

**ASAS *LEX POSTERIORI DEROGAT LEGI PRIORI* DALAM PENEMUAN  
HUKUM (*RECHTSVINDING*) OLEH HAKIM  
(Studi Atas Pasal 20 A.B. dan Pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang  
Kekuasaan Kehakiman)**

**SKRIPSI**

**Oleh:**

**Ahmad Zaeni  
NIM 08210066**



**JURUSAN AL-AHWAL AL-SYAKHSHIYYAH  
FAKULTAS SYARIAH  
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI  
MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG  
2012**

**ASAS LEX POSTERIORI DEROGAT LEGI PRIORI DALAM PENEMUAN  
HUKUM (RECHTSVINDING) OLEH HAKIM  
(Studi Atas Pasal 20 A.B. dan Pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang  
Kekuasaan Kehakiman)**

**SKRIPSI**

**Oleh:**

**Ahmad Zaeni  
NIM 08210066**



**JURUSAN AL-AHWAL AL-SYAKHSHIYYAH  
FAKULTAS SYARIAH  
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI  
MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG  
2012**

## PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI

Demi Allah,

dengan kesadaran dan rasa tanggung jawab terhadap pengembangan keilmuan, penulis menyatakan bahwa skripsi dengan judul:

***ASAS LEX POSTERIORI DEROGAT LEGI PRIORI DALAM PENEMUAN HUKUM (RECHTSVINDING) OLEH HAKIM***  
**(Studi Atas Pasal 20 A.B. dan Pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman)**

Benar-benar merupakan karya ilmiah yang disusun sendiri, bukan hasil duplikat atau memindahkan data milik orang lain. Jika dikemudian hari terbukti disusun orang lain, ada duplikasi, atau memindah data orang lain, baik secara keseluruhan atau sebagian, maka skripsi dan gelar sarjana yang diperoleh karenanya, batal demi hukum.

Malang, 3 September 2012

Penulis,

Ahmad Zaeni  
NIM 08210066

## HALAMAN PERSETUJUAN

Pembimbing penulisan skripsi setelah membaca dan mengoreksi skripsi saudara Ahmad Zaeni, NIM 08210066, Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhshiyah, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, maka skripsi yang bersangkutan dengan judul:

**ASAS *LEX POSTERIORI DEROGAT LEGI PRIORI* DALAM PENEMUAN HUKUM (*RECHTSVINDING*) OLEH HAKIM  
(Studi Atas Pasal 20 A.B. dan Pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman)**

Maka pembimbing menyatakan bahwa skripsi tersebut telah memenuhi syarat-syarat ilmiah untuk diajukan dan diuji pada Majelis Dewan Penguji.

Malang, 3 September 2012

Mengetahui  
Ketua Jurusan  
Al-Ahwal Al-Syakhshiyah,

Dosen Pembimbing,

Dr. Zaenul Mahmudi, M.A.  
NIP 197306031999031001

Dra. Jundiani, S.H., M.Hum  
NIP 196509041999032001

## PENGESAHAN SKRIPSI

Dewan penguji skripsi saudara Ahmad Zaeni, NIM 08210066, mahasiswa Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhshiyah, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, dengan judul:

**ASAS *LEX POSTERIORI DEROGAT LEGI PRIORI* DALAM PENEMUAN HUKUM (*RECHTSVINDING*) OLEH HAKIM**  
**(Studi Atas Pasal 20 A.B. dan Pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman)**

Telah dinyatakan lulus dengan nilai A (*cumlaude*).

Dewan Penguji:

1. H. Mujaid Kumkelo, M.H. ( \_\_\_\_\_ )  
NIP 197406192000031001 Ketua
2. Dra. Jundiani, S.H., M.Hum. ( \_\_\_\_\_ )  
NIP 196509041999032001 Sekretaris
3. Dr. Suwandi, M.H. ( \_\_\_\_\_ )  
NIP 196812181999031002 Penguji Utama

Malang, 18 September 2012  
Dekan,

Dr. Hj. Tutik Hamidah, M.Ag.  
NIP 195904231986032003

## PERSETUJUAN PEMBIMBING

Pembimbing penulisan skripsi saudara Ahmad Zaeni, NIM 08210066, Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhshiyah, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang setelah membaca, mengamati kembali berbagai data yang ada di dalamnya, dan mengoreksi, maka skripsi yang bersangkutan dengan judul:

**ASAS *LEX POSTERIORI DEROGAT LEGI PRIORI* DALAM PENEMUAN HUKUM (*RECHTSVINDING*) OLEH HAKIM**  
**(Studi Atas Pasal 20 A.B. dan Pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman)**

Telah dianggap memenuhi syarat-syarat ilmiah untuk disetujui dan diajukan pada Majelis Dewan Penguji.

