum yang bersifat umum dengan ketentuan aturan khusus datangnya kemudian dari aturan umum.

Berbeda dengan metode berfikir topical (problematic) yaitu berpikir dalam yang suasana yang didalamnya tidak ditemukan kebenaran bebas ragu yang dalam pertentangan pendapat, masalahnya bergeser dari hal menentukan apa yang konklusif menjadi hal menentukan apa yang paling dapat diterima (akseptabel). Untuk itu diajukan alasan-alasan untuk mendukung pendapat tertentu yang kekuatannya teruji dalam diskusi.²¹⁶

Pendapat hukum yang menjadi kesimpulan menjawab petitum gugatan disebut hukum kasus karena terhadap kasus yang diajukan ke pengadilan, belum tersedia aturan hukumnya atau ada aturan hukum akan tetapi harus ditemukan dari hukum yang hidup dan berakar dari kesadaran masyarakat sesuai rasa keadilan mereka. Seperti kasus warisan anak perempuan menghibab paman. Paman yang sesungguhnya

²¹⁵ Teguh Prasetyo dan Abdul Halaim Barkatullah, *Filsafat, Teori dan ilmu Hukum, Pemikiran menuju masyarakat yang berkeadilan dan bermanfaat*. PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, Tahun 2013, hlm 253

²¹⁶ Ibid.hlm.254

adalah ahli waris golongan *ashabah*, akan tetapi paman dalam kedudukannya sebagai wali seperti halnya pada masyarakat Arab tidaklah menjalankan fungsinya kecuali hanya sekedar wali nikah. Demikian pula anak yang murtad (berbeda agama dengan pewaris) menurut fikih konvensional, tidaklah mewarisi pewaris yang beragama Islam meskipun mempunyai hubungan darah yang dekat dengan pewarisnya. Akan tetapi dalam kasus tertentu dimana perbedaan agama tidak menjadi persoalan dalam keluarga, bahkan anak yang murtad itu lebih bermanfaat bagi orang tuanya dari pada saudara-saudaranya yang muslim.

Demikian pula anak angkat dalam fikih konvensional, bukanlah ahli waris dari orang tua angkatnya. Akan tetapi anak angkat terkadang lebih memberi manfaat kepada orang tua angkat daripada anak kandung sendiri. Anak angkat bekerja sehari-harinya membantu orang tua angkat dalam pekerjaannya mencari nafkah, anak angkat bahkan memelihara masa tua sampai matinya orang tua angkatnya. Sementara anak kandung tidak berbakti pada orang tuanya, lalu ketika orang tua meninggal tidak pernah memberi wasiat pada anak angkatnya. Dalam hal seperti anak murtad dan anak angkat, apabila menjadi persoalan hukum di pengadilan, mereka diberikan bagian dari obyek warisan melalui porsi warisan melalui porsi wasiat wajibah bahwa orang tua tersebut dipersepsikan seolah-olah memberi wasiat kepada keluarganya agar anak angkatnya ataupun anak kandungnya yang murtad (beda agama) dapat diberikan bagian dari obyek warisan melalui porsi wasiat wajibah paling banyak sepertiga dari obyek warisan. Kompilasi Hukum Islam telah menetapkan anak angkat memperoleh bagian dari harta pewaris melalui porsi wasiat wajibah paling banyak sepertiga obyek warisan dan dalam praktek pengadilan, anak angkat tidak boleh melebihi bagian ahli waris anak kandung.

Apabila ditelusuri putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia tentang anak perempuan menghibahkan paman sebagaimana dalam perkara Nomor 86K/AG/ tanggal 20 juli 1995 tanggal 30 September 1996 dan putusan nomor 327K/AG/1997 tanggal 26 Februari 1994, tanggal 26 Februari 1998. Putusan Mahkamah Agung Republik

Indonesia yang memberi bagian obyek warisan kepada anak yang murtad (non muslim) yaitu putusan Nomor 368K/AG/1995 tanggal 16 Juli 1998 dan putusan Nomor 51 K/AG/1999 tanggal 29 September 1999, sedangkan putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia tentang wasiat wajibah bagi anak angkat, dapat dilihat anantara lain.

- (1) Putusan Nomor 38K/AG/2004 tanggal 14 September 2005
- (2) Putusan Nomor 102K/AG/2004 tanggal 25 April 2005
- (3) Putusan Nomor 211K/AG/2004 tanggal 30 Nopember 2006
- (4) Putusan Nomor 243K/AG/2004 tanggal 26 April 2005
- (5) Putusan Nomor 370K/AG/2004 tanggal 14 Juni 2005

Putusan sebagaimana tersebut telah mempertimbangkan tentang pendapat ulama, dan hukum yang hidup tumbuh dan berkembang yang berakar dari kesadaran hukum masyarakat, Mahkamah Agung juga telah melakukan falsifikasi terhadap doktrin yang berasal dari para ulama, bahwa meskipun ahli waris non muslim tidak mendapat warisan dari pewaris muslim. Sebagaimana telah menjadi kesepakatan para ulama (ijma), namun beberapa ulama seperti Ibnu Hazm, Al-Thabari dan Muhammad Rasyid Ridha berpendapat bahwa ahli waris non muslim akan mendapatkan harta pewaris muslim melalui wasiat wajibah. Ibnu Hazm menjelaskan bahwa kedua orang tua dan kerabat yang tidak mewarisi pewaris muslim disebabkan karena tidak beragama Islam (Non muslim), wajib diberi wasiat bila seorang muslim sewaktu hidupnya tidak berwasiat, maka ahli waris atau wali yang mengurus wasiat harus melaksanakan wasiat tersebut.²¹⁷ Selain itu Mahkamah Agung juga mempertimbangkan tentang perubahan struktur sosial dan sistem nilai masyarakat Indonesia Kontemporer.

Dengan memperhatikan alur berpikir Mahkamah Agung dalam melakukan penemuan hukum sebagaimana dalam putusan yang disebutkan diatas, dapatlah dikatakan bahwa Mahkamah Agung cenderung selain menggunakan metode berpikir

²¹⁷ Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Ihtiar Van Hoeve, Jakarta, 2005. Cet.V.hlm.81

aksiomatik hukum. Namun secara kasuistik atau dalam kasus tertentu, Mahkamah Agung dalam melakukan penemuan hukum cenderung merefleksikan metode berpikir topikal problematik yang penalaran hukumnya menggunakan bentuk penalaran *sociological jurisprudence*. Putusannya diikuti oleh pengadilan tingkat pertama dan tingkat banding sehingga dapat dikategorikan sebagai Yurisprudensi. Pola penalarannya telah melibatkan dari aturan hukum produk top down, aturan hukum produk bottom up dan kaidah-kaidah moral yang ditujukan kepada kemaslahatan. Maka pertimbangan hukum yang demikian menurut penulis disebut pertimbangan hukum prismatik, yang aksiologinya menghasilkan nilai kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan secara bersamaan.

B. Pertimbangan Hukum Sebagai Wujud Pertanggung Jawaban Hakim

Putusan hakim dalam tulisan ini adalah putusan dalam rangka melaksanakan tugas pokok pengadilan yaitu menerima, memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan perkara yang diajukan ke pengadilan.

Pengadilan berfungsi menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila Dan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia. Sedangkan hakim adalah pelaku utama fungsi pengadilan, karena itu semua wewenang dan tugas yang dimiliki oleh hakim harus dilaksanakan dalam rangka menegakkan hukum dan keadilan.

Pada era transparansi dewasa ini, salah satu ciri pengadilan modern adalah bahwa putusan hakim dapat diakses oleh siapa saja yang membutuhkannya.²¹⁸ Orang yang dirugikan oleh putusan akan mengatakan putusan hakim tidak adil, sebaliknya orang yang diuntungkan akan mengatakan putusan hakim itu adil.

Para filsuf telah banyak memberikan arti keadilan secara berbeda-beda, tergantung sudut pandang mereka sebagaimana telah terurai pada Bab II di muka. Kemudian pada era pengadilan modern sekarang ini berkembang menjadi *legal*

²¹⁸ Lihat Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan Kehakiman, Pasal 52 ayat(1) pengadilan wajib memberikan akses kepada masyarakat untuk memperoleh informasi yang berkaitan dengan putusan dan biaya perkara dalam proses persidangan; bandingkan dengan Perma No 144 Tahun 2011 tentang keterbukaan Informasi.

justice (keadilan Hukum), *social justice* (keadilan masyarakat) dan *moral justice* (keadilan Moral). Kemudian apabila ketiganya dipertimbangkan secara utuh disebut *total justice* yang dalam tulisan ini penulis menyebutnya sebagai pertimbangan hukum prismatic.²¹⁹

Dalam kode etik dan pedoman perilaku hakim, kata adil diberi makna menempatkan sesuatu pada tempatnya dan memberikan apa yang menjadi haknya yang didasarkan pada suatu prinsip bahwa semua orang sama kedudukannya dihadapan hukum. Dengan demikian tuntutan yang paling mendasar dari keadilan adalah memberikan perlakuan dan kesempatan yang sama serta keseimbangan perlindungan hukum diantara pihak-pihak bersengketa.

Perilaku hakim dipersidangan seperti menunda-nunda persidangan untuk pembacaan putusan, menunjukkan sikap keberpihakan di persidangan ataupun sikap tidak professional mulai dari tahap mediasi, tahap jawab menjawab, replik duplik, tahap pembuktian, kesimpulan sampai kepada pembuatan putusan, demikian pula eksekusi yang tertunda tunda, administrasi perkara dan administrasi persidangan, semua dapat menjadi bahan pengaduan untuk dilaporkan kepada Mahkamah Agung Republik Indonesia. Perilaku dari hakim yang menyimpang dari pedoman perilaku hakim atau aparat pengadilan yang melanggar peraturan tentang disiplin Pegawai Negari Sipil yang berdampak secara materil merugikan institusi yaitu menyebabkan menurunnya kepercayaan publik terhadap lembaga peradilan. Mahkamah Agung Republik Indonesia, selalu tidak menutup diri dan menindak lanjuti pengaduan masyarakat. Badan Pengawasan Mahkamah Agung Republik Indonesia selalu ditugaskan untuk meneliti kebenaran pengaduan tersebut meskipun sudah diketahui surat pengaduan sebagai surat kaleng. Apabila terbukti kebenaran pengaduan atau tidak terbukti inti dari pengaduan itu akan tetapi ditemukan dari jalannya persidangan sebagai pelanggaran hukum formal atau melanggar ketentuan pasal-pasal dari Perma Nomor 1 Tahun 2016 maka dikategorikan sebagai tindakan yang tidak professional.

²¹⁹ Lihat UUD Tahun 1945 Pasal 25 , Pasal 28 huruf (D) dan (H)

Mahkamah Agung selalu memberikan hukuman yang tegas dalam rangka membersihkan institusi dan memulihkan kepercayaan publik demi membangun kewibawaan pengadilan.

Membangun independensi dan sikap profesionalisme hakim dilakukan dalam rangka memulihkan kepercayaan publik membangun peradilan yang agung.

Independensi kekuasaan kehakiman yang dalam hal ini adalah Mahkamah Agung dan badan-badan Peradilan yang ada dibawahnya serta Mahkamah Konstitusi, secara hukum telah memperoleh jaminan kemerdekaan baik melalui Undang-Undang dasar 1945 maupun melalui Undang-Undang tentang kekuasaan kehakiman sebagaimana telah beberapa kali diubah dan disempurnakan sebagaimana terlihat dari Undang-Undang nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman. Demikian pula independensi hakim secara personal telah dijamin secara hukum dengan bolehnya melakukan dissenting opinion dalam mengajukan pertimbangan dan pendapat hukumnya, dan harus dimuat dalam pertimbangan hukum dalam putusannya.²²⁰

Aliran Legisme yang merupakan garis paling ekstrim dari positifisme, mereka mengidentifikasikan hukum hanya sebagai hukum positif sehingga tidak ada norma hukum diluar hukum positif sehingga hakim hanya menjadi corong Undang-Undang.

Pembatasan independensi hakim didasarkan pada pengalaman masa lampau dimana kebebasan hakim yang tidak terbatas hanya membawa ketidak pastian hukum.²²¹

Hakim apabila hendak mengejar kebenaran obyektif, hakim harus menafsirkan hukum positif secara monotafsir yaitu metode tafsir yang hanya bersumber pada teks hukum positif secara ketat agar tidak menyimpang dari original teks.²²²

²²⁰ Lihat ketentuan pasal 14 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman , ayat (1) Putusan diambil berdasarkan sidang permusyawaratan hakim yang bersifat rahasia,(2)dalam sidang permusyawaratan setiap hakim wajib menyampaikan pertimbangan atau pendapat tertulis terhadap perkara yang sedang dipriksa dan menjadi bagian yang tak terpisahkan dari putusan; ayat (3) dalam sidang permusyawaratan tidak dapat dicapai mufakat bulat, pendapat hakim yang berbeda wajib dimuat dalam putusan.

²²¹ Widodo Da wi Putro, *Kritik terhadap paradig Positivisme Hukum*, Loc.Cit. hlm 142

²²² Ibid, hlm 141

Kelsen menjelaskan tentang penafsiran dalam bab terakhir bukunya *the Pure Theory of Law*, Kelsen menyatakan bahwa meragukan penafsiran yang dikembangkan selama ini karena hanya mengarah pada hasil yang mungkin yang tidak pasti dan tidak pernah mengarah pada hasil yang langsung benar. Kelsen menolak argumen bahwa a contrario dan analogi sebagai sarana penafsiran. Keduanya sama-sama mengarah pada hasil yang berlawanan dan tidak ada kriteria untuk menentukan kapan norma yang satu dan kapan norma yang lain harus diterapkan.²²³

Dalam penafsiran Kelsen juga menolak prinsip menimbang bobot kepentingan alasan Kelsen, prinsip menimbang bobot kepentingan tidak menyediakan standar obyektif untuk membandingkan kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan sehingga tidak memberikan *soulsi*.²²⁴

Kelsen secara ketat juga mengingatkan bahwa seperti norma-norma moral, keadilan yang melekat dalam nilai-nilai masyarakat yang biasanya ditunjukkan dengan frase semisal “kebaikan masyarakat”, “kepenting Negara”, “kemajuan”, dan semacamnya. Dari sudut pandang hukum positif, semua norma ini hanya dapat dikategorikan secara negatif. Itu semua merupakan norma-norma yang bukan dari hukum positif.²²⁵ Tujuan Kelsen dalam hal ini semata-mata untuk penemuan hukum mencapai derajat tertinggi atas kepastian hukum.

Ronal Dworkin tidak sependapat dengan Kelsen tentang apa yang dikemukakan tersebut. Dworkin menginginkan bahwa seorang hakim ketika dihadapkan pada kasus konkret, tidak saja berurusan dengan masalah teknis (procedural semata) tetapi juga berhadapan dengan substansi hukum. Ketika hakim mempersoalkan masalah etika, bukan lagi bertanya tentang prosedur teknis penyelesaian hukum, tetapi juga mempersoalkan substansi hukum apakah adil atau tidak.²²⁶

²²³ Ibid. hlm.143

²²⁴ Ibid , hlm 142

²²⁵ Ibid , hlm143

²²⁶ Ibid. hlm.144

Keberatan Dworkin terhadap hakim yang melakukan penemuan hukum dan menerapkannya secara surut terhadap kasus yang diperiksanya, maka pihak yang kalah akan dihukum karena dia telah melanggar kewajiban-kewajiban tertentu tetapi agaknya suatu kewajiban baru diciptakan setelah kejadian.²²⁷

Dworkin menyarankan apabila menghadapi kasus rumit, tidaklah cukup menyalin pasal-pasal tertentu melainkan harus melakukan interpretasi konstruktif dari praktik hukum.²²⁸ 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. Untuk itu langkah pertama yang harus dilakukan oleh hakim adalah melakukan interpretasi. Apabila tidak ada hukum yang mengaturnya, maka langkah kedua bahwa hakim dapat melakukan penciptaan hukum baru untuk diterapkan pada kasus yang tidak terjangkau oleh aturan hukum yang ada. Akan tetapi harus diperhatikan terlebih dahulu bahwa hukum yang ada tidak mampu menjangkau permasalahan yang dihadapi atau tidak dapat digunakan untuk menyelesaikan secara adil terhadap kasus yang dihadapi. Baru kemudian ada alasan bagi hakim untuk menciptakan hukum baru.

Penalaran hukum merupakan sebuah proses upaya untuk sampai kepada perumusan amar putusan. Upaya tersebut, menurut Van der Burght dan J.D.C. Winkelman²²⁹ bahwa untuk sampai pada perumusan amar putusan seorang hakim harus melewati tujuh langkah yaitu:

- (1) Meletakkan kasus dalam sebuah peta (memetakan kasus) atau memaparkan kasus dalam sebuah ikhtisar peta, artinya memaparkan secara singkat duduk perkara dari sebuah kasus.
- (2) Menerjemahkan kasus itu kedalam peristilahan yuridis (mengkualifikasi).
- (3) Menyeleksi aturan-aturan hukum yang relevan.
- (4) Menganalisis dan menafsirkan (interpretasi) terhadap aturan-aturan hukum itu.

²²⁷ Ibid.hlm.145

²²⁸ Ibid.hlm.148

²²⁹ Ibid.hlm.150

- (5) Menerapkan aturan hukum pada kasus.
- (6) Mengevaluasi dan menimbang (mengkaji) argumen-argumen dan penyelesaian.
- (7) Merumuskan (formulasi) penyelesaian.

Sebenarnya dalam praktik pengadilan, penemuan hukum sesungguhnya telah dilakukan pada tahap kualifikasi. Fakta-fakta yang terbukti di persidangan baru dalam bentuk simbol-simbol yang harus diterjemahkan menurut konsep yuridis. Misalnya mengambil barang milik orang lain dengan maksud memiliki secara melawan hukum dimaknai sebagai pencurian.

Penemuan hukum oleh hakim selalu berkaitan dengan kasus yang dihadapi yang kemudian dirumuskan dalam bentuk putusan. Putusan hakim harus memenuhi unsur-unsur yaitu kepala putusan, identitas para pihak, pertimbangan tentang duduk perkaranya yang meliputi gugatan, jawaban, replik duplik serta pembuktian dari para pihak, kemudian pertimbangan tentang hukumnya yang meliputi pertimbangan tentang hasil pembuktian yang dirumuskan dalam bentuk fakta hukum. Kemudian dari pada itu adalah pertimbangan mengenai hukumnya dan argumen-argumen yang mendukung, selanjutnya secara silogisme dirumuskan kesimpulan untuk menjawab petitum gugatan. Unsur selanjutnya adalah amar putusan dan penutup yang ditanda tangani oleh majelis hakim dan panitera yang ikut bersidang sebagai wujud pertanggung jawaban hakim atas putusan yang dibuatnya.

Menurut ketentuan pasal 50 Undang-Undang nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman, putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan juga memuat pasal tertentu dari peraturan perUndang-Undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili. Putusan pengadilan harus ditanda tangani ketua serta hakim yang memutus dan panitera yang ikut serta bersidang.

Pasal 53 Undang-Undang tersebut menyatakan bahwa dalam memeriksa dan memutus perkara, hakim bertanggung jawab atas penetapan dan putusan yang

dibuatnya. Putusan dan penetapan yang dibuatnya harus memuat pertimbangan hukum hakim yang didasarkan pada alasan dan dasar hukum yang tepat dan benar.

Dalam kegiatan mengadili, pasal 178 HIR dan pasal 189 Rbg memberikan kriteria bahwa hakim wajib mengadili seluruh bagian-bagian gugatan dan hakim dilarang mengadili apa yang tidak dituntut atau memberi putusan lebih dari yang dituntut.

Undang-Undang tentang kekuasaan kehakiman pasal 1 ayat (1) menyebutkan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 demi terselenggaranya Negara hukum republik Indonesia. Kalimat untuk menyelenggarakan peradilan dalam pasal tersebut kata “peradilan” menunjukkan proses mengadili sedangkan “pengadilan” adalah berarti lembaga yang mengadili. Penyelenggara peradilan bertujuan menegakkan hukum dari keadilan. Kegiatan “mengadili” mengandung makna memberikan perlakuan dan tindakan yang sama secara adil. Hasil akhir dari proses peradilan adalah berupa putusan pengadilan atau biasa disebut putusan hakim.

Dari ketentuan pasal 1 ayat (1) Undang-Undang nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman, menempatkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 sebagai sumber ideologi negara yang harus dipedomani oleh hakim sebagai tolok ukur untuk menilai keadilan hukum yang akan diterapkan pada kasus konkret, yaitu bahwa dasar-dasar hukum yang diterapkan tidak boleh bertentangan dengan ideologi negara, tidak boleh bertentangan dengan konstitusi, selalu harus berada dalam tatanan sistem hukum dalam kerangka negara hukum.

Ruang kebebasan hakim diberikan oleh negara meliputi kebebasan mengadili, bebas dari campur tangan pihak luar, kebebasan berekspresi, dalam rangka pengembangan hukum praktis, kebebasan menggali nilai-nilai hukum yang

diamanatkan UUD Tahun 1945²³⁰ yaitu penegakan hukum yang berkeadilan, berkepastian dan kemanfaatan.

Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang. Mengadili menurut hukum meliputi ketentuan hukum tertulis (hukum positif) dan hukum tidak tertulis²³¹.

Dalam penegakan prinsip kepastian hukum, norma positif dalam sistem perUndang-Undangan dipandang sebagai sumber hukum formal hukum yang paling utama. Sedangkan untuk penegakan keadilan, secara sosiologis hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.²³²

Adapun penegakan nilai kemanfaatan adalah bahwa Undang-Undang yang dijadikan dasar hukum adalah norma hukum positif dalam sistem perUndang-Undangan, telah teruji dalam lapangan kenyataan, karena masyarakat menganggap aturan hukum itu bermanfaat bagi mereka.

Pola penalaran hukum utilitarianisme pada dasarnya sama dengan positivism, yang membedakan adalah pola top down telah teruji dalam lapangan kenyataan sehingga apabila penalaran ini dituangkan kedalam pertimbangan hukum putusan hakim, maka putusan tersebut tidak hanya bernilai kepastian hukum tetapi juga memuat nilai-nilai kemanfaatan.²³³

Secara teoritis, kepastian hukum dan kemanfaatan tidak berada pada posisi derajat. Kepastian hukum menurut utilitarisme harus menjadi tujuan primer hukum baru kemudian diikuti kemanfaatan sebagai tujuan sekundernya. Hakim harus setia pada norma hukum positif dalam sistem perUndang-Undangan demi tujuan kepastian hukum. Sehingga apabila hakim mendapati norma hukum yang tidak membawa

²³⁰ Lihat ketentuan UUD Tahun 1945 pasal 24, Pasal 28 huruf (D) dan Huruf(H) yang menekankan pentingnya menegakan hukum dan keadilan, menekankan pentingnya kepastian Hukum yang adil, dan pentingnya kemanfaatan dan keadilan.

²³¹ Lihat Pasal 4 ayat (1) UU No 48 TAHUN 2009 tentang kekuasaan Kehakiman.

²³² Lihat Pasal 5 ayat (1) UU No 48 TAHUN 2009 tentang kekuasaan Kehakiman.

²³³ Lihat Sidharta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Ke Indonesiaan*.CV. Utomo.Bandung. 2006. hlm.254

manfaat bagi masyarakat, para hakim juga tidak dapat berbuat banyak karena tujuan kemanfaatan adalah skunder baginya.²³⁴

Para hakim hanya dapat menjajaki sisi kemanfaatan sepanjang norma positifnya diformulasikan dengan proposisi disjungtif yang indikatornya terletak pada kata “dapat”. Apabila dalam teks Undang-Undang terdapat kata “dapat” yang berarti memberi hak diskresi bagi hakim untuk memilih mana yang memberi manfaat dan mana yang tidak membawa manfaat.²³⁵ Pada proposisi norma positif yang disjungtif itu, premis non doctrial (keyakinan hakim akan fakta empiris) sangat menentukan putusan akhir jika premis non doktrinalnya mendukung premis normatif.²³⁶

Dalam kamus besar bahasa Indonesia kata “diskresi” berarti kebebasan mengambil keputusan sendiri dalam setiap situasi yang dihadapi. Kata diskresi lazim kita dengar dalam ilmu pemerintahan, diskresi sering digunakan oleh pemerintah sebagai bagian dari keputusan. Diskresi biasanya merupakan bentuk kebijakan yang diambil oleh seorang pejabat tata usaha negara sesuai dengan wewenangnya. Diskresi juga merupakan topik yang hangat diperbincangkan dalam ilmu hukum khususnya Hukum Administrasi Negara sesuai dengan wewenangnya. Diskresi menjadi menarik karena merupakan bentuk dari penyimpangan aturan yang belum ada atau belum lengkap dan diperlukan keputusan yang cepat dan tepat untuk memecahkan persoalan yang dihadapinya.

Diskresi dikenal juga dengan istilah “Freies Ermessen” yaitu suatu bentuk kebebasan bertindak dari Pejabat Tata Usaha Negara yang dalam pelaksanaannya digunakan sebagai jalan keluar dalam memecahkan kebuntuan persoalan guna mendapat penyelesaian yang cepat dan tepat. Namun demikian ketika implementasinya salah arah dapat menimbulkan kerugian yang lebih besar kepada warga masyarakat.

²³⁴ Ibid, hlm 253

²³⁵ Ibid hlm. 256

²³⁶ Ibid.hlm.257

Sampai saat ini telah banyak pakar hukum yang memberikan definisi seputar asas diskresi. Menurut Saut P. Panjaitan,²³⁷ diskresi *Pouvoir Discretion* (Francis) ataupun *Freise Ermessen* (Jerman) merupakan suatu bentuk penyimpangan terhadap asas legalitas dalam pengertian *wet matigheid van bestuur*, jadi merupakan pengecualian dari asas legalitas.

Sementara menurut Benyamin²³⁸, diskresi didefinisikan sebagai kebebasan pejabat mengambil keputusan menurut pertimbangannya sendiri. Sedangkan Gayus T. Lumbun²³⁹ mendefinisikan diskresi sebagai berikut, diskresi adalah kebijakan dari pejabat negara dari pusat sampai ke daerah yang intinya membolehkan pejabat publik melakukan sebuah kebijakan yang melanggar Undang-Undang dengan tiga syarat yaitu: (1) demi kepentingan umum, (2) masih dalam batas kewenangan, dan (3) tidak melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Apabila memperhatikan ketentuan pasal 1, pasal 24, pasal 28 huruf (4) dan huruf (h) Undang-Undang dasar tahun 1945 hasil perubahan, serta Undang-Undang nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman pasal 1, pasal 4, pasal 5, pasal 10, pasal 13, pasal 14, pasal 23, 24, 26, pasal 50, 51, 52, 53 Undang-Undang tersebut. Maka sistem hukum yang berlaku di Indonesia adalah campuran dari sistem Eropa Kontinental, Common Law System, dan sistem hukum Islam serta hukum adat.

