



BAB II

KAJIAN TEORI

A. Pembinaan Kebebasan Hakim

Landasan yuridis dan filosofis kekuasaan kehakiman sebagai lembaga yang mandiri dan bebas dari segala bentuk campur tangan dari luar, diatur dalam Pasal 1 ayat 1 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, 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. Oleh karena itu, hakim sebagai unsur inti dalam sumber daya manusia yang menjalankan kekuasaan kehakiman di Indonesia, dalam menjalankan tugas pokok dan fungsi kekuasaan kehakiman wajib menjaga kemandirian

peradilan melalui integritas kebebasan hakim dalam memeriksa dan memutus perkara.¹

Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara tekstual disebutkan sebagai landasan dasar kekuasaan kehakiman dalam penegakan hukum, maka kajian tentang kebebasan hakim sebagai objek material harus dipandang dan dimaknai dari sudut pandang filsafat Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa, dan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai landasan yuridis konstitusionalnya. Jadi ketika dikaitkan dengan persepsi hakim Indonesia dalam memaknai kebebasan hakim saat menjalankan tugas pokok yang dikatakan adalah kebebasan yang bertanggung jawab dan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka sejatinya kebebasan hakim adalah kebebasan dalam kontrol koridor Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.²

Hakim Indonesia harus mampu merefleksikan setiap teks pasal yang terkait dengan fakta kejadian yang ditemukan di persidangan ke dalam putusan hakim yang mengandung aura nilai Pancasila dan aura nilai konstitusi dasar dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sehingga setiap putusan hakim memancarkan pertimbangan nilai filosofis tinggi, konkretnya ditandai oleh karakter putusan yang berketuhanan, berperikemanusiaan, menjaga persatuan, penuh kebajikan, dan berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Filsafat harus masuk membantu pikiran

¹Ahmad Kamil, *Filsafat Kebebasan Hakim* (Jakarta: Kencana Prenada Pratama, 2012), h. 305.

²Ahmad Kamil, *Filsafat Kebebasan Hakim*, h. 305.

hakim dalam menyusun pertimbangan putusannya, sehingga putusan hakim mengandung nilai-nilai keadilan filosofis.

Filsafat hukum sebagai sebuah refleksi sistematis tentang kenyataan hukum, secara bebas merefleksikan kenyataan hukum dengan bimbingan Pancasila sebagai falsafahnya. Kenyataan hukum harus dipikirkan sebagai realisasi dari ide hukum yang terkandung dalam filsafat Pancasila. Dalam pandangan hukum positif, selalu bertemu dengan empat bentuk aturan, yaitu aturan hukum, putusan hukum, pranata hukum, dan lembaga hukum. Lembaga hukum terpenting adalah negara. Namun harus diingat, bahwa tidak hanya kenyataan hukum yang harus direfleksikan secara sistematis, karena filsafat hukum adalah sebuah sistem terbuka yang di dalamnya semua tema saling berkaitan satu dengan yang lainnya. Kebebasan hakim sebagai sebuah metode filosofis untuk menemukan hukum yang adil harus bekerja dalam sistematis filsafat hukum sebagai sebuah sistem terbuka yang di dalamnya semua tema dan fakta terkait harus dipertimbangkan, sehingga ide hukum (*Rechtsidee*) yang menjadi tugas penting dari filsafat dapat terungkap dengan sistem falsafah kebebasan hakim tersebut.

Arah pembinaan kebebasan hakim yang relevan dengan permasalahan aktual terkait dengan kualitas putusan hakim, akan berpusat pada pembinaan pola pikir filosofis, dengan memperkenalkan filsafat hermeneutika atau penafsiran hukum sebagai metode untuk memahami teks dan fakta yang komprehensif, sehingga kualitas putusan hakim selalu diawali dengan sebuah pertimbangan hukum filosofis yang merefleksikan nilai-nilai keadilan filosofi

yang terkandung dalam Pancasila. Karena memang kekuasaan kehakiman dijalankan berdasarkan atas filsafah Pancasila dan UUD 1945.³

B. Unsur Maqashid al-Syariah dalam Putusan Hakim

Konsep Maqasidh al-syariah sebenarnya telah dimulai dari masa al-Juwayni yang terkenal dengan Imam Haramain dan oleh Imam al-Ghazali kemudian disusun secara sistematis oleh seorang ahli ushul fiqh bermazhab Maliki dari Granada (Spanyol), yaitu Imam al-Syatibi (wafat. 790 H). Konsep itu ditulis dalam kitabnya yang terkenal, al-Muwaffaqatfi Ushulali al-Ahkam, khususnya pada juz II, yang beliau namakan kitab al-Maqasidh . Menurut al-Syatibi, pada dasarnya syariat ditetapkan untuk mewujudkan kemaslahatan hamba (mashalih al-‘ibad), baik di dunia maupun di akhirat. Kemaslahatan inilah, dalam pandangan beliau, menjadi Maqasidh al-syariah. Dengan kata lain, penetapan syariat baik secara keseluruhan (*jumlatan*) maupun secara rinci (*tafshilan*) didasarkan pada suatu ‘Illat (motif penetapan hukum), yaitu mewujudkan kemaslahatan hamba. Untuk mewujudkan kemaslahatan tersebut Syatibi membagi Maqasidh menjadi tiga tingkatan, yaitu: Maqasidh al-dharuriyat, Maqasidh al-hajiyat, dan Maqasidh tahsiniyat. Dharuriyat artinya harus ada demi kemaslahatan hamba, jika tidak ada, akan menimbulkan kerusakan, misalnya rukun Islam. Hajiyat maksudnya sesuatu yang dibutuhkan untuk menghilangkan kesempitan, seperti rukhsah (keringanan) tidak berpuasa bagi orang sakit.

³Ahmad Kamil, *Filsafat Kebebasan Hakim*, h. 309.

Tahsiniyat artinya sesuatu yang diambil untuk kebaikan kehidupan dan menghindarkan keburukan, semisal akhlak yang mulia, menghilangkan najis, dan menutup aurat. Dharuriyat jelaskan lebih rinci mencakup lima tujuan, yaitu:⁴

1. Menjaga agama (hifdz al-din)

Islam menjaga hak dan kebebasan, dan kebebasan yang pertama adalah kebebasan berkeyakinan dan beribadah. Setiap pemeluk agama berhak atas agama dan madzhabnya, ia tidak boleh dipaksa untuk meninggalkannya menuju agama atau madzhab lain, dan juga tidak boleh ditekan untuk berpindah keyakinannya untuk masuk Islam.⁵ Dasar hak ini sesuai dengan firman Allah QS. Al-Baqarah: 256.⁶

لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ۗ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ۗ

Artinya: “Tidak ada paksaan dalam (menganut) agama (Islam), sesungguhnya telah jelas (perbedaan) antara jalan yang benar dengan jalan yang sesat.”⁷

2. Menjaga jiwa (hifdz al-nafs)

Hak pertama dan paling utama yang diperhatikan Islam adalah hak hidup. Hak yang disucikan dan tidak boleh dihancurkan kemuliaannya atas nyawa manusia sebagai ciptaan Allah.⁸

⁴Al-Syatibi, *al-Muwaffawat fi Ushul al-Syari'ah*, Jilid II, (al- Qahirah: Darul Kutub al-Mulaimat), h. 2-3.

⁵Ahmad al-Mursi Husain Jauhar, *Maqashid Syariah*, terj. Khikmawati (Kuwais) (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), h.1.

⁶QS. Al-Baqarah (2): 256

⁷Departemen Agama RI, *Al-Hikmah, Al-Qur'an dan Terjemahannya* (Bandung: Diponegoro, 2009), h. 43.

Sebagaimana penggalan firman Allah QS. Al-Baqarah: 195.⁹

وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ

Artinya: “Dan Jangnlah kamu jatuhkan (diri sendiri) ke dalam kebinasaan dengan tangan sendiri”¹⁰

3. Menjaga akal (hifdz al-‘aql)

Akal merupakan sumber hikmah (pengetahuan) yang harus dijaga, sinar hidayah, cahaya mata hati, dan media kebahagiaan manusia di dunia dan di akhirat. Dengan akal, surat perintah Allah disampaikan, dengannya pula manusia menjadi pemimpin di muka bumi, dan dengannya pula manusia menjadi sempurna, mulia, dan berbeda dengan makhluk lainnya.¹¹

Sebagaiman firman Allah QS. Ali Imran: 190-191¹²

إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَأَخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَآيَاتٍ لِأُولِي
الْأَلْبَابِ ﴿١٩٠﴾ الَّذِينَ يَذْكُرُونَ اللَّهَ قِيَمًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِهِمْ وَيَتَفَكَّرُونَ
فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ رَبَّنَا مَا خَلَقْتَ هَذَا بَطْلًا سُبْحَانَكَ فَقِنَا
عَذَابَ النَّارِ ﴿١٩١﴾

Artinya: “Sesungguhnya dalam penciptaan langit dan bumi, dan silih bergantinya malam dan siang terdapat tanda-tanda bagi orang-orang yang berakal. (yaitu) orang-orang yang mengingat Allah sambil berdiri atau duduk atau dalam keadan berbaring dan mereka memikirkan tentang penciptaan langit dan bumi (seraya berkata): "Ya Tuhan kami, tiadalah Engkau

⁸Ahmad al-Mursi Husain Jauhar, *Maqashid Syariah*, h.21.

⁹QS. Al-Baqarah (2): 195

¹⁰Departemen Agama RI, *Al-Hikmah, Al-Qur'an dan Terjemahannya*, h. 30.

¹¹Ahmad al-Mursi Husain Jauhar, *Maqashid Syariah*, h.91.