Malang, 3 September 2012

Pembimbing,

Dra. Jundiani, S.H., M.Hum.  
NIP 196509041999032001

## MOTTO

مَا نَنْسَخُ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلَهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ

قَدِيرٌ

Apa saja yang Kami nasakhkan, atau Kami jadikan (manusia) lupa kepadanya, Kami datangkan yang lebih baik daripadanya atau yang sebanding dengannya. tidakkah kamu mengetahui bahwa Sesungguhnya Allah Maha Kuasa atas segala sesuatu

Do all the goods you can, All the best you can, In All times you can, in all place you can, For all creatures you can

”Don’t give up before you get what you want”

## PERSEMBAHAN

**Karya ini kupersembahkan kepada kedua orang tuaku (H. Abdullah Tarwo dan Hj. Toni'ah) yang tak pernah lelah memanjatkan do'a untuk kebaikan dunia dan akhiratku. Semoga beliau senantiasa diberikan rahmat dan hidayah Allah SWT atas ketulusan mendidik putra-putrinya.**

**Amiin.**

**Buat adik-adikku, Nurah Widia Susanti, de'Zahratul Hayyah dan dede Ahmad Fawwaz Mu'aafa. Sengum kebahagiaan dan prestasi-prestasiimu, merupakan motivasi terbesar bagi penulis untuk selalu berusaha menjadi seorang kakak yang dapat dijadikan contoh dan teladan bagi adik-adiknya. Semoga menjadi putra-putri yang sholihah, dan bisa membahagiakan kedua orang tua. Amiin.**

**Untuk semua guru, ustadz/ustadzah dan keluarga besarku yang selalu membimbing untuk menjadi manusia yang berakhlak serta selalu memberikan motivasi hidup, semangat dan mengajarkan arti kehidupan bagi penulis.**

## KATA PENGANTAR

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

*Alhamdulillah* rabbil'alamin, segala puji dan syukur bagi Allah, Dzat pencipta dan penguasa alam semesta yang senantiasa memberikan rahmah dan ma'unah-Nya, sehingga penulis dapat menyelesaikan skripsi ini. Shawat serta salam semoga tetap terlimpahkan kepada junjungan kita Nabi Muhammad SAW, beserta keluarga, sahabat dan orang-orang yang menempuh jalannya yang dengan gigih memperjuangkan syariat Islam.

Skripsi yang berjudul **ASAS *LEX POSTERIORI DEROGAT LEGI PRIORI* DALAM PENEMUAN HUKUM (*RECHTSVINDING*) OLEH HAKIM ( Studi Atas Pasal 20 AB Dan Pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman)**, disusun dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum Islam pada Fakultas Syariah Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhshiyah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.

Dengan segala daya dan upaya serta bantuan, bimbingan maupun pengarahan dan hasil diskusi dari pelbagai pihak dalam proses penulisan skripsi ini, maka dengan segala kerendahan hati penulis mengucapkan terima kasih yang sebesar-besanya kepada:

1. Prof. Dr. H. Imam Suprayogo, selaku Rektor Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
2. Dr. Hj. Tutik Hamidah, M.Ag., selaku Dekan Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.