Ahmad Ali mengatakan bahwa realitas hukum di Indonesia memberlakukan: (1) perUndang-Undangan (ciri eropa Kontinental), (2) hukum adat (ciri *customary law sistem*), (3) hukum Islam dan eksistensi Peradilan Agama di Indonesia (ciri *muslim law sistem*), (4) hukum di Indonesia dalam praktik mengikuti Yurisprudensi (yang merupakan ciri *common law system* dengan asasnya *stare decitis*). Itulah

²³⁷ Lihat Mahyudin Igo(Jurnal), Varia Peradilan No 337, Majalah Hukum tahun XXIX, Desember 2013. hlm.131

²³⁸ Ibid, hlm 134

²³⁹ Ibid hlm 132

argumen sehingga pakar hukum modern memasukkan Indonesia kedalam *mix legal sistem*.²⁴⁰

Mahfud MD mengatakan bahwa Negara hukum Indonesia dikonsepsikan secara tegas sebagai negara hukum yang prismatic, menggabungkan segi-segi positif antara *rechtaat* dengan kepastian hukumnya, *the rule of law* dengan rasa keadilannya secara integrative. Pengertian demikian dipertegas dalam UUD 1945 pasal 1 ayat (1), pasal 24 ayat (1) dan pasal 28 huruf D dan huruf H.²⁴¹

Untuk membangun konsep penalaran hukum dalam konteks negara hukum Indonesia, maka ada baiknya melihat lebih dahulu aspek ontologi, aspek epistemologi dan aspek aksiologi hukum, dimulai dari positivism, *sociological jurisprodensice*, baru kemudian teori hukum pembangunan dan selanjutnya teori negara hukum Indonesia berdasar Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 pasca perubahan.

Aspek otologi hukum menurut positivism, hakikat hukum dimaknainya sebagai norma-norma positif dalam sistem perUndang-Undangan.²⁴² Regulasi yang menjadi acuannya adalah teori kehendak dari Jhon Austin dan teori permurnian hukum dari Han Kalsen. Norma hukum positif juga diuji dalam lapangan sistem hukum positif dan hirarki perUndang-Undangan. Norma positif diterima apabila memenuhi persyaratan *the rule sistemating logic of legal science* yang memuat asas eksklusi, subsumsi, derogasi, dan non kontradiksi.²⁴³ Aspek epistemologinya adalah doctrinal deduktif yaitu peraturan perUndang-Undangan, sedangkan aspek aksiologinya adalah kepastian hukum. Dari itu Nampak model penalarannya adalah produk top down yang diterapkan secara silogisme.

Aspek ontologi dari utilitarianisme adalah tidak berbeda dengan positivism, mereka memandang bahwa hakikat hukum adalah juga norma hukum positif dalam

²⁴⁰ Ahmad Alio, *Menguak teori Hukum (legal Theory) dan Teori Peradilan (judicalprudence)* Penerbitr Kencana, 2009. h lm499

²⁴¹ Mahfud MD. Op. Cit hlm IX.

²⁴² Shidarta, Op. Cit. hlm 245-246

²⁴³ Ibid, hlm 247

sistem perUndang-Undangan. Yang membedakan utilitarisme dengan positivisme adalah pada gerakan top down yang kemudian diikuti dengan norma sosial produk bottom up. Bottom up ini muncul karena norma positif dalam sistem perUndang-Undangan ini telah teruji dalam lapangan kenyataan di masyarakat.²⁴⁴

Setiap peraturan perUndang-Undangan produk top down merupakan perintah penguasa yang harus ditaati oleh anggota masyarakat. Hukum ini kemudian dievaluasi oleh anggota masyarakat mengenai baik buruknya. Evaluasi itu hendak mengetahui apakah aturan hukum positif itu membawa manfaat atau tidak bagi anggota masyarakat.

Pola penalaran hukum bottom up ini adalah non doctrinal induktif. Jika aturan hukum produk top down itu ternyata responsif menurut penerimaan masyarakat. Apabila norma hukum positif itu dinilai responsif, untuk kemudian diterapkan secara silogisme terhadap kasus konkret atau dapat pula dikatakan bahwa keberlakuan hukum positif telah dikontrol secara sosiologis.

Jadi aspek ontologi utilitarianisme adalah hukum tertulis produk top down dalam sistem perUndang-Undangan dan aspek epistemologinya adalah doctrinal deduktif diikuti dengan norma social non doctrinal induktif, sedangkan aspek aksiologisnya adalah kepastian hukum yang diikuti dengan kemanfaatan.²⁴⁵

Karakteristik norma hukum positif yang dinilai dapat membawa manfaat, ditandai apabila peraturan perUndang-Undangan itu responsif atau formulasi peraturan itu terdapat proposisi disjungtif yang indikatornya terdapat kata “dapat” sebagaimana telah diurai diatas.

Adapun aspek ontologi dari mazhab sejarah pada dasarnya tidak dirancang secara sistematis seperti halnya dengan peraturan perUndang-Undangan. Aspek ontologi dari mazhab sejarah, bahwa hukum adalah pola-pola perilaku sosial yang terlembagakan. Pola-pola perilaku yang terlembagakan ini mengontrol secara normatif

²⁴⁴ Ibid .hlm.253

²⁴⁵ Ibid. hlm.255

prilaku individu dan kelompok masyarakat, sesuai asas yang mengatakan bahwa fakta-fakta yang berulang terjadi akan mengikat secara normatif.

Pola prilaku ini dituntun secara intuitif, bukan karya rasio melainkan merupakan kristalisasi nilai-nilai yang dibangun melalui penggemblengan sejarah. Lahir secara alamiah, inilah yang disebut jiwa bangsa (*Volksgeist*). Tugas hakim disini adalah menemukan asas dan doktrin dalam nilai-nilai hukum yang hidup.²⁴⁶

Aspek epistemologi adalah menggabungkan sekaligus antara kemanfaatan (hasil pola penalaran non doctrinal induktif) dan keadilan (hasil pola penalaran doktrinal deduktif atas nilai yang terinternalisasi). Kedua aspek aksiologi hukum ini berada pada tataran yang sama primernya sehingga pengupayaanyapun dilakukan secara simultan.²⁴⁷ Untuk kondisi Indonesia, kasus kasus yang terkait dengan model penalaran mazhab sejarah seperti diatas kecenderungannya hanya perkara-perkara perdata adat. Oleh karena itu hakim yang mengadili perkara-perkara demikian dituntut menyadari sejak awal tentang adanya pola penalaran hukum yang khas mazhab sejarah sehingga tidak terjebak pada proposisi yang dibangun dari norma positif dalam sistem perUndang-Undangan.

Hakim Indonesia terikat pada sistem perUndang-Undangan yang berlaku akan tetapi hakim Indonesia tidak terikat pada Yurisprudensi sebagai presedent seperti halnya di Inggris dan Amerika. Ini berarti hakim mempunyai kebebasan untuk meninjau ulang putusan-putusan yang telah dibuatnya apakah masih patut dipertahankan sehubungan dengan adanya perubahan-perubahan nilai didalam masyarakat berhubungan dengan adanya pertumbuhan perasaan keadilan masyarakat. Sedangkan hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang tumbuh dan berkembang sesuai rasa keadilan mereka.

Ditinjau dari aspek aksiologisnya, model penalaran hukum mazhab sejarah ini mengadopsi secara bersamaan tujuan kemanfaatan dan keadilan. Pola prilaku sosial

²⁴⁶ Bernasd L Tanya dkk. *Teori Hukum*, Penerbit Genta Publishiong. Yogyakarta, Tahun 2012. hlm. 104

²⁴⁷ Ibid. hlm.259

yang bercorak kebiasaan sangat didominasi oleh pertimbangan pragmatis atau kemanfaatan. Sebaliknya, *volksgeist* sebagai abstraksi nilai-nilai yang diyakini telah mengalami proses internalisasi, mengejawantahkan tujuan keadilan. Keadilan ini diprintahkan oleh kesusilaan mutlak.²⁴⁸

Volksgeist secara ideologis adalah cita Negara. Cita Negara menurut J. Oppenheim adalah hakikat yang paling dalam dari Negara (*de staats diapste wezen*), sebagai kekuatan yang membentuk negara-negara (*de staten vermende kracht*).²⁴⁹

Cita negara kesatuan Indonesia yang dirumuskan oleh *founding father* yang mewarnai cita hukum negara Republik Indonesia adalah Pancasila. Cita hukum ini menurut Karl Lorenze adalah suatu apriori yang bersifat normatif sekaligus konstitutif yang merupakan persyaratan transedental yang mendasari tiap hukum positif yang bermartabat. Tanpa cita hukum tidak akan ada hukum yang memiliki watak normatif. Abdul Kadir besar mengartikan kata *apriori* dalam definisi Lorenz tersebut sebagai keyakinan ontologism mengenai konsep keadilan yang dianut oleh suatu masyarakat atau bangsa.²⁵⁰

Rudolf Stamler berpendapat bahwa cita hukum adalah konstruksi pikiran yang merupakan keharusan untuk mengarahkan hukum kepada cita-cita yang diinginkan masyarakat. A. Hamid Attamimi mengartikan pendapat Stamler bahwa cita hukum *dengan* demikian berfungsi sebagai bintang pemandu bagi tercapainya cita-cita masyarakat.²⁵¹

Gustav Radbruch juga mengatakan ada dua fungsi cita hukum yaitu sebagai dasar konstitutif pembentukan hukum (dalam arti tanpa cita hukum, segenap norma hukum kehilangan maknanya sebagai hukum) dan sekaligus sebagai tolok ukur regulatif untuk menilai adil tidak adilnya suatu hukum positif.²⁵²

²⁴⁸ Ibid. hlm.263

²⁴⁹ Ibid. hlm.492

²⁵⁰ Ibid. hlm.496

²⁵¹ A. Hamid Attamini, *Cita Negara Persatuan Indonesia dalam UUD 1945*, Jakarta. Hlm.d133. Bandingkan dengan Shidarta, Op.Cit hlm 496

²⁵² Shidarta. OpCit , hal 470

Dalam Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 1 ayat (1) menjelaskan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang dasar republik Indonesia. Posisi Pancasila sebagai ideologi Negara. Demikian pula Undang-Undang dasar negara Republik Indonesia tahun 1945 adalah puncak segala norma positif dalam sistem perUndang-Undangan nasional Indonesia.

Dalam penegakan hukum dalam kerangka negara hukum Republik Indonesia, Undang-Undang tertulis ataupun hukum yang tidak tertulis yang akan diterapkan dalam mengadili kasus kongkret tidak boleh bertentangan dengan ideologi Negara yaitu Pancasila. Demikian pula untuk menguji validitas aturan hukum itu, Undang-Undang yang diterapkan tidak boleh bertentangan dengan Undan-Undang Dasar sebagai puncak hirarki perUndang-Undangan maupun terhadap Undang-Undang yang sederajat dalam sistem perUndang-Undangan.

Selanjutnya Roscoe Paund dengan teorinya *sociological jurisprudence*. Pada dasarnya awal struktur suatu masyarakat menurut Paund yaitu selalu berada dalam kondisi yang kurang imbang, ada yang terlalu dominan dan ada pula yang terpinggirkan. Untuk menciptakan dunia yang beradab maka ketimpangan ketimpangan yang struktural itu perlu ditata ulang dalam pola keseimbangan yang proporsional. Hukum yang bersifat abstrak maupun sosiologis tidak dapat diandalkan. Hukum dengan tipe-tipe tersebut paling tidak hanya sekedar mengukuhkan apa yang ada. Maka ia tidak mengubah keadaan, karena itu perlu langkah progresif yaitu memfungsikan hukum untuk menata perubahan, memfungsikan hukum sebagai alat pembaharuan masyarakat. Bagi Paund, hukum tidak boleh dibiarkan mengambang dalam konsep-konsep logis analitis ataupun tenggelam dalam ungkapan teknis yuridis yang terlampau eksklusif. Sebaiknya hukum

itu perlu didaratkan dalam dunia nyata yaitu dunia sosial yang penuh dengan kebutuhan dan kepentingan yang saling bersaing.²⁵³

Jika ditanya apa yang harus ditata dalam konsep *social engineering* jawabnya adalah menata kepentingan-kepentingan yang ada dalam masyarakat agar tercapai keseimbangan yang proposional.

Pembaharuan masyarakat menurut Paund berada dipundak para hakim untuk menerbitkan putusan terhadap kasus kongkret. Oleh karena itu aspek ontologi dari hukum menurutnya adalah putusan hakim terhadap kasus *in konkretro*. Aspek epistemologinya adalah non doctrinal induktif dan doctrinal deduktif sedangkan aspek aksiologinya adalah kemanfaatan dan kepastian hukum secara simultan.

Struktur fakta hukum yang telah dikonstatir oleh hakim dalam kegiatan penalaran hukum dijadikan sebagai premis minor, sedangkan norma kebiasaan atau hukum yang hidup tumbuh dan berkembang sesuai rasa keadilan masyarakat diselaraskan dengan norma positif dalam sistem perUndang-Undangan kemudian dijadikan sebagai premis mayor. Kesimpulan atau pendapat hukum yang dihasilkan dari premis mayor dan premis minor tersebut akan melahirkan kemanfaatan dan kepastian secara simultan.

Konsep *law as a tool of social engineering* dapat dikatakan yaitu hukum ditempatkan didepan kenyataan sebab putusan hakim didudukkan sebagai preseden. Konsep ini merupakan anonim dengan asas *het recht hinkt achter defeiten aan* yaitu hukum berjalan tertatih tatih mengikuti kenyataan. Asas ini menempatkan hukum dibelakang kenyataan, sementara hukum menurut konsep *law as a tool of social engineering* justru berlaku sebagai preseden yang berarti berada didepan kenyataan.

Apabila hakim diminta sebagai pelopor *social engineering* khususnya di Indonesia yang tidak menganut sistem preseden, jelas tidak akan efektif seefektif dengan pembaharuan masyarakat. Penulis lebih cenderung kepada teori hukum pembangunan dari Mohtar Kusuma Atmaja yang menempatkan hukum sebagai

²⁵³ Lihat bernad L, Tanya Teory Hukum , op-cit, hlm 154-156

sarana pembaharuan masyarakat. Pembaharuan masyarakat menurut teori hukum pembangunan diletakkan pada pundak legislatif sebagai pembentuk Undang-Undang, namun teori itu tidak menafikan putusan hakim dan hukum yang hidup tumbuh dan berkembang sesuai rasa keadilan masyarakat. Teori hukum pembangunan sangat memperhatikan aspek budaya di Indonesia yang memang sangat kaya.²⁵⁴

Mochtar Kusumaatmaja lebih memilih sebutan teori hukum pembangunan daripada sebutan Mazhab UNPAD karena bila menyebutkannya sebagai mazhab hukum UNPAD, karena itu belum tersosialisai diluar UNPAD. Sedangkan kata Mazhab mensyaratkan adanya pengakuan dan penerimaan yang luas atas teori itu. Teori hukum pembangunan adalah teori yang menggunakan pendekatan normatik sosiologis.²⁵⁵

Mochtar mengatakan bahwa hukum tidak sekedar terdiri dari sekumpulan norma melainkan juga berbagai kelembagaan (institusi) yang hadir dalam kebudayaan setempat.²⁵⁶

Mochtar menambahkan Bahwa ada tujuan pragmatis demi pembangunan sebagai masukan dari pemikiran Roscoe Pound dan Eugen Ehrlich. Dari aspek ini menurut Shidarta terlihat adanya korelasi antara pernyataan Mochtar dengan pernyataan Laswell dan Mc Daugal, bahwa kerjasama antara penstudi hukum dan pengemban hukum praktis itu idealnya mampu melahirkan teori tentang hukum yaitu teori yang mempunyai dimensi pragmatis atau kegunaan praktis.²⁵⁷

Mochtar mengubah pengertian hukum sebagai alat (tool) menjadi hukum sebagai saran (instrument) untuk membangun masyarakat. Pokok-pokok pikiran yang melandasi konsep tersebut adalah bahwa ketertiban dan ketentraman dalam usaha membangun dan pembaharuan memang diinginkan bahkan mutlak perlu dan bahwa hukum dalam arti norma diharapkan dapat mengarahkan kegiatan manusia kearah

²⁵⁴ Lihat Sidarta , *Karakteristik Penalaran hukum dalam Konteks ke Indonesiaan*.op –cit. hlm 422

²⁵⁵ Ibid .hlm .410

²⁵⁶ Ibid .hlm 412

²⁵⁷ Ibid .hlm.414

yang dikehendaki oleh pembangunan dan pembaharuan itu. Untuk itu diperlukan sarana berupa peraturan hukum tertulis baik perUndang-Undangan maupun Yurisprudensi. Hukum yang berbentuk tidak tertulis itu harus sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.²⁵⁸

Shidarta menyatakan bahwa teori hukum pembangunan tidak sepenuhnya mirip dengan pemikiran Roecoe Paund sehingga dapat dikatakan teori *sociological jurisprodensi* dimodifikasi disesuaikan dengan kebutuhan Indonesia.²⁵⁹

Teori hukum pembangunan dalam pandangannya sumber hukum yang utama masih tetap pada norma positif dalam sistem perUndang-Undangan yaitu sumber hukum yang sudah eksis. Dalam perumusan Undang-Undang harus diperhatikan hukum yang hidup di masyarakat. Artinya ada tujuan tujuan pragmatis yang harus diperhatikan oleh pembentuk Undang-Undang. Hukum tidak saja berfungsi sebagai *social order* melainkan juga *social engineering*. Kedua fungsi ini akan hukum kepada tujuan untuk ketertiban, kepastian dan keadilan dalam rangka keberhasilan pembangunan nasional.²⁶⁰

Jadi aspek ontologism hukum dalam kacamata teori hukum pembangunan adalah norma positif dalam sistem perUndang-Undangan sebagai pembelokan dari teori *sociological jurisprudence* yang mengartikan hukum sebagai putusan terhadap kasus *in concreto*. Pola penalaran hukumnya adalah doctrinal induktif bergerak secara simultan. Inilah aspek epistemologisnya, sedangkan aspek aksiologisnya adalah ketertiban, kepastian dan kemanfaatan serta keadilan.

C. Pembentukan Yurisprudensi Menjembatani *Law in Books* dan *Law in Action*.

1. Anak perempuan menghijab paman.

Perbincangan mengenai hukum kewarisan Islam pada masyarakat modern di Indonesia dewasa ini menjadi problema yang rumit untuk dipecahkan karena terkait

²⁵⁸ Ibid, hlm 380

²⁵⁹ Ibid .hlm.420

²⁶⁰ Ibid , hlm 432

dengan persoalan ketuhanan, penganut agama Islam percaya sebagai hukum yang adil, namun demikian mereka juga menyebutnya sebagai hukum yang tidak netral.

Amanat ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Indonesia Nomor VI/MPR/2001 tentang Visi Indonesia Masa depan yaitu Visi Indonesia 2020 Bab III bagian kedua sebagaimana telah diuraikan dimuka menyatakan bahwa semua warga negara beerkedudukan sama didepan hukum dan berhak mendapatkan keadilan. Tantangan untuk menegakkan keadilan adalah terwujudnya aturan hukum yang adil. Supremasi hukum ditegakkan untuk menjamin kepastian hukum yang adil dan pembelaan hak asasi manusia. Perbincangan pada level wacana, akankah hukum kewarisan Islam itu terwujud sebagai hukum senyatanya menjadi hukum yang adil dan netral, ataukah membiarkan hukum itu sebagai hukum yang seharusnya.

Isu mengenai hak dan kedudukan perempuan dalam wacana pembentukan hukum kewarisan Islam terutama bila dikaitkan dengan prinsip kesetaraan gender dan hak asasi manusia. Pada level praktik pengadilan, penerapan hukum kewarisan Islam kerap benturan antara hukum yang diterapkan dengan kesadaran hukum masyarakat modern saat ini khususnya pergeseran mengenai kedudukan perempuan dalam sistem dan struktur masyarakat modern dalam berbagai bidang kehidupan.

Persoalan hukum perlu dipecahkan adalah persoalan diseputar hak dan kedudukan perempuan berhadapan dengan hak dan kedudukan laki-laki dalam sistem hukum kewarisan Islam sebagai hukum yang tidak netral, bertentangan dengan prinsip kesetaraan gender dan pembelaan hak asasi manusia sebagaimana diamanatkan pada Ketetapan MPR tersebut. Padahal laki-laki dan perempuan berasal dari realitas tunggal dan secara ontologi laki-laki dan perempuan dalam surat An-nisa ayat 7 (tujuh) mengamanatkan kesetaraan gender yaitu anak laki-laki dan anak perempuan mempunyai hak dan kedudukan yang sama dalam mewarisi kedua orang tua mereka.

Secara epistemologi hukum kewarisan Islam dalam Qur'an surat An-nisa ayat 11, 12, dan 176 terdapat perbedaan hak dan kedudukan perempuan dengan laki-laki

dalam mewarisi pewaris mereka. Kesenjangan dalam ayat 7 dengan ayat 11, 12 dan 176 melahirkan perdebatan apakah hukum kewarisan Islam menghendaki ketidaksetaraan gender dan membiarkan hukum itu tidak netral atau sebaliknya.

Secara aksiologi dapat dikatakan bahwa pada ayat 7 surat An-nisa mengandung rasio logis yaitu prinsip kesetaraan atau prinsip keadilan, sedangkan pada ayat 11, 12, dan 176 tersebut, tidak bermaksud berbenturan dengan adat istiadat dan tradisi masyarakat patrilineal sehingga teks-teks ayat tersebut tidak menimbulkan guncangan dalam sistem nilai, karenanya disebut sebagai contoh keadilan sebab janji hukum akan mempromosikan nilai-nilai sehingga penerapannya pada masyarakat Islam saat itu dirasakan sangat adil. Menjadi persoalan untuk dipecahkan adalah penerapan hukum kewarisan Islam tradisional tersebut pada masyarakat modern saat ini sesuai amanat Ketetapan MPR yang disebutkan.

Ketentuan dasar kewarisan Islam yang diatur dalam al Qur'an surat An-nisa 7, 11, 12 dan 176 melegitimasi hubungan hukum para ahli waris karena sebab perkawinan antara suami istri sedangkan hubungan darah menjadi saling mewarisi antara orang tua dan anak-anak mereka. Ayat tersebut juga menjelaskan bahwa bagi laki-laki mendapat bagian waris dua kali bagian anak perempuan. Ketentuan tersebut oleh para ahli ushul fiqh disebut *qah'iyud dalalah* karena kejelasan maknanya, asas ini sama dengan asas *senclair* yang menyebutkan bahwa apabila suatu kontrak yang redaksi atau bunyi kata-katanya sudah jelas maka tidak boleh ditafsirkan lagi.

Sehubungan dengan ayat 11 tersebut, Muhammad Abduh mengemukakan sebuah teori bahwa penekanan dalam surat Annisa ayat 11 adalah bagian perempuan menjadi asas bagian laki-laki. Kalimat ini ditujukan untuk mereformasi kebiasaan laki-laki jahiliyah yang tidak mengakui hak waris perempuan dan menjadikan laki-laki sebagai asas sendi-sendi kehidupan saat itu. Oleh karena itu kalimat *li al dzakar mitsl haz al unsayain* bukan *li al untsa nishf hadzal dzakar* (bagian anak laki-laki seperti bagian dua anak perempuan, bukan bagian anak perempuan separuh bagian

laki-laki)²⁶¹. Dengan demikian dipahami teori Abduh bahwa asanya pengakuan hak waris perempuan setelah sebelumnya tidak diakui sama sekali, maka menunjukkan dimungkinkannya perluasan hak-hak perempuan dan pembatasan laki-laki. Apabila ayat 11 dihubungkan dengan ayat 7 maka sejatinya hak waris perempuan adalah setara dengan laki-laki.

Masih terngiang ditelinga, ketika dosen bahasa Arab menjelaskan kaidah bahasa Arab tentang bilangan bahwa apabila angka bilangan itu dimulai dari angka nol atau tidak ada menjadi ada maka menunjukkan batas minimal, tetapi apabila dimulai dari angka berbilang seperti ayat tentang kebolehan poligami maka merupakan batas maksimal dimulai dari angka nol atau dari tidak ada menjadi ada maka menunjukkan batas minimal, tetapi apabila dimulai dari angka berbilang seperti ayat tentang kebolehan berpoligami maka merupakan batas maksimal. Spirit hak waris bagi perempuan dalam Qur'an pada dasarnya adalah untuk mengangkat status dan derajat kaum perempuan yang semula dipandang bukan sebagai subyek hukum yang setara dengan laki-laki dalam mewarisi peninggalan orang tua mereka.²⁶² Oleh karena itu memberikan hak waris bagi perempuan separuh bagian laki-laki bukanlah final.²⁶³ Pembuat hukum dalam hal ini adalah Allah SWT dimana Allah sendiri menyuruh hambanya berlaku adil karean adil dekat pada takwa. Demikian pula meyuruh hambanya apabila mengadili diantara sesama orang maka hendaklah mengadili dengan cara yang adil. Membedakan perempuan dengan laki-laki dihadapan hukum, bukanlah suatu cara yang adil dan menjauhi takwa. Al-Qur'an adalah pembeda yang terang antara yang benar dengan yang salah, antara yang baik dengan yang buruk, adalah adil apabila kasus yang sama diadili dengan cara yang

²⁶¹ Muhammad Abduh, *Al-Amal al.Kamilkah Li Al Syaikh Muhammad Abduh*. Beirut: Daar Al Syuruq, 1414 H/1993 M, Jilid V.hlm 173

²⁶² Lihat Q.S An nisa ayat 7

²⁶³ Terdapat indicator untuk mengatakan hak waris bagi perempuan adalah tidak final: (1) ketentuan mengenai hukum waris (faraidh) adalah hak perdata (hukukul ibad bukan hukukullah), alasannya karena dikesampingkan oleh perdamaian,(2) adanya ketentuan ayat 11 boleh dikesampingkan dengan perdamaian menunjukkan bukan Qath'iyudi tanfidz,(3) tidak ada nash yang menunjukkan berdosa bagi ahli waris yang tidak membagi harta warisan orang tuanya sesuai hukum faraidh

sama dan tentu tidak adil memperlakukan hukum yang sama terhadap kasus yang berbeda.