¹²QS. Ali Imran (3)190-191

menciptakan Ini dengan sia-sia, Maha Suci Engkau, Maka peliharalah kami dari siksa neraka.”¹³

4. Menjaga Keturunan (Hifdz al-nasab)

Perlindungan Islam terhadap keturunan adalah dengan mensyariatkannya pernikahan dan mengharamkan zina, menetapkan siapa-siapa yang tidak boleh dikawini, bagaimana cara-cara perkawinan itu dilakukan dan syarat-syarat apa yang harus dipenuhi, sehingga perkawinan itu dianggap sah dan pencampuran antara dua manusia yang berlainan jenis itu tidak dianggap sah dan menjadi keturunan sah dari ayahnya. Bahkan tidak melarang itu saja, tetapi juga melarang hal-hal yang dapat membawa kepada zina.

Sebagaimana firman Allah QS. An-Nisa’: 3-4¹⁴

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ
وَتِلْثًا وَرُبْعًا ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَلِكَ
أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ
مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿٤﴾

Artinya: “Dan jika kamu khawatir tidak akan mampu berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yatim (bilamana kamu menikahinya), maka nikahilah perempuan (lain) yang kamu senangi dua, tiga, atau empat. Tetapi jika kamu khawatir tidak akan mampu berlaku adil, maka (nikahilah) seorang saja, atau hamba sahaya yang kamu miliki. Yang demikian itu lebih dekat agar kamu tidak berbuat dzalim.”¹⁵

¹³Departemen Agama RI, *Al-Hikmah, Al-Qur'an dan Terjemahannya*, h. 77.

¹⁴QS. an-Nisa' (4): 3-4

¹⁵Departemen Agama RI, *Al-Hikmah, Al-Qur'an dan Terjemahannya*, h. 76.

5. Menjaga harta (hifdz al-mal)

Islam meyakini bahwa semua harta di dunia ini adalah milik Allah ta'ala, manusia hanya berhak untuk memanfaatkannya saja. Meskipun demikian Islam juga mengakui hak pribadi seseorang. Oleh karena manusia itu manusia sangat tamak kepada harta benda, sehingga mau mengusahakannya dengan jalan apapun, maka Islam mengatur supaya jangan sampai terjadi bentrokan antara satu sama lain. Untuk ini Islam mensyariatkan peraturan-peraturan mengenai muamalah seperti jual beli, sewa-menyewa, gadai menggadai, dan sebagainya, serta melarang penipuan, riba dan mewajibkan kepada orang yang merusak barang orang lain untuk membayarnya, harta yang dirusak oleh anak-anak yang di bawah tanggungannya, bahkan yang dirusak oleh binatang peliharaannya sekalipun. Sebagaimana firman Allah QS. An-Nisa': 29-32.¹⁶

يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ
تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ
رَحِيمًا

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama-suka di antara kamu. dan janganlah kamu membunuh dirimu. Sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu.”¹⁷

Lima unsur yang terangkum dalam Maqasidh al-dharuriyat inilah yang seringkali dijadikan pertimbangan hakim dalam memutus suatu perkara yang diadili.

¹⁶QS. an-Nisa' (4): 29

¹⁷Departemen Agama RI, *Al-Hikmah, Al-Qur'an dan Terjemahannya*, h. 83.

C. Pertimbangan Aspek Yuridis, Filosofis, dan Sosiologis dalam Putusan Hakim

Mahkamah Agung telah menentukan bahwa putusan hakim harus mempertimbangkan beberapa aspek yang bersifat yuridis, filosofis, dan sosiologis sehingga keadilan yang dicapai, diwujudkan, dan dipertanggungjawabkan dalam putusan hakim adalah keadilan yang berorientasi pada keadilan hukum (*legal justice*), keadilan moral (*moral justice*), dan keadilan masyarakat (*social justice*).¹⁸

Aspek yuridis merupakan aspek pertama dan aspek utama yang berpatok pada undang-undang yang berlaku. Hakim sebagai aplikator undang-undang harus memahami undang-undang dengan mencari undang-undang yang berkaitan dengan perkara yang sedang dihadapi. Hakim harus menilai apakah undang-undang tersebut adil, bermanfaat, ataupun memberikan kepastian hukum jika ditegakkan. Sebab salah satu tujuan hukum itu unturnya adalah menciptakan keadilan.¹⁹

Mengenai aspek filosofis, merupakan aspek yang berintikan pada kebenaran dan keadilan. Sedangkan aspek sosiologis mempertimbangkan tata nilai budaya yang hidup dalam masyarakat. Aspek filosofis dan sosiologis penerapannya sangat memerlukan pengalaman dan pengetahuan yang luas serta kebijaksanaan yang mampu mengikuti nilai-nilai dalam masyarakat yang terabaikan. Jelas penerapannya sangat sulit, karena tidak mengikuti asas

¹⁸Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Pedoman Perilaku Hakim (Code of Conduct), Kode Etik Hakim* (Jakarta: Pusdiklat MA RI, 2006), h. 2.

¹⁹Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 126.

legalitas dan tidak terkait pada sistem. Pencantuman ketiga unsur tersebut tidak lain agar putusan dianggap adil dan diterima oleh masyarakat.

Sejatinya pelaksanaan tugas dan kewenangan hakim dilakukan dalam kerangka menegakkan kebenaran dan berkeadilan dengan berpegang pada hukum, undang-undang, dan nilai keadilan dalam masyarakat. Dalam diri hakim diemban amanah agar peraturan perundang-undangan diterapkan secara benar dan adil. Apabila penerapan perundang-undangan akan menimbulkan ketidakadilan, maka hakim wajib berpihak pada keadilan moral (*moral justice*) dan menyampingkan hukum atau peraturan perundang-undangan (*legal justice*). Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) yang tentunya merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat (*social justice*). Keadilan yang dimaksudkan di sini bukanlah keadilan prosedural (formil), akan tetapi keadilan substantif (materiil) yang sesuai dengan hati nurani hakim.²⁰

Indonesia adalah negara yang menganut sistem hukum sipil (civil law system) yang mendasarkan bangunan sistem hukumnya pada undang-undang. Akan tetapi, para hakim di Indonesia bisa melakukan penemuan hukum (*rechtfinding*) melalui putusan-putusannya. Walaupun demikian ada aturan yang harus ditaati, yaitu para hakim tidak boleh menabrak isi dan falsafah peraturan perundang-undangan.²¹

²⁰Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim*, h. 128.

²¹Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, (Jakarta: Chandra Pratama, 1993), h. 84

D. Prinsip Penemuan Hukum

Menurut Paul Scholten²², hukum itu ada, akan tetapi masih harus ditemukan. Adalah suatu kemustahilan apabila orang beranggapan bahwa undang-undang itu telah mengatur segalanya secara tuntas. Oleh karena itu penemuan hukum berbeda dengan penerapan hukum. Dalam penemuan hukum ditemukan sesuatu yang baru yang dapat dilakukan, baik lewat penafsiran, analogi, maupun penghalusan hukum. Penegakan hukum tidak hanya dilakukan dengan logika penerapan hukum yang mengandalkan penggunaan logika, melainkan melibatkan penilaian dan memasuki ranah pemberian makna.

Selanjutnya Sudikno Mertokusumo,²³ menyatakan bahwa pada lazimnya penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk menerapkan peraturan hukum umum pada peristiwa konkret. Selanjutnya penemuan hukum didefinisikan sebagai proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengikat peristiwa konkret tertentu.

Ada dua unsur penting dalam penemuan hukum

1. Hukum atau Sumber Hukum

Pada awalnya unsur hukum atau sumber hukum dalam penemuan hukum adalah undang-undang. Hal ini berkaitan dengan suatu postulat yang dikenal dengan istilah “*De wet is onschendbaar*” (undang-undang tidak dapat

²²Paul Scholten dalam Bukunya Eddy O.S Hiariej, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, (Jakarta: Erlangga, 2009) h. 55.

²³Sudikno Mertokusumo dalam Bukunya Eddy O.S Hiariej, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, (Jakarta: Erlangga, 2009) h. 55-56.

diganggu gugat) yang dalam hukum Belanda tertuang secara eksplisit dalam Pasal 120 *Grondwet*. Akan tetapi dalam perkembangannya tidak semua hukum ditemukan dalam undang-undang.²⁴ Oleh karena itu, unsur hukum atau sumber hukum dalam penemuan hukum tidak hanya meliputi undang-undang semata, tetapi juga meliputi sumber hukum lainnya yaitu doktrin, yurisprudensi, traktat, dan kebiasaan.

Asas-asas hukum sebagaimana yang diajarkan oleh ilmu pengetahuan atau doktrin memegang peranan yang cukup penting dalam penemuan hukum di pengadilan. Hal ini disebabkan karena asas hukum biasanya melandasi suatu peraturan hukum konkrit. Demikian pula yurisprudensi merupakan sumber hukum mandiri, kendatipun bukan merupakan peraturan hukum yang mengikat umum, tetapi hanya mengikat para pihak dalam sengketa konkrit yang diajukan padanya. Hakim memang tidak terikat pada putusan-putusan hakim yang lebih tinggi atau hakim sebelumnya. Akan tetapi berdasarkan asas *similia similibus* dan tuntutan kepastian hukum, secara bersyarat hakim terikat pada putusan sebelumnya.²⁵

2. Fakta

Hal ihwal dalam penemuan hukum adalah penilaian terhadap fakta-fakta berdasarkan hukum. Sebelum hukum diterapkan pada peristiwa konkrit, terlebih dahulu kita harus menetapkan apa yang sesungguhnya menjadi situasi faktual itu dapat dipandang sebagai relevan secara yuridis, seleksi dan kualifikasi atas fakta- fakta.

²⁴J.A Pontier, *Penemuan Hukum*, terj. B. Arief Sidharta, (Bandung: Jendela Mas Pustaka,2008), h. V.

²⁵J.A Pontier, *Penemuan Hukum*, terj. B. Arief Sidharta, h.1.