3. Dr. Zaenul Mahmudi, M.A., selaku Ketua Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhshiyah dan dosen wali penulis selama menempuh kuliah di Fakultas Syariah Univeristas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
4. Dra. Jundiani, S.H., M.Hum., selaku dosen pembimbing penulis. *Syukron Katsiran* penulis haturkan atas waktu yang telah beliau limpahkan untuk proses bimbingan, arahan serta motivasi dalam menyelesaikan penulisan skripsi ini.
5. Segenap Dosen Fakultas Syariah Univeristas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang yang telah menyampaikan pengajaran, mendidik, membimbing, serta mengamalkan ilmunya dengan ikhlas. Semoga Allah SWT memberikan balasan yang sebesar-besarnya kepada beliau semua.
6. Kedua orang tua penulis, Ayahanda dan Ibunda tercinta yang tak lelah memanjatkan doa untuk kebaikan putra-putrinya. Semoga Allah selalu melimpahkan rahmat dan maghfiroh-Nya atas ketulusan mendidik putra-putrinya.
7. Drs. KH. Ahmad Masduqi Mahfud beserta keluarga, yang menuntun penulis untuk menjadi seseorang yang berkepribadian yang sabar, tawakkal, dan berilmu. Mengajarkan penulis makna hidup untuk selalu menjalankan thariqah *ta'allama, alima, dan allama. Jazakumullahu ahsanal jaza'*.
8. Asatidz-asatidzah PPSS Nurul Huda Mergosono Malang yang telah memberikan ilmu-ilmu sebagai pedoman hidup penulis. Semoga diberikan kemanfaatan ilmu yang diamalkan. Amin.
9. Pengurus serta rencang-rencang PPSS Nurul Huda, teman-teman seperjuangan angkatan 2008, teman-teman syariah 2008 *always be succes* yang mewarnai perjalanan hidup penulis selama studi di UIN Maulana Malik Ibrahim Malang.

10. Semua dulur-dulur UKM Pagar Nusa, yang selalu memberikan motivasi hidup serta mengajarkan penulis arti dari sebuah perjuangan, pengorbanan, kesabaran dan ketawadhuan dalam menghadapi kehidupan. “orang yang kuat bukanlah orang yang dapat membanting, tetapi orang yang dapat menahan amarahnya”.
11. Semua pihak yang tidak dapat kami sebutkan satu-persatu yang telah membantu kami dalam menyelesaikan penulisan skripsi ini.

Semoga apa yang telah penulis peroleh selama menempuh perkuliahan di Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang ini, bisa bermanfaat bagi semua umat, khususnya bagi penulis pribadi. Penulis menyadari bahwa skripsi ini masih jauh dari kesempurnaan. Oleh karena itu, penulis sangat mengharapkan kritik dan saran dari semua belah pihak demi kesempurnaan skripsi ini.

Malang, 3 September 2012  
Penulis.

Ahmad Zaeni  
NIM 08210066

## TRANSLITERASI

### A. UMUM

Transliterasi adalah pemindahalihan tulisan arab kedalam tulisan Indonesia (latin), bukan terjemahan bahasa arab kedalam bahasa Indonesia. Termasuk dalam ketegori ini ialah nama arab dari bangsa arab, sedangkan nama arab dari bangsa lain Arab ditulis sebagai mana ejaan bahasa nasionalnya, atau sebagaimana yang tertulis dalam buku yang menjadi rujukan. Penulisan judul buku dalam *footnote* maupun daftar pustaka, tetap menggunakan ketentuan transliterasi ini.

Banyak pilihan dan ketentuan transliterasi yang dapat digunakan dalam penulisan karya Ilmiah, baik yang berstandar internasional, nasional maupun ketentuan yang khusus digunakan penerbit tertentu. Transliterasi yang digunakan fakultas Syari'ah Universitas Islam Negeri (UIN) Maulana Malik Ibrahim Malang digunakan EYD plus, yaitu bersama transliterasi yang didasarkan atas surat keputusan bersama (SKB) Menteri Agama dan Menteri Pendidikan Kebudayaan Republik Indonesia, tanggal 22 Januari 1998, No. 158/1987 dan 0543.b/U/1987, sebagaimana tertera dalam buku pedoman transliterasi bahasa arab (*A Guide Arabic Transliteration*), INIS Fellow 1992.

### B. Konsonan

ا	= Tidak dilambangkan	ض	= dl
ب	= b	ط	= th
ت	= t	ظ	= dh
ث	= ts	ع	= ' (koma menghadap keatas)
ج	= j	غ	= gh
ح	= h	ف	= f

خ = kh	ق = q
د = d	ك = k
ذ = dz	ل = l
ر = r	م = M
ز = z	ن = n
س = s	و = w
ش = sy	ه = h
ص = sh	ي = y

Hamzah (ء) yang sering dilambangkan dengan alif, apabila terletak diawal kata maka dalam transliterasinya mengikuti vokalnya, tidak dilambangkan, namun apabila terletak di tengah atau di akhir kata maka dilambangkan dengan tanda koma diatas (’), berbalik dengan koma (‘), untuk pengganti lambang “ع”.