Apabila mencermati kondisi sosial, ekonomi, dan politik masyarakat Arab pra Islam dimana mereka terkenal sangat memarjinalkan kaum hawa dipandang sebagai subyek hukum.²⁶⁴ Apabila dikaitkan dengan gerak teks-teks dari ayat-ayat waris tersebut selanjutnya sampai kepada persoalan perbudakan (memerintahkan pembebasan budak tetapi tidak sampai menasabah teks ayat tentang perbudakan), karena masyarakat Arab kala itu memandangnya sebagai aset maka secara *hermeneutika*, kita dapat menjelaskan tentang model konseptual dalam meneliti hubungan mengenai teks hukum terhadap pemenuhan nilai-nilai sosial²⁶⁵. Untuk mengetahui apa yang diindikasikan yang tersembunyi dibalik teks-teks dan konsep hukum kewarisan Islam, dalam hal ini model dan gagasan teks meliputi dua dimensi yaitu (1) tingkat otonomi dan generalitas aturan hukum (2) dan sejauh mana aturan hukum memberikan sumbangan terhadap realisasi nilai-nilai sosial tertentu.²⁶⁶

Dimensi pertama bahwa otonomi pembuat hukum adalah Allah SWT dan aturan hukum dibuatnya untuk kepentingan mayoritas masyarakat, sejauh mana aturan ini dibuat dikaitkan dengan aturan sebelumnya dan pembuat hukum mengontrol keberlakuan hukum yang dibuatnya. Dimensi kedua nilai-nilai sosial menurut Trubek²⁶⁷ didefinisikan sebagai (1) keadilan bersama (perlakuan adil oleh Negara); (2) idealism (tingkat aktualisasi); (3) komonitas (tingkat sejauh mana partisipasi kelompok masyarakat yang diaturnya).

Upaya menyingkap yang tersembunyi dibalik teks konsep hukum waris tersebut terutama isu perempuan dan kesetaraan gender dapat tersingkap tatkala dikaitkan dalam konteks gerak teks yang berkaitan dengan persoalan perbudakan yang disembunyikan secara total adalah upaya membebaskan manusia, baik laki-laki

²⁶⁴ Lihat Abu Al Hasan Ali Ibnu Al Wahidi Al Nisabari, *Asbabun Nuzul*, Kairo, Mathba'ah Musthofa Al Bab Al Halabi T. Th. hlm .82-84

²⁶⁵ Lihat Anton F.Susanto. *Dekonstruksi Hukum, Eksplorasi Teks Dan Model Pembacaan*, Gema Publishing, Yoigyakarta, Hal 2010. hlm 153

²⁶⁶ Ibid, hlm 152

²⁶⁷ Ibid .hlm 153-154

maupun perempuan dari belenggu sosial dan nalar. Oleh karena itu teks yang menyebut nalar dilontarkan sebagai lawan dari teks yang menyebut perbudakan. Nilai-nilai tersebut disembunyikan dalam teks sekaligus di indikasikan oleh teks itu sendiri, sebab norma yang terkandung didalam teks tidak dipaksakan untuk berbenturan dengan nilai-nilai dalam realitas belenggu sosial tersebut, namun demikian teks mendorong pembaharuan secara parsial.²⁶⁸

Pembaharuan hukum kewarisan Islam, baik dalam Kompilasi Hukum Islam maupun melalui putusan kasasi (Yurisprudensi) antara lain dalam masalah penghalang bagi waris, wasiat wajibah, kesetaraan anak laki-laki dan perempuan dalam menghibah paman, kedudukan anak angkat dan ahli waris pengganti, bahkan telah mengisyaratkan pembaharuan mengenai hak dan kedudukan serta bagian anak perempuan dan anak laki-laki dengan bertolak pada prinsip-prinsip umum tujuan syariah (*maqasidis syariah*) telah mengangkat hak dan kedudukan anak perempuan sejajar dengan anak laki-laki. Spirit dasar yang merupakan pesan Al-Qur'an sebagai petunjuk telah menawarkan solusi hukum dengan cara memerdekakan hamba sahaya, perintah berbuat adil karena adil lebih dekat pada takwa, perintah menghakimi dengan cara yang adil, perintah berlaku adil terhadap anak-anak.

Dalam fiqih kewarisan Sunni, ahli waris dibedakan menjadi tiga kelompok yaitu *Zawil Furudh*, *Ashabat*. Dan *Zawil Arham*. Kelompok *zawil furud* adalah ahli waris yang sudah ditentukan bagiannya seperti seperdua, sepertiga, seperempat, seperenam dan seperdelapan. Sedangkan kelompok *ashabah* adalah ahli waris laki-laki yang bagiannya tidak ditentukan kecuali terhadap anak laki-laki apabila bersama anak perempuan, dan didalam praktik ahli waris *ashabah* menerima bagian sisa. *Ashabat* secara lughawi dalam tradisi Arab jahiliyah adalah kerabat laki-laki ayah yaitu anak laki-laki dan paman. Sedangkan kelompok *zawil arham* adalah kelompok ahli waris yang tidak termasuk pada *zawil furudh* dan *ashabat*, tetapi mereka mempunyai hubungan darah dengan pewaris. Kelompok ini oleh para ulama

²⁶⁸ Lihat Taufik , Makalah Yang Disampaikan Dalam Seminar Nasional Milad Hissi Ke 4 15 Maret 2012. hlm. 9

mendasarkan pada ketentuan surat Al-Anfal ayat 75 dan surat Al-Ahzab ayat 6. Istilah *zawil arham* diambil dari kata *ulul arham*. Mengenai bagaimana prioritasnya dan berapa bagiannya tidak ditemukan di dalam syariat maupun didalam fiqih. Ulama memasukkan kelompok ini sekedar menjaga kekosongan dalam kompilasi hukum Islam, *zawil arham* ini tidak ditemukan termasuk ahli waris.

Kelompok ahli waris dalam kompilasi hukum Islam, disebutkan dalam pasal 174 yaitu:

(1) *Kelompok –kelompok ahli waris itu sendiri terdiri dari:*

- a. *Menurut golongan darah; Golongan laki-laki terdiri dari ayah, anak laki-laki, saudara laki-laki, paman dan kakek;*
- b. *Golongan perempuan terdiri dari anak perempuan, ibu dan nenek*
- c. *Menurut hubungan perkawinan terdiri dari duda atau janda.*

(2) *Apabila semua ahli waris ada maka yang berhak mendapat warisan hanya anak, ayah, ibu, janda atau duda*

Dari ketentuan pasal tersebut akan menjadi persoalan hukum dan menarik untuk dibahas dan dikaji, anak perempuan tunggal yang bersama dengan paman (saudara ayah). Apakah anak perempuan tunggal yang telah ditentukan bagiannya dalam Al-Qur'an dapat menghibah paman, apakah kalalah itu termasuk anak perempuan.

Salah satu asas dalam hukum kewarisan Islam adalah asas *ijbari*. Menurut asas ini bahwa peralihan harta kekayaan pewaris kepada ahli waris berlangsung seketika pewaris meninggal dunia, tanpa transaksi dan berlaku secara *ijbari*. Kata *ijbari* dalam pengertian bahasa mengandung arti paksaan yaitu peralihan hak dari pewaris kepada ahli waris menurut ketentuan Allah SWT diluar kehendak pewaris.

Salah satu kaidah hukum kewarisan Islam menyebutkan *al qalalatu ma ada al walidu wal walad* (kalalah adalah apabila tidak ada ayah dan anak). Kata *al-walad* dalam bahasa Arab adalah berarti anak (anak laki-laki dan atau anak perempuan).

Secara *ijbari*, anak perempuan tunggal memperoleh hak waris separuh dari obyek warisan setelah dikeluarkan hak-hak yang wajib didahulukan. Namun,

menjadi persoalan hukum mengenai separuh obyek waris bagi paman melalui garis *ashabah*, ataukah *raad* bagi anak perempuan tunggal karena anak perempuan tunggal tersebut termasuk dalam pengertian anak (kalalah) yang berhak menghijab paman. Menurut ketentuan Kompilasi Hukum Islam dalam Pasal 174 ayat (2) menyebutkan “apabila semua ahli waris ada maka yang berhak mendapat warisan hanya: anak, ayah, ibu, janda atau duda”. Hanyalah anak termasuk anak perempuan dan tidak termasuk paman. Berkaitan dengan ini, paling tidak, ada tiga putusan Mahkamah Agung RI yang didudukkan sebagai yurisprudensi dan menjadi rujukan bagi hakim tingkat pertama dan banding dalam mengadili kasus yang sama putusan mahkamah agung tersebut adalah:

1. Nomor 86K/AG/tanggal 20 juli 1995
2. Nomor 184K/AG/1995, tanggal 30 september 1996
3. Nomor 327/AG/1997 tanggal 26 februari 1998

Didalam putusan Mahkamah Agung Nomor 86K/AG/1994 tanggal 20 juli 1995 salah satu pertimbangan hukumnya menyebutkan “menimbang bahwa Mahkamah Agung berpendapat selama masih ada anak laki-laki maupun perempuan, maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris, kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (terhijab). Bahwa pendapat ini sejalan dengan pendapat ibnu abbas, salah seorang ahli tafsir dikalangan sahabat nabi saw dalam menafsirkan kata walad pada ayat 176 surat An-Nisa yang berpendapat bahwa pengetian “walad” mencakup baik laki-laki maupun anak perempuan.

Dari fakta hukum yang dipertimbangkan dalam putusan tingkat pertama dan banding yang kemudian dipertimbangkan ditingkat kasasi sebagai berikut:

“Menimbang bahwa perkara ini, dengan adanya Putra Himmah binti Amaq Nawayah Pemohon kasasi /Tergugat asal (anak perempuan), maka Termohon kasasi/Penggugat asal (pamannya) menjadi tertutup atau terhijab untuk mendapat "atau bibi maka paman dan bibi (tante) terhijab untuk memperoleh warisan.

Argumentasi hukum yang dipegang Mahkamah Agung dalam putusannya tersebut didasarkan pada dua sumber hukum yaitu sumber hukum normatif didasarkan pada ketentuan Pasal 174 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam dan sumber hukum doktrin yaitu pendapat Ibnu Abbas.

Sebenarnya keberadaan paman sebagai ahli waris adalah dari golongan ashabah. Ashabah ini hanyalah hasil ijtihad para ulama yang mendasarkan pendapat dari ayat 11 dan 176 Surat An-Nisa yaitu kerabat laki-laki. Ibnu Abbas telah merawikan hadits Rasul SAW bersabda, "al hiqqu al faraidh bi ahliha pama tarakat al faraidhu fallaulaa rajulin dhakar in (berikanlah hak waris kepada yang berhak dan sisanya untuk ahli waris yang laki laki lebih utama). Terhadap hadis ini oleh ulama sunni dijadikan dasar hukum akan tetapi ulama syiah ja'fariyah menolak keberadaan hadis ini dan menganggapnya sebagai hadits maudhu'. Dalam kitab fiqih Syiah, anak perempuan dapat menghibab paman secara mutlak²⁶⁹. Pendapat ini sejalan dengan pendapat hukum yang dipegang Mahkamah Agung tentang anak perempuan menghibab paman. Sayangnya Mahkamah Agung tidak mengemukakan argumentasinya mengapa memilih pendapat tersebut untuk sependapat dengannya. Para ulama sunni tidak sependapat dengan pendapat dari Mazhab Syiah tersebut, anak perempuan adalah mendapat bagian furudhul muqaddarah dan sisanya adalah bagi ahli waris golongan ashabah maal ghaer (anak perempuan bersama tante) karena kedua ahli waris itu sama-sama mendapat seperdua (pendapat ini telah disepakati ahli sunni).

Terlepas adanya perbedaan pendapat mengenai hal tersebut diatas terhadap kasus itu memang menjadi wilayah ijtihadiyah, namun dalam memilih pendapat (doktrin hendaknya netral dan harus mengemukakan argumen mengapa sependapat dengan para ahli tersebut, dalam kitab-kitab makaranatul mazahib telah diatur rambu-rambu mengenai hal itu.

²⁶⁹ Rahmat syafei, *kajian terhadap putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia tentang Kewarisan saudara kandung dengan anak perempuan tunggal*, Mimbar hukum No 44, tahun X 1999

Menurut Bagir Manan, apabila suatu putusan telah berkekuatan hukum tetap maka dengan sendirinya menjadi hukum positif karena telah mengikat para pihak dalam putusan itu. Kaidah hukum muncul dari putusan itu menjadi kaidah yurisprudensi yang dapat dijadikan rujukan sebagai sumber hukum. Namun demikian karena hukum positif yang dimaksud disini bersifat subjektif, tidak menjadi kaidah yang berlaku umum.

Kedudukan yurisprudensi sebagai sumber hukum yang berasal dari doktrin. Kedudukan yurisprudensi, doktrin, dan sumber hukum lain yang berasal dari hukum yang hidup tumbuh dan berkembang di dalam masyarakat, apabila ditingkatkan kedudukannya atau diundangkan maka aturan itu menjadi mengikat secara umum dan wajib ditaati. Salah satu kaidah ushul fiqih menyebutkan “tasharruful Imam alarriyyati, manuthunbil masalahah“ sehingga apabila pemerintah mencanangkan suatu aturan hukum, selalu diarahkan kepada kemaslahatan.

Problem kesetaraan gender dalam hukum kewarisan Islam sebagaimana didalam Surat An-Nisaa ayat 7 apabila dikaitkan dengan ayat 11 yaitu bagian anak laki-laki sama dengan bagian dua anak perempuan. Sepertinya kedua ayat tersebut terdapat kesenjangan yang berarti terdapat masalah yang perlu dipecahkan.

Menurut Asaf. A. Fizee²⁷⁰ melalui penelitiannya menyimpulkan bahwa hukum kewarisan Islam terdiri dari dua unsur yang berbeda:

- a. Adat kebiasaan yang berlaku bagi masyarakat patrilineal.
- b. Peraturan yang diatur dalam Al-Qur'an dan dibawa oleh Nabi SAW.

Walaupun kedua unsur tersebut berbeda dan telah melampaui kurun waktu yang lama, namun tetap tidak bercampur dan masih dapat dipisahkan satu dengan lainnya.

Dalam konteks ini Mahmud Muhammad Thaha²⁷¹ mengemukakan pandangannya bahwa prinsip dasar dalam Islam sejatinya adalah kesetaraan penuh

²⁷⁰ Abdul Gaffar. *Filsafat hukum kewarisan islam, konsep kewarisan bilateral hazairin* penerbit, UII press Yogyakarta (anggota ikapi) Yogyakarta. Cetakan II tahun 2010. hlm .16

antara laki-laki dan perempuan. Lanjut menurutnya bahwa masyarakat Arab pada saat itu tidak siap termasuk kaum perempuan sendiri untuk menerima tatanan Islam yang memberikan hak-hak yang setara dengan antara laki-laki dan perempuan. Oleh karena itu, harus ada fase transisi dimana ada proses perkembangan di dalamnya antara laki-laki dan perempuan, baik secara individu maupun sosial. Maka Islam menawarkan tatanannya dengan cara menjadikan perempuan separuh dari nilai laki-laki dalam masalah warisan dan kesaksian.

Menurut Engineer, untuk memahami sepirit dasar hukum kewarisan Islam, perlu melakukan pembacaan historis dan menelisik kontak sosial kultural masyarakat Arab ketika Al-Qur'an diturunkan.²⁷²

Hazairin menyatakan bahwa sejatinya hukum kewarisan Islam berdasarkan ayat 7 Surat 4 adalah bilateral dari bentuk masyarakat yang parental hukum kewarisan Islam yang selama ini dianut di Indonesia adalah hukum kewarisan Ahlusunnah Wal Jamaah hasil ijtihad Imam Syafi'I yang terbentuk dari hukum masyarakat arab yang patrinal. Hal ini sebagai akibat pada masa itu ilmu mengenai bentuk masyarakat belum berkembang sehingga para mujtahid Ahlussunnah belum memperoleh bahan-bahan perbandingan mengenai berbagai hukum kewarisan masyarakat.²⁷³

Berkenaan dengan surat 4 (An-Nisa) ayat 11, filsafat Hermenutika dan dikonstruksi hukum dapat membuka bidang sensitif dalam teks.²⁷⁴ Ali Harb mengatakan meskipun teks Al-Qur'an memiliki kebenaran yang pasti dan absolut, penafsiran terhadapnya tetap relatif dan subjektif.²⁷⁵ Lanjut Ali Harb menyatakan tidak ada makna absolut dalam setiap uraiannya. Al-Quran selalu membuka diri

²⁷¹ TAufik(mantan wakil ketua Mahkamah Agung RI), *peluang dan tantangan Legislasi Hukum Materil Peradilan Agama Bidang Kewarisan dan hukum Ekonomi Syariah* (makalah disampaikan dalam seminar Nasional tanggal 12 Maret 2012 dalam musyawarah Nasional Ke II dan Milad Hissi ke 4 di Auditorium Prof .DR. Harun Nasution) Uin syarif Hidayatullah Jakarta. hlm 5

²⁷² Ibid. hlm. 6

²⁷³ Abdul Gafara Anshori.op.Cit. hlm.79

²⁷⁴ Anton F. Susanto. *Dkonstruksi Hukum*, Genta Publishing, Yogyakarta , tahun 2010. hlm. 1

²⁷⁵ Ibid. hlm 5

untuk interpretasi hermenutika maupun dikonstruksi, kecuali beberapa teks Al-Qur'an yang oleh Allah SWT menutup diri untuk dimaknai seperti teks dan sebagainya yang informasinya hanya dapat dimaknai oleh Allah SWT sendiri dan rasulnya yaitu Nabi Muhammad SAW.²⁷⁶

Yakub Ibnu Ibrahim Habib Al Anshori, murid Imam Abu Hanifah yang lebih dikenal dengan nama Abu Yusuf berpendirian bahwa nash sekalipun kalau dahulu dasarnya adat, dan adat itu kemudian telah berubah maka gugurlah pula hukum yang terkandung didalam nash itu.²⁷⁷

Dari pendapat (doktrin) sebagaimana diuraikan diatas, dijadikan pula sebagai argumen untuk menyatakan bahwa pembagain warisan anak laki-laki dua kali bagian anak perempuan adalah tidak final dan sejatinya adalah kesetaraan bagian anak laki-laki dan anak perempuan. Mengenai ayat 11 Surat An-Nisa diakui sebagai Qath'iyuddalalah karena kejelasan maknanya. Akan tetapi bukan Qath'iyut Tanfiedz karena penerapan ayat tersebut dalam ayat 128 Surat An-Nisa "washhulhu khaiaraon wauhdiratil anfusu syuhhah" (dan perdamaian itu lebih baik, dan ditabiatkan bagi jiwa-jiwa manusia sifat kikir /bakhil)

Konsep wali dalam masyarakat bangsa arab pada waktu turunnya ayat waris adalah sangat kuat karena berakar pada adat istiadat mereka yang berdasarkan sistem kekeluargaan patrineal. Masyarakat arab waktu itu tidak mengakui status perempuan setara dengan laki-laki bahkan mereka tidak mengakui sebagai hukum. Akan tetapi anak laki-laki sebagai wali sangat bertanggung jawab atas nafkah bagi anak perempuan.

Konsep hudud dalam ayat 13 dan 14 Surat An-Nisa. Bahwa keturunan tentang bagian anak laki-laki sama dengan bagian dua anak perempuan. Bahwa ketentuan ini tidak bernilai sebagai normatif. Adapun yang bernilai normatif adalah ketentuan bahwa anak laki-laki dan anak perempuan mempunyai hak dan kedudukan yang

²⁷⁶ Ibid. hlm 7

²⁷⁷ Ahmad Azhar BAsyir dkk, *Ijtihad Dalam Sorotan*. Penerbit Mizan, Bandung , Tahun 1988, hlm122

sama dalam mewarisi orang tua mereka. Inilah kaidah normatif yang berlaku universal. Siapapun dan kapanpun tidak boleh menetapkan untuk menghilangkan atau mengurangi hak dan bagian anak perempuan untuk mewarisi orang tua mereka. Menghilangkan atau mengurangi hak dan bagian anak perempuan adalah bertentangan dengan ketentuan ayat 132 dan ayat 14 Surat An-Nisa. karena itu bagian anak perempuan yang seperdua dari bagian anak laki-laki adalah standar minimal. Akan tetapi, menggeser bagian anak perempuan ke arah yang sama dengan bagian anak laki-laki adalah tidak bertentangan dengan Surat An-Nisa ayat 11 tersebut.

1. Anak Tiri Dan Statusnya Dalam Hukum Kewarisan Islam

Anak tiri adalah anak bawaan suami atau anak istri ke dalam perkawinannya yang kedua dan seterusnya. Al-Qur'an melarang menikahi antara seorang ayah dengan anak tirinya (anak bawaan istrinya) atau seorang ibu dengan anak tirinya yaitu anak bawaan suami kedalam perkawinannya dengan istrinya tersebut. Al-Qur'an tidak pernah menyebut anak tiri boleh menikah dan mewarisi harta peninggalan ayah tirinya. Kalau demikian berarti anak tiri tidak boleh mewarisi harta peninggalan dari ayah tirinya ataupun ibu tirinya.

Anak angkat yaitu anak orang lain yang diangkat oleh pasangan suami istri menjadi anaknya secara hukum. Kemudian status anak angkat diakui dalam Kompilasi Hukum Islam dan diberi hak untuk memperoleh bagian dari harta peninggalan orang tua angkatnya melalui porsi wasiat wajibah.²⁷⁸

Antara anak tiri dan anak angkat menjadi jelas perbedaannya karena anak angkat adalah anak orang lain yang diangkat sebagai anak secara hukum oleh pasangan suami istri. Sedangkan anak tiri adalah anak bawaan dari salah satu pasangan suami istri, dalam Al-Qur'an menyebutnya sebagai anak yang ada dalam pengakuan.

²⁷⁸ Lihat ketentuan pasal 209 Kompilasi Hukum Islam

Ditinjau dari kedekatan anak tiri dari pada anak angkat adalah lebih dekat status anak tiri dibandingkan dengan anak angkat:

- Status anak tiri berada pada posisi semi anak kandung karena ayah tiri atau ibu tiri secara jelas disebut dalam Al-Qur'an sebagai orang yang tidak boleh dinikahi. Sedangkan anak angkat tidak dilarang secara hukum untuk menikah dengan orang tua angkatnya.
- Anak tiri adalah anak kandung bawaan salah seorang suami atau istri kedalam perkawinannya. Al-Qur'an menyebut anak tiri sebagai "wallai fihujurikum" (anak dalam pangkuanmu). Berbeda dengan anak angkat bahwa anak angkat itu adalah orang lain yang diangkat secara hukum menjadi anak dari pasangan suami istri yang mengangkatnya.
- Persamaan anak tiri dengan anak angkat adalah bahwa keduanya tidak mempunyai hubungan darah antara anak tiri dengan orang tua tirinya demikian pula dengan anak angkat tidak mempunyai hubungan darah yang dekat dengan orang tua angkatnya.

Apabila akan melakukan penemuan hukum melalui analogi (qiyas aula), ditinjau dari aspek ontologi dan aksiologi, maka status anak tiri lebih dekat dan lebih utama sebagai anak dari pada status anak angkat. Tetapi secara epistemologi, mengapa anak angkat mendapat perlindungan hukum menurut Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam, sedangkan anak tiri tidak.?

Tidak ada ketentuan hukum, baik Undang-Undang maupun Kompilasi Hukum Islam yang mengatur status anak tiri yang memberi hak untuk memperoleh harta peninggalan orang tua tirinya, meskipun realitasnya anak tiri lebih dekat dan lebih utama dari pada anak angkat. Realitas inilah yang akan dijawab melalui Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 489/K/AG/2011 tanggal 23 Desember 2011. Putusan inilah yang menjembatani antara *Law in books* dengan *Law in action* dalam praktik di pengadilan.

Pertimbangan hukum dalam putusan tersebut dikemukakan sebagai berikut:

- Menimbang bahwa terlepas dari pertimbangan diatas menurut pendapat Mahkamah Agung, amar putusan *judex facti* yang menguatkan putusan Pengadilan Agama Malang harus diperbaiki sepanjang sisa harta warisan setelah dikeluarkan bagian ngatmini dengan pertimbangan sebagai berikut

- Bahwa *judex facti* sudah tepat dan benar, akan tetapi tentang harta warisan setelah dikeluarkan bagian Ngatmini oleh *judex facti* diperuntukkan LAZIZ (lembaga amil zakat, infaq, dan shadaqah) tidak benar. Seharusnya diberikan kepada anak tiri almarhum Djuwadi yaitu para Penggugat. Anak angkat saja diberi. Tidak masuk akal anak bawaan istrinya malah disingkirkan demikian saja.

- Menimbang bahwa terhadap kesimpulan diatas, ada pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*) dari hakim agung Mukhtar Zamzami dengan pertimbangan sebagai berikut :

- Menimbang bahwa anak tiri dari almarhum Djuwadi bukanlah ahli waris dan bukan pula zawil arham dari almarhum Djuwadi. Karena itu tidak ada alasan hukum apapun untuk menyerahkan sisa harta warisan almarhum Djuwadi kepada mereka dan tidak bisa pula dibandingkan dengan anak angkat yang sah berdasar kan hukum yaitu Pasal 209 ayat 2 Kompilasi Hukum Islam dan Yurisprudensi tetap memang berhak terhadap harta peninggalan melalui wasiat wajibah.

Bahwa berdasarkan hal di atas, putusan *judex facti* yang menyerahkan sisa harta wrisan kepada Laziz setempat adalah tepat dan karenanya permohonan Kasasi ini harusnya ditolak.

Menimbang bahwa walaupun demikian, karena suara terbanyak berpendapat bahwa permohonan kasasi ditolak dengan perbaikan yaitu dengan menyerahkan sisa harta warisan Djuwadi kepada anak tiri maka permohonan kasasi ini akan diputus dengan di tolak dan dengan perbaikan amar.

Putusan *judex facti* Pengadilan Agama Malang nomor 297/Pdt.G/2010/PA. Malang yang dilakukan putusan Nomor 104/Pdt.G/PTA.Sby dapat dikeritik berdasar ketentuan hukum acara perdata maupun berdasar hukum substantif sebagai berikut:

Dalam posita maupun petitum gugatan tidak pernah diminta agar sisa harta waris diperuntukkan kepada Laziz setempat, yaitu *judex facti* mengambil sikap sendiri bahwa sisa harta waris diberikan kepada Laziz, tidak pula mempertimbangkan *ex aequo et bono*. Sehingga dipandang menerapkan hukum yang ultra petita (mengabulkan apa yang tidak dituntut) dan atau menerobos ketentuan Pasal 178 HIR.

Dari sisi hukum substantif, putusan tersebut tidak mempertimbangkan RAD kepada ahli waris apabila ada sisa. Demikian pula tidak jelas pertimbangan *judex juris* yang menyerahkan sisa harta peninggalan kepada anak tiri apakah melalui wasiat wajibah berdasar qiyas aula terhadap anak angkat, ataukah ada argumentasi yang lain sehingga menyulitkan menarik kaidah hukum yang berbentuk melalui putusan tersebut.

Memberikan sisa harta peninggalan kepada anak tiri, sebenarnya adalah pembentukan hukum baru (*judge made law*), oleh karena sepanjang pengetahuan Penulis sebagai hakim, belum ada ketentuan hukum yang mengatur mengenai hal tersebut. Putusan yang dijatuhkan *judex juris* tersebut adalah putusan yang berhubungan perkembangan hukum sehingga *judex juris* menciptakan sebuah *Law standardst*.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 489K/Pdt-G/2011 tanggal 23 Desember 2011 telah berkekuatan hukum tetap dan dengan sendirinya telah menjadi hukum (*Res yudicata pro veritate hebetuur*) dan mengikat pihak-pihak dalam putusan tersebut.