Dalam konteks perdata, hakim terikat pada fakta-fakta yang diajukan oleh para pihak yang melandasi gugatan dan perlawanan mereka. Jika para pihak tidak membantah ketetapan dari fakta-fakta yang diajukan, maka hakim tidak boleh menuntut bukti, kecuali jika penerimaan dalil-dalil para pihak akan menimbulkan akibat hukum yang tidak dapat secara bebas ditentukan oleh para pihak. Hal ini berbeda dengan perkara pidana, dimana hakim bersifat aktif yang tidak dibatasi dengan alat-alat bukti yang ditampilkan jaksa penuntut umum maupun penasehat hukum terdakwa. Berdasarkan hal itu maka hakim memperoleh keyakinan bahwa fakta-fakta yang dikemukakan dalam dakwaan dalam kenyataannya memang sungguh-sungguh terjadi.²⁶

E. Interpretasi atau Penafsiran Hukum Sebagai Kewajiban Bagi Hakim

1. Penafsiran dalam Pengertian Hukum Arti Sempit

Apabila pengertian hukum diartikan secara terbatas sebagai keputusan penguasa²⁷ dan dalam arti yang lebih terbatas lagi sebagai keputusan hukum (pengadilan), yang menjadi pokok masalah adalah tugas dan kewajiban hakim dalam menemukan apa yang dapat menjadi hukum, sehingga melalui keputusannya, hakim dapat dianggap sebagai salah satu faktor pembentuk hukum.²⁸ Ketentuan Pasal 14 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, menjelaskan

²⁶J.A Pontier, *Penemuan Hukum*, h. 1.

²⁷Lihat Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Sendi-sendi Ilmu Hukum*, (Bandung: Alumni) h. 11-12. Bandingkan dengan “*Arti Hukum dan beberapa istilah lainnya*” dalam “*Desain Sistem Hukum dan Pengaturan Perhubungan*” (Buku I), h. 25-30 dimuat dalam Laporan Kerjasama Penelitian antara Fakultas Hukum Unpad dengan Departemen Perhubungan RI, tahun 1983-1984.

²⁸Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, (Jakarta: PT. Ichtiar Baru, 1959) h. 248.

bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak jelas atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Ketentuan pasal ini mengisyaratkan kepada hakim bahwa apabila terjadi suatu peraturan perundang-undangan belum jelas atau belum mengaturnya, hakim harus bertindak berdasarkan inisiatifnya sendiri untuk menyelesaikan perkara tersebut. Dalam hal ini hakim harus berperan untuk menentukan apa yang merupakan hukum, sekalipun peraturan perundang-undangan tidak dapat membantunya. Tindakan hakim yang seperti inilah yang dinamakan dengan penemuan hukum.²⁹ Ketentuan Pasal 14 ayat (1) ini menjelaskan bahwa hakim sebagai organ pengadilan dianggap menemani hukum. Pencari keadilan datang kepadanya untuk mohon keadilan, apabila ia tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum sebagai seorang yang bijaksana dan bertanggung jawab.

Dalam rangka menemukan hukum ini, isi ketentuan Pasal 14 ayat (1) ini hendaknya dihubungkan dengan ketentuan Pasal 27 ayat (1) yang menyatakan bahwa hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Ketentuan Pasal 27 ayat (1) ini dapat diartikan bahwa karena hakim merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, ia seharusnya dapat mengenal, merasakan dan mampu

²⁹Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, h. 248.

menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian, hakim dapat memberikan putusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Jadi, tugas penting dari hakim adalah menyesuaikan undang-undang dengan hal-hal nyata yang ada di masyarakat. Apabila undang-undang tidak dapat dijalankan menurut arti katanya, hakim harus menafsirkannya. Dengan perkataan lain, apabila undang-undang tidak jelas, hakim harus menafsirkannya sehingga ia dapat membuat suatu keputusan yang adil dan sesuai dengan maksud hukum yaitu mencapai kepastian hukum. Karena itu, orang dapat mengatakan bahwa menafsirkan undang-undang adalah kewajiban hukum dari hakim.³⁰

Sekalipun penafsiran merupakan kewajiban hukum bagi hakim, ada beberapa pembatasan mengenai kemerdekaan hakim untuk menafsirkan undang-undang itu. Logeman, mengatakan bahwa hakim harus tunduk pada kehendak pembuat undang-undang. Dalam hal kehendak itu tidak dapat dibaca begitu saja dari kata-kata peraturan perundangan, hakim harus mencarinya dalam sejarah kata-kata tersebut, dalam sistem undang-undang atau dalam arti kata-kata seperti itu yang dipakai dalam pergaulan sehari-hari.³¹ Hakim wajib mencari kehendak undang-undang, karena ia tidak boleh membuat tafsiran yang tidak sesuai dengan kehendak itu. Setiap tafsiran

³⁰Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, h. 250.

³¹Mencari apa yang dimaksud oleh pembuat undang-undang, bandingkan dengan pengertian "special rapporteur" dan "Travaux Preparation" dalam proses pembentukan Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional, lihat Mieke Komar, *Beberapa Masalah Pokok Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional*, (Bandung: Makalah FH Unpad, 1981) h. 4.

adalah tafsiran yang dibatasi oleh kehendak pembuat undang-undang. Karena itu, hakim tidak diperkenankan menafsirkan undang-undang secara sewenang-wenang karena kaidah yang mengikat, hanya penafsiran yang sesuai dengan maksud pembuat undang-undang saja yang menjadi tafsiran materi peraturan perundangan yang bersangkutan, tempat perkara yang diajukan, dan menurut zamannya.³²

2. Metode Interpretasi atau Penafsiran Hukum

Sebagaimana dikemukakan bahwa peraturan perundang-undangan itu tidak jelas, tidak lengkap, dan bersifat statis, serta tidak dapat mengikuti perkembangan masyarakat yang menimbulkan ruang kosong yang harus diisi oleh hakim dengan menemukan hukumnya yang dilakukan dengan cara menjelaskan, menafsirkan, atau melengkapi peraturan perundang-undangannya. Penemuan hukum oleh hakim tidak semata-mata menyangkut penerapan peraturan perundang-undangan terhadap peristiwa yang konkret, tetapi juga menciptakan hukum dan pembentukan hukumnya sekaligus.³³

Metode penemuan hukum yang dianut dewasa ini meliputi metode interpretasi (*interpretation methoden*) dan metode konstruksi hukum atau penalaran (*redeneerwijzen*).³⁴

Agar dapat mencapai kehendak dari pembuat undang-undang serta dapat menjalankan undang-undang sesuai dengan kenyataan sosial, hakim

³²Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, h. 251.

³³Sudikno Mertokusumo, dan A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993) h. 9.

³⁴Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim*, h. 61

menggunakan beberapa cara penafsiran atau interpretasi, yang merupakan suatu metode yang menjelaskan secara gamblang tentang teks undang-undang. Metode interpretasi atau penafsiran itu diantaranya adalah:

a) Penafsiran Gramatikal

Menafsirkan undang-undang menurut arti perkataan secara istilah, atau biasa disebut penafsiran gramatikal,³⁵ antara bahasa hukum terdapat hubungan sangat erat sekali. Bahasa merupakan satu-satunya alat yang dipakai oleh pembuat undang-undang untuk menyatakan kehendaknya. Karena itu, pembuat undang-undang yang akan menyatakan kehendaknya secara jelas harus memilih kata-kata yang tepat. Kata-kata itu harus singkat, jelas dan tidak bisa ditafsirkan secara berlainan. Ada kalanya pembuat undang-undang tidak mampu memakai kata-kata yang tepat. Dalam hal ini hakim wajib mencari arti kata yang dimaksud yang lazim dipakai dalam percakapan sehari-hari, dan hakim dapat menggunakan kamus bahasa atau meminta penjelasan dari ahli bahasa.

b) Penafsiran Historis

Setiap ketentuan perundang-undangan mempunyai sejarahnya. Dari sejarah peraturan perundang-undangan hakim dapat mengetahui maksud pembuatnya.³⁶ Terdapat dua macam penafsiran sejarah atau historis, yaitu

³⁵Secara harfiah gramatikal berasal dari kata gramatika yang artinya tata bahasa. Gramatikal dalam ilmu hukum merupakan menafsirkan undang-undang menurut arti perkataan secara istilah. Lihat Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, (Jakarta: PT. Ichtiar Baru, 1959) h. 251. Lihat pula Appeldorn, Muchtar Kusuma Atmaja, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Bandung: Alumni, 2000) h. 100.

³⁶Appeldorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Pranya Paramita, 1982) h. 402

penafsiran historis undang-undang (wetshistorisch) dan penafsiran historis hukum (rechtshistorisch).³⁷

Interpretasi menurut sejarah Undang-undang (wetshistorisch) adalah mencari maksud dari perundang-undangan itu seperti apa yang dilihat ketika undang-undang itu dibentuk dulu, di sini kehendak pembuat undang-undang yang menentukan.