### C. Vokal, panjang dan diftong

Setiap penulisan Bahasa Arab dalam bentuk tulisan latin vokal *fathah* ditulis dengan “a”, *kasrah* dengan “i”, *dlommah* dengan “u”, sedangkan bacaan panjang masing-masing ditulis dengan cara sebagai berikut:

Vokal (a) panjang = â misalnya قال menjadi qâla

Vokal (i) panjang = î misalnya قيل menjadi qîla

Vokal (u) panjang = û misalnya دون menjadi dûna

Khusus untuk bacaan ya’ nisbat, maka tidak boleh digantikan dengan “i”, melainkan tetap ditulis dengan “iy” agar dapat menggambarkan ya’ nisbat diakhirnya. Begitu juga untuk suara diftong, wawu dan ya’ setelah *fathah* ditulis dengan “aw” dan “ay”. Perhatikan contoh berikut:

Diftong (aw) = و misalnya قول menjadi qawlun  
Diftong (ay) = ي misalnya خير menjadi khayrun

#### D. Ta'marbûthah (تاء)

*Ta'marbûthah* ditransliterasikan dengan “t” jika berada ditengah-tengah kalimat, tetapi apabila *ta'marbûthah* tersebut berada diakhir kalimat, maka ditaransliterasikan dengan menggunakan “h” misalnya: الرسالة للمدرسة menjadi *alrisalat li al-mudarrisah*, atau apabila berada ditengah-tengah kalimat yang terdiri dari susunan *mudlaf* dan *mudlaf ilayh*, maka ditransliterasikan dengan menggunakan “t” yang disambungkan dengan kalimat berikutnya, misalnya: في رحمة الله menjadi *fi rahmatillâh*.

#### E. Kata Sandang dan Lafadh al-Jalâlah

Kata sandang berupa “al” (ال) ditulis dengan huruf kecil, kecuali terletak di awal kalimat, sedangkan “al” dalam lafadh jalâlah yang berada di tengah-tengah kalimat yang disandarkan (*idhafah*) maka dihilangkan. Perhatikan contoh-contoh berikut ini:

1. Al-Imâm al-Bukhâriy mengatakan...
2. Al-Bukhâriy dalam muqaddimah kitabnya menjelaskan...
3. *Masyâ' Allâh kâna wa mâlam yasyâ lam yakun.*
4. *Billâh 'azza wa jalla.*

## DAFTAR ISI

<b>HALAMAN JUDUL .....</b>	<b>ii</b>
<b>PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI.....</b>	<b>iii</b>
<b>HALAMAN PERSETUJUAN .....</b>	<b>iv</b>
<b>HALAMAN PENGESAHAN.....</b>	<b>v</b>
<b>PERSETUJUAN PEMBIMBING .....</b>	<b>vi</b>
<b>HALAMAN MOTTO .....</b>	<b>vii</b>
<b>HALAMAN PERSEMBAHAN .....</b>	<b>viii</b>
<b>KATA PENGANTAR.....</b>	<b>ix</b>
<b>TRANSLITERASI.....</b>	<b>xv</b>
<b>DAFTAR ISI.....</b>	<b>xv</b>
<b>ABSTRAK .....</b>	<b>xviii</b>
<b>BAB I PENDAHULUAN</b>	
A. Latar Belakang .....	1
B. Rumusan Masalah .....	8
C. Tujuan Penelitian.....	8
D. Manfaat Penelitian.....	8
E. Batasan Masalah .....	9
F. Definisi Operasional .....	9
G. Metode Penelitian.....	10
H. Penelitian Terdahulu .....	15
I. Sistematika Pembahasan.....	17