Menurut Yahya Harahap, tidak semua putusan hakim bernilai yurisprudensi. Ada beberapa syarat yang harus dipenuhi, yaitu:

- a. Putusan mengandung nilai terobosan atas ketentuan Undang-Undang atau hukum yang berlaku.

b. Putusan diikuti secara konstan²⁷⁹

Putusan Mahkamah Agung tersebut untuk mencapai derajat sebagai *stare decisis* akan memerlukan waktu yang lama, apakah akan diikuti secara berlanjut dan konsisten oleh pengadilan tingkat pertama dan tingkat banding. Namun demikian harus diakui bahwa yurisprudensi sekalipun bukanlah menjadi kewajiban bagi hakim untuk mengikutinya. Setidaknya Mahkamah Agung dalam hal ini (a) bermaksud menciptakan sebuah *Law standards*, (b) Mahkamah Agung menciptakan landasan dan persepsi hukum yang sama sehingga berdasar asas *similia similibus*, apabila terdapat kasus yang sama akan diterapkan hukum yang sama, (c) Mahkamah Agung setidaknya mencegah disparitas penegakan hukum.

Dalam kerangka Negara hukum di Indonesia, tentunya putusan Mahkamah Agung tersebut harus diuji dan falsifikasi melalui sistem dan kerangka tata hukum yang berlaku di Indonesia. Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menegaskan bahwa:

“Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang –Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 demi terselenggaranya Negara hukum Republik Indonesia”

Dengan demikian pertimbangan hukum putusan sebagaimana disebutkan diatas akan difalsifikasi sebagai berikut:

- a. Apakah pendapat hukum yang menyatakan sisa harta peninggalan ayah tiri diberikan kepada anak tiri sebagai pendapat hukum yang menjawab empiris. Dijawab bahwa berdasarkan penelitian terhadap pendapat hukum tersebut adalah berkenaan dengan kasus kewarisan yang diajukan ke pengadilan.
- b. Apakah pendapat hukum tersebut bertentangan dengan ideologi Negara dalam hal ini pancasila, sepanjang analisa Penulis berkenaan dengan pendapat hukum tersebut tidak terdapat pertentangan dengan nilai-nilai Pancasila.

²⁷⁹ Yahya Harahap, Hukum Acara Perdata, Penerbit Sinar Grafika Ceatakan ke 4, Jakarta. Tahun 2006.Hlm .833

- c. Apakah pendapat hukum tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia maupun Undang-Undang lainnya. Sepanjang analisa Penulis berkaitan dengan pendapat hukum tersebut tidak terdapat pertentangan baik terhadap Undang-Undang Dasar tahun 1945 maupun terhadap Undang-Undang lainnya.
- d. Bahwa oleh karena putusan tersebut dimaksudkan untuk *Law standards* demi terciptanya yang sama terhadap kasus yang sama, maka tentulah putusan tersebut mengandung norma hukum yang bersifat futuristic, melindungi hak asasi manusia dan mengamankan keadilan.

Dengan demikian putusan tersebut telah menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 demi terselenggaranya Negara Hukum Indonesia.

Akan tetapi dalam pertimbangan hukum putusan tersebut terdapat *dissenting opinion*. Apakah dari kedua pendapat hukum yang berbeda tersebut, salah satu diantaranya terdapat pendapat hukum yang keliru atau kedua-duanya benar dan tepat. Dalam praktik pengadilan di Indonesia pendapat hukum yang diterima menjadi amar putusan adalah selalu pendapat hukum mayoritas, padahal tidak selalu pendapat hukum yang mayoritas itu yang paling benar dan tepat.

Berdasarkan ketentuan Pasal 14 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman menegaskan bahwa:

“Dalam sidang permusyawaratan, setiap hakim wajib menyampaikan pertimbangan atau pendapat tertulis terhadap perkara yang sedang diperiksa dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari putusan. Dalam hal sidang permusyawaratan tidak dapat dicapai mufakat bulat, pendapat hakim yang berbeda wajib dimuat dalam putusan”

Cerita mengenai pendapat hukum yang benar dapat dilihat dari ketentuan Pasal 50 ayat (1) dan Pasal 53 ayat(2) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan Kehakiman menyebutkan kriteria sebagai berikut: (a) memuat alasan-

alasan mengenai fakta-fakta hukum yang terbukti dipersidangan. (b) memuat dasar-dasar hukum yang menjadi argumentasi yuridis, (c) memuat pasal-pasal tertentu dari peraturan perundang undangan atau kaidah-kaidah hukum tidak tertulis.

Berdasarkan cerita ini, maka hanya pendapat kedua yang memenuhi syarat sebagai pendapat hukum yang sesuai dengan Pasal 50 ayat (1) dan Pasal 53 ayat (2) tersebut.

Akan tetapi pendapat hukum tersebut menurut Penulis, kedua-duanya sudah tepat dan benar. Perbedaan pendapat tersebut disebabkan karena perbedaan metode berpikir hukum.

Pendapat hukum yang pertama menganut metode berpikir *topical problematic* sedangkan pendapat hukum yang kedua menganut metode berpikir aksiomatik sistemik.²⁸⁰ Pendapat hukum yang pertama yaitu berpikir dalam suasana yang didalamnya tidak ditemukan kebenaran bebas ragu (norma hukum dalam tatanan hukum positif) yang dalam pertentangan pendapat, masalahnya bergeser dari hal yang menentukan apa yang konklusif (yaitu wasiat wajibah berdasar Pasal 209 KHI) menjadi hal yang menentukan apa yang paling dapat diterima (*acceptable*), untuk itu diajukan argumentasi yang mendukung pendapat hukumnya dan kekuatannya teruji dalam rapat musyawarah putusan. Pendapat hukum tersebut menjadi hukum kasus (*case law*). Adapun pendapat hukum yang kedua menggunakan metode berpikir aksiomatik sistemik yang pada dasarnya bertolak dari kebenaran bebas ragu melalui mata rantai perUndang-Undangan hukum positif sampai kepada kesimpulan yang mengikat yang penalarannya adalah silogisme yaitu Pasal 209 KHI dan yurisprudensi tentang wasiat wajibah terhadap anak angkat dijadikannya sebagai premis mayor atau sebagai alat ukur terhadap kasus.

Kasus anak tiri untuk memperoleh bagian warisan porsi wasiat wajibah, akan tetapi menjadi bahan perdebatan, karena tidak ada nash maupun dari kalangan ulama

²⁸⁰ Lihat Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Filsafat dan Teori Ilmu Hukum*. Op.Cit Hlm.253

yang dapat menjadi isyarat bagi anak tiri untuk memperoleh bagian warisan melalui wasiat wajibah.

2. Perceraian Dengan Segala Akibat Hukumnya

Orang yang boleh bereraai hanyalah orang yang pernah melangsungkan perkawinan menurut hukum agama yang dianut bagi mereka yang melangsungkan perkawinan.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dapat dikatakan sebagai Undang-Undang hukum positif yang berlaku di Indonesia bersumber dan berdasarkan hukum agama. Hal tersebut dapat dilihat dari ketentuan pasal 1, pasal 2 (1), pasal 6 ayat (6) , pasal 8 huruf (f), pasal 10 , pasal 29 ayat (2), dan pasal 63 ayat (1) butir (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.

Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menyatakan bahwa: “perkawinan adalah ikatan lahir bathin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhan Yang Maha Esa”.

Pasal 2 ayat (1) Menyatakan bahwa “perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaan itu”.

Pasal 6 ayat (1) menyatakan bahwa:

Pasal 8 butir (f) menyatakan bahwa “perkawinan dilarang antara dua orang yang mempunyai hubungan yang oleh agamanya atau peraturan lain yang berlaku dilarang kawin”.

Pasal 10 menyatakan bahwa “apabila suami dan istri yang telah bercerai kawin lagi satu dengan yang lain dan bercerai lagi untuk kedua kalinya, maka diantara mereka tidak boleh dilangsungkan perkawinan lagi, sepanjang hukum masing-masing agama dan kepercayaan itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain”.

Pasal 29 ayat (2) menyatakan bahwa “perjanjian perkawinan tersebut tidak dapat disahkan bila mana melanggar batas-batas hukum, agama dan kesusilaan”.

Pasal 63 ayat (1) butir (3) menyatakan bahwa “yang dimaksud dengan pengadilan dalam Undang-Undang ini ialah: (a) Pengadilan Agama bagi mereka yang beragama Islam”.

Pasal 172 Kompilasi Hukum Islam menyatakan bahwa: “seorang dinyatakan beragama Islam dari kartu identitas atau pengakuan atau kesaksian.

Dengan demikian perkawinan yang dilangsungkan secara Islam, walaupun salah seorang diantara mereka ada yang baru menyatakan diri secara formal menganut agama Islam. Apabila perkawinan mereka dilangsungkan menurut ketentuan hukum agama Islam yaitu sesuai syarat dan rukun perkawinan menurut hukum agama Islam, maka perkawinan itu sah menurut hukum. Adapun pencatatan atau pendaftaran perkawinan bukanlah syarat sah suatu perkawinan menurut hukum melainkan sebagai alat bukti pernikahan sebagai kewajiban warga negara terhadap negaranya.

Perkawinan yang dilangsungkan secara Islam, kemudian pasangan suami istri gagal membina rumah tangganya menjadi rumah tangga yang bahagia dan kekal, maka mereka dapat mengakhiri perkawinannya dengan perceraian yang dilakukan didepan sidang Pengadilan. Apabila salah seorang diantara pasangan suami istri murtad atau keluar dari agama Islam berlaku azas personalitas keislaman dan dalam praktek pengadilan kembali kepada dasar perkawinan mereka dilangsungkan menurut ketentuan hukum agama Islam ataukah menurut Islam ataukah menurut agama selain Islam ataukah melalui catatan sipil.

Apabila salah satu dari pasangan suami istri yang akan bercerai ternyata tidak beragama Islam lagi, akan tetapi perkawinannya dilangsungkan menurut ketentuan hukum agama Islam, maka perceraianya menjadi kewenangan Peradilan Agama. Tetapi apabila perkawinan mereka dilangsungkan tidak menurut hukum agama Islam, maka perceraianya menjadi kewenangan Peradilan umum meskipun pada waktu akan melakukan perceraian, kedua mereka pasangan suami istri itu sudah menganut agama Islam.

Apabila perkawinan dari pasangan suami istri dilangsungkan menurut ketentuan hukum agama Islam, kemudian suami keluar dari agama Islam (murtad) dan perkawinan mereka gagal membentuk rumah tangga yang bahagia, kemudian suami yang murtad itu mengajukan permohonan talak, dalam praktik di Pengadilan Agama, suami yang tidak beragama Islam tidak boleh mengucapkan ikrar talak, berbagai alasan hukum yang dikemukakan oleh hakim Pengadilan Agama ada yang menyatakan bahwa oleh karena perkawinan dilangsungkan menurut hukum agama Islam maka perceraian mereka harus pula dilangsungkan menurut ketentuan hukum Islam, sedangkan ucapan ikrar talak adalah bagian dari *taabbudi* mengenai pemutusan perkawinannya dan tidak pantas bagi mereka yang tidak beragama Islam melakukan proses *taabbudi* menurut agama Islam.

Ada juga yang berpendapat bahwa perkawinan yang dilangsungkan secara Islam, apabila salah seorang diantara mereka murtad maka perkawinan mereka telah putus secara *fasakh* sejak murtadnya, dan perceraian menjadi putus karena putusan pengadilan. Bagaimana menjawab petitum permohonan talak bagi laki-laki murtad. Menurut ketentuan hukum acara dalam Pasal 189 RBG atau Pasal 178 HIR. Hakim wajib mengadili seluruh bagian gugatan, hakim dilarang mengabulkan lebih dari yang dituntut atau mengadili apa yang dituntut. Sehingga apabila didalam petitum gugatan terdapat kalimat apabila hakim berpendapat lain maka mohon keadilan yang seadil-adilnya. Maka petitum gugatan primer dinyatakan tidak dapat diterima karena tidak berdasar hukum kemudian mengabulkan gugatan yang subsider tersebut.

Berkaitan dengan tuntutan nafkah istri, dalam hal ini hakim sering melakukan terobosan hukum dan cenderung melanggar ketentuan pasal 189 Rbg, akan tetapi mempertimbangkan petitum subsidair tentang *ex aequo at bono*.

Sebuah gugatan cerai dari seorang istri dengan gugatan yang bersifat assesoir yaitu nafkah istri sejumlah Rp 15.000.000,- perbulan, Pengadilan menolak gugatan cerainya (gugat pokok) tetapi mengabulkan gugatan yang bersifat assesoir. Lebih

dari yang dituntut yaitu sejumlah Rp.50.000.000,- perbulan dengan mempertimbangkan *ex aequo et bono*. Judex faktie mempertimbangkan *ex aequo et bono*. Judex faxtie mempertimbangkan bahwa oleh karena suami istri dari penggugat berpenghasilan satu milyar keatas setiap bulan sebagai pengusaha sukses. Sedangkan istri (Penggugat) yang meskipun kebutuhan sandang pangan dan kesehatan tercukupi sehari-harinya, akan tetapi Penggugat yang sudah berusia 60 tahun cenderung beribadah secara bebas dalam bentuk harta benda (*maaliyah*) yaitu zakat, infak dan sadakah, sehingga patut gugatan penggugat dikabulkan lebih dari yang dituntut yaitu Rp 50.000.000,-perbulan. Putusan tersebut mungkin tidak melahirkan kepastian hukum akan tetapi secara moral telah melahirkan keadilan dan kemanfaatan bagi Penggugatnya.

Putusan yang senada dengan putusan tersebut adalah Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat Nomor 249/Pdt.G/2007/PA.Jp tanggal 16 januari 2008 yang amarnya berbunyi:

1. Mengabulkan permohonan pemohon.
2. Menetapkan memberi izin kepada pemohon untuk mengucapkan ikrar talak atas diri didepan sidang Pengadilan Agama Jakarta setelah putusan ini berkekuatan hukum tetap.
3. Menghukum pemohon untuk membayar nafkah selama masa *iddah* sebesar Rp.600.000.000,- (enam ratus juta rupiah) dan mut'ah sebesar Rp. 400.000.000, (empat ratus juta rupiah) kepada termohon yang dibayar setelah pemohon mengucapkan ikrar talak dimuka persidangan.
4. Menolak permohonan sita harta bersama (*marital beslag*).
5. Membebankan kepada pemohon untuk membayar biaya perkara ini sebesar Rp.506.000,- (lima ratus enam ribu rupiah).

Dalam tingkat banding, Pengadilan Tinggi Agama Jakarta dengan putusan Nomor 48/Pdt-G/2008/Pta-Jkt tanggal 24 September 2008 memutuskan yang amarnya berbunyi:

1. Mengabulkan permohonan banding termohon/pembanding.
2. Membatalkan putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat Nomor 249/Pdt-G/2007/PA.JP tanggal 16 Januari 2008 dan dengan mengadili sendiri.
3. Menyatakan permohonan pemohon tidak dapat diterima.
4. Membebankan kepada pemohon untuk membayar segala biaya perkara ditingkat pertama sebesar Rp 506.000,- (lima ratus enam ribu rupiah)
5. Membebankan kepada pembanding/termohon untuk membayar segala biaya yang timbul dalam perkara ini pada tingkat banding sebesar Rp 88.500,- (delapan puluh delapan ribu lima ratus rupiah).

Dalam tingkat kasasi Mahkamah Agung dengan putusan Nomor 184/AG/2009/ tanggal 4 Agustus 2009 memutuskan yang amarnya sebagai berikut:

1. Menolak permohonan kasasi dari pemohon kasasi tersebut.
2. Menghukum pemohon kasasi/pemohon untuk membayar biaya perkara ini dalam tingkat kasasi ini sebesar Rp. 500.000,-(lima ratus ribu rupiah).

Pengadilan Tinggi Agama Jakarta yang membatalkan putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat mengambil pertimbangan hukum sebagai berikut:

1. Menimbang bahwa dalam praktik hukum acara perdata, pembuatan surat permohonan, dapat diikuti dua teori. Pertama yaitu *substantiering theory* dimana dalam posita permohonan secara rinci diuraikan fakta-fakta atau kejadian riil yang dijadikan dasar permohonan *feitelijke gorden*. Atau memakai sistem kedua yaitu *individualisering theory* dimana pemohon dalam positanya hanya menyebutkan rumusan alasan pokoknya saja yang menunjukkan adanya hubungan hukum yang menjadi dasar gugatan/permohonan tanpa menyebutkan kejadian-kejadian nyata secara rinci tetapi hal ini nanti dalam persidangan harus dikemukakan atau diuraikan dengan jelas dan rinci.
2. Menimbang bahwa oleh sebab itu pemohon/pembanding dalam positanya tersebut ternyata tidak menyebutkan secara rinci peristiwa atau kejadian riil yang disebutnya sebagai perbedaan prinsip dalam menyelesaikan perselisihan dan pertengkaran antara

pemohon/terbanding dan termohon/pembanding. Sehingga pengadilan tingkat banding menilai bahwa pemohon/terbanding dalam menyusun surat permohonannya menggunakan teori yang kedua yaitu *individualisering theory*. Pengadilan Tinggi akan menelusuri lebih lanjut, apakah pemohon/terbanding telah mengemukakan peristiwa atau kejadian secara rinci sehingga apa yang disebut perbedaan prinsip dalam menyelesaikan kemelut rumah tangga yang menyebabkan terjadinya perselisihan dan pertengkaran.

3. Menimbang bahwa pemohon /terbanding dalam dalil permohonannya menyatakan bahwa antara pemohon/terbanding dengan termohon/pembanding terjadi perbedaan prinsip dalam menyelesaikan rumah tangga dan hal itu selalu menjadi penyebab perselisihan dan pertengkaran, dalam pernyataan tersebut sedikitnya dua hal yang belum jelas yaitu tentang fakta apa yang dimaksud dengan perbedaan prinsip dan tentang apa yang dimaksud dengan masalah rumah tangga yang menjadi penyebab perselisihan pertengkaran.

Pengadilan Tinggi Agama berpendapat bahwa dalil permohonan pemohon/terbanding belum menjelaskan mengenai fakta-fakta atau kejadian secara kongkret sehingga gugatan penggugat dipandang kabur sehingga menurutnya harus dinyatakan tidak dapat diterima.

Pengadilan Tinggi Agama selaku *judex factie* seharusnya membuat putusan sela dan melakukan pemeriksaan tambahan tentang hal-hal yang belum jelas, oleh karena itu berdasar pada Pasal 178 ayat (1), pengadilan wajib menyempurnakan dasar-dasar hukum yang belum dijelaskan didalam surat gugatan. Demikian pula hakim karena jabatannya demi kelancaran persidangan wajib membantu para pihak, lagi pula meskipun terdapat dalil gugatan yang kabur tetapi dalil gugatan yang lain sudah ada yang terbukti secara sah menurut hukum pembuktian, maka gugatan dapat dikabulkan. Dalam berita acara bahwa hal-hal yang terbukti dipersidangan secara induktif dapat disimpulkan telah terjadi perselisihan dan pertengkaran yang terus

menerus dan tidak ada harapan untuk dapat didamaikan kembali dengan demikian berarti ikatan pernikahan suami istri yang bersangkutan telah pecah.

Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 184K/AG/2009 tanggal 4 Agustus 2009, yang menolak permohonan kasasi akhirnya diajukan permohonan Peninjauan Kembali ke Mahkamah Agung RI dengan alasan terdapat kesalahan nyata dalam putusan *yudex juris* (putusan kasasi) tersebut.

Dalam permohonan Peninjauan Kembali, putusan Mahkamah Agung Nomor 67PK/AG/2010 tanggal 23 desember 2010. Mahkamah Agung berpendapat bahwa alasan-alasan permohonan peninjauan kembali (PK) dapat dibenarkan karena Mahkamah Agung telah melakukan kekhilafan nyata dengan pertimbangan sebagai berikut:

“Adanya perselisihan dan pertengkaran yang terus menerus telah menjadi fakta hukum dipersidangan tingkat pertama karena kedua belah pihak (pemohon dan termohon) telah pisah kamar sejak tahun 2006 dan seterusnya pisah tempat tinggal. Ini merupakan indikasi adanya ketidak harmonisan dan perselisihan terus menerus”.

Pengadilan Agama Jakarta pusat telah melakukan proses *hakamain* dari kedua belah pihak, tetapi gagal sehingga tidak ada harapan pemohon dan termohon dapat hidup rukun lagi dalam rumah tangga yang sakinah mawaddah, warahmah.

Prinsip *mariage breakdown* atau pecahnya perkawinan telah menjadi yurisprudensi tetap Mahkamah Agung setidaknya untuk perkawinan diantara sesama Islam.

Berdasarkan ketentuan peraturan perundang undangan yaitu pasal 39 ayat (a) berikut penjelasannya, jungkto pasal 19 huruf (f) peraturan pemerintah nomor 9 tahun 1975, juncto pasal 116 huruf (f) kompilasi hukum Islam, maka berdasarkan pasal 22 ayat (2) peraturan pemerintah nomor 9 tahun 1975 tersebut, Mahkamah Agung berpendapat cukup alasan untuk mengabulkan permohonan PK dari pemohon.

Terdapat yurisprudensi yang senada dengan putusan tersebut yaitu putusan Mahkamah Agung RI Nomor 38K/AG/1990 tanggal 5 Oktober 1991 yang mempertimbangkan sebagai berikut:

“ bahwa Mahkamah Agung RI berpendapat kalau yudex factie berpendapat bahwa alasan perceraian menurut pasal 19 huruf (f) peraturan pemerintah nomor 9 tahun 1975 telah terbukti, maka hal ini semata-mata ditunjukkan pada perkawinan itu sendiri tanpa mempersoalkan siapa yang salah dalam hal terjadinya perselisihan dan pertengkaran yang terus menerus dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga”.

Adapun amar putusan Mahkamah Agung nomor 67PK/AG/2010 tanggal 23 desember 2010 yang membatalkan putusan kasasi nomor 184K/AG/2009 tanggal 4 agustus 2009 sebagai berikut:

1. Mengabulkan permohonan peninjauan kembali dari pemohon peninjauan kembali tersebut.
2. Membatalkan Putusan Mahkamah Agung Nomor 184K/AG/2009 tanggal 4 agustus 2009

Mengadili kembali:

1. Mengabulkan permohonan pemohon;
2. Memberi izin kepada pemohon untuk menjatuhkan talak satu raj'i terhadap termohon didepan sidang Pengadilan Agama Jakarta Pusat;
3. Menghukum pemohon untuk membayar kepada Termohon
 - a. Mut'ah sebesar Rp 900.000.000,- (sembilan ratus juta rupiah)
 - b. Nafkah, maskan, dan kiswah selama masa iddah sebesar Rp 600.000.000,- (enam ratus juta rupiah)
4. Memerintahkan Panitera Pengadilan Agama Jakarta Pusat untuk mengirimkan salinan penetapan ikrar talak kepada pegawai pencatat nikah dan seterusnya.

Penghukuman kepada pemohon untuk membayar mut'ah dan nafkah iddah didasarkan pada ketentuan pasal 41 huruf (c) Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan yang berbunyi sebagai berikut:

“Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan atau menentukan suatu kewajiban bagi bekas istri.”

Pasal tersebut diterapkan oleh *yudex factie* Pengadilan Agama Jakarta Pusat secara *ex officio* tanpa didasarkan pada tuntutan didalam gugatan.

Ruang lingkup pemeriksaan hakim persidangan ditentukan oleh posita dan petitum didalam surat gugatan/permohonan sebagai ciri dan karakter hukum perdata. Semua yang dicatat dalam berita acara harus berdasarkan pada pemeriksaan persidangan pengadilan. Pemeriksaan di persidangan harus didasarkan pada surat gugatan. Demikian pula membuat putusan harus berdasarkan berita acara sebagai hasil pemeriksaan dipersidangan.

Berkaitan dengan putusan Mahkamah Agung dalam perkara peninjauan kembali nomor 67PK/AG/2010 tanggal 23 Desember 2010 juncto Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat Nomor 249/Pdt.G/2007 yang amar putusannya sebagai berikut:

Amar putusan Pengadilan agama angka 3 berbunyi:

3. Menghukum pemohon untuk membayar nafkah selama masa *iddah* sebesar Rp. 600.000.000,- (enam ratus juta rupiah) dan *mut'ah* sebesar Rp 400.000.000,- (empat ratus juta rupiah) kepada termohon yang dibayar setelah pemohon mengucapkan ikrar talak dimuka persidangan.

Amar putusan Mahkamah Agung (putusan PK) angka 3 berbunyi:

3. Menghukum pemohon untuk membayar kepada termohon
 - a. Mut'ah sebesar Rp 900.000.000,- (Sembilan ratus juta rupiah)
 - b. Nafkah, maskan dan kiswah selama masa iddah sebesar Rp 600.000.000,- (enam ratus juta rupiah)

Penghukuman kepada pemohon untuk membayar *mut'ah* dan nafkah *iddah* kepada termohon sebagaimana dalam amar tersebut tidak didasarkan pada gugatan, baik dari pemohon sendiri maupun dari termohon sebagai orang yang berhak dan berkepentingan. Oleh karena tidak ada dalam surat permohonan pemohon dan tidak pula menjadi gugatan balik dari termohon, maka hal itu tidak pernah terungkap dalam pemeriksaan di persidangan tentang berapa kemampuan riil bagi pemohon untuk memberikan keperluan hidup berumah tangga bagi termohon. Dengan demikian tidak ada yang tertulis dalam berita acara tentang kebutuhan berumah tangga bagi termohon dan berapa kemampuan riil bagi pemohon untuk membayar sesuai kewajibannya (tidak ada patokan sebagai tolok ukur baginya).

Kalau demikian berarti baik Pengadilan Agama Jakarta Pusat maupun Mahkamah Agung dalam putusan Peninjauan Kembali telah berbuat *ultra petita* karena telah mengabdikan apa yang tidak dituntut oleh pemohon maupun oleh termohon sebagai orang yang berhak dan berkepentingan.

Mengenai pasal 41 huruf (c) Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 yang berbunyi: “pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan /atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas istri”. Pasal tersebut apakah termasuk dari hukum formal atau tetap sebagai hukum materiil. Dalam pasal tersebut terdapat kata “dapat” yang memberi hak diskresi bagi hakim sehingga hakim menetapkannya secara *ex officio* meskipun tanpa didasarkan pada gugatan. Ada pula yang berpendapat bahwa pasal tersebut adalah semata mata hukum materiil karena menyangkut tentang kewajiban dan hak, sehingga penerapannya harus berdasarkan gugatan dan dipertahankan menurut ketentuan hukum formal, dengan demikian tidak boleh bertentangan dengan ketentuan pasal 189 Rbg khususnya ayat (2) dan (3) yang berbunyi:

- (1) hakim wajib mengadili semua bagian tuntutan;
- (2) Ia dilarang menjatuhkan keputusan atas perkara yang tidak dituntut atau memberikan lebih dari yang dituntut.