Interpretasi menurut sejarah hukum (rechtshistorisch) adalah metode interpretasi yang ingin memahami Undang-undang dalam seluruh konteks ajaran hukum. Jika kita ingin mengetahui makna yang terkandung dalam suatu peraturan perundang-undangan, tidak cukup dilihat dari sejarah lahirnya Undang-undang itu saja, melainkan juga harus diteliti lebih jauh sejarah yang mendahuluinya.

c) Penafsiran Sistematis atau Logis

Menafsirkan undang-undang menurut sistem yang ada di dalam hukum atau bisa disebut dengan penafsiran sistematis. Yakni perundang-undangan suatu negara merupakan kesatuan, artinya tidak satupun peraturan tersebut dapat ditafsirkan seolah-olah ia berdiri sendiri. Pada penafsiran peraturan perundang-undangan selalu harus diingat hubungannya dengan peraturan perundang-undangan lainnya. Penafsiran sistematis tersebut dapat menyebabkan kata-kata dalam undang-undang diberi pengertian yang lebih luas atau pengertian yang lebih sempit daripada pengertiannya dalam kaidah

³⁷Sudikno Mertokusumo, dan A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, h. 63.

bahasa yang biasa. Hal yang pertama disebut pengertian meluaskan dan hal yang kedua disebut pengertian menyempitkan.³⁸

d) Penafsiran Teleologis atau Penafsiran Sosiologis

Adalah suatu interpretasi atau penafsiran untuk memahami suatu peraturan hukum. Sehingga peraturan hukum itu dapat diterapkan sesuai dengan keadaan dan kebutuhan masyarakat. Penafsiran ini menjadi sangat penting apabila hakim menjalankan suatu undang-undang, dimana keadaan masyarakat ketika undang-undang itu ditetapkan berbeda sekali dengan saat undang-undang itu dijalankan.³⁹

e) Penafsiran Otentik atau Penafsiran secara Resmi

Ada kalanya pembuat undang-undang itu sendiri memberikan penafsiran tentang arti atau istilah yang digunakan di dalam perundangan yang dibuatnya. Hakim di sini tidak diperkenankan melakukan penafsiran dengan cara lain selain dari apa yang telah ditentukan pengertiannya di dalam undang-undang itu sendiri.⁴⁰

f) Penafsiran Ekstensif dan Restriktif

Penafsiran ekstensif merupakan suatu metode yang membuat interpretasi melebihi batas-batas yang biasa dilakukan dalam interpretasi gramatikal. Sedangkan penafsiran restriktif sendiri merupakan metode yang sifatnya membatasi atau mempersempit makna dari suatu aturan.⁴¹

³⁸Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, (Bandung: Alumni, 2000) h. 10.

³⁹Pontang Moerad, B.M., *Pembentukan Hukum melalui Putusan Pengadilan dalam Perkara Pidana* (Bandung: Alumni, 2005), h. 93

⁴⁰Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, h. 11.

⁴¹Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim*, h. 70

g) Penafsiran Interdisipliner

Penafsiran jenis ini biasa dilakukan dalam suatu analisis masalah yang menyangkut berbagai disiplin ilmu hukum. Di sini juga digunakan logika lebih dari satu cabang ilmu hukum. Misalnya adanya keterkaitan asas-asas hukum dari satu cabang ilmu hukum, misalnya hukum perdata dengan asas-asas hukum publik.⁴²

h) Penafsiran Multidisipliner

Berbeda dengan penafsiran interdisipliner yang masih berada dalam satu rumpun disiplin ilmu yang bersangkutan, dalam penafsiran multidisipliner di sini seorang hakim harus juga mempelajari di luar ilmu hukum. Dengan perkataan lain, hakim membutuhkan verifikasi dan bantuan dari lain-lain disiplin ilmu.⁴³

i) Penafsiran Komparatif

Penafsiran komparatif merupakan cara memperbandingkan peraturan pada suatu sistem hukum dengan peraturan yang ada pada yang lainnya.⁴⁴

j) Penafsiran Futuristis (Antisipatif)

Merupakan penafsiran dengan mengacu pada rumusan dalam rancangan undang-undang atau rumusan yang dicita-citakan(*ius constituendum*).⁴⁵

⁴²Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, h. 12.

⁴³Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, h. 12.

⁴⁴Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan* (Yogyakarta: UII Press, 2006), h. 103.

⁴⁵Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan Hukum*, h. 103.

k) Penafsiran Perjanjian atau Kontrak

Merupakan penentuan makna yang harus ditetapkan dari pernyataan-pernyataan yang dibuat oleh para pihak dalam kontrak dan akibat-akibat hukum yang timbul karenanya.⁴⁶

3. Hermeneutika Hukum

Metode penemuan hukum oleh hakim berupa interpretasi hukum dan konstruksi hukum, pada prinsipnya masih relevan digunakan oleh hakim hingga saat ini. Akan tetapi, perlu dikemukakan suatu metode penemuan hukum lain yang dapat dipergunakan oleh hakim dalam praktik peradilan sehari-hari, dan metode tersebut dikenal dengan hermeneutika hukum. Hermeneutika hukum sebagai alternatif metode penemuan hukum baru oleh hakim yang berdasarkan interpretasi teks hukum.

Esensi pengertian hermeneutika adalah suatu seni menginterpretasikan “teks”, sedangkan dalam perspektif yang lebih filosofis, hermeneutika merupakan aliran filsafat yang mempelajari hakikat mengerti atau memahami “sesuatu” kata-kata “teks” dalam hal ini yang mengarah pada teks hukum atau peraturan perundang-undangan, peristiwa hukum, fakta hukum, dokumen resmi negara, naskah-naskah kuno atau ayat *ahkam* dalam kitab suci, ataupun berupa pendapat dan hasil ijtihad para ahli hukum (doktrin), yang menjadi objek untuk ditafsirkan.⁴⁷

⁴⁶Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, h. 104.

⁴⁷Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum. Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks* (Yogyakarta: UII Press, 2005), h.42.

Hermeneutika hukum mempunyai relevansi dengan teori penemuan hukum, yang ditampilkan dalam kerangka pemahaman proses timbal balik antara kaidah-kaidah dan fakta-fakta. Jadi, hermeneutika hukum dapat dipahami sebagai metode interpretasi teks hukum atau metode memahami terhadap suatu naskah normatif.

F. Teori Penjatuhan Putusan

Fungsi utama dari seorang hakim adalah memberikan putusan terhadap perkara yang diajukan kepadanya. Adapun dalam memeriksa perkara perdata, hakim bersifat pasif. Dalam arti bahwa ruang lingkup atau luas pokok sengketa yang diajukan pada hakim untuk diperiksa, pada dasarnya ditentukan oleh para pihak dalam mencari kebenarandari peristiwa hukum yang menjadi sengketa di antar para pihak.⁴⁸ Sistem pembuktian positif (*positive wetterlijke*) digunakan hakim dalam penyelesaian perkara perdata, di mana pihak yang mengaku mempunyai suatu hak, maka ia harus membuktikan kebenarannya dari pengakuannya dengan didasarkan pada bukti-bukti formil, yaitu alat-alat bukti sebagaimana terdapat dalam hukum acara perdata.⁴⁹

Terdapat beberapa teori atau pendekatan yang dapat dipergunakan oleh hakim dalam mempertimbangkan penjatuhan putusan dalam suatu perkara, yaitu sebagai berikut:

⁴⁸Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata di Indonesia* (Yogyakarta: Liberty, 1998), h. 12.

⁴⁹Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim*, h. 103.

1. Teori Keseimbangan

Yang dimaksud dengan keseimbangan di sini adalah keseimbangan antara syarat-syarat yang ditentukan oleh undang-undang dan kepentingan pihak-pihak yang bersangkutan dalam perkara, antara lain kepentingan pihak penggugat dan tergugat.

2. Teori Pendekatan Seni dan Intuisi

Penjatuhan putusan yang oleh hakim merupakan diskresi atau kewenangan dari hakim. Sebagai diskresi, dalam penjatuhan putusan, hakim akan menyesuaikan dengan keadaan dan putusan yang wajar bagi pihak yang berperkara. Pendekatan seni dipergunakan oleh hakim dalam penjatuhan suatu putusan, yang lebih ditentukan oleh *instink* atau intuisi daripada pengetahuan hakim. Oleh karena itulah, hakim harus berhati-hati dalam menggunakan teori ini, yang hanya mengandalkan pada seni dan intuisi semata dari hakim sendiri.

3. Teori Pendekatan Keilmuan

Titik tolak dari teori ini adalah pemikiran bahwa proses penjatuhan putusan harus dilakukan secara sistematis dan penuh kehati-hatian, khususnya dalam kaitannya dengan putusan-putusan terdahulu dalam rangka menjamin konsistensi dari putusan hakim. Pendekatan keilmuan ini semacam peringatan bahwa dalam memutus suatu perkara, hakim tidak boleh semata-mata atas dasar intuisi atau *instink* semata, tetapi harus dilengkapi dengan ilmu pengetahuan hukum dan juga wawasan keilmuan hakim dalam menghadapi perkara yang harus diputuskannya.

4. Teori pendekatan Pengalaman

Pengalaman dari seorang hakim merupakan hal yang membantunya dalam menghadapi perkara-perkara yang dihadapinya sehari-hari. Karena dengan pengalaman yang dimilikinya, seorang hakim dapat mengetahui bagaimana dampak dari putusan yang dijatuhkan oleh hakim yang berkaitan dengan para pihak, ataupun dampak yang ditimbulkan dalam putusan perkara perdata yang berkaitan pula dengan pihak-pihak yang berperkara dan juga masyarakat.

5. Teori *Ratio Decidendi*

Teori ini didasarkan pada landasan filsafat yang mendasar, yang mempertimbangkan segala aspek yang berkaitan dengan pokok perkara yang disengketakan, kemudian mencari peraturan perundang-undangan yang relevan dengan pokok perkara yang disengketakan sebagai dasar hukum dalam penjatuhan putusan, serta pertimbangan hakim harus didasarkan pada motivasi yang jelas untuk menegakkan hukum dan memberikan keadilan bagi para pihak yang berperkara.

6. Teori Kebijakan

Teori kebijakan sebenarnya lebih ditujukan pada penjatuhan putusan dalam perkara anak, namun dapat pula digunakan oleh hakim dalam penjatuhan putusan perdata, karena kebijakan hakim merupakan modal lainnya yang harus dimiliki hakim agar putusan yang dijatuhkan dapat memenuhi dimensi keadilan, yaitu keadilan formil dan substansif sekaligus.