**BAB II KAJIAN PUSTAKA**

A. Asas <i>Lex Posteriori Derogat Legi Priori</i> .....	19
1. Pengertian Asas Hukum .....	19
2. Beberapa Asas Hukum .....	25
3. Fungsi Asas Hukum .....	27
4. Kekuatan Asas Hukum .....	31
5. Pembagian Asas Hukum .....	33
6. Asas-Asas Peraturan Perundang-Undangan .....	37
7. Kedudukan Asas Hukum Dalam Sistem Hukum .....	43
B. Asas <i>Lex Posteriori Derogat Legi Priori</i> Dalam Literatur Hukum Islam.....	50
C. Penemuan Hukum ( <i>Rechtsvinding</i> ) .....	61
1. Sejarah Penemuan Hukum .....	61
2. Pengertian Penemuan Hukum .....	65
3. Dasar Penemuan Hukum .....	69
4. Alasan Penemuan Hukum Oleh Hakim .....	73
5. Aliran Penemuan Hukum .....	77

**BAB III ANALISIS BAHAN HUKUM**

A. Kedudukan Asas <i>Lex Posteriori Derogat Legi Priori</i> Dalam Sistem Hukum.....	91
B. Kekuatan Asas <i>Lex Posteriori Derogat Legi Priori</i> Dalam Menyelesaikan Pertentangan Pasal 20 A.B. dan Pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 Mengenai Penemuan Hukum ( <i>Rechtsvinding</i> ) Oleh Hakim.....	95

## BAB IV PENUTUP

A. Kesimpulan .....	106
B. Saran .....	108



## ABSTRAK

Zaeni, Ahmad, 2012, **Asas *Lex Posteriori Derogat Legi Priori* Dalam Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) Oleh Hakim (Studi Atas Pasal 20 A.B. Dan Pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman)**, Skripsi, Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhshiyah, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri (UIN) Maulana Malik Ibrahim Malang, Dosen Pembimbing: Dra. Jundiani, SH. M.Hum.

---

**Kata Kunci:** Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*), Undang-undang, Asas *Lex Posteriori Derogat Legi Priori*.

Perdebatan kewenangan hakim dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*) memunculkan berbagai aliran penemuan hukum serta banyak mempengaruhi sistem perundang-undangan Negara kita. Hal itu tercermin dalam pasal 20 A.B. yang menyebutkan bahwa hakim hanya sebatas menerapkan undang-undang dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 menyebutkan hakim yang mengadili menurut hukum, yang memungkinkan hakim tidak saja menerapkan undang-undang bahkan membentuk hukum (*judge made law*). Sehingga dengan adanya kontradiktif kedua aturan ini menimbulkan dualisme pemahaman mengenai kewenangan hakim dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Pertentangan kedua undang-undang (*antinomi hukum*) diatas menurut para pakar hukum akan dikembalikan pada asas hukum, dalam hal ini asas *lex posteriori derogat legi priori* (Undang-undang yang baru mengesampingkan undang undang yang lama) yang dijadikan solusi untuk menyelesaikan pertentangan aturan hukum diatas. Namun, di lain sisi jika asas tersebut tetap diterapkan akan menggoyahkan sistem hukum yang ada. Penelitian ini bertujuan untuk memahami kedudukan dan kekuatan asas *lex posteriori derogat legi priori* dalam menyelesaikan pertentangan peraturan (*antinomi hukum*) diatas.

Penelitian ini menggunakan jenis penelitian hukum normatif dengan pendekatan konseptual dan pendekatan perundang-undangan. Bahan hukum yang dikumpulkan berupa bahan hukum primer: UU No. 48 tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman dan ketentuan A.B. (*Algemene Bepalingen Van Wetgeving Voor Indonesie*), bahan hukum sekunder: Buku, jurnal, artikel dan lain-lain, dan bahan hukum tersier: kamus dan ensiklopedia yang membahas tentang asas hukum dan penemuan hukum (*recthsvinding*).