Dalam praktik di Pengadilan Agama pada umumnya perempuan yang tidak mau ditalak oleh suaminya, mereka tidak mau mengajukan tuntutan menyangkut hak-hak yang melekat pada dirinya seperti nafkah *iddah* dan *mut'ah*. Sedangkan bagi pemohon menjadi logis tidak mengajukan tuntutan terhadap dirinya sendiri.

Hakim yang memeriksa kasus permohonan talak dengan alasan karena telah terjadi perselisihan dan pertengkaran yang terus menerus dan tidak ada harapan untuk dapat hidup rukun kembali. Hakim meneliti sumber awal perselisihan dan pertengkaran yang terus menerus itu berasal dari suami, maka hakim secara moral menghukum pemohon untuk membayar nafkah *iddah* dan nafkah *mut'ah* sebagai hak yang melekat pada istri yang akan dicerai dan ketentuan pasal 41 huruf (c) ditetapkan secara *ex officio* meskipun menyimpang dari ketentuan hukum formal (pasal 189 Rbg).

Penerapan pasal 41 huruf (c) Undang-Undang nomor 1 tahun 1974 secara *ex officio* telah menjadi yurisprudensi tetap Mahkamah Agung RI sehingga berlaku sebagai hukum formal.

3. Hadhonah Dan Segala Akibat Hukumnya

Anak yang lahir dari kandungan ibunya, ia lahir dalam keadaan fitrah (suci bersih) dan kedua orang tua berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya sebaik-baiknya menjadi anak yang terdidik, shalih dan shalihah, menuju bahtera kehidupan duniawi dan ukhrowi, sejahtera lahir bathin, berbakti untuk nusa bangsa.

Kewajiban orang tua sebagaimana diurai diatas, berlaku sampai anak dewasa atau dapat berdiri sendiri atau sudah kawin, kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan kedua orang tua telah putus karena perceraian.

Sebaliknya anak wajib menghormati orang tuanya meskipun berbeda agama dan wajib mentaati kehendak orang tua yang mengarahkan kepada kebaikan, kecuali kehendak untuk mendurhakai sang khalik (pencipta bumi dan langit beserta segala isinya). Jika anak dewasa, iapun berkewajiban memelihara orang tuanya.

Anak yang belum dewasa atau belum pernah melangsungkan kawin, berada dibawah kekuasaan dan pemeliharaan orang tuanya selama mereka belum dicabut kekuasaannya selaku orang tua. Akan tetapi meskipun telah dicabut, kekuasaannya tetap berkewajiban memberi biaya penghidupan, biaya pendidikan dan biaya pemeliharaan kesehatan terhadap anak-anaknya. Orang tua yang belum atau tidak dicabut kekuasaannya, mewakili kepentingan anaknya mengenai perbuatan hukum di dalam dan diluar pengadilan.

Orang tua dapat dicabut kekuasaannya terhadap anaknya seorang atau lebih, atas permintaan orang tua yang lain atau keluarga anak dalam garis lurus keatas atau saudaranya yang dewasa, diajukan kepada Pengadilan untuk memutuskan dengan alasan (a) apabila orang tua sangat melalaikan kewajibannya kepada anaknya, (b) atau orang tua berkelakuan buruk sekali. Meskipun orang tua telah dicabut kekuasaannya, mereka masih tetap berkewajiban untuk memberi biaya pemeliharaan kepada anak-anaknya.

Bagaimana jika kedua orang tua akan bercerai atau keduanya bercerai, kepada siapa diantara mereka yang harus atau diberi kewajiban untuk memelihara anak.

Yang dimaksud pemeliharaan anak (*hadhonah*) adalah kegiatan mengasuh, memelihara dan mendidik anak-anak mereka hingga dewasa atau dapat berdiri sendiri (pasal 1 huruf (g) Kompilasi Hukum Islam.

Dalam hal apabila kedua orang tua melakukan perceraian dengan akibat tidak dapat memelihara, merawat dan mendidik anak-anaknya secara bersama-sama dan apabila hal itu diperselisihkan maka pengadilan yang akan memutuskannya dengan berpedoman kepada ketentuan pasal 105 Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi:

Dalam hal terjadinya perceraian:

- a. Pemeliharaan anak yang belum *mumayyizz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya;
- b. Pemeliharaan anak yang sudah *mumayyizz* diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya;

c. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.

Meskipun kedua orang tuanya bercerai, bila tidak memperselisihkan pemeliharaan anak maka baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya semata mata berdasarkan kepentingan terbaik bagi anak. Bapak bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan anak, bilamana bapak tidak mempunyai kesanggupan untuk itu maka ibu turut bertanggung jawab.

Pada umumnya ahli fiqih mensyaratkan hak pengasuhan anak kepada orang tua yang muslim. Kompilasi Hukum Islam pasal 172 menentukan bahwa anak yang masih di bawah umur, mereka beragama menurut agama ayahnya atau lingkungannya.

Banyak permasalahan hukum berkaitan dengan *hadhahah* ini antara lain perbedaan kewarganegaraan, perbedaan agama, ibunya murtad dan kembali kelingkungan keluarga semula, ayah beragama Islam tetapi berkelakuan buruk sekali. Dalam hal seperti ini, hakim seharusnya melakukan terobosan hukum yang bernilai yurisprudensi. Terobosan hukum tidak hanya terhadap hukum materiil melainkan juga terhadap hukum formal, bila mana Undang-Undang tertulis maupun Kompilasi Hukum Islam sudah tidak memberi perlindungan hukum semata-mata kepentingan terbaik bagi anak. Prinsip hukum *due proces of law* harus ditegakkan.

Titik berat pada pemeriksaan perkara *hadhahah* adalah kepentingan terbaik bagi anak, acuannya adalah Undang-Undang tentang perlindungan anak dan bukan mengacu pada kepentingan orang tua yang memperebutkan anaknya.

Pengadilan dapat menunjuk pihak ketiga yaitu lembaga pemeliharaan anak (panti asuhan) apabila orang tua berselisih mengenai pengasuhan anak yang masih dibawah umur 12 tahun, disebabkan karena murtad dan kembali kelingkungan keluarga semula, sementara orang tua laki-laki berkelakuan buruk sekali. Hakim harus memperluas pengertian *ex aequo et bono* semata-mata demi kepentingan terbaik untuk anak. Ketentuan pasal 189 Rbg dapat disimpangi setelah mempertimbang fakta-fakta non doctrinal induktif. Fakta tentang ibunya murtad,

pecandu narkoba, nara pidana berkelakuan tidak baik, pergaulannya di masyarakat bagaimana, dan sikapnya dalam rumah tangga, semuanya harus dipertimbangkan. Demikian pula keadaan suami harus dipertimbangkan secara komprehensif dari berbagai aspek, kemudian secara induktif ditarik kesimpulan sebagai fakta. Fakta tersebut harus pula dipertimbangkan mengenai boleh tidaknya menjadi argumen pintu masuk pada prinsip hukum *ex aequo et bono* dan prinsip hukum *due process of law*. Sehingga hukum yang tidak adil harus dibuat adil dan diterapkan secara adil.

Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam perkara Peninjauan Kembali Nomor 12PK/AG/2012 terhadap putusan ini terdapat dua kaidah yaitu (1) hak asuh bagi yang telah berusia 12 tahun (telah memasuki usia *mumayyiz*), mereka berhak menentukan dirinya untuk ikut ibu atau ayahnya, (2) pembagian harta bersama meliputi dan termasuk kewajiban pelunasan hutang pada pihak lain. Meskipun putusan itu menjadi Jurisprudensi, tidak bersifat preseden bagi hakim Indonesia.

Meskipun hak hukum bagi anak yang sudah *mumayyiz* berhak menentukan dirinya untuk ikut ibu atau ayahnya, namun jika kedua orang tua sangat melalaikan kewajibannya dan atau berkelakuan buruk sekali. Maka semata-mata kepentingan terbaik bagi anak, hakim dapat melakukan terobosan hukum bernilai Jurisprudensi.

Melalui uraian deskriptif analitis diatas, penulis menilai bahwa implementasi regulasi yang mengatur tentang argumentasi putusan hakim yang berkeadilan sudah terbentuk dan dilaksanakan dalam putusan-putusan yang telah diuraikan diatas. Kehadiran putusan-putusan diatas menjadi bukti bahwa fungsi hakim dalam posisi ini tidak hanya menjadi corong undang-undang saja, namun berfungsi dalam pembentukan hukum baru yang berkeadilan dan berkemanfaatan. Walaupun masih banyak pihak berperkara yang memanfaatkan upaya hukum (semisal banding, kasasi, dan peninjauan kembali) terhadap putusan tersebut, hemat penulis kondisi ini terjadi akibat perbedaan pandangan dan perspektif pihak yang berperkara dengan pandangan majelis hakim pemeriksa perkara, bukan karena adanya anggapan bahwa hakim

hanya berfungsi sebagai corongnya undang-undang saja, tanpa memperdulikan asas kemanfaatan dan keadilan bagi setiap masyarakat pencari keadilan.

BAB IV

PUTUSAN HAKIM SEBAGAI PRODUK HUKUM DAN KEADILAN

A. Pertimbangan Nilai dalam Argumentasi Putusan Hakim

Tidak pernah bisa menyimpulkan sepenuhnya bahwa apa yang diputuskan oleh hakim, sudah sepenuhnya memenuhi tujuan kepastian dan juga pasti adil. Hukum juga tidak bisa diidentikkan dengan keadilan sebab hukum itu adalah sebagai sarana sedangkan keadilan adalah tujuan. Pound menyatakan bahwa hukum adalah sebagai alat untuk memperbaharui masyarakat (*a tool of social engineering*), sedangkan Mochtar menyebut hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat. Kalau demikian berarti hukum adalah media untuk mendekati keadilan kalau tidak dapat dikatakan sebagai media untuk mencapai keadilan, dengan demikian tidak mungkin diperselisihkan antara sarana atau alat dengan tujuan.

Penalaran hukum bagi positivisme selalu menitik beratkan pada pencapaian kepastian hukum, akan tetapi ketika penalaran hukum tersesat dan semakin menjauh dari tujuannya yaitu kepastian dan keadilan, maka harus kembali ke pangkalannya semula. Adapun yang dimaksud “pangkalan” disini adalah komitmen hakim untuk mendekati tujuan yang ingin dicapai. Apabila sarana menjauh dari tujuan maka harus kembali dan mendekatkan hukum pada kepastian dan keadilan.

Putusan pengadilan yang kelihatan sebagai lembaran kertas, ternyata didalamnya juga sarat perselisihan antara kepastian hukum dan keadilan. Tentu saja positivisme pengikut John Austin dan Kelsen selalu mementingkan penegakan hukum tertulis (positif) tanpa mempersoalkan keadilan sebab yang ingin dicapai adalah kepastian hukum semata.

Negara hukum Indonesia menghendaki menegakkan hukum dan keadilan sehingga kepastian hukum dan keadilan harus menjadi produk putusan hakim. Dalam

kasus anak perempuan tunggal menghijab paman, kasus anak kandung non muslim, kasus anak tiri memperoleh harta waris peninggalan pewaris melalui porsi wasiat wajibah. Yang dalam hal ini merupakan pergulatan antara kepastian hukum dan keadilan. Ketika produk putusan menjadi yurisprudensi maka statusnya berubah menjadi sumber hukum.

Bagi yang mengunggulkan keadilan seperti aliran hukum alam, realisme hukum, selalu menuntut agar hukum positif dipertanggungjawabkan validitasnya pada nilai-nilai keadilan. Nilai keadilan merupakan *control transcendental* terhadap kemungkinan untuk memanipulasi hukum demi kepentingan pihak yang berkuasa. Keabsahan hukum positif, tidak semata-mata diukur dari produk pihak otoritas yang sah bagi yang membuatnya, melainkan tergantung pada isinya apakah memuat nilai-nilai keadilan sebab baginya hukum yang tidak adil tidak pantas disebut sebagai hukum. Akan tetapi standar dan kriteria keadilan tidak pernah dapat dibuktikan secara empirik disebabkan karena terlalu relatif sifatnya. Sehingga kalau ditanya apa ukuran adil itu maka selalu dijawabnya dengan normatif. Meskipun demikian, teori-teori tentang keadilan selalu mencari sumber kebenarannya pada intuisi, gagasan atau cita-cita yang dianut oleh filosof atau pemikir hukum tertentu. Menggantungkan keberlakuan hukum positif pada nilai-nilai keadilan yang abstrak tentu mengaburkan nilai-nilai kepastian hukum.

Pengadilan yang sehari-harinya bertugas menerima, memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan perkara dari berbagai kasus yang diajukan dan tidak boleh menolak untuk mengadili perkara tersebut.

Dalam kondisi seperti ini, hakim harus menerapkan hukum dan keadilan, hakim menerapkan dua macam aturan yaitu (1) Hukum formal yaitu ketentuan yang mengatur tata cara memeriksa dan mengadili suatu perkara. Dalam perkara perdata, hakim wajib mematuhi ketentuan hukum acara perdata yang ada dalam HIR/Rbg dan ketentuan hukum acara lainnya. Sebab dalam menjalankan hukum acara, dalam rangka mewujudkan keadilan prosedural. Keadilan prosedural tersebut adalah

penting menjaga kepastian hukum. Dalam kepastian hukum maka keadilan akan terjamin. Misalnya mendengar kedua belah pihak dipersidangan sesuai dengan asas *audi et alteram partem*, memberikan hak seluas-luasnya kepada kedua pihak untuk membuktikan dalil-dalilnya secara berimbang. Dalam mengajukan upaya hukum ada tenggang waktu yang tidak boleh dilewati. Hal tersebut untuk menjaga kepastian hukum demi keadilan; (2) hukum materil, yaitu hukum yang mengatur akibat hukum dari suatu hubungan hukum atau suatu peristiwa hukum. Hukum materil dimaksudkan untuk mewujudkan keadilan substansial, baik tertulis maupun yang belum tertulis yang bersumber dari kesadaran hukum masyarakat. Hakim dalam menerapkan hukum materil, dibekali pengetahuan ilmu hukum seperti interpretasi, argumentasi analogi, a contrario dan penghalusan hukum, teori-teori hukum dan filsafat hukum. Hakim tidak boleh gegabah menyimpangi ketentuan hukum formal meskipun dengan alasan demi keadilan, sebab keadilan itu sangat relatif sifatnya.

Kalau para hakim dalam musyawarah putusan berselisih pendapat tentang tujuan hukum yang hendak dicapai (antara kepastian hukum dan keadilan), bagaimana pemecahannya, jawabnya kembali kepada rumusan Undang-Undang tentang *dissenting opinion* telah mengatur mekanismenya. Kelemahan argumentasi bagi yang mengutamakan keadilan, membuka pintu bagi aliran-aliran hukum untuk melakukan kritik seperti halnya dengan positivism.

Positivism mengutamakan kepastian hukum dibanding keadilan. Cara pandang positivism hukum yang formalistik, membuat hakim tidak dapat bertanya apakah norma hukum positif itu adil atau tidak adil. Jika diundangkan atas dasar otoritas yang sah maka cukuplah menjadi hukum yang sah dengan demikian mengikat warga Negara termasuk hakim.

Hakim yang positivistik tinggal menemukan penafsirannya karena Undang-Undang sudah tersedia dan siap saji sebagai premis mayor terhadap premis minornya lalu menarik kesimpulan sebagai pendapat hukum menjawab petitum

gugatan sebab kesimpulan sesungguhnya telah dipersiapkan melalui premis mayornya.

Hakim yang positivistik, metode berpikirnya selalu aksiomatik sistemik. Hukum positif sebagai premis mayor dan fakta hukum sebagai premis minor. *The rule systematizing logic of legal science* selalu menjadi alat ukur penerapan hukumnya. Fakta-fakta yang tidak sesuai dengan norma hukum positif, tetapi masih dalam jangkauan keberlakuannya dapat dinyatakan berdasar hukum, peralihan hak milik karena jual beli tidak membatalkan sewa-menyewa, lalu bagaimana peralihan hak milik karena pewarisan atau hibah yang tidak ditunjuk dalam Undang-Undang. Disini berlaku argumentasi peranalogan atau *qiyas* karena terdapat inti persamaan antara cabang dengan pokok.

Premis mayor yang tidak sesuai fakta, bagi hakim professional selalu melakukan interpretasi dalam konteks kenyataan *factual* (konkret). Anak tiri yang banyak membantu ayah tirinya dalam hal pengembangan dan perolehan harta lalu tiba-tiba ayah tiri meninggal dunia tanpa meninggalkan wasiat dapat dipersepsikan seolah-olah telah diberi wasiat dan ditetapkan oleh hakim sebagai wasiat wajibah sama seperti anak angkat memperoleh harta waris melalui porsi wasiat wajibah. Hukum positif betapapun lengkapnya selalu tertatih-tatih mengikuti perkembangan zaman, selalu dibatasi oleh ruang dan waktu yang pada zaman lain sudah tidak berlaku lagi, bunyi Undang-Undangnya menjadi tidak berlaku lagi. Dahulu mempertontonkan alat supaya orang tidak hamil, dapat dituntut pidana, sekarang sudah menjadi program keluarga berencana. Undang-Undangnya tidak dihapus tetapi hukumnya tidak berlaku lagi, mendekati penafsiran pada bunyi teks, malah menjauhkan dari rasa keadilan.

Putusan yang mendekati keadilan, tentu bukan putusan yang penalaran hukumnya hanya menempatkan hakim sebagai mulut atau corong Undang-Undang. Kita dapat menilai putusan yang berkualitas yang argumentasinya dapat memulihkan kepercayaan masyarakat. Hakimnya tidak hanya membaca teks tetapi berusaha

menembus apa yang ada dibalik teks, berdialog dengan konteks seraya melibatakan kepekaan nuraninya.

Mahkamah Agung Republik Indonesia mempunyai tugas dan fungsi melakukan pengawasan terhadap jalannya peradilan dan melakukan pembinaan terhadap pengadilan-pengadilan dibawahnya. Terkait dengan ini Mahkamah Agung telah memberi penafsiran putusan bebas dalam pasal 244 KUHAP. Membedakan pengertian “putusan bebas” menjadi *ouslag van recht vervolging* yaitu putusan pelepasan dari segala tuntutan hukum oleh karena perbuatan yang didakwakan terbukti tetapi bukan perbuatan pidana. Dibedakan dari *vrijspraak* (putusan bebas murni), yaitu putusan pembebasan dari segala tindakan hukum (bebas murni) karena unsur perbuatan yang didakwakan dalam surat dakwaan tidak terbukti atau hakim membebaskan terdakwa karena tidak terbukti melakukan tindak pidana yang didakwakan dalam surat dakwaan.

Apa yang menjadi argumentasi Mahkamah Agung yang merupakan pintu masuk menerobos ketentuan Pasal 244 KUHP, penulis kutip pertimbangan hukumnya sebagai berikut:

Menimbang bahwa pasal 244 KUHAP menentukan bahwa terhadap putusan perkara pidana yang diberikan pada tingkat terakhir oleh pengadilan lain selain dari pada Mahkamah Agung. Terdakwa atau penuntut umum dapat mengajukan permintaan kasasi kepada Mahkamah Agung kecuali putusan bebas;

Menimbang bahwa akan tetapi Mahkamah Agung berpendapat bahwa selaku badan Peradilan Tertinggi yang mempunyai tugas untuk membina dan menjaga agar semua hukum dan Undang-Undang diseluruh wilayah negara diterapkan secara tepat dan adil. Mahkamah Agung wajib memeriksa apabila ada pihak yang mengajukan permohonan kasasi terhadap putusan pengadilan bawahannya yang membebaskan terdakwa yaitu guna menentukan sudah tepat dan adilkah putusan pengadilan bawahannya itu;

Menimbang bahwa namun demikian sesuai yurisprudensi yang sudah ada, apabila ternyata putusan pengadilan yang membebaskan terdakwa itu merupakan pembebasan yang murni sifatnya. Maka sesuai ketentuan pasal 244 KUHAP tersebut, permohonan kasasi tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima;

Menimbang bahwa sebaliknya apabila pembebasan itu didasarkan pada penafsiran yang keliru terhadap sebutan tindak pidana yang dimuat dalam surat dakwaan dan bukan didasarkan tidak terbuktinya sesuatu unsur perbuatan yang didakwakan, atau apabila pembebasan itu sebenarnya adalah merupakan putusan lepas dari segala tuntutan hukum, atau apabila dalam menjatuhkan putusan itu, pengadilan telah melampaui wewenangnya (meskipun mengenai hal itu tidak diajukan sebagai keberatan kasasi). Mahkamah Agung atas dasar pendapatnya bahwa pembebasan itu bukan merupakan pembebasan yang murni, harus menerima permohonan kasasi tersebut;²⁸¹

Inilah argumentasi yang merupakan refleksi penegakan hukum yang mendialogkan pasal 244 KUHAP dengan kepastian hukum dan keadilan. Dalam penegakan hukum modern, rasa kepastian hukum tidak boleh dijadikan satu satunya dasar putusan hakim sebab ada keharusan agar putusan hakim didasarkan pula pada asas kemanfaatan dan asas keadilan.

Parameter penegakan hukum menurut Lon Fuller dalam bukunya berjudul *the morality of law* menyebutkan sebagai berikut: (1) hukum harus diikuti semua orang termasuk penyelenggara; (2) hukum harus dipublikasikan; (3) hukum berlaku kedepan, bukan berlaku surut; (4) kaidah hukum harus tertulis secara jelas, sehingga diketahui dan diterapkan secara benar; (5) hukum harus menghindari diri dari kontradiksi-kontradiksi; (6) hukum jangan mewajibkan sesuatu yang tidak mungkin dipatuhi; (7) hukum harus bersifat konstan, tetapi hukum harus diubah jika situasi politik dan sosial telah berubah.

²⁸¹ Lihat putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 275K/Pid/1983

Prinsip penting di dalam suatu negara hukum adalah adanya jaminan kesetaraan kedudukan dihadapan hukum bagi semua orang. Sudargo Gautama menjelaskan hubungan dan kedudukan individu menurut teori negara hukum adalah bahwa dalam suatu negara hukum, terdapat pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan, negara tidak maha kuasa. Negara tidak dapat bertindak sewenang-wenang, tindakan-tindakan negara terhadap warga negaranya dibatasi oleh hukum.²⁸²

Prinsip hukum dalam suatu negara hukum adalah adanya pembatasan kewenangan hakim, selain pembatasan kewenangan relatif juga ada pembatasan kewenangan absolut. Dalam penegakan kewenangan absolut juga diatur dalam ketentuan hukum formal dan hukum materil, yang dikenal sebagai hukum prosedural dan hukum substantif. Hakim dalam mengambil keputusan hukum juga tidak boleh melanggar ketentuan pasal 178 HIR/189 Rbg. Namun demikian, prinsip hukum *duo process of law* memberi persyaratan yuridis bahwa pembuatan putusan hakim tidak boleh berisikan hal-hal yang dapat mengakibatkan perlakuan secara tidak adil, tidak logis dan sewenang-wenang.

H. Azikin dalam putusan Kasasi pada kasus waduk kedung ombo, telah berbeda pendapat dengan Ketua Mahkamah Agung RI yaitu Ganda Subrata. Telah merentangkan pasal 178 Herzieene Indonesischn (HIR) dan gugatan subsidair *ex aequo et bono* pada perbincangan yang ingin diwujudkan dalam putusan tersebut adalah keadilan dan kemanfaatan serta kepastian hukum.

Konsep berpikir yang tertuang dalam pasal 178 HIR adalah sebuah teori yang mengajarkan tidak boleh mengabdikan lebih dari pada yang dituntut, atau mengabdikan apa yang tidak dtuntut.

Fakta muncul adalah bahwa para penggugat telah menetapkan nilai ganti rugi pada saat mengajukan gugatan di Pengadilan Negeri Semarang tahun 1990 adalah

²⁸² O.C. Kaligis, Antropologi Tulisan Ilmu Hukum, jilid 6, PT. Alumni Bandung, 2011, hlm. 90

sejumlah Rp 10.000,- permeter persegi.²⁸³. Gugatan ini dikalahkan pada tingkat *yudex factie* tingkat pertama dan banding sehingga diajukan koreksi pada tingkat kasasi. Dalam putusan kasasi dipertimbangkan mengenai nilai Rp 10.000,- itu tidak dapat lagi digunakan untuk membeli tanah ditempat lain, baik kualitas. Karena itu Azikin memberi putusan dengan nilai ganti rugi Rp 50.000,- permeter persegi. Karena adanya kesenjangan teori dengan fakta.

Azikin memberi putusan dengan nilai sebagaimana tersebut. Sebagai seorang guru besar ilmu hukum dan sebagai hakim Agung, dipastikan bukan kekhilafan tetapi persoalan nilai aksiologi yang ingin diwujudkan dalam putusannya yaitu keadilan dan kemanfaat. Karena itu menurutnya bahwa *ex Aequo et bono* sebagai suatu prinsip hukum, yang didukung dengan prinsip hukum dalam teori Negara hukum yaitu *due process of law*, maka penerapan Pasal 178 HIR dalam kasus tersebut tersebut dinilai tidak adil karena itu harus dibuat adil dan diterapkan secara adil. Sejumlah pertanyaan muncul, apa yang dimaksud dengan nilai gugatan yang diminta penggugat, apakah nilai gugatan itu Rp 10.000,- permeter persegi seperti tertulis dalam surat gugatan para penggugat yang dibuat tahun 1990; atau nilai riil tanah pada saat putusan kasasi dijatuhkan, lalu apa hakikat daripada ganti rugi itu. Bukankah kewajiban Negara menjadikan kehidupan warga negara untuk layak. Layakkah kehidupan warga Negara dengan ganti rugi Rp 10.000,- dimana nilai tersebut tidak dapat lagi digunakan untuk membeli tanah yang sama luas dan kualitasnya. Pertanyaan-pertanyaan ini merupakan indikator atau parameter untuk pencapaian keadilan dan kemanfaat. Karena itulah bahwa dengan prinsip hukum *ex aequo et bono*, memberi kebebasan kepada hakim untuk menilai kepantasan dan kesesuaian rasa keadilan masyarakat, sehingga hakim tidak tunduk lagi pada ketentuan Undang-Undang dalam kasus tersebut.

²⁸³ Lihat putusan kasasi No 2263K/Pdt/1991 dan putusan peninjauan kembali (PK) No. 650 PK/Pdt/1994. Tentang kasus Waduk Kedung Ombo, 34 orang perwakilan warga Kedung Ombo mengajukan gugatan terhadap pemerintah Republik Indonesia sehubungan dengan ganti rugi atas tanah mereka untuk keperluan proyek pembangunan Waduk Kedung Ombo di Jawa Tengah melalui Pengadilan Negeri Semarang .