G. Asas Kepastian Hukum, Keadilan, dan Kemanfaatan dalam Putusan Hakim

Tujuan dari hukum dapat diklasifikasikan menjadi tiga, yaitu bertujuan untuk mencapai keadilan, menciptakan kemanfaatan, serta memberikan kepastian hukum. Hakim dalam memutuskan suatu perkara selalu dihadapkan pada ketiga aspek tersebut. Dimana ketiganya harus dilaksanakan secara kompromi, yaitu dengan menerapkan ketiganya secara berimbang dan proporsional.⁵⁰

Dalam praktik peradilan, sangat sulit bagi seorang hakim untuk mengakomodir ketiga aspek tersebut dalam satu putusan. Dalam menghadapi keadaan ini, hakim harus memilih salah satunya untuk memutuskan suatu perkara dan tidak mungkin ketiga asas itu dapat diterapkan sekaligus dalam putusan (asas prioritas yang kasuistis). Jika diibaratkan dalam sebuah garis, hakim dalam memeriksa dan memutus perkara berada (bergerak) di antara dua titik pembatas, yaitu apakah berdiri pada titik keadilan atau kepastian hukum. Sedangkan titik kemanfaatan berada di antara keduanya.⁵¹

H. Hukum Progresif

1. Pengertian Hukum Progresif

Kata progresif berasal dari kata progress yang berarti kemajuan. Jadi, di sini diharapkan hukum itu hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perkembangan zaman dengan segala dasar di

⁵⁰Sudikno Mertokusumo, dan A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, h. 2.

⁵¹Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim*, h. 132.

dalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.⁵²

Selain itu konsep hukum progresif tidak lepas dari konsep progresivisme, yang bertitik tolak dari pandangan kemanusiaan, bahwa manusia itu pada dasarnya adalah baik, memiliki kasih sayang, serta kepedulian terhadap sesama sebagai modal penting membangun kehidupan ber hukum dan bermasyarakat.⁵³

Adapun jika kehadiran hukum dikaitkan dengan tujuan sosialnya, maka hukum yang progresif ini juga dekat dengan *sociological jurisprudence*, yang dikembangkan oleh Eugen Ehrlich dan Roscoe Pond. Menurut Ehrlich hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*). Adapun Pond mengemukakan konsep hukum sebagai alat rekayasa masyarakat (*law as a tool of social engineering*).⁵⁴

2. Karakteristik Hukum Progresif

Berfikir secara progresif berarti harus berani keluar dari mainstream pemikiran absolutisme hukum, kemudian menempatkan hukum dalam keseluruhan persoalan kemanusiaan. Namun hal itu bukanlah sesuatu yang mutlak harus dilakukan manakala berhadapan dengan suatu masalah yang menggunakan logika hukum modern, yang akan menciderai posisi kemanusiaan dan kebenaran. Bekerja berdasarkan pola berfikir atau paradigma hukum yang progresif akan melihat faktor utama dalam hukum itu adalah manusia, sedangkan dalam paradigma hukum yang positivistik

⁵²Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: Kompas, 2007), h.228.

⁵³Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, h.228.

⁵⁴Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, h.165.

meyakini kebenaran hukum atas manusia. Manusia boleh dimarginalkan asalkan hukum tetap tegak. Sebaliknya, paradigma hukum progresif berfikir bahwa justru hukumlah yang boleh dimarginalkan untuk mendukung proses ekstensialitas kemanusiaan, kebenaran, dan keadilan.⁵⁵

Dengan demikian, karakteristik dari hukum progresif dapat ditandai dengan pernyataan sebagai berikut:⁵⁶

- a) Hukum ada untuk mengabdikan pada manusia
- b) Hukum progresif akan tetap hidup karena hukum selalu berada pada statusnya sebagai *law in the making* dan tidak pernah bersifat final, sepanjang manusia itu ada, maka hukum progresif akan terus hidup dalam menata kehidupan masyarakat
- c) Dalam hukum progresif akan selalu melekat etika dan moralitas kemanusiaan yang sangat kuat, yang akan memberikan respon terhadap perkembangan dan kebutuhan manusia serta mengabdikan pada keadilan, kesejahteraan, kemakmuran, dan kepedulian terhadap manusia pada umumnya.

I. Kumulasi Gugatan

Dalam praktik peradilan, penggabungan gugatan dapat terjadi dalam tiga bentuk, yaitu:⁵⁷

⁵⁵Tulisan dari Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia*, sebagaimana dalam buku Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 45

⁵⁶Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, h.223

⁵⁷Abdul Manan, *Penetapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2005), h. 41.

1. *Perbarengan (Concurcus, Samenloop, Cincidence)*

Penggabungan model ini dapat terjadi apabila seorang penggugat mempunyai beberapa tuntutan yang menuju pada suatu akibat hukum saja. Apabila satu tuntutan sudah terpenuhi, maka tuntutan yang lain dengan sendirinya terpenuhi pula. Misalnya dalam perkara wali adhal, dispensasi kawin, dan izin kawin digabung dalam satu gugatan karena ketiga perkara tersebut mempunyai hubungan yang sangat erat.

2. *Penggabungan subjektif (Subjektieve comulatie, subjektieve samenhang, subjektieve connection)*

Penggabungan model ini dapat terjadi apabila penggugat lebih dari satu orang melawan lebih dari satu orang tergugat, ataupun sebaliknya. Pasal 127 HIR dan pasal 151 R.Bg, pasal 1283 dan pasal 1284 B.W memperbolehkan penggugat untuk mengajukan gugatan terhadap beberapa orang tergugat dengan syarat bahwa tuntutan-tuntutan penggugat itu harus ada hubungan yang erat satu dengan yang lainnya.

3. *Penggabungan objektif (Objektieve comulatie, Objectieve samenhang, Objectieve connection)*

Yang dimaksud dengan kumulasi objektif adalah apabila penggugat mengajukan lebih dari satu objek gugatan dalam satu perkara sekaligus. Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 1652 K/Sip/1975 tanggal 22 September 1976 menyatakan bahwa penggabungan dari beberapa gugatan yang berhubungan erat satu dengan yang lainnya tidak bertentangan dengan ketentuan yang tersebut dalam Hukum Acara Perdata. Meskipun

penggabungan objektif ini tidak diatur secara khusus dalam peraturan perundang-undangan, tetapi tetap diperkenankan karena akan memudahkan proses berperkara dan tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip keadilan.

J. *Dissenting Opinion*

1. Pengertian *Dissenting Opinion*

Terdapat beberapa definisi *dissenting opinion*. Pada dasarnya *dissenting opinion* merupakan suatu langkah reformasi di bidang peradilan, manakala dikembangkan perlunya publikasi pendapat yang berbeda (*publicatiion of dissenting opinion*) di antara majelis hakim dalam proses pemutusan perkara jika tidak terdapat kesepakatan yang bulat di antara hakim.⁵⁸ Menurut Bagir Manan *dissenting opinion* merupakan pranata yang membenarkan perbedaan hakim (minoritas) atas putusan pengadilan.⁵⁹ Sedangkan menurut Pontang Moerand *dissenting opinion* merupakan opini atau pendapat yang berbeda yang dibuat oleh satu atau lebih anggota majelis hakim yang tidak setuju dengan keputusan yang diambil oleh mayoritas anggota majelis hakim.⁶⁰

Jadi, *dissenting opinion* merupakan pendapat yang berbeda dengan apa yang diputuskan dan dikemukakan oleh satu atau lebih hakim yang memutus perkara. Hal ini merupakan satu kesatuan dalam keputusan itu, karena hakim itu kalah suara atau hakim yang mempunyai suara minoritas

⁵⁸Tata Wijayanta dan Hery Firmansyah, *Perbedaan Pendapat dalam Putusan Pengadilan* (Jakarta: Pustaka Yudistira, 2011), h. xii

⁵⁹Bagir Manan, *Dissenting Opinion dalam Sistem Peradilan Indonesia*, varia peradilan No. 253 (Tahun ke XXI, 2006), h. 13.

⁶⁰Pontang Moerand, *Pembentukan Hukum*, h. 111.

dalam sebuah majelis hakim. Namun demikian, jika kesimpulan pada akhirnya sama, akan tetapi argumen yang diajukan berbeda, maka hal itu tidak disebut dengan dissenting opinion melainkan *concurrent opinion* atau *consenting opinion*. Kadang-kadang ada dua argumen yang memang saling bertentangan dan saling tidak melengkapi. Akan tetapi kesimpulan pada akhirnya sama, yaitu sama-sama mengabulkan, menolak, atau menyatakan tidak menerima atas tuntutan yang bersangkutan. Dalam hal demikian ini, pendapat hakim minoritas dapat dimuat dalam putusan.⁶¹

2. *Dissenting Opinion* dalam Sistem Peradilan di Indonesia

Dissenting opinion dianut oleh negara- negara Anglosaxon yang menggunakan *common law system*. Di negara- negara yang menggunakan *common law system* ini hakim selain sebagai pelaksana hukum, ia juga sebagai pembentuk hukum (*judge made law*). Peranan hakim sangatlah penting dalam pembentukan hukum, karena dalam sistem ini prinsip *common law* adalah “ the law that develops and derives thought judicial decision” Pendapat ini akan dicantumkan dalam amar putusan, akan tetapi *dissenting opinion* tidak akan menjadikan sebuah preseden yang mengikat atau menjadi bagian keputusan penghakiman.⁶²

Dissenting opinion yang memuat atas ketidak setujuan pendapat kadang- kadang terdiri beberapa bagian pendapat yang dimungkinkan karena adanya sejumlah alasan seperti interpretasi yang berbeda dari kasus hukum,

⁶¹Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-undang* (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), h. 199.

⁶²Indriyanto Seno Adji, *Perbedaan Pendapat Majelis Hakim* (Jakarta: PT Kompas Media Nusantara, 2009), h. 9.

penggunaan prinsip- prinsip yang berbeda, atau interpretasi yang berbeda dari fakta- fakta. Perbedaan pendapat ini akan ditulis pada saat yang sama seperti pada bagian pendapat dalam keputusan penghakiman, dan sering digunakan untuk perbedaan argumentasi yang digunakan oleh mayoritas hakim dalam melakukan penghakiman yang umumnya akan dapat digunakan sebagai dasar untuk memacu perubahan terhadap sebuah undang- undang oleh banyaknya perbedaan pendapat.

Dissenting opinion ini merupakan jargon baru dalam sejarah peradilan Indonesia. Di Indonesia yang sebagian besar hukumnya menganut *civil law system* pada awalnya tidak dikenal adanya *dissenting opinion*.⁶³ Filosofi adanya lembaga hukum *dissenting opinion* adalah untuk memberikan akuntabilitas pada masyarakat pencari keadilan (*justiabelen*) dari para hakim yang memutus perkara. Seperti yang diketahui, mayoritas perkara di pengadilan diputus oleh sebuah majelis hakim yang terdiri dari tiga orang hakim atau lebih. Dalam pengambilan putusan akhir, tidak menutup kemungkinan terjadinya perbedaan pendapat di antara mejelis hakim itu. Jika terjadi perbedaan pendapat, maka putusan diambil berdasar suara terbanyak. Doktrin *dissenting opinion* lahir dan berkembang dalam negara- negara yang menggunakan sistem hukum Common Law, seperti AS dan Inggris. Doktrin itu lalu diadopsi oleh negara- negara yang menggunakan sistem hukum kontinental, seperti Indonesia, Belanda, Perancis, dan Jerman.⁶⁴

⁶³Tata Wijayanta dan Hery Firmansyah, *Perbedaan Pendapat*, h. 81.

⁶⁴Martin Edelman, *Democratic theoriesand the Constitution* (Jakarta: Sunny Press, 2005), h. 117-118.

3. Susunan dan Isi Putusan yang Memuat *Dissenting Opinion*

Ada sedikit perbedaan antara susunan dan isi putusan yang ada perbedaan pendapatnya dibandingkan dengan susunan dan isi putusan biasa. Memang dalam Undang-undang tidak disebutkan dimana perbedaan pendapat atau *dissenting opinion* itu harus diletakkan. Undang-undang hanya menyebutkan bahwa dalam hal sidang permusyawaratan tidak dapat dicapai mufakat bulat, pendapat hakim yang berbeda wajib dimuat dalam putusan.⁶⁵

Apa yang diatur dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman berbeda dengan apa yang diatur dalam peraturan perundangan sebelumnya. Perbedaan pendapat dalam putusan kepailitan diperbolehkan dan dicantumkan berdasarkan putusan dalam bentuk lampiran serta dianggap sebagai satu kesatuan dengan naskah putusan.⁶⁶

Berdasarkan hasil penelitian didapatkan bahwa ada dua model perbedaan pendapat dalam putusan pengadilan. Yang *pertama*, perbedaan pendapat merupakan lampiran dari satu putusan hakim. Oleh karena itu, susunannya meliputi kepala putusan, nomor register perkara, nama pengadilan yang memutus, identitas para pihak yang berperkara, pertimbangan (tentang duduk perkara dan tentang hukumnya), amar putusan (*dictum*), tanggal musyawarah/ diputus perkara tersebut dan pernyataan bahwa [utusan diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum, keterangan tentang hadir/ tidaknya pihak-pihak pada saat putusan dijatuhkan, nama,

⁶⁵Pasal 14 ayat (3) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman

⁶⁶Pasal 9 Perma RI Nomor 2 Tahun 2009 tentang Hakim Ad Hoc.

tanda tangan majelis hakim, panitera pengganti yang bersidang, materai, dan perincian biaya perkara serta perbedaan pendapat.⁶⁷

Yang *kedua*, peredaan pendapat bukan merupakan lampiran tetapi menjadi satu bagian dengan putusan. Dissenting opinion diletakkan sebelum amar putusan (*dictum*) dan setelah pertimbangan hukum hakim mayoritas.⁶⁸

K. Diskresi

1. Pengertian Diskresi

Banyak pakar hukum yang memberikan definisi asas diskresi, menurut Saut P. Panjaitan⁶⁹, diskresi (*pouvoir discretionnaire*, Perancis) ataupun *Freies Ermessen* (Jerman) merupakan suatu bentuk penyimpangan terhadap asas legalitas dalam pengertian *wet matigheid van bestuur*, jadi merupakan "kekecualian" dari asas legalitas. Menurut Prof. Benyamin⁷⁰, diskresi didefinisikan sebagai kebebasan pejabat mengambil keputusan menurut pertimbangannya sendiri. Dengan demikian, menurutnya setiap pejabat publik memiliki kewenangan diskresi. Selanjutnya Gayus T. Lumbuun⁷¹ mendefinisikan diskresi sebagai berikut:

"Diskresi adalah kebijakan dari pejabat negara dari pusat sampai daerah yang intinya membolehkan pejabat publik melakukan sebuah

⁶⁷Putusan PN Yogyakarta 62/Pid.B/2006/PN.Yk. dalam perkara tindak pidana korupsi dengan terdakwa Ir. Cinde Laras dan Arief Eddy Subianto dan Putusan PN Sleman 348/Pid.B/2008/PN.Slmm dalam perkara kecelakaan pesawat Garuda dengan terdakwa Moch. Marwoto K. Bin Komar.

⁶⁸Putusan PN Sleman No. 217/Pid.B/2009/PN.Slmm dalam perkara tindak pidana korupsi dengan terdakwa Drs. Ibnu Subiyanto, Akt.

⁶⁹Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia* (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1997), h.270.

⁷⁰PhilipusM. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, h.270.

⁷¹PhilipusM. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, h.271.

kebijakan yang melanggar dengan undang-undang, dengan tiga syarat. Yakni, demi kepentingan umum, masih dalam batas wilayah kewenangannya, dan tidak melanggar Azas-azas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB).”

Istilah diskresi berasal dari baha Inggris “*discretion*” yang berarti kebebasan. Kebebasan itu bisa diwujudkan baik dalam bentuk kebebasan memilih, menafsirkan, ataupun memepertimbangkan serta kebebasan mengambil keputusan. Dalam fungsi kekuasaan mengadili kebebasan itu merupakan pilar utama dalam konsep negara hukum, karena salah satu ciri dari negara hukum adalah adanya kekuasaan kehakiman yang bebas dan merdeka.

Thomas J. Aaron mendefinisikan Diskresi bahwa “*Discretion is power authority conferred by law to action an the basic of judjement of conscience, and its use is more than idea of morals than law*” yang dapat diartikan sebagai suatu kekuasaan atau wewenang yang dilakukan berdasarkan hukum atas pertimbangan dan kenyataan serta lebih menekankan pertimbangan-pertimbangan moral dari pada pertimbangan hukum.⁷²

Pasal 1 Ketentuan Umum angka ... Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, menyebutkan definisi dari diskresi, yaitu keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-

⁷²Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, (Jakarta: CV. Rajawali, 1983), h. 9.

undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.⁷³

Diskresi pada umumnya diartikan sebagai sebuah kebebasan kepada seorang pejabat dalam melaksanakan kewenangan yang dimiliki berdasarkan pertimbangannya sendiri. Diskresi dapat dijadikan sebuah sarana untuk mengisi kekosongan aturan dalam sebuah mekanisme tertentu, sehingga untuk menjaga penyelenggaraan kewenangan itu secara benar diperlukan adanya kearifan dan kejujuran dari si pemegang kewenangan.⁷⁴

Begitu pula M. Syamsudin⁷⁵ menjelaskan bahwa secara normatif hakim diberikan kebebasan oleh hukum untuk menggali sesuai dengan keyakinannya sendiri tanpa ada intervensi dari siapapun. Hakim bebas memutuskan perkara berdasarkan pikiran dan hati nuraninya tanpa ada campur tangan dari pihak ekstra judicial. Segala campur tangan dalam urusan peradilan oleh pihak-pihak lain di luar kekuasaan kehakiman dilarang kecuali hal-hal yang diperbolehkan oleh undang-undang.

Dengan demikian diskresi muncul karena adanya tujuan kehidupan bernegara yang harus dicapai, tujuan bernegara dari faham negara kesejahteraan adalah untuk menciptakan kesejahteraan rakyat. Tidak dapat dipungkiri bahwa negara Indonesia pun merupakan bentuk negara

⁷³UU No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan

⁷⁴Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif dalam Perkara-perkara Pidana* (Bandung: Alfabeta, 2013), h. 70.

⁷⁵M. Syamsudin dalam bukunya D.Y. Witanto, *Diskresi Hakim Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif dalam Perkara-perkara Pidana* (Bandung: Alfabeta, 2013), h. 73.

kesejahteraan modern yang tercermin dalam pembukaan UUD 1945.⁷⁶ Dalam paragraf keempat dari pembukaan UUD 1945 tersebut tergambar secara tegas tujuan bernegara yang hendak dicapai. Untuk mencapai tujuan bernegara tersebut maka pemerintah berkewajiban memperhatikan dan memaksimalkan upaya keamanan dan kesejahteraan sosial dalam arti seluas-luasnya.

Sebagaimana disebutkan di atas, maka diskresi menyangkut pengambilan keputusan yang tidak terikat oleh hukum, di mana penilaian pribadi juga memegang peranan yang sangat urgen.⁷⁷

2. Sifat Diskresi

Menurut sifatnya diskresi dibagi menjadi dua, antara lain diskresi terikat dan diskresi bebas. Diskresi terikat pada dasarnya timbul karena undang-undang sendiri telah memberikan kebebasan untuk memilih kebijakan yang akan diambil dari beberapa alternatif yang disediakan oleh undang-undang. Dalam diskresi terikat, seorang pejabat tidak dapat mengambil keputusan di luar dari apa yang disediakan oleh aturan, ia hanya bisa memilihnya di antara beberapa kemungkinan yang telah tersedia.