Berbeda dengan putusan peninjauan kembali (PK), menurut Purwoto Ganda Subrata bahwa yang yang menentukan nilai itu adalah para pihak dan bukan hakim karena karakter hukum perdata bahwa hakim itu adalah figur yang pasif, kebenaran yang dicari adalah juga kebenaran formal. Penalaran hukum yang digunakan adalah pola penalaran *doktrinal deduktif*. Sehingga *ex aequo et bono* tidak memberi kebebasan mutlak kepada hakim, melainkan tetap wajib mengacu pada materi tuntutan itu sendiri, hakim terikat pada teori yang ditentukan dalam pasal 178 HIR. Hakim tidak boleh memutus melebihi tuntutan yang diminta.

Sebenarnya apabila hakim berani memaknai ulang ketentuann normatif dengan mempertimbangkan konteks kasus secara kasuistis, maka akan lahir putusan-putusan bermutu dan berkualitas jurisprudensi menyerupai putusan Linderbaum Cohen 1929 Negeri Belanda.

Ada beberapa alasan yang memberi peluang agar hakim dapat berkereasi melakukan penemuan hukum atau penciptaan hukum yaitu (1) hakim tidak terikat pada sistem preseden; (2) hakim wajib mengadili seluruh bagian gugatan; (3) hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu kasus dengan alasan Undang-Undang nya tidak jelas atau tidak ada sama saekali, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

B. Pertimbangan Prismatik Dalam Prespektif Ilmu Hukum

Penalaran adalah kegiatan berpikir yang bersifat logis dan analitis menurut pola tertentu, berbeda dengan intuisi meskipun merupakan kegiatan berpikir tetapi tidak berdasar pada pola tertentu.²⁸⁴

Pengetahuan yang dipergunakan dalam penalaran pada dasarnya bersumber daripada rasio dan fakta. Mereka yang berpendapat bahwa rasio adalah sumber kebenaran kemudian mengembangkan menjadi paham yang kemudian disebut rasioanalisme. Sedangkan mereka yang berpendapat bahwa fakta yang terungkap

²⁸⁴ Jujun S. Susiasumantri, Filsafat hukum sebuah Pengantar Populer, Penerbit Sinar Jakarta, Jakarta, 2010 hlm. 43-45

lewat pengalaman manusia merupakan sumber kebenaran kemudian mengembangkan menjadi paham yang kemudian disebut sebagai paham empirisme.

Paham rasionalisme dirintis oleh Plato yang beranggapan bahwa pengetahuan sejati adalah pengetahuan tunggal yang tidak berubah-ubah yaitu pengetahuan yang menangkap ide-ide. Pengetahuan manusia bersifat *apriori* (mendahului pengamatan) karena melekat pada rasio itu sendiri. Kebenaran apriori adalah kebenaran dari akal budi sehingga dikelompokkan dalam ilmu-ilmu formal.²⁸⁵

Paham rasionalisme muncul kembali dalam filsafat modern yang dipelopori oleh Rene Descartes, Spinoza dan Wolff. Mereka beranggapan bahwa pengetahuan sejati dapat diperoleh dari rasio sendiri dan bersifat apriori yang menghasilkan pernyataan-pernyataan logis, analitis dan matematis. Paham rasionalisme kemudian berkembang menjadi teori yang disebut teori Koherensi. Menurut teori koherensi ini bahwa kebenaran tidak ditentukan kesesuaian antara proposisi baru dengan proposisi yang sudah diterima sebagai kebenaran.

Apabila mengikuti teori kebenaran koherensi dalam penerapannya hukum maka pendapat hukumnya dapat diprediksi (*predictability*) dan berarti menjamin kesetabilan maupun kepastian hukum.

Dalam teori kebenaran koherensi, fakta-fakta diandaikan sebagai premis minor, sedangkan proposisi yang dianggap benar dan sudah ada dijadikan premis mayor. Kesimpulan yang ditarik adalah merupakan jawaban yang sudah disediakan oleh premis mayor itu sendiri. Sebagai contoh proposisi yang dianggap benar dan bersifat apriori “semua manusia pasti mati,” dijadikan premis mayor. Fakta baru (proposisi baru) dijadikan premis minor “Sokrates adalah manusia”, kesimpulan yang tersedia dari premis mayornya adalah manusia dan mati, maka kesimpulan yang ditarik adalah “Sokrates pasti mati”.

Proposisi yang menjadi kesimpulan yang ditarik dari kebenaran yang bersifat apriori adalah proposisi yang pasti (*predictability*). Implikasi dari teori kebenaran

²⁸⁵Widodo Dwi Putro, op-cit 236-237

koherensi apabila diterapkan dalam ranah penegakan hukum. Maka hakim tidak akan melakukan terobosan hukum, karena jawaban atas premis minor sudah tersedia dalam premis mayor sehingga menghalangi lahirnya yurisprudensi baru.

Menurut Baharuddin Siagian, dalam kegiatan mengadili selalu terkait dengan kasus. Hakim itu selain dipandu oleh rasio mereka juga mempunyai naluri yang tajam bilamana berhadapan dengan kasus. Dengan naluri yang tajam itu bagaikan indra keenam untuk menemukan kebenaran. Hakim itu tidak boleh mengatakan seyogyanya atau hendaknya atau seharusnya sebab hukum itu bunyinya tegas dan pasti.²⁸⁶

Hakim terikat pada bunyi Undang-Undang, mereka tidak boleh menolak untuk menerima, memeriksa, dan mengadili kasus yang dihadapkan kepadanya dengan alasan hukumnya tidak ada atau tidak jelas sebab Negara telah memberi kewenangan kepadanya untuk melakukan interpretasi. Baharuddin Siagian mencontohkan pasal 244 KUHAP tentang putusan bebas. Mahkamah Agung melakukan terobosan hukum tentang perbedaan *Ontslag Van recht Vervolging* dengan *Vrijspraak*.

Memulihkan kesalahan penerapan hukum adalah suatu keharusan bagi pencari keadilan untuk menempuh upaya hukum, baik upaya hukum biasa maupun upaya hukum luar biasa. Akan tetapi dalam praktik pengadilan, upaya hukum itu tidak selalu karena kesalahan penerapan hukum melainkan karena ketidakpuasan terhadap keputusan yang disebabkan perbedaan pendapat dalam memberi arti teks atau kontek dalam sebuah aturan sebagaimana halnya pasal 244 KUHAP.

Mewujudkan tujuan hukum dalam putusan seperti kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan, maupun ketertiban adalah suatu keharusan, tetapi sangat tidak mudah diwujudkan karena berbagai tujuan hukum tersebut tidak selalu berjalan seiring.²⁸⁷

²⁸⁶ Baharuddin Siagian, Hakim Tinggi pada Badan Pengawasan Mahkamah Agung RI wawancara tanggal 17 Februari 2020 di kantor Sekretaris Mahkamah Agung Republik Indonesia Lantai 8

²⁸⁷ Bagir Manan, Menegakkan hukum suatu pencarian, Penerbit Asosiasi Advokat Indonesia (AI), Jakarta, 2009, hlm. 224

Bagaimanakah kaitan menciptakan hukum dengan menemukan hukum. Dalam hal ini posisi hakim dalam wadah Negara Hukum Indonesia, bukan saja menerapkan hukum sebagaimana adanya di persepsikan teori kebenaran koherensi, sebab hakim boleh membuat atau menciptakan hukum dikenal dengan istilah *Judge made law*, tetapi tidak sebagaimana adanya legislatif melainkan melalui putusan.

Menemukan hukum adalah merupakan upaya mendapatkan hukum dari suatu hukum yang sudah ada, atau mendapatkan hukum diluar peraturan perUndang-Undangan. Mendapatkan hukum dari hukum yang sudah ada merupakan upaya hakim untuk memberi makna dari kata-kata sebuah aturan hukum yang sudah ada, seperti kata putusan bebas dalam pasal 244 KUHAP diberi makna sebagai *Vrijsppraak* sehingga putusan bebas *ontslag Van recht Vervolging* dapat dimohonkan kasasi.

Selain metode interpretasi sebagai model penemuan hukum dari aturan hukum yang sudah ada, terdapat pula metode pembentukan hukum dengan teori argumenum pranalogian. Metode pembentukan hukum dengan argumentasi ini adalah merupakan cara untuk mengkaji bagaimana menganalisis dan merumuskan suatu argumentasi secara jelas dan rasional dengan cara mengembangkan kriteria universal dan kriteria yuridis untuk digunakan sebagai landasan rasionalitas argumentasi. Seperti menganalogikan peralihan hak karena jual beli tidak menghapus sewa menyewa dengan peralihan hak karena hibah dan pewarisan, karena mempunyai inti persamaan untuk dianalokan. Demikian juga pembentukan hukum yang menggunakan teori argumentasi *a contrario* seperti perempuan yang meninggal suaminya wajib menjalani waktu tunggu empat bulan sepuluh hari (130 hari), lalu bagaimana dengan suami yang meninggal istrinya apakah juga wajib ber-*iddah* seperti istri yang meninggal suaminya. Dalam hal ini berlaku *a contrario*. Bagaimana pula dengan pelaku dan korban dalam pelanggaran lalu lintas dimana sikorban mempunyai andil kesalahan, dalam hal ini berlaku argumentasi berupa penghalusan hukum atau penyempitan hukum, dengan prinsip keseimbangan perlindungan hukum antara pelaku dan korban. Adapun menemukan hukum diluar Undang-Undang, dilakukan

oleh hakim dengan memanfaatkan kaidah-kaidah hukum dari yurisprudensi, dapat pula berupa kaidah hukum yang berasal dari hukum yang hidup dalam masyarakat sesuai rasa keadilan mereka, serta asas-asas yang menjadi tuntutan masyarakat seperti tuntutan kesusilaan.²⁸⁸

Begitu pula menciptakan hukum melalui konstruksi sebagai upaya hakim yang harus memutus tetapi tidak tersedia aturan hukum yang dapat dijadikan dasar atau terdapat aturan hukum tetapi sudah ketinggalan zaman sehingga terjadi kekosongan hukum (normatif), kewenangan diberikan Undang-Undang pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No 48 tahun 2009 menyebutkan “Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.

Secara sosiologis, ketiadaan aturan hukum antara lain apabila penerapan hukum yang ada akan bertentangan dengan rasa keadilan atau akan menimbulkan pertentangan social atau akan bertentangan ketertiban umum atau dengan prinsip-prinsip yang diterima secara umum di masyarakat.²⁸⁹

Dengan demikian maka syarat kebolehan melakukan penciptaan hukum adalah: (a) terjadinya kekosongan normatif; (b) dipertimbangkan melalui putusan hakim; (c) berkenaan dengan kasus konkret; dan (d) bersifat individual.

Penciptaan hukum melalui putusan hakim (hukum *in concreto*) dapat saja menjadi hukum *in abstracto* apabila kaidah dalam putusan hakim tersebut diambil alih oleh pembentuk Undang-Undang menjadi Undang-Undang, maka menjadilah hukum positif yang berlaku umum, demikian pula putusan hakim yang telah berkekuatan hukum tetap (*res iudicata pro veritate habetur*), lalu diikuti dalam praktik hukum sesuai asas *similia similibus* maka menjadilah hukum *in abstracto* meskipun dalam tradisi Eropa Kontinental, hakim tidak wajib mengikuti yurisprudensi. Tidak

²⁸⁸ Bagir Manan, Menegakkan hukum suatu pencarian, Penerbit Asosiasi Advokat Indonesia (AI), Jakarta, 2009. hlm. 170-171

²⁸⁹ Bagir Manan, Menegakkan hukum suatu pencarian, Penerbit Asosiasi Advokat Indonesia (AI), Jakarta, 2009. hlm. 172

sebagaimana halnya dalam tradisi *Anglo Saxon* yang menganut sistem preseden. Indonesia sebagai penganut sistem *Eropa Kontinental*, dalam hal terjadi kekosongan normatif maka hakim wajib menciptakan hukum. Terdapat tiga alasan kebolehan hakim untuk melakukan penemuan hukum atau penciptaan hukum yaitu (1) hakim Indonesia tidak menganut sistem preseden; (2) hakim wajib mengadili seluruh bagian gugatan; (3) hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan hukumnya tidak ada atau tidak jelas melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Salah satu metode pembentukan hukum adalah teori argumentasi. Hasil penciptaan hukum oleh hakim hanya diakui sebagai hukum manakala dihasilkan dalam proses peradilan, inilah yang disebut *ratio decidende*, berbeda dengan dengan *obiter dicta* yaitu pendapat hukum oleh hakim yang tidak berkenaan dengan proses peradilan.²⁹⁰

Teori argumentasi merupakan salah satu cara melakukan penemuan hukum oleh hakim dalam menangani dan menyelesaikan perkara yang sedang dihadapi dan perkara tersebut tidak ada peraturan yang mengaturnya secara khusus dalam Undang-Undang. Dengan demikian argumentasi hukum merupakan hasil keterampilan ilmiah dalam rangka pemecahan masalah-masalah hukum (*legal problem solving*).

Teori ini berkembang sejak Aristoteles yang dimulai dengan studi sistematis tentang logika yang konsisten dalam premis hingga kesimpulan. Pemikiran yang mendasari ditetapkannya metode argumentasi hukum adalah banyaknya kasus-kasus baru yang muncul di masyarakat, sementara didalam Undang-Undang belum diatur secara khusus, maka hakim melakukan argumentasi hukum guna menjawab kasus-kasus tersebut.

Untuk mewujudkan konsep keadilan dalam menyelesaikan kasus hukum yang terjadi didalam masyarakat, maka seorang hakim harus menggunakan metode berfikir yuridis yang mempunyai ciri-ciri sebagai berikut;

²⁹⁰ Satjipto Raharjo, ilmu Hukum, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 113-114

- (1) Argumentasi (penalaran hukum) yaitu berusaha mewujudkan konsistensi dalam aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum. Dasar pemikirannya adalah keyakinan bahwa hukum harus berlaku sama bagi semua orang.
- (2) Dalam penalaran hukum terjadi penalaran dilektikal, yakni menimbang nimbang klaim yang berlawanan, baik perdebatan pada pembentukan Undang-Undang maupun dalam proses pertimbangan pandangan dan fakta yang diajukan para pihak dalam proses peradilan.

Dalam hal tidak ada aturan hukumnya dalam Undang-Undang, berarti hakim menghadapi kekosongan hukum sehingga hakim harus mengisi atau melengkapinya. Selain itu hakim sekali-kali tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak ada atau tidak jelas bunyi Undang-Undang. Untuk mengisi kekosongan ini, hakim dalam menjalankan tugasnya dapat melakukan tindakan penemuan hukum atau pembentukan hukum. Salah satunya adalah dengan metode argumentasi, yang dibagi menjadi tiga yaitu:

- (1) Argumentasi analogi atau argumentasi afortori.
- (2) Argumen a contrary.
- (3) Penyempitan hukum atau penghalusan hukum.

Sebenarnya metode argumentasi ini berbasis teks artinya metode ini digunakan apabila aturan hukum tertulisnya ada tetapi tidak lengkap. Analogi dan penghalusan hukum, merupakan metode kontruksi yaitu dari *species* ke *genus* untuk kemudian melihat apakah pada kasus itu masuk dalam kawasan *genus* tersebut. Sedangkan pada penghalusan hukum, orang memulai dari *genus* untuk kemudian turun kepada *species*-nya.²⁹¹

Untuk lebih jelasnya metode Argumentasi tersebut akan dijelaskan sebagai berikut:

- (1) Argumentasi analogi metode ini pada dasarnya adalah upaya hakim untuk menerapkan Undang-Undang pada kasus konkret dengan cara memperluas

²⁹¹ Satjipto Raharjo, ilmu Hukum, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 106

permasalahan dan ruang lingkup yang diatur dalam Undang-Undang sehingga dapat diterapkan pada kasus yang sama inti yang diatur dalam Undang-Undang itu. metode argumentasi analogi ini didasarkan pada cara berpikir dari sesuatu yang khusus kepada yang khusus. Jadi metode ini tidak menggunakan cara berpikir deduktif maupun induktif. Dalam hukum Islam, metode ini disebut metode *qiyas*.

- (2) Argumentasi *a contrario*, merupakan metode penemuan hukum yang dilakukan dengan menentukan hal yang sebaliknya. Dalam hukum Islam, teori ini disebut *mafhum mukhalafah*.

Metode argumentasi sebagaimana disebutkan diatas adalah metode penalaran hukum yaitu metode berpikir yuridis normatif dan yuridis empiris yang dilakukan oleh hakim dalam rangka menyelesaikan kasus konkret yang belum jelas atau tidak ada aturannya dalam Undang-Undang, demi terwujudnya konsep keadilan.

Teori kebenaran koherensi dalam kaitannya dengan ilmu hukum, merupakan teori kebenaran dalam rangka penerapan hukum substatif terhadap kasus konkret, yang penalarannya menggunakan penalaran deduktif.

Penalaran hukum dalam teori kebenaran koherensi adalah merupakan suatu proses berpikir yang membuahkan pengetahuan. Agar pengetahuan yang dihasilkan penalaran itu mempunyai dasar kebenaran, maka proses berpikir itu harus dilakukan menurut cara tertentu dan penarikan kesimpulan itu baru dianggap sah (valid), jika proses penarikan kesimpulan yang dilakukan menurut cara tertentu itu disebut logika yang didefinisikan sebagai pengkajian untuk berpikir secara sah (valid), logika sebagai metode berpikir yang terkait dengan teori kebenaran koherensi adalah logika deduktif.

Adapun mereka yang berpendapat bahwa fakta yang terungkap lewat pengalaman manusia, merupakan sumber kebenaran lalu mengembangkannya sebagai paham yang kemudian disebut paham empiris. Paham empiris ini dikembangkan oleh Aristoteles, kemudian menjadi teori yang disebut teori kebenaran

korespondensi. Menurut teori ini bahwa pernyataan hanya benar apabila sesuai dengan faktanya.²⁹²

Teori kebenaran korespondensi dalam perkembangannya dalam filsafat modern mendapat dukungan dari pemikiran Locke, Barkeley dan Hume, menurutnya bahwa pengetahuan benar jika sesuai dengan kenyataan dan bisa diverifikasi secara empiris.²⁹³

Kebenaran korespondensi mementingkan peranan pengalaman dan pengamatan empiris terhadap obyek pengetahuan, karenanya bersifat aposterori (didahului pengalaman). Pengetahuan yang bersifat aposteriori ini adalah kebenaran yang berasal dari pengalaman.

Teori kebenaran korespondensi (empiris) apabila dikaitkan dengan ilmu hukum, maka teori ini sangat terkait dengan teori hukum pembuktian, siapa yang mendalilkan suatu hak atau membantah adanya hak orang lain wajib membuktikan secara empiris. Bahwa suatu fakta yang benar apabila terbukti secara empirik, yaitu sesuai proposisi dengan kenyataan obyeknya. Metode penalaran yang digunakan dalam hal ini adalah induktif.

Suatu penalaran ilmiah adalah merupakan gabungan dari penalaran induktif dan deduktif. Sedangkan pertimbangan hukum suatu putusan selalu memuat tentang pertimbangan mengenai fakta hukum dan tentang penerapan hukum atas fakta hukum. Metode penalaran yang digunakan untuk menentukan fakta adalah induktif dan sarana untuk mengujinya adalah verifikasi. Adapun penerapan hukum maka metode yang digunakan adalah deduktif dan sarana menguji kebenarannya adalah falsifikasi. Oleh karena itu untuk mengkaji sebuah penalaran hukum pada pertimbangan hukum tersebut maka yang dikaji adalah penalaran yang berkait dengan fakta dan penalaran tentang penerapan hukumnya.

Dalam pertimbangan hukum, apabila fakta hukum yang didalilkan tidak terbukti maka gugatan ditolak akan tetapi bilamana fakta yang didalilkan tidak

²⁹² Jujun S. Suriasumantri, Op-cit, Hlm..238

²⁹³ Widodo Dwi Putro, Op-cit, Hlm..238

berdasar hukum maka gugatan dinyatakan tidak dapat diterima. Hal ini disebabkan karena terdapat saling bertentangan antaran posita gugatan dengan petitum gugatan, padahal posita gugatan adalah menjadi dasar pemeriksaan perkara persidangan, sehingga bilamana posita dan petitum gugatan tidak saling mendukung maka gugatan tersebut dinyatakan tidak berdasar hukum, gugatan yang demikian adalah kabur dan cacat formal.

Bagi kaum pragmatis, sesungguhnya tidak menentang teori kebenaran koherensi dan teori kebenaran korespondensi, namun penganut teori pragmatis mengatakan bahwa ide yang apriori dan pengalaman yang aposteriori, baru dianggap kebenaran sejati apabila ia berguna dalam penerapannya.²⁹⁴

Pandangan kaum positivis adalah demi kepastian hukum, hakim selalu dibatasi oleh hukum positif, tidak ada hukum yang boleh melampaui peraturan yang berlaku sebab termasuk melampaui batas wewenang yang diberikan Undang-Undang (pasal 178 HIR/189 Rbg). Bagaimanapun beratnya kasus hukum (*legal cases*), peraturan-peraturan hukum tetap menjadi rujukan dan hakim wajib untuk mengikutinya. Ideologi kepastian hukum memperoleh pembenaran dari teori korespondensi (empirisme) dan koherensi (rasional) namun bagi kaum pragmatistis, baru menganggap baik bila bermanfaat dalam penerapannya.

Habiburahaman²⁹⁵ mengatakan tidak adil mempertimbangkan aspek normatif tanpa mempertimbangkan aspek keadilan dan tidak adil mempertimbangkan keduanya tanpa mempertimbangkan aspek kemanfaatan dan mudaratnya.

Putusan yang baik adalah ketika putusan itu memuat nilai kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Senada dengan itu Undang-Undang Dasar Republik Indonesia hasil perubahan telah mengamanatkan bahwa apabila hakim melakukan penalaran hukum dalam rangka penerapan hukum terhadap kasus konkret, hendaklah memperhatikan nilai-nilai kepastian hukum yang adil dan menekankan pentingnya

²⁹⁴ Widodo Dwi Putro, Ibid , hlm. 239

²⁹⁵ Habiburrahman (Hakim Agung Mahkamah Agung RI) wawancara tanggal 17 Februari 2020 di ruang kerjanya pada Mahkamah Agung RI.

kemanfaatan dan keadilan demi tegaknya dan terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.²⁹⁶

Negara Hukum Indonesia²⁹⁷, dimana kekuasaan kehakiman adalah juga kekuasaan Negara. Untuk terselenggaranya negara hukum Indonesia, negara memberi kewenangan kepada kekuasaan kehakiman untuk menyelenggarakan peradilan²⁹⁸, guna menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila²⁹⁹ dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pemaknaan hakikat hukum dalam kerangka negara hukum Indonesia adalah norma-norma positif dalam sistem perUndang-Undangan dan juga sumber hukum tak tertulis yang hidup, tumbuh dan berkembang sesuai keadilan masyarakat.

Pola penalaran hukumnya adalah menerapkan struktur aturan secara doktrinal deduktif kepada struktur fakta hukum. Pencapaian nilai aksiologis yang dikehendaknya adalah pencapaian kepastian hukum.

Hakim Indonesia bukanlah semata-mata sebagai corong Undang-Undang oleh karena telah diberi kebebasan berekspresi untuk melakukan interpretasi maupun konstruksi hukum. Hakim tidak boleh terjebak pada pemutlakan pola penalaran doktrinal deduktif. Sebab Undang-Undang sendiri memberi pesan tentang masih adanya sumber hukum yang belum terakomodasi dalam sistem perUndang-Undangan³⁰⁰, artinya setelah hakim menemukan bahwa pola penalaran doktrinal deduktif tidak berhasil menemukan dasar hukum yang tepat dan benar,³⁰¹ lalu melanjutkan pola penalarannya pada pendekatan hermeneutika dan konstruktivisme kritis, dan/atau pencarian pada sumber hukum tak tertulis meliputi hukum yang hidup, tumbuh dan berkembang sesuai rasa keadilan masyarakat (*non doktrinal induktif*), yurisprudensi dan doktrin.

²⁹⁶ Lihat ketentuan Pasal 1 Ayat (3), Pasal 28 H, dan Pasal 28 D, Pasal 24 UUD 1945, serta Pasal 1 (1) UU No 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman

²⁹⁷ Lihat Pasal 1(1) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945

²⁹⁸ Lihat Pasal 1 (1) UU Nomor 48 Tahun 2009

²⁹⁹ Lihat Pasal 2(2) UU Nomor 48 Tahun 2009

³⁰⁰ Lihat pasal 50 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009

³⁰¹ Lihat pasal 53 ayat (2) UU Nomor 48 Tahun 2009

Pola penalarannya masih tetap doktrinal deduktif, akan tetapi pencapaian nilai aksiologisnya tertuju pada pencapaian kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Dalam kasus-kasus tertentu seperti anak perempuan tunggal menghijab saudara, kasus anak non muslim, kasus anak tiri; pola penalaran hukumnya yang problematic kasuistik, dalam evaluasi bertentangan dengan norma norma positif dalam sistem perUndang-Undangan, namun karena berlakunya secara kasuistik, sekalipun bertentangan dengan Undang-Undang dalam konteks metode berpikir aksiomatik sistemik, namun patut dihormati berdasar asas *res judica pro veritate habetur* (putusan hakim harus dianggap benar).

Sekalipun asas preseden belum diterima secara mengikat menurut hukum acara yang berlaku di Indonesia, namun tidak mengurangi makna penemuan hukum yang dihasilkannya. Sebab putusan hakim didasarkan pada pertimbangan hukum yang memuat alasan dan dasar hukum yang tepat dan benar yang merupakan pertanggung jawaban hakim terhadap putusan yang dibuatnya.

Ada tiga tujuan hukum yang selalu ingin diwujudkan oleh hakim dalam putusannya yaitu kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan.

Undang-Undang dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 menyebut Negara Indonesia adalah Negara hukum.³⁰² Lalu memberi wewenang kepada pelaku kekuasaan kehakiman yaitu hakim secara merdeka menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Konsep negara hukum *rechtstaat* maupun *the rule of law*, merupakan konsep negara hukum yang mengamanatkan penegakan hukum yang berorientasi pada nilai-nilai kepastian hukum dan kemanfaatan serta menegakkan keadilan.

Pemaknaan hakikat hukum dalam konsep negara hukum *rechtstaat* adalah norma hukum positif dalam sistem perUndang-Undangan. Aspek aksiologi yang ingin diwujudkan adalah kepastian hukum. Model penalaran hukum yang dikembangkan adalah menerapkan struktur aturan secara doktrinal deduktif kepada

³⁰² Lihat Pasal 1 ayat (1) UUD 1945

struktur fakta hukum yang diolah secara silogisme deduktif. Berpikir yuridis menurutnya adalah suatu cara berpikir tertentu yakni terpola dalam konteks sistem hukum positif dan kenyataan kemasyarakatan, untuk memelihara stabilitas dalam mewujudkan kepastian hukum demi menjamin ketertiban.