Sedangkan diskresi bebas timbul karena undang-undang tidak mengaturnya atau ketentuan undang-undang bersifat sangat kaku sehingga tidak bisa diterapkan dalam suatu persoalan tertentu dengan apa adanya, dalam hal ini seorang pejabat dapat menentukan suatu kebijakan untuk mengisi kekosongan-kekosongan dalam aturan atau menentukan sikap lain di

⁷⁶Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945

⁷⁷Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor ...*, h. 14

luar apa yang ditentukan oleh undang-undang berdasarkan yang terbaik menurut pertimbangannya sendiri dengan tujuan dapat memberi manfaat yang lebih baik.⁷⁸

3. Batas Toleransi Diskresi

Kebebasan bertindak sudah tentu akan menimbulkan kompleksitas masalah karena sifatnya menyimpangi asas legalitas dalam arti sifat "pengecualian" jenis ini berpeluang lebih besar untuk menimbulkan kerugian kepada warga masyarakat. Oleh karena itu terhadap diskresi perlu ditetapkan adanya batas toleransi. Batasan toleransi dari diskresi ini dapat disimpulkan dari pemahaman yang diberikan oleh Sjahran Basah,⁷⁹ yaitu adanya kebebasan atau keleluasaan administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri, untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak yang belum ada aturannya untuk itu, tidak boleh mengakibatkan kerugian kepada masyarakat, serta harus dapat dipertanggungjawabkan secara hukum dan juga secara moral.

4. Diskresi yang Berkaitan dengan Sikap Hakim untuk Menerobos Kekakuan Undang-undang

Di antara sekian banyak bentuk kewenangan hakim dalam mengadili suatu perkara, terdapat pertanyaan yang sering menggelitik dan menjadi perdebatan di kalangan praktisi maupun akademisi menyangkut "bolehkah hakim memutus suatu perkara dengan mengesampingkan undang-undang dan menentukan sendiri hukumnya yang adil menurut ukuran hakim yang

⁷⁸Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim*, h. 72.

⁷⁹Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi*, h.271.

mengadilinya?” Mungkin bagi kalangan penganut paham legisme akan dengan tegas menentangnya karena paham tersebut memandang bahwa hukum hanya sebatas undang-undang dan hakim tidak boleh keluar dari ketentuan yang telah digariskan oleh undang-undang bahkan akibatnya batal demi hukum.

Berbeda halnya jika persoalan tersebut di atas dikaji berdasarkan paham hukum progresif yang digagas oleh Satjipto Raharjo sebagaimana dipaparkan pada pembahasan sebelumnya, bahwa hukum hendaknya mengikuti perkembangan zaman. Tidaklah haram bagi hakim untuk menyimpangi undang-undang jika keadilan dapat diperoleh dengan menyimpangi undang-undang tersebut.⁸⁰

Di dalam praktiknya penerobosan hukum berkembang bukan hanya terjadi pada wilayah hukum materiil saja, namun dalam ruang lingkup hukum adapun hakim bisa menerobos hukum dengan berbagai alasan keadilan. Memang tidak dapat dipungkiri bahwa ketentuan undang-undang tidak selalu dapat menjawab persoalan yang timbul dalam masyarakat, sehingga jika hakim berpegang teguh pada penerapan undang-undang secara *letterlijk*, maka penegakan hukum itu akan terasa kering dari nilai-nilai keadilan.

5. Diskresi Hakim untuk Mengesampingkan Berlakunya Ketentuan Regulasi

Mamang terasa aneh ketika seorang hakim yang diberikan wewenang berdasarkan undang-undang kemudian melakukan penegakan hukum dengan mengesampingkan berlakunya ketentuan undang-undang. Namun dalam

⁸⁰Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim*, h. 123.

praktiknya keadaan seperti itu dapat terjadi, jika pada suatu ketika ternyata hakim dihadapkan pada kenyataan bahwa penerapan undang-undang sebagaimana yang diajukan kehadapannya ternyata akan menimbulkan ketidakadilan atau bahkan berdampak buruk bagi kehidupan masyarakat pada umumnya.⁸¹

Oleh karena itu setiap peraturan perundang-undangan harus memiliki relevansi antara pasal yang satu dengan pasal yang lainnya. Sehingga tidak boleh mengartikan suatu pasal hanya dengan membaca pasal itu secara parsial tanpa mengaitkan pasal-pasal yang lain.

L. Hadhanah dalam Perspektif Islam

1. Pengertian Hadhanah

Hadhanah diambil dari kata al-hidhnu yang artinya samping atau merengkuh ke samping. Adapun secara syara' hadhanah artinya pemeliharaan anak bagi orang yang berhak memeliharanya.. atau menjaga orang yang tidak mampu mengurus kebutuhannya sendiri karena tidak *mumayyiz* seperti anak-anak, orang dewasa tetapi gila.⁸²

⁸¹Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim*, h. 136.

⁸²Wahbah Zuhaili, *Fiqh Islam wa Adillatuhu* Jilid 10 Terj. Abdul Hayyie al-Kattani, dkk (Damaskus: Darul Fikr, 2007), h. 59.

2. Hukum Hadhanah

Hadhanah hukumnya adalah wajib, karena anak yang tidak dipelihara akan terancam keselamatannya. Sebagaimana kewajiban untuk memberikan nafkah kepadanya.⁸³

3. Urutan Tingkatan Orang yang Berhak Mengurus Hadhanah

Para fuqaha' terkadang mengedepankan salah satu di antara orang-orang yang berhak mengurus hadhanah berdasarkan kemashlahatan anak yang dipelihara. Dalam hal ini mereka lebih mengedepankan kaum wanita karena mereka lebih lembut, kasih sayang, dan sabar dalam mendidik. Kemudian dari mereka dipilihlah salah satu yang paling dekat dengan anak yang akan dipelihara. Setelah itu baru memilih orang yang berhak memelihara bagi orang laki-laki. Dan pada usia dan urusan-urusan tertentu orang laki-laki lebih mampu dalam memelihara anak dari pada kaum wanita.⁸⁴

4. Syarat Hawaadhin (Orang Yang Berhak Memelihara Anak)

- a) Baligh
- b) Berakal
- c) Memiliki Kemampuan untuk Mendidik Anak

Di samping memiliki kemampuan yang baik untuk mendidik anak yang dipelihara, Islam mensyaratkan harus mampu untuk menjaga kesehatan dan kepribadian anak. Jadi wanita karier yang sibuk dengan

⁸³Wahbah Zuhaili, *Fiqh Islam wa Adillatuhu* Jilid 10 Terj. Abdul Hayyie al-Kattani, dkk (Damaskus: Darul Fikr, 2007), h. 60.

⁸⁴Wahbah Zuhaili, *Fiqh Islam wa Adillatuhu* Jilid 10, h. 61.

pekerjaannya sehingga tidak mempunyai waktu untuk mengurus anak tidak termasuk kategori orang yang berhak mengurus hadhanah anak.⁸⁵

d) Mempunyai Sifat Amanah

Orang yang tidak amanah tidak berhak untuk mengurus pendidikan dan akhlak anak. Yang termasuk orang yang tidak amanah adalah orang yang fasik, pemabuk, pezina, sering melakukan perkara haram. Akan tetapi Ibnu Abidin menjelaskan kefasikan yang menghalangi hak untuk mengurus anak adalah kefasikan seorang ibu sehingga menyia-nyiakan anak.⁸⁶

M. Hak Asuh Anak Perspektif KHI dalam Hukum Positif Indonesia

Dalam Inpres Nomor 1 tahun 1991 tentang penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam, mengenai hadhanah menjadi hukum positif di Indonesia dan Peradilan Agama diberi wewenang untuk menyelesaikannya. Hadhanah merupakan sebagai salah satu akibat putusanya perkawinan diatur secara panjang lebar oleh KHI dan materinya hampir keseluruhannya mengambil dari fiqh menurut para jumbuh ulama, khususnya Syafi'iyah. Kompilasi Hukum Islam kaitannya dengan masalah ini membagi ada dua periode bagi anak yang perlu dikemukakan yaitu periode anak sebelum mumayyiz dan anak setelah mumayyiz.

Apabila terjadi perceraian dimana telah diperoleh keturunan dalam perkawinan itu dan pada masa tersebut seorang anak belum mumayyiz atau

⁸⁵Wahbah Zuhaili, Fiqih Islam wa Adillatuhu Jilid 10, h. 61.

⁸⁶Wahbah Zuhaili, Fiqih Islam wa Adillatuhu Jilid 10, h. 61.

belum bisa membedakan antara yang bermanfaat dan yang berbahaya bagi dirinya, maka anak tersebut dikatakan belum mummayiz. KHI menyebutkan pada bab 14 masalah pemeliharaan anak pasal 98 menjelaskan bahwa “batas usia anak dalam pengawasan orang tuanya adalah sampai usia anak 21 tahun selama belum melakukan pernikahan”. Pada pasal 105 ayat (a) bahwa pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya. Kemudian KHI lebih memperjelas lagi dalam pasal 156, merumuskan sebagai berikut:

Akibat Perceraian (Pasal 156)

Akibat putusanya perkawinan karena perceraian adalah:⁸⁷

Anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan hadhanah dari ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya diganti oleh:

1. Wanita-wanita garis lurus keatas dari ibu
2. Ayah
3. Wanita-wanita garis lurus ke atas dari ayah
4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan
5. Wanita-wanita kerabat menurut garis ke samping dari ibu
6. Wanita-wanita kerabat menurut garis ke samping dari ayah.

Anak yang sudah mumayyiz berhak memilih untuk mendapatkan hadhanah dari ayah atau dari ibunya. Hal ini telah diatur dalam KHI pasal 105

⁸⁷Amir Syarifudin, *Hukum Perkawinan Islam*, h. 334.

ayat (b), dan juga terdapat dalam pasal 156 ayat (b) yang menyebutkan bahwa anak diberi pilihan untuk ikut dalam asuhan ibu atau ayah.

N. Perlindungan Anak Perspektif Undang-Undang No 23 Tahun 2002

1. Pengertian Perlindungan Anak

Perlindungan anak menurut Maidin Gultom adalah segala usaha yang dilakukan untuk menciptakan kondisi agar setiap anak dapat melaksanakan hak dan kewajibannya demi perkembangan dan pertumbuhan anak secara wajar baik fisik, mental, dan sosial.⁸⁸

Perlindungan anak merupakan perwujudan adanya keadilan dalam suatu masyarakat, dengan demikian perlindungan anak diusahakan dalam berbagai bidang kehidupan bernegara dan bermasyarakat. Kegiatan perlindungan anak membawa akibat hukum, baik kaitannya dalam hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Dan hukum merupakan jaminan bagi kegiatan perlindungan anak.