Utilitarianisme menghendaki penegakan hukum itu membawa manfaat, dasar hukum yang diterapkan adalah norma hukum positif dalam sistem perUndang-Undangan yang telah teruji efektivitasnya dalam lapangan kenyataan. Pola penalarannya juga doktrinal deduktif, sedangkan aspek aksiologi yang ingin diwujudkan adalah pencapaian kepastian hukum dan kemanfaatan. Penalaran hukum utilitarianisme masih dalam konteks positivism, namun penulis masukkan dalam kelompok *sosial justice*, sama seperti mazhab sejarah.

Aspek ontologi mazhab sejarah adalah pola perilaku sosial yang terlembagakan mengontrol secara normatif perilaku individu dan masyarakat. Pola perilaku tersebut dibangun melalui penggemblengan sejarah yang disebut jiwa bangsa (*volkgeist*).

Aspek epistemologisnya adalah menggabungkan sekaligus kemanfaatan hasil pola penalaran non-doktrinal induktif dengan *legal justice* hasil pola penalaran doktrinal deduktif. Kedua aspek epistemologi tersebut berada pada posisi yang sama primernya.

Volkgeist secara ideologis adalah cita negara. Cita negara kesatuan Indonesia yang mewarnai cita hukum Indonesia adalah Pancasila. A. Hamid Attamimi mengartikan cita hukum sebagai bintang pemandu bagi tercapainya cita-cita masyarakat.³⁰³ Posisi Pancasila sebagai ideologi Negara, tidak dalam tataran norma positif melainkan dalam tataran nilai.

Roscoe Pound menyatakan bahwa pada awalnya struktur suatu masyarakat, berada pada posisi yang kurang seimbang. Untuk menciptakan dunia beradab maka ketimpangan struktural perlu ditata ulang dalam pola keseimbangan yang

³⁰³ A. Hamid Attamimi, op-cit. Hlm. 133

proposional. Hukum yang ada tidak dapat diandalkan untuk mengubah keadaan, oleh karena itu perlu langkah progresif untuk memfungsikan hukum sebagai pembaharuan masyarakat.

Pembaharuan masyarakat menurut Paund, berada pada pundak hakim untuk menerbitkan putusan terhadap kasus konkret. Aspek ontologi hukum menurut Paund adalah putusan hakim, sedangkan aspek epistemologinya adalah non doktrinal induktif dan doktrinal deduktif. Sedangkan aspek aksiologinya adalah pencapaian nilai kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan secara simultan.

Demikian pula moral keadilan yang bersumber pada kitab suci yang menentukan baik buruk dan benar salahnya pola prilaku individu dan masyarakat. *Moral justice* itu mengontrol secara normatif pola prilaku individu tersebut.

Apabila hakim mengacu pada teori hukum pembangunan yang menyatakan bahwa hukum merupakan suatu alat untuk memelihara ketertiban dalam masyarakat, memelihara dan mempertahankan apa yang telah dicapai, hasil pembangunan harus dipelihara, dilindungi, dan diamankan.

Aspek ontologi hukum menurut Mochtar adalah bahwa hukum tidak hanya meliputi asas dan kaidah yang mengatur kehidupan masyarakat, melainkan juga termasuk lembaga dan proses dalam mewujudkan berlakunya kaidah itu dalam kenyataan di masyarakat.

Kata asas dan kaidah menggambarkan hukum sebagai gejala normatif, sedangkan kata lembaga dan proses menggambarkan hukum sebagai gejala sosial. Kata lembaga dan proses merupakan cerminan pendapat *sociological jurisprudence* yang berakar pada *living law*.

Karena itu aspek ontologi hukum menurut Mochtar mengakomodir norma hukum positif dalam sistem perUndang-Undangan serta hukum tidak tertulis yang berakar dari *living law* dan moral keadilan.

C. Upaya Mewujudkan Putusan Hakim yang adil

Pengadilan yang berwibawa adalah pengadilan yang mandiri,³⁰⁴ netral, kompeten, transparan,³⁰⁵ dan akuntabel,³⁰⁶ mampu menegakkan wibawa hukum, pengayoman hukum, kepastian hukum dan keadilan, yang merupakan syarat bagi sebuah Negara yang berdasarkan hukum.

Putusan hakim harus selalu dapat dipertanggung jawabkan kepada tuhan yang maha esa, kepada masyarakat dan lebih khusus kepada pencari keadilan. Putusan hakim yang tidak mandiri, terindikasi adanya kolusi, korupsi dan nepotisme (KKN) tidak professional, tidak memberi kepastian hukum dan rasa keadilan, putusannya tidak dapat dieksekusi, dapat berdampak menurunkan kepercayaan masyarakat sekaligus merendahkan wibawa pengadilan.

Karena itu hakim dituntut berlaku adil, jujur, arif dan bijaksana, bersikap mandiri, berintegritas tinggi, bertanggung jawab, menjunjung tinggi harga diri, berdisiplin tinggi, berperilaku rendah hati dan bersikap professional. Hakim yang berperilaku adil adalah berarti menempatkan sesuatu pada tempatnya dan memberikan hak kepada orang yang berhak, didasarkan pada prinsip bahwa setiap orang setara kedudukannya dihadapan hukum. Dengan demikian keadilan adalah memberikan perlakuan dan kesempatan yang sama kepada semua orang. Hakim dituntut untuk

³⁰⁴ Keputusan bersama MARI dan KYRI No 02/PB/MA/IX/2012 dan No 02/PB/KY/09/2012 tentang Panduan Penegakan Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim pasal 3 ayat (2) berbunyi “prinsip independensi hakim pengadilan dimaksudkan bahwa pelaksanaan pengawasan tidak boleh mengurangi kebebasan hakim dalam memeriksa dan memutus perkara”.

³⁰⁵ Transparan dimaksudkan bahwa masyarakat dapat selalu mengakses secara aktif dan pasif informasi publik yang berkaitan dengan kegiatan pengawasan dan penanganan dugaan pelanggaran.

³⁰⁶ Akuntabel adalah setiap kegiatan pengawasan dan penanganan dugaan pelanggaran kode etik dan penanganan dugaan pelanggaran kode etik dan pedoman perilaku hakim, setiap pejabat wajib mempertanggung jawabkan segala tindakan dan kebijakan yang diambilnya.

menegakkan hukum dan keadilan. Hukum mengontrol semua perilaku manusia dan setiap orang wajib berperilaku sesuai hukum didalam masyarakat.

Hakim di dalam proses persidangan dituntut dan wajib bersikap tidak berpihak atau berperilaku yang dapat mencederai perasaan hukum masyarakat, sehingga akan menimbulkan ketidakpercayaan masyarakat terhadap lembaga peradilan. Karena itu hakim di dalam menjalankan tugas yudisialnya dilarang menunjukkan rasa suka atau tidak suka, keberpihakan atas dasar kedekatan kepada salah satu pihak pencari keadilan.

Setiap hakim dituntut dan wajib berperilaku jujur, baik dalam proses persidangan dalam kedinasan maupun diluar kedinasan. Hakim selalu wajib menjaga kepercayaan masyarakat. Dengan demikian maka hakim wajib menyatakan yang benar adalah benar dan yang salah adalah salah, untuk membangkitkan kesadaran akan hakikat yang hak dan yang bathil.

Hakim dituntut dan wajib berperilaku bijaksana, karena itu wajib menggali, memahami dan mengikuti norma-norma yang hidup, tumbuh dan berkembang sesuai dengan perasaan keadilan masyarakat. Meskipun demikian, sudah menjadi tuntutan moral bagi hakim untuk mengadili menurut ketentuan hukum yang berlaku. Menyimpang dari ketentuan hukum, hanya dibolehkan jika prinsip negara hukum membolehkan demi menegakkan kebenaran dan keadilan.

Rasulullah SAW telah mewanti-wanti kepada hakim dengan mengatakan dua golongan hakim masuk neraka dan hanya satu golongan yang akan masuk surga, yaitu pertama, hakim yang berlagak profesional tetapi sesungguhnya tidak profesional, ia tidak tahu bagaimana menegakkan hukum dan keadilan sesuai kebenaran. Kedua, hakimnya profesional, lalu bagaimana menegakkan hukum dan keadilan secara benar, tetapi tidak jujur, tidak mandiri, tidak menegakkan kebenaran hukum dan keadilan. Kedua golongan ini tidak masuk syurga. Ketiga, hakim yang profesional, independen, dan mampu menegakkan hukum dan keadilan secara jujur dan profesional, yaitu menegakkan kebenaran dan keadilan. Mereka itu dijamin

masuk surga. Kalaupun ia berijtihad mengeluarkan pendapat hukum kemudian pendapat hukumnya keliru, mereka itu tetap mendapat pahala.

Hakim sebagai aktor utama dalam proses peradilan senantiasa dituntut untuk mengasah kepekaan nurani, kecerdasan moral, dan sikap professionalism dalam menegakkan hukum dan keadilan dalam wujud putusan. Putusan hakim harus selalu dapat dipertanggung jawabkan kepada Tuhan yang Maha Esa, kepada masyarakat khususnya pencari keadilan.

Ada 10 nilai dasar (*court values*) yang berlaku universal, tercantum dalam fakta internasional dan prinsip etika Bangalore³⁰⁷ yaitu : (a) *Equality before the law*; (b) *fairness*; (c) *Impartiality*; (d) *Independence of decision making* (e) *Competence*; (f) *Integrity*; (g) *Transparency*; (h) *Accessibility*; (i) *Time lines*; (j) *Certainty*. Selanjutnya untuk menilai pengadilan yang unggul, dapat dilihat melalui *seven areas for court excellence* berdasarkan *self assessment checklist IFCE*³⁰⁸ yaitu:

- (1) *Court management and leadership*;
- (2) *Court planning and policies*;
- (3) *Court resources and human material and financial*;
- (4) *Court processes proceedings*;
- (5) *Client need and satisfaction*;
- (6) *Affordable and accessible court services*;
- (7) *Public trust and confidence*.

Kepercayaan masyarakat (*public trust and confidence*) kepada pengadilan adalah merupakan indikator kesuksesan pelaksanaan tugas pengadilan.

Pertama, yaitu proses persidangannya cepat dan tepat waktu, yaitu untuk tingkat pertama tidak lebih dari lima bulan dan ditingkat banding tiga bulan, sedangkan ditingkat kasasi terhitung mulai diterimanya majelis hakim, langsung menentukan jadwal persidangan dan pembacaan putusan.

³⁰⁷ Laporan peserta *Court Quality Forum* yang diselenggarakan di Sydney Australia pada tanggal 21-23 September 2008. hlm. 3

³⁰⁸ Lihat www.courtexcellence.com/

Kedua, putusan yang berkualitas yaitu putusan yang mempertimbangkan tiga nilai hukum secara prismatik dan argumentasinya dapat dipahami sehingga para pihak tahu mengapa dimenangkan dan mengapa dikalahkan. Semuanya itu dapat secara alami meningkatkan ketaatan terhadap putusan pengadilan dan meningkatkan kepercayaan masyarakat terhadap lembaga peradilan. Sedangkan kepuasan masyarakat tidak diukur dari kualitas putusan melainkan pada faktor pelayanan publik.

Terdapat keterkaitan antara kepercayaan publik dengan kewibawaan pengadilan, demikian pula keterkaitan antara kepercayaan publik dengan putusan hakim yang argumenatif.

Putusan yang argumentatif adalah putusan dalam konteks kasuistik, dimana pola penalaran hukumnya adalah doktrinal deduktif dan non doktrinal induktif diterapkan secara simultan sebagai premis mayor. Sedangkan aspek ontologinya, pemaknaan hakikat hukum meliputi hukum positif dalam sistem perUndang-Undangan maupun hukum tidak tertulis, baik bersumber dari *Volkgeist* dan *Living law*, maupun yang merupakan moral keadilan yang bersumber dari kitab suci, yang menentukan baik-buruk dan benar salah. Sedangkan aspek aksioploginya adalah kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan. Dasar-dasar hukum yang diterapkan tersebut, telah dipertimbangkan secara prismatik dalam argumentasi pertimbangan hukumnya.

Putusan yang bermutu, yang dipertimbangkan secara prismatik, akan dapat meningkatkan kepercayaan publik. Fakta hukum yang ditetapkan mengacu pada teori kebenaran korespondensi sedangkan dasar hukum yang menjadi dasar mengadili, mengacu pada teori kebenaran koherensi dan pragmatik, sehingga melahirkan putusan yang tepat dan benar. Dikatakan tepat karena fakta hukum ditetapkan melalui hukum pembuktian secara tepat. Demikian pula kebenaran penerapan hukum dan pendapat hukum yang disimpulkan menjadi diktum putusan telah difalsifikasi

sehingga tidak terbantahkan lagi. Putusan yang argumenatif dapat ditunjukkan sebagai contoh berikut:

- (1) Putusan Kasasi Nomor 2263K/Pdt/1991 dan putusan peninjauan kembali Nomor 650 PK/Pdt/1994 tentang Waduk Kedung Ombo. 34 orang perwakilan warga kedung ombo mengajukan gugatan terhadap pemerintah Republik Indonesia sehubungan dengan ganti rugi atas tanah mereka untuk keperluan proyek pembangunan waduk kedung ombo di Jawa Tengah melalui Pengadilan Negeri Semarang. Dibatalkannya putusan kasasi oleh putusan Peninjauan Kembali (PK), bukanlah karena persoalan argumensi melainkan karena perbedaan memberikan interpretasi mengenai pasal 178 HIR dan prinsip hukum *ex Aequo Et Bono*.
- (2) Putusan Kasasi Nomor 86K/AG/1994, Putusan kasasi Nomor 184K/AG/1995, Putusan Kasasi Nomor 327/K/AG/1997 Tentang anak perempuan tunggal menghijab saudara. Dalam putusan ini Mahkamah Agung melakukan penemuan hukum melalui konstruksi hukum bahwa anak perempuan tunggal menghijab saudara, bahwa kata “walad” meliputi anak laki-laki dan anak perempuan, demikian pula pasal 174 Kompilasi Hukum Islam. Menentukan bahwa bila semua ahli waris ada maka yang berhak menjadi ahli waris hanyalah orang tua, janda atau duda dan anak. Dengan demikian anak perempuan adalah anak, sedangkan saudara tidak termasuk.
- (3) Putusan Mahkamah Agung Nomor 275K/Pid/1983. Melakukan penemuan hukum dengan memberikan interpretasi putusan bebas dengan membedakan antara *Vrisjpraak* dengan *Ontslog Van Recht Vervolging* dalam pasal 244 KUHAP.

Putusan yang tidak berkualitas, salah menerapkan hukum, lalai memenuhi syarat yang ditentukan Undang-Undang, atau melampaui batas wewenang, tidak menunjukkan sikap profesional, bahkan menunjukkan sikap keberpihakan di persidangan, putusannya mencurigakan dan akan berdampak pada institusi yaitu ketidakpercayaan publik terhadap lembaga peradilan.³⁰⁹. banyak hakim yang telah

³⁰⁹ Lihat putusan Pengadilan Negei Medan No. 2569/Pid.B/PN.Mdn, dakwaan alternative, Pasal 114 ayat(2), Jo. 132 ayat (1) UU No. 35 Tahun 2009 tentang Narkotika, Dakwaan kedua: Pasal 112 Jo Pasal 132 ayat (1) UU No 35 Tahun 2009 tentsng narkotika. Dakwaan ketiga: Pasal 131 UU

mempermainkan perkara telah dijatuhi sanksi yang tegas, mulai sanksi non palu, penundaan kenaikan pangkat dan dimutasikan ke pengadilan terpicil, bahkan ada yang dihukum berat sampai pemberhentian tidak dengan hormat. Pada tahun 2009, 26 orang hakim dihukum berat, 2 orang hukuman sedang dan 35 hukuman ringan.³¹⁰

Putusan yang argumentatif akan lahir dari hakim professional, independen, kompeten, berintegritas tinggi. Konsep peradilan modern dalam cetak biru Mahkamah Agung Republik Indonesia, akan menghantarkan kepada lembaga peradilan berwibawa dan salah satunya melalui putusan hakim yang argumentatif.

Banyak hal yang tidak boleh dilakukan oleh hakim dalam proses mengadili seperti hakim dilarang mengadili perkara dimana anggota keluarga hakim yang bersangkutan bertindak mewakili suatu pihak yang berperkara atau sebagai pihak yang memiliki kepentingan dengan perkara tersebut. Hakim dilarang menggunakan wibawa pengadilan untuk kepentingan pribadi, keluarga atau pihak ketiga lainnya. Hakim dilarang mengeluarkan pernyataan kepada masyarakat yang dapat mempengaruhi, menghambat atau mengganggu berlangsungnya proses peradilan yang adil, independen, dan tidak memihak, hakim tidak boleh memberi keterangan atau pendapat mengenai substansi suatu perkara diluar proses persidangan pengadilan, baik terhadap perkara yang diperiksa atau diputusnya maupun perkara lain. Hakim tidak boleh memberi keterangan, pendapat, komentar, kritik atau pembenaran secara terbuka atas suatu perkara atau putusan pengadilan baik yang belum maupun yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap dalam kondisi apapun. Hakim tidak boleh memberi keterangan pendapat, komentar, kritik atau pembenaran secara terbuka atas suatu putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum

No 35 Tahun 2009 tentang Narkotika. Fakta hukum yang terbukti dipersidangan: seorang polisi mengawal pelaku/pemilik narkotika jenis sabu-sabu dengan janji akan menerima imbalan transaksi di dalam mobil, polisi menyertai pemilik melakukan transsaksi jual beli Narkotika (sabu-sabu) didalam mobil seberat 145 gram. Tetapi pasal yang diterapkan adalah pasal 131 dengan hukum penjara satu tahun dengan argumenasi hukum. Polisi (terdakwa) pasif dalam transaksi jual beli.

³¹⁰ Harifin A. Tumpa, Menuju Peradilan yang Agung, Maha Karya Rangkang Offset, Yogyakarta, 2012, hlm. 61

tetap kecuali dalam sebuah forum ilmiah yang hasilnya tidak dimaksudkan untuk dipublikasikan yang dapat mempengaruhi putusan hakim dalam perkara lain.

Hakim harus berperilaku tidak tercela. Hakim harus menghindari hubungan, baik langsung maupun tidak langsung dengan advokat, penuntut umum dan pihak-pihak dalam suatu perkara tengah diperiksa oleh hakim yang bersangkutan. Hakim harus membatasi, hubungan yang akrab, baik langsung maupun tidak langsung dengan advokat yang sering berperkara diwilayah hukum pengadilan tempat hakim tersebut melaksanakan tugasnya sebagai pejabat. Hakim wajib bersikap terbuka dan memberikan informasi mengenai kepentingan pribadi yang menunjukkan tidak adanya konflik kepentingan dalam menangani suatu perkara.

Hakim yang memiliki konflik kepentingan sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang, wajib mengundurkan diri dari memeriksa dan mengadili perkara yang bersangkutan. Keputusan untuk mengundurkan diri harus dibuat diawal persidangan untuk mengurangi dampak negatif yang mungkin timbul terhadap lembaga peradilan atau persangkaan bahwa peradilan tidak dijalankan secara jujur dan tidak berpihak.

Apabila muncul keragu-raguan bagi hakim mengenai kewajiban mengundurkan diri memeriksa dan mengadili suatu perkara, wajib meminta pertimbangan ketua Pengadilan.

Demikian pula hakim dilarang mengadili suatu perkara, apabila pernah menanganni hal-hal yang berhubungan dengan perkara atau dengan para pihak yang akan diadili saat menjalankan pekerjaan atau profesi lain sebelum menjadi hakim. Hakim dilarang mengijinkan seseorang yang akan menimbulkan kesan bahwa orang tersebut seakan-akan berada dalam posisi khusus yang dapat mempengaruhi hakim secara tidak wajar dalam melaksanakan tugas-tugas peradilan.

Hakim dilarang mengadili suatu perkara apabila hakim tersebut telah memiliki prasangka yang berkaitan dengan salah satu pihak atau mengetahui fakta atau bukti yang berkaitan dengan suatu yang akan disidangkan.

Hakim bertanggung jawab atas putusan yang dibuatnya, hal itu mengandung arti bahwa hakim yang bersangkutan bersedia untuk melaksanakan sebaik baiknya segala sesuatu yang menjadi wewenang dan tugasnya, serta memiliki keberanian untuk menanggung segala akibat atas pelaksanaan wewenang dan tugas tersebut.

Larangan dan kewajiban bagi hakim yang terkait proses persidangan dan pengambilan keputusan sebagaimana telah diuraikan diatas, adalah semata-mata dimaksudkan untuk menjaga kepercayaan publik demi mengangkat kewibawaan pengadilan.

Penulis sendiri berpendapat bahwa putusan-putusan yang dianalisis dalam bab ini, mayoritas telah dibentuk dan diramu melalui proses pertimbangan yang cukup ketat dan dalam, sebab telah menyimpangi aturan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan, dengan menawarkan pertimbangan yang menitik beratkan pada asas keadilan dan kemanfaatan bagi anak, seperti dalam perkara hak asuh anak (hadhonah), harta bersama, hak waris terhadap anak tiri, serta anak angkat yang mendapatkan wasiat wajibah dari orang tua angkatnya. Namun dalam perkara kewarisan dimana anak perempuan menghibah saudara kandung, penulis menilai bahwa pertimbangan hakim tersebut masih kering dan kurang memberikan nilai kebermanfaatan dan keadilan bagi para pihak, sebab putusan tersebut dinilai hanya mengaplikasikan regulasi yang telah ada, namun tidak mempertimbangkan aspek keadilan dan kemanfaatan yang ada.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Dalam membuat putusan Hakim mendasari Argumentasi Hukum Putusannya dengan Konsep negara hukum sebagaimana dipertegas dalam Pasal 1 ayat (3), Pasal 24 dan Pasal 28 huruf (D) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 hasil perubahan, dan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman, berorientasi pada nilai kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan, sedangkan Pasal 14, Pasal 50 dan Pasal 53 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, maupun Pasal 178 HIR/Pasal 189 Rbg, serta Undang-Undang yang terkait dengan kewenangan relatif dan absolut, mendorong terwujudnya putusan hakim yang argumentatif sesuai dengan tujuan hukum. Dalam keadaan terjadi kekosongan hukum, maka untuk mewujudkan konsep keadilan, hakim menggunakan metode argumentasi analogi dan argumentasi a contrario, serta berpikir yuridis dan yuridis empiris untuk menyelesaikan kasus konkret. Konstitusi sudah memberikan jaminan kebebasan kepada hakim.
2. Hakim dalam mengimplementasikan regulasi yang mengatur tentang Argumentasi putusan hakim yang berkeadilan telah tercermin lewat penalaran hukum secara prismatic dalam argumentasi putusan Hadhonah, Harta Bersama, Anak Perempuan Menghijab Paman, hakim peradilan agama, mempertimbangkan dasar-dasar putusan menurut ketentuan hukum positif dalam sistem perundang-undangan secara doctrinal deduktif, selain itu mempertimbangkan rasa keadilan masyarakat secara non doktrinal induktif, serta mempertimbangkan moral justice. Dari pertimbangan hukum yang

dipertimbangkan hakim menghasilkan kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan.

3. Kreasi hakim dalam merumuskan putusannya tetap mempertahankan prinsip berkeadilan telah tersusun lewat argumentasi hukum Putusan Hakim yang mempertimbangkan hukum secara prismatik, dalam perkara hadhonah menempatkan anak pada bapaknya bukan kepada ibunya, pembagian harta bersama tidak dibagi dua antara suami dan istri dan anak perempuan menghijab Paman yang dikembangkan oleh hakim, sehingga terwujud tujuan hukum yakni Kepastian, keadilan dan kemanfaatan

B. Rekomendasi

1. Konsep negara hukum *rechtstaat* dan *the rule of law* sesuai amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hasil perubahan, hendaknya putusan hakim dipertimbangkan secara prismatik dengan pola penalaran hukum doctrinal deduktif produk top down dalam sistem perundang-undangan, dan non doktrinal induktif produk bottom up, dipertimbangkan seara bersama-sama sebagai premis mayor. Pertimbangan ini akan menghasilkan nilai kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan secara simultan.
2. Pasal 50 dan Pasal 53 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 menunjuk dua pola penalaran hukum yang doctrinal deduktif dan non doctrinal induktif. Keadilan legalis yang dipertahankan melalui hukum formal dalam praktek pengadilan selama ini, ternyata belum dapat diterima sebagai sebuah keadilan sehingga masih harus diajukan permintaan koreksi melalui upaya hukum. Karena itu penalaran hukum dalam argumentasi putusan hakim, tidak hanya memuat model penalaran doctrinal deduktif, tetapi juga memuat model penalaran hukum non doctrinal deduktif, yang harus dipertimbangkan secara integratif dan bukan alternatif.

3. Untuk meningkatkan kepercayaan publik terhadap lembaga peradilan, maka dalam penegakan hukum, hendaknya mempertimbangkan tiga nilai hukum secara simultan dalam putusannya. Karena itu Undang-Undang produk top down seharusnya mendukung sesuai amanat Undang-Undang Dasar tahun 1945 hasil perubahan serta amanat Ketetapan MPR RI Nomor VII/MPR/2001 tentang Visi Indonesia Masa depan yaitu Visi Indonesia 2020 bab III tentang menjelang tahun 2020, supaya tuntutan ketiga nilai hukum secara substansial tidak saling tolak belakang melainkan saling mendukung.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku-Buku

- Abdul Latif Dan Hasbi Ali, *Pollitik Hukum*, Penerbit Sinar Grfika, Jakarta,2010
- Abdullah, *Pertimbangan Hukum Putusan Pengadilan*, Diterbitkan Oleh Program Pascasarjana Universitas Sunan Giri, Surabaya,2008
- Abdul Gafur Anshori, *Filsafat Hukum Sejarah, Aliran Dan Pemaknaan*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta,2009
- Filsafat Hukumkewarisanislam Konsep Kewarisan Bilateral* Hazairin,Uii Pres, Yogyakarta, Cetakan Kedua ,2010
- Filsafat Hukum Hibah Dan Wasiat Di Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2011
- Abdul Hakim Nusantara G,Dan Budiman Tanurejo, *Dua Kado Hakim Agung Buat Kedung Ombo*, Tinjauan Putusan-Putusanmahkamah Agung Tentang Kasus Kedung Ombo, Elsam, Jakarta, 1997.
- Abraham Amos .H.F, *Legal Opinion, Aktualisasi Teoritis Dan Empiris*, Pt Raa Grafindo Persada, Jakarta , 2004.
- Abdullah Ahmed An Na'im, *Toward An Islamic Reformation*, Diterjemahkan Oleh Ahmad Suaedy Dan Amiruddin Arrani, Penerbit I .Kis. Yogyakarta, 1994
- Abd A'la Ahmad Baso Dkk, *Nilai-Nilai Pluralism Dalam Islam Bingkai Gagasan Yang Berserak*, Nuansa, Bandung, 2005.
- Abu Yasid, *Aspek-Aspek Penelitian Hukum(Hukumislam-Hukum Barat)*, Pustaka Pelajar Yogyakarta,2010.
- Adami Chazawi, *Kejahatan Terhadap Harta Benda*, Publishing, Malang 2010.
- Ahmad Ali, *Pengadilan Dan Masyarakat*, Hasanuddin, University Press, Ujung Pandang.,1999.

- Menguak Teori Hukum Dan Teori Peradilan (Legal Theory & Yudicial Prudence), Penerbit Kencana Prenada Media Group, Cet.Ke 2a, Jakarta 2009.
- Ahmad Rifa'i, Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Prespektif Hukum Progressif, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.
- A.Khudori Soleh, Wacana Baru Filsafat Islam, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2004.
- Ali Budiarto, Nugroho Dan Reksodiputro, Reformasi Hukum Di Indonesia, Terjemahan Diagnostic Assessment Of Legal Development In Indonesia, Cyberconsult, Jakarta, 1999.
- Ali Fikri, Ahsan Al Qhashash, Penerjemah Abdul Aziz Mr, Mitra Pustaka, Yogyakarta, 2003.
- Alfred North Whitehead, Proses And Reality An Essay In Cosmologi, The Free Press, New York, 1978.
- Amos, H.F. Abraham, Legal Opinion, Aktualisasi Teoritis, Dan Empiris, Raja Persada, Jakarta, 2005.
- Amsal Bakhtiar, Filsafat Ilmu, P.T. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010.
- Ata Ujan, Andre, Filsafat Hukum, Membangun Hukum Membela Keadilan, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2009
- Keadilan Dan Demokrasi, Telaah Filsafat Politik Jhon Rawls, Kanisius, Yogyakarta, 2001
- Antonius Cahyadi Dan E.Fernandom. Manallang, Pengantar Kefilsafat Hukum, Kencana Prenada Media Group, Rawamangun, Jakarta, 2010.
- Anton F. Susanto, Dekonstruksi Hukum, Eksplorasi Teks Dan Model Pembacaan, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010.
- Hukum Dari Conslience Menuju Paradigm Hukum Konstruktif Transgresif, Refika Aditama, Bandung, 2007.
- ,Ilmun Hukum Non Sistematis Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010.
- Ardiwisastro, Tuda Bakti, Penafsiran Dan Konstruksi Hukum, Alumni Bandung, 2000

- Atmasasmita, Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia Dan Penegakan Hukum, Mandar Maju, Bandung,2001.
- Asser, Penuntun Dalam Mempeleajari Hukum Perdata Belanda, Penerbit Gajah Mada University Press Yogyakarta, 1992.
- Arbijoto, Kebebasan Hakim, Analisis Keritis Terhadap Peran Hakim Dalam Menjalankan Kekuasaan Kehakiman, Jakarta,2010.
- Awaludin in Marwan , Teori Hukum Kontemporer, Suatu Pengantar Posmodernisme Hukum, Rangkan Education, Yogyakarta. 2010.
- Bagir Manan, Menegakkan Hukum Suatu Pencarian, Asosiasi Advokat Indonesia, Jakarta, 2009.
- , System Peradilan Wibawa, Fh Uii Press, Yogyakarta, 2005
- , Hukum Positif Indonesia Suatu Kajian Teoritik, Fh, Uii press Yogyakarta,2004
- Bagus, Lorens, Kamus Filsafat, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta,1996
- Bambang Poernomo,Asas-Asas Hukum Pidana, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994
- Beni Ahmad mad Saebani, Filsafat Ilmu, Kontemplasi Filosofis Tentang Seluk Beluk Sumber Dan Tujuan Ilmu Pengetahuan, Penerbit Pustaka Setia Bandung,2009.
- Bernad Arisef Sidharta, Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum, Cv, Mandar Maju Bandung.
- , Menwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum Teori Hukum Dan Filsafat Hukum, Pt, Refika Aditama, Bandung, 2009.
- , Pengantar Logika, Pt Refika, Aditama Bandung,2010
- brgink,Jjh, Refleksi Tentang Hukum, Alih Bahasa Arif Sidharta, Pt Citra Aditya Bakti Bandung. 1996.
- Barda Nawawi Arief, Perbandingan Hukum Pidana, Pt . Raja Grfindo Persada, Jakarta, 2006.
- ,Masalah Penegakan Hukum Dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Basrowi, Dan Suwandi, Memahamipenelitian Kualitatif, Pt Rineka Cipta, Jakarta 2008

- Car Joachimfrieerich, Filsafat Hukum Perspektif Historis, Penerbit Nuansa Dan Nusa Media, Bandung,2004.
- Darsono Prawironegoro Filsafat Ilmu, Penerbit Nusantara Consulting ,2010
- Dominikus Rato, Filsafat Hukum, Mencari Menemukan Dan, Penerbit Laks Bang Justita, Surabaya, 2010.
- Darji Darmo Diharjo, Penjabaran Nilai-Nilai Panc Indonesia, Jakarta, Raja Grfindo Persada
- ..Darji Darmodiharjo Dan Sidharta, Pkok-Pokok Filsafat Hukum, Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia, Pt Gramedia Pustaka Utama Jakarta ,2008
- Departemen Pendidikan Nasional, Kamus Besar Bahasa Indonesia Pusat Bahasa, Pt Gramedia Pustak Utam, Jakarta, 2008.
- Djohansyah, Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman, Kesaint Blanc, Jakarta, 2008
- D.Y. Witanto, Hukum Acara Mediasi, Alfabeta, Bandung, 2011
- Endang Emilia, Menulis Tesis Dan Deserta, Cv. Alfabeta, Bandung, 2009
- Endang Komara, Filsafat Ilmu Dan Metodologi Penelitian ,Pt Refika Aditama, Bandung, 2011
- Elly Erawati, Bayu Seto Herdjowahono, Dan Ida Susanti, Beberapa Pemikiran Tentang Pembangunan System Hukum Nasional Indonesia, Penerbit Pt , Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011.
- Fatu Rrohman, Keadilan Perspektif Psikologi, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2002.
- Friedman, Lawrence.M. American Law, An Indtroduction,New York, W.W.Norton Co,1984. Penerjemah Wisnu Basuki, Pt Tatanusa, Jakarta.2001.
- ,The Legal System A Social Science Perfective, New York, Russel Sage Foundation, 1975, Penerjemah M Khozim, Nusa Media, Bandung, 2009.
- Riendmann,W, Teori Dan Filsafat Hukum, Pt. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996.
- Gie,The Liang, Teori-Teori Keadilan, Yogyakarta, 1979.

- Ginsberg, Morris, Keadilan Dalam Masyarakat, Pustaka, Yogya Mandiri, Yogyakarta.2003
- Golding, Martin P, Legal Reasoning, Alfred A.Knopf Inc, New York, 1984.
- Gorys Keraf, Argumentasi Dan Narasi, Pt Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2007
- Gregory Leyh, Legal Hermeneutics, University Of California Perss,1992 Penerjemah M.Khozim, Hermeneutika Hukum, Sejarah, Teori Dan Praktik, Nusa Medya, Bandung, 2008.
- G.W.F.Hegel, The Philosofhy Of History, Penerjemah Cuk Ananta Wijaya, Filsafat Sejarah, Pustaka Pelajar, Yigyakarta, 2007.
- Hans Kelsen, Teori Hukum Murni, Penerbit Nussa Media Dan Penerbit Nuansa, Bandung,2007.
- , General Theoryof Law And State, New York, Russel And Russel, 1971.Penerjemah, Raisul Muttaqin, Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara, Nusa Media, Bandung, 2011.
- , Dasar-Dasar Hukum Normative, Prinsip-Prinsip Teoritis Untuk Mewujudkan Keadilan Dalam Hukum Dan Politik, Nusa Media, Ujung Berung, Bandung, 2008.
- ,Essay In Legal And Moral Philosophy, Alih Bahasa Oleh B. Arief Sidhartahukum Dan Logika, Pt, Alumni, Bandung, 2006.
- Hardiman, F,Budi, Filsafat Modern, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta ,2004.
- ,Melampau Positivism Dan Modernitas, Kanisius, Yogyakarta, 2003.
- Haris, J.W. Law And Legal Science, An Inquiry Into The Concept Legal Rule And Legal System, Clarendom Press, Oxford, 1982.
- Herman Bakir, Kastil Teori Hukum, Pt, Indeks Kelompok Gramedia, Klaten, 2005
- Hyronimus Rheti, Filsafat Hukum, Dari Klasik Sampai Postmodernism, Universitas Atma Jaya ,Yogyakarta, 2011.
- H.L.A.Hart, Law, Libertyand Morality, Penerjemah Ani Mualifatul Maisah, Genta Publishing,2009.

- , Concept Law, Diterjemahkan Oleh Muhammad Nashihin Dan Ronny, F.Sompie, Konsep Hukum, Cintya Press, Jakarta 2011.
- H.R.Oje Salman S Dan Anton F Susanto, Teori Hukum Pt. Refika , Bandung 2004.
- , Filsafat Hukum, Pt Refika Aditama, Bandung,
- Hommies, Van Eikema, Logica En Rechtsvinding, Reneografie Vrije Universteit Ma P Sibuea, Asas-Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan, Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik, Erlangga, 2010.
- Hotma P.Sibuea, Asas-Asas Negara Negara Hukum, Peraturan Kebijakan Asas-asas umum Pemerintahan yang Baik, Erlangga, Jakarta,2010.
- H.Z. Fuad Hasbi Ash Shiddiqy, Falsafah Hukum Islam, Pt Pustaka Rizkiputra Semarang,2001
- Ibrahim Elfiky, Quwwat Al Tafkir, Diterjemahkan Oleh Khalifurraman Fath Dan M Taufik Damas, Terapi Berpikir Positif, Penerbit Pt Ikrar Mandiri Abadi, Jakarta , Cetakan Keenam, 2009.
- Idris Rahminawati Dan Imam Mulyana, Penemuan Hukum Nasional Dan Internasional, Penerbit Fikahati Aneska, Bandung,2012.
- Jalaludin Rahmat, Ijtihad Dalam Sorotan, Mizan, Bandung, 1988
- Jazim Hamidi, Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks, UII, Press, Yogyakarta.2005
- Jan Hendrik Rapar, Pengantar Logika Kanisus, Yogyakarta, 1996
- BntJeremy Bentham, The Theory Of Legislation, N M Tripathi Privat Limited, Bombay, 1979
- Jimly Asshidiqie, Konstitusi Dan Konstitusionalisme Indonesia, Sinar Grafika, Jakarta, 2010
- , Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, P T Raja Grafindo Persada, Jakarta, Cetakan Kedua, 2010.
- , Uud 1945, Dan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004 Tentang Mahkamah Konstitusi , Jakarta, 2004

- John Rawls, A Theory Of Justisi, London, Oxford University Press, 1973, Penerjemah Oleh , Uzair Fauzan Dan Heru Prasetyo, Teori Keadilan, Penerbit Pustaka Pelajar, Yogyakarta2004.
- Joseph Raz, The Authority Law, Clarendon Press, Oxford, New York, 1979
- Juhaya S Praja, Aliran-Aliran Filsafat Dan Etika, Penerbit Prenada Media, Cet. Ketiga, Jakarta, 2008.
- Teori Hukum Dan Aplikasinya, C V Pustaka Setia, Bandung ,2011
- Jujun S Suriasumantri, Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Popular, Penerbit Pustaka Sinar Harapan, Jakarta 2009
- Juniarso, Rridwan,Tokoh-Tokoh Ahli Piker Negara Dan Hukum, Penerbitnuansa Bandung, 2010
- Levy, Edwar H, An Introduction To Legal Reasoning, The University Of Chicago Press, 1974
- Lili Rasyidi Dan Ira Thania Rasyidi , Dasar-Dasar Filsafat Dan Teori Hukum Pt Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004.
- Lili Rasydi, Dasar-Dasar Filsafat Hukum, Pt, Citra Aditya Bakti Bandung ,1990
- Lili Rasyidi Dan I B Wyasa Putr, Huukum Sebagai Suatu System, Bandung, Remaja Rosdakarya, 1993
- Kamaruddin Dan Yooko Tjuparah S Komaruddin, Kamus Istilah Karya Tulis Ilmiah, Bumi Aksara, Jakarta, 2002.
- Karen Lebacgz , Six Theories Of Justice, Penerjemah Yudi Santoso, Teori-Teori Keadilan, Penerbit Nusa Media, Bandung 2011.
- Karl R Popper, The Logic Of Scientific Discoveri, Pennerjemah Saut Pasaribu Dan Aji Sastrowardoyo, Logika Penemuan Ilmiah, Penerbit Pustaka Belajar, Yogyakarta.2008
- Khuzaifah Dimiyati, Teorisasi Hukum, Penerbit Genta Publishing, Yogyakarta 2010
- _____Hukum Sebagai Suatu System, Pt Remaja Rasdakarya, Bandung, 1993
- Khudduri, Theology Keadiolan Presfektif Islam, Risalah Gusti, Surabaya, 1999.

- Kusumohamidjojo, Budiono, *Ketertiban Yang Adil*, Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta, 1999
- Mac Cormick, Neil, *Legal Reasoning And Legal Theory*, Oxford University Press.
- Mahmutarom Hr, *Rekonstruksi Konsep Keadilan*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2009.
- Moh. Mahfud M D, *Kontribusi Pemikiran Untuk 50 Tahun*, F H UII Press Pascasarjana FH UII, Yogyakarta, 2007
- Mohammad Daud Ali, *Kedudukan Hakim Islam Dalam System Hukum Indonesia*, Risalah Jakarta, 1984.
- M.Iqbal Hasan, *Pokok-Pokok Materi Metodologi Penelitian*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2002.
- M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHAP Penyidikan Dan Penuntutan*, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2003.
- _____*Kedudukan Dan Kewenangan Dan Acara Peradilan Agama*, Pustaka Kartini, Jakarta 1990
- _____*,Hukum Acara Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, 2006.
- _____*,Kekuasaan Mahkamah Agung Pemeriksaan Kasasi Dan Peninjauan Kembali Perkara Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008
- Muhammad Alim, *Asas-Asas Negara Hukum Modern Dalam Islam* , Kajian Komperhensif Islam Dan Ketatanegaraan . Pt Lkis Printing Cemerlang, Yogyakarta, 2010.
- Montesquieu, *The Spirit Of Law*, Gramedia, Jakarta, 1993
- Noeng Muhadjir, H, *Filsafat Ilmu, Ontology, Efistemologi, Axiology First Order, Scond Order And Third Order Of Logics, And Mixing Paradigms Implementasi Metodologik*, Edisi Iv Pengembangan 2011. Penerbit Rakesarasin, Yogyakarta, 2011
- Nomensen Sinamo, *Metode Penelitian Hukum*, Penerbit PT Bumi Intiama Sejahtera, Jakarta, 2009.
- Mukhsin H, *Masa Deapan Hukum Islam Di Indonesia*, Stih Iblam, Jakarta, 2004
- , *Ikhtisar Materi Pokok Filsafat Hukum*, Stih Iblam, Jakarta, 2004

- , Kekuasaan Kehakiman Yang Merdeka Dan Kebijakan Asasi, Stih Iblam, Jakarta, 2004
- Muhadjir H Noeng, Filsafat Ilmu Positivism Dan Post Modernism, Rake Sarasin, Yogyakarta, 2001
- McLeod, Ian, Legal Theory, Macmillan Press,Ltd, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 1999
- Michael Bogdan, Comparative Law, Diterjemahkan Oleh Derta Sri Widwatie, Pengantar Perbandingan System Hukum, Penerbit Nusa Media, Ujung Berung Bandung.
- Mochtar Kusumaatmadja, Konsep-Konsep Hukum dalam PembangunaN, PT. Alumni, Bandung,2006
- Mochtar Kusumaatmadja & B Arief Sidharta, Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum, Buku I Alumni, Bandung .1999
- Muhammad Daud Ali, Hukum Islam, PT Raja Grafindo, Jakarta, 2007.
- Muhammad Abu Zahrah, Ushul Fiqih, PT Pustaka Firdaus, Jakarta, 1994
- Munir Fuady, Dinamika Teori Hukum, Penerbit Ghalia Indonesia, Cetakan Kedua, Bogor, 2010
- , Teori Hukum Pembuktian, PT, Citra Aditya Bakti, Bandung,2006.
- , Sfilasafat Dan Teoru Hukum Postmodern, PT Citra Aditya Bakti Bandung 2005
- , Teori Negara Hukum Moderan, PT Rafika Aditama, Bandung,2009.
- , Teori-Teori Dalam Sosiologi Hukum, Penerbit Kencana, Jakarta, 2011,
- Muslimin J M. Perbandingan Dan Integrasi Teori, Asas Dan Kerangka Penalaran Hukum Barat Dan Islam, Lembag Penelitian UIN. Jakarta, Ciputat Jakarta Selatan, 2009.
- O. c. Kaligis, Antologi Tulisan Ilmu Hukum, Jilid 6. PT. Alumni, Bandung, 2011.
- Otje Salman, H.R, Filsafathukum, Penerbit Rafika Aditama, Cetakan Pertama,,Bandung.
- , Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer, Telaah Kritis Terhadap Hukum Adat Sebagai Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat, Alumni, Bandung.
- Oemar Seno Adji Dan Indriyantoseno Adji, Peradilan Bebas Dan Contemt Of Court, Diadit Media Jakarta, 2007.

- , Peradilan Bebas Negara Hukum, Erlangga, Jakarta, 1985.
- Peter Mahmud Marzuki, Penelitian Hukum, Cetakan Ke 6, Kencana, Jakarta, 2010.
- Pengantara Ilmu Hukum Cetakan Ke 3 Kencana, Jakarta, 2009.
- Philipus M Hadjon Dan Tatiek Sri Djatmiati, Argumentasi Hukum, Gajah Mada University Perss, Surabaya,2009.
- , Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatic,(Normative), Yuridika, Fakultas Hukum UNAIR No ,6 Tahun IX, Surabaya, 1994.
- Philifus M Hadjon Dkk, Hukum Administrasi Dan Goodgovernance, Universitas Trisakti, Jakarta, 2010.
- Philippe Nonet Dan Philip Selznick, Law And Society In Transition, Toward Responsve Law, Harper An Row, 1978.
- Purnadi Poerwadarminta, W.J.S , Kamus Umum Bahasa Indonesian, Cetakan Ke 5, Balai Pustaka, Jakarta,1982.
- Poespoprodjo, Dan Ek. T. Gilarso, Logika Ilmu Menalar, Dasar-Dasar Berpikir Tertib, Logis, Kritis, Analitis, Dialektis, Pustaka Grfika, Bandung,1999.
- Purnadi Purbacaraka Dan Soejono Soekamto, Perihal Kaedah Hukum, P.T. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Peranoto Iskandar Bersama Yudi Junadi, Memahami Hukum Di Indonesia, Sebuah Korelasi Antara Politik, Filsafat Dan Globalisasi, Imr Press, Cianjuir, 2011.
- Rachmat Syafe'i, Ilmu Ushul Fiqih, Cetakanke 3, Cv Pustaka Setia, Bandung, 2007.
- Radbruch, Gustav , The Legal Philosohpie, Harvad University Press , 1995.
- Rahayu, Yusti Probwati, Dibalik Putusan Hakim, Kajian Psikologi Hukum Dalam Perkara Pidana, Srikandi, Surabaya, 2005.
- Restu Kartiko Widi, Asas Metodologi Penelitian, Sebuah Pengenalandan Penuntun Langkah Demi Langkah Pelaksanaan Penelitian, Graham Ilmu, Yopgyakarta, 2010.
- R. Subekti , Perbandingan Hukuim Perdata, Pt,Pradya Paramita, Jakarta,1987.
- Ridwan Syahrani, Kata-Kata Kunci Mempelajari Ilmu Hukum, Pt. Alumni, Bandung,2009.
- , Materi Dasar Hukum Acara Pt. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2009.

- Rianto Adi , Metodolologi Penelitian Sosial Dan Hukum, Penerbit Granit, Jakarta, 2010.
- Richard E. Palmer, Hermeneutics Interpretation Theory In Schleirmacher, Diltheyheideggerand Gadamer Northweten University Press, Evaston,1969
- R.G Soekardijo,Logika Dasar, Pt Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003
- Roberto M.Urger, Law And Modern Society, Penerjemah Dariyanto Dan Derta Sri Widowatie, Nusa Media, Bandung,2008.
- Romli Atmasasmita, Teori Dan Kapita Selekta Kriminologi, Pt,Rafika Aditama, Bandung, 2005.
- Rusli Muhammad, Kemandirianpengadilan Indonesia, Ph UiiPress, Yogyakarta, 2010
- Satjipto Raharjo, Ilmu Hukum ,Pt Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000
- , Hukum Progresif, Genta Publishing, Tanpa Tahun.
- , Membedakan Hukum Progressif, Kompas, Jakarta, 2008
- , Sosiologi Hukum, Penerbit Genta Publishing ,Yogyakarta,2010
- , Beberapa Pemikiran Tentang Ancangan Antar Disiplin Dalam Pembinaan Hukum,Nasional, Sinar Baru, Bandung, 1985
- Persoalan Hukum Dalam Dalam Masyarakat, Angkasa, Bandung,1988.
- Sidharta, Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan , Cv, Utomo, Bandung, 2000
- Sri Wardah Dan Bambang Sutiyoso, Hukum Acara Perdata Dan Perkembangannya Di Indonesia, Gama Media, Yogyakarta, 2007.
- Syamsul Anwar, Hukum Perjanjian Syari'ah, Study Tentang Teori Akad Dalam Fikih Muamalat, Pt Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007.
- Soeroso R Yurisprodensi Hukum Acara Perdata, Bagian 4 Tentang Pembuktian, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.Soerjono Soekamto, Penelitian Hukum Normative, Pt, Raja Grafindo Persada, Jakarta,1983.
- , Factor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum, Rajawali Pers, Jakarta,2004.
- , Pokok-Pokok Sosiologi Hukum, Rajawali Pers, Jakarta, Cet Ke 20, 011,

Soehandjono, Bank Indonesia Dalam Kasus Blbi, Bank Indonesia, Jakarta, 2003.

Soemargono, Soejono, Berfikir Secara Kefilsafatan, Nur Cahaya, Yogyakarta, 2000

Soepomo, R, Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri, Pradnya Paramita, Jakarta 1993.

-----, Bab-Bab Tentang Hukum Adat, Jakarta, Penerbitan Universitas,1962

Subekti R Hukum Acara Perdata, Binacita, Bphn, Jakarta 1982.

Sudarsono, Ilmu Filsafatsuatu Pengantar, Rineka Cipta, Jakarta 2001

Smith,Adam , The Theory Of Moral Sentiment, Liberty Indianapolis, 1985

Sri Rahayu Oktoberina Dan Niken Savitri, Butir-Butir Pemikiran Dalam Hukum, Pt. Rafika Aditama, Bandung, 2008.

Sugiyono, Metode Penelitian Kualitatif, Penerbit Alfabeta, Bandung,2002

Sulistiyowati Irianto Dan Sidharta, Metode Penelitian Hukum Konstelasi Dnan Refleksi, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta,2009.

Sudikno Mertokusmo, Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum, Pt.Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1993.

-----, Mengenal Hukum Suatu Pengantar, Penerbit Universitas Atma Jaya,Yogyakarta,2010.

-----,Teori Hukum, Penerbit Universitas Atma Jaya, Yogyakarta 2011.

Sumaryono E, Hermeneutic, Sebuah Metode Filsafat, Kanisius, Yogyakarta, 1999.

-----, Etika Dan Hukum, Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas Yogyakarta, Kanisius, 2002.

Surajiyo, Filsafat Ilmu Dan Perkembangannya Di Indonesia Bumi Aksara Jakarta, 2009.

Tafsir Ahmad, Filsafat Umum, Akal Dan Hati Sejak Thales Sampai James,, Cet. 4 Rosda Karya, Bandung 1994

Tata Wijayanta, Dan Hery Firmansyah, Perbedaan Pendapat Dalam Putusan Pengadilan, Penerbit Pustaka Yustisia, Jakarta Selatan,2011

Teguh Prasetio Dan Abdul Halim Barkatullah, Ilmu Hukum Dan Filsafat Hukum, Pustaka Pelajar, Yogyakarta,2009.

- Theo Huijbers, Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah, Penerbit Kanisius, Yogyakarta , 2006
- , Filsafat Hukum, Penerbit Kanisus, Yogyakarta,,2010.
- Tjandra Sridjaya Prdjonggo, Kpha, Sifat Melawan Hukum Dari Tindak Pidana Korupsi , Penerbit Indonesia , Lawyer Club, Cetakan Ketiga, Jakarta , 2010.
- Urip Santoso . Hukum Agrarian Dan Hak-Hak Atas Tanah , Kencana , Jakarta, 2010.
- Van Apeldonn, Inleiding Tot De Studie Van Het Nederlanse Recht, Diterjemahkan Oleh Oetarid Sadino, Pengantar Ilmu Hukum, Penerbit Pradaya Paramita Cetakan Ketig Puluh, Jakarta, 2004.
- Vandeveld, Kenneth J, Thingkinglike A Lawyer, An Introduction To Legal Reasoning, Westview Press, Colorado, 1996,
- Yusdani , Peranan Kepentingan Umum Dalam Reaktualisasi Hukum, Kajian Konsep Hukum Islam Najamuddin At-Tufi, Uii Preaa Yogyakarta, 2000.
- Yesmil Anwar Dan Adang, System Peradilan Pidan, Pt, Widya Padjadjaran, Bandung,2009
- Yuliandri, Asas-Asas Pembentukan Pearaturan PerUndang-Undangna Yang Baik, Pt, Raja Grafindo Persada, Jakarta ,2010.
- Yulies Tiena Masriani, Pengantar Hukum Indonesia, Sinar Grafika, Jakarta, 2009
- Yunita T. Winarto, Totok Sahardiyanto Dan Ezra M Choesin, Karya Tulis Ilmiah Sosial, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2004.
- Yusuf Al-Qaradhawi, Kaifa Nata'amal Ma'a Alqur'an, Penerbit Darusyri Syuruq, Cetakan Pertama , Cairo,1999.
- Wael B Hallag, A. History Of Islamic Legal Theories, Penerjemah E Kuncadiningrat Dan Abdul Haris Bin Wahid, Sejarah Teori Hukum Islam, Pt Raja Grafindo, Jakarta , 2001
- Widodo Dwi Putro, Kritik Terhadap Paradigm Positivism Hukum, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011.

Wirjono Projodikoro, Perbuatan Melanggar Hukum, Dipandang Daroi Sudut Hukum Perdata, Cv, Mandar Maju Bandung , 2000.

Zainuddin Ali, Metode Penelitian Hukum, Sinar Grafika, Jakarta, 2009

-----, Filsafat Hukum, Sinar Grafika, Cetakan Keempat, Jakarta, 2010

Zainal Arifin Hoesein , Yudicial Review Di Mahkamah Agung RI Tiga Decade Pengujian Peraturan PerUndang-Undangan, Pt Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2009

Zulfadli, Bagus, Berpikir Kritis Dan Sistemik Dalam Filsafat Huku, FH, UPN, Jakarta, 2004