Perlindungan anak tidak boleh dilakukan secara berlebihan dan memperhatikan dampaknya terhadap lingkungan maupun diri anak itu sendiri, sehingga usaha perlindungan yang dilakukan tidak berakibat negatif. Perlindungan anak dilaksanakan rasional, bertanggung jawab dan bermanfaat yang mencerminkan suatu usaha yang efektif dan efisien. Hal itu tidak boleh mengakibatkan matinya inisiatif dan kreatifitas anak yang menyebabkan ketergantungan pada orang lain dan berperilaku tak terkendali.

⁸⁸Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak* (Bandung: Refika Aditama, 2008), h. 33.

Perlindungan anak dapat dibedakan menjadi 2 bagian, yaitu:

- a) Perlindungan anak yang bersifat yuridis (meliputi perlindungan dalam bidang hukum publik dan keperdataan)
- b) Perlindungan anak yang bersifat non yuridis (meliputi perlindungan dalam bidang sosial, kesehatan dan pendidikan)

Perlindungan anak menurut Arif Gosita adalah suatu usaha melindungi anak untuk dapat melaksanakan hak dan kewajibannya.⁸⁹

Dalam pasal 1 ayat 2 UU No. 23 Tahun 2002 disebutkan “Perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi, secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”.

Perlindungan anak juga dapat diartikan sebagai segala upaya yang ditujukan untuk mencegah, rehabilitasi, dan memberdayakan anak yang mengalami tindak perlakuan salah (child abused), eksploitasi dan penelantaran, agar dapat menjamin kelangsungan hidup dan tumbuh kembang anak secara wajar, baik fisik, mental, dan sosialnya.⁹⁰

2. Asas dan Tujuan Perlindungan Anak⁹¹

Hal mengenai asas ini dituangkan pada UU No. 23 Tahun 2002 Pasal 2 bahwa penyelenggaraan perlindungan anak berasaskan Pancasila dan

⁸⁹Arif Gosita, dalam bukunya Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak* (Bandung: Refika Aditama, 2008), h. 33.

⁹⁰Konvensi Media Advokasi dan Penegakan Hak-hak Asasi Anak. Vol. II No 2, (Medan: LLAI, 1998), h. 3.

⁹¹Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak*, h. 36.

berlandaskan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta prinsip-prinsip dasar Konvensi Hak-Hak Anak meliputi :

- a) Non diskriminasi
- b) Kepentingan yang terbaik bagi anak
- c) Hak untuk hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan
- d) Penghargaan terhadap pendapat anak.

Perlindungan anak bertujuan bertujuan untuk menjamin terpenuhinya hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, demi terwujudnya anak Indonesia yang berkualitas, berakhlak mulia, dan sejahtera.

3. Tanggung Jawab Perlindungan Anak⁹²

Perlindungan anak diusahakan oleh setiap orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah, maupun Negara. Pasal 20 UU No. 23 Tahun 2002 menentukan: “Negara, pemerintah, masyarakat, keluarga, dan orangtua berkewajiban dan bertanggungjawab terhadap penyelenggaraan perlindungan anak.”

Jadi yang mengusahakan perlindungan anak adalah setiap anggota masyarakat sesuai dengan kemampuannya dengan berbagai macam usaha dalam situasi dan kondisi tertentu. Setiap warga negara ikut bertanggung jawab terhadap dilaksanakannya perlindungan anak demi kesejahteraan anak. Kebahagiaan anak merupakan kebahagiaan bersama, kebahagiaan yang

⁹²Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak*, h. 41.

dilindungi adalah kebahagiaan yang melindungi. Tidak ada keresahan pada anak, karena perlindungan anak dilaksanakan dengan baik, anak menjadi sejahtera. Kesejahteraan anak mempunyai pengaruh positif terhadap orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah, dan Negara. Koordinasi kerjasama perlindungan anak perlu dilakukan dalam rangka mencegah ketidakseimbangan kegiatan perlindungan anak secara keseluruhan.

Kewajiban dan tanggungjawab Negara dan pemerintah dalam usaha perlindungan anak diatur dalam UU No. 23 Tahun 2002, yaitu:

- a) Menghormati dan menjamin hak asasi setiap anak tanpa membedakan suku, agama, ras, golongan, jenis kelamin, etnik, budaya, dan bahasa, status hukum anak, urutan kelahiran anak dan kondisi fisik dan/ atau mental. Memberikan dukungan sarana dan prasarana dalam penyelenggaraan perlindungan anak.
- b) Menjamin perlindungan, pemeliharaan, dan kesejahteraan anak dengan memperhatikan hak dan kewajiban orang tua, wali, atau orang lain yang secara hukum bertanggungjawab terhadap anak dan mengawasi perlindungan anak.
- c) Menjamin anak untuk mempergunakan haknya dalam menyampaikan pendapat sesuai dengan usia dan tingkat kecerdasan anak.

Kewajiban dan tanggungjawab masyarakat terhadap perlindungan anak dilaksanakan melalui kegiatan peran masyarakat dalam penyelenggaraan perlindungan anak (Pasal 25 UU No. 23 Tahun 2002). Kewajiban dan

tanggungjawab orangtua dalam usaha perlindungan anak diatur dalam Pasal 26 UU No. 23 Tahun 2002, yaitu:

- a) Mengasuh, memelihara, mendidik, dan melindungi anak
 - b) Menumbuhkembangkan anak sesuai dengan kemampuan, bakat, dan minatnya
 - c) Mencegah terjadinya perkawinan pada usia anak-anak.
4. Prinsip-prinsip Perlindungan Anak⁹³

- a) Anak tidak dapat berjuang sendiri

Anak adalah modal utama kelangsungan hidup manusia, bangsa, dan keluarga, untuk itu hak-haknya harus dilindungi. Karena anak tidak dapat melindungi sendiri atas hak-haknya. Banyak pihak yang mempengaruhi kehidupannya. Negara dan masyarakat berkepentingan untuk mengusahakan perlindungan hak-hak anak.

- b) Kepentingan terbaik anak (the best interest of the child)

Kepentingan terbaik anak harus dipandang sebagai *paramount of importance* (memperoleh prioritas tinggi) dalam setiap keputusan yang menyangkut anak. Hal ini sesuai yang dituangkan dalam Pasal 2 huruf b UU No. 23 Tahun 2002.

- c) Ancangan daur kehidupan (life circle approach)

Perlindungan terhadap anak harus dimulai sejak dini dan terus menerus. Janin yang berada dalam kandungan perlu dilindungi dengan gizi melalui ibunya. Jika telah lahir maka diperlukan ASI dan pelayanan kesehatan primer

⁹³Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak* (Bandung: Refika Aditama, 2008), h. 41.

seperti imunisasi dan lain lain. Pada masa prasekolah dan sekolah, diperlukan keluarga dan lembaga pendidikan yang bermutu. Pada usia 15-18 tahun, ia memasuki masa transisi ke dalam usia dewasa. Periode ini penuh resiko, karena secara kultural seseorang akan dianggap dewasa dan secara fisik memang telah cukup sempurna untuk menjalankan fungsi reproduksinya. Maka dalam hal ini orangtua, keluarga, lembaga pendidikan serta masyarakat sangat berperan penting dalam perlindungannya terhadap hal hal yang menyimpang dengan cara memberikan pendidikan seks yang benar.

5. Kedudukan dan Status Anak⁹⁴

Anak merupakan amanah dari Tuhan yang disampaikan kepada para orang tua. Kedudukan anak di sini tercantum dalam UU No. 23 Tahun 2002 Bab V Pasal 27. Setiap anak harus diberikan identitas diri sejak kelahirannya, berupa nama, tanggal lahir serta nama ayah dan ibunya yang kemudian dituangkan dalam akta kelahiran.

Dalam hal orang tua yang melalaikan kewajiban atas anaknya, terhadapnya dapat dilakukan tindakan pencabutan pengawasan dan kuasa atas anaknya melalui penetapan pengadilan.

Salah satu orang tua, saudara kandung, atau keluarga sampai derajat ketiga, dapat mengajukan permohonan ke pengadilan untuk mendapatkan penetapan pengadilan tentang pencabutan kuasa asuh orang tua atau melakukan tindakan pengawasan apabila terdapat alasan yang kuat untuk itu. Apabila salah satu dari yang disebut di atas tidak dapat melaksanakan

⁹⁴Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak*, h. 42.

fungsinya, maka pencabutan kuasa asuh orang tua dapat diajukan oleh pejabat yang berwenang atau lembaga lain yang mempunyai kewenangan untuk itu. Dan pengadilan dapat menunjuk orang perseorangan atau lembaga pemerintah/masyarakat untuk menjadi wali bagi yang bersangkutan, dan harus seagama dengan anak yang akan diasuhnya.

6. Perwalian Anak⁹⁵

Dalam hal orang tua anak tidak cakap melakukan perbuatan hukum atau tidak diketahui tempat tinggal atau keberadaannya, maka seseorang atau badan hukum yang memenuhi persyaratan dapat ditunjuk sebagai wali dari anak yang bersangkutan. Untuk menjadi wali anak sebagaimana dimaksud dilakukan melalui penetapan pengadilan. Untuk kepentingan anak, wali wajib mengelola harta milik anak yang bersangkutan. Ketentuan mengenai syarat dan tata cara penunjukan wali diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

Wali dapat mewakili anak untuk melakukan perbuatan hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan untuk kepentingan yang terbaik bagi anak. Dalam hal anak belum mendapat penetapan pengadilan mengenai wali, maka harta kekayaan anak tersebut dapat diurus oleh Balai Harta Peninggalan atau lembaga lain yang mempunyai kewenangan. Untuk itu Balai Harta Peninggalan atau lembaga lain bertindak sebagai wali pengawas untuk mewakili kepentingan anak.

⁹⁵Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak*, h. 43