Dari hasil penelitian, diperoleh kesimpulan bahwa kedudukan asas hukum dalam sistem hukum merupakan ketentuan prinsip dalam sistem hukum itu sendiri. Asas *lex posteriori derogat legi priori legi priori* diklasifikasikan asas hukum umum sehingga memungkinkan adanya pengecualian. Maka pertentangan pasal 20 A.B. dan pasal 4(1) UU No. 48 tahun 2009 yang semestinya menurut asas tersebut A.B. tidak digunakan lagi perlu disimpangi atau berlaku pengecualian untuk asas hukum tersebut. Oleh karena itu, pertentangan peraturan dalam pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 harus ditafsirkan saling mengisi dan saling melengkapi demi keutuhan sistem hukum. Sehingga hakim dalam menjalankan tugasnya menemukan hukum disamping menerapkan undang-undang juga berwenang membentuk hukum ketika tidak ditemukan aturan hukumnya, dengan catatan mencerminkan hukum yang hidup di masyarakat (*living law*) dan memberikan nilai keadilan.

## ملخص البحث

زني، أحمد، ، 2012، أساس *Lex Posteriori Derogat Legi Priori* في إكتشاف الحكم للحاكم (دراسة على فصل A.B 20 وفصل (1) 4 القانون رقم 48 سنة 2009 في سلطة الحكم) البحث، شعبة الأحوال الشخصية، كلية الشريعة، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج، تحت الإشراف: دكتوراند جونداني الماجستير.

الكلمة الأساسية: أساس *Lex Posteriori Derogat Legi Priori*، إكتشاف الحكم (*rechtsvinding*)، القانون.

إن مجادلة التجويز الحاكم على تقرير الإكتشاف الحكم (*rechtsvinding*) يؤدي إلى إظهار مذاهب الإكتشاف الحكم، وكثر التأثير في نظم القوانين في بلادنا وذلك عرض في فصل A.B 20 ذكر إنما الحاكم يطبق القوانين فقط. وفصل (1) 4 القانون رقم 48 سنة 2009 ذكر أن الحاكم يقضى على أصول الحكم وهذا الحال يدفع الحاكم أن لا يطبق القوانين فحسب بل يصنع الحكم (*judge made law*) حيث وجود الاعتراض بين النظمين يظهر تشبه الأحوال حول تجويز الحاكم في إكتشاف الحكم. وذهب القضاة على تعارض القانونين أن يرجعه إلى أساس الحكم، فلذلك أساس القنون الجديد مقدم على القانون القديم (*lex posteriori derogat legi priori*) تصفية لتعارض النظام الحكم. ومن ناحية الأخرى إذا يطبقه سيهلك كون النظام الحكم المستعمل. ويهدف البحث أن يفهم موضوعه وقوته في تصفية الاعتراض النظام.

وهذا البحث هو بحث الحكم المعياري بتقريب الأقتراحات والقوانين. وجمعت المواد الحكمية منها المادة الأساسية وهي القانون رقم 48 سنة 2009 في شرح سلطة الحاكم وثبوت A.B. “*algemene bepalingen van wetgeving voor indonesie*” والمادة الثناوية وهي الكتب، المقالات وغير ذلك والمادة العالية وهي المعجم والموسوعات المتعلقة ببحث أساس الحكم و إكتشافه. الإختصار من هذا البحث هو أن موضوع أساس الحكم في نظام الحكم تقرير أو تثبيت مبدئي في نظام الحكم وحده. أساس القنون الجديد مقدم على القانون القديم ينقسم على أساس الحكم العامة حتى تمكن فيها الإستثناء، فتخاصم فصل AB 20 وفصل (1) 4 القانون رقم 48 سنة 2009 الذي لم يستعمل ويترك في الحقيقة عند فصل A.B. 20 أو إطرده الإستثناء لأساس ذلك الحكم. فلذلك يحتاج التفسير أنهما يكاملان لإتحاد النظام الحكم حتى عمل الحاكم وظائفته لإكتشاف الحكم وتطبيق القوانين ويجوز أن يصنع الحكم إذ لا يجد نظام الحكم بشرط أن ينظر الحكم الحي في المجتمع ويعطى العدالة فيه.

## ABSTRACT

Zaeni, Ahmad, 2012, *Lex Posteriori Derogat Legi Priori* Base For Finding Law (*Rechtsvinding*) By Judge (Study on Section 20 A.B. and Section 4 (1) UU No. 48 Year 2009 About Judgment Authority). S-1 Thesis. Al-Ahwal Al-Syakhshiyah. Sharia Faculty. The State Islamic University of Maulana Malik Ibrahim, Malang. Advisor: Dra. Jundiani, S.H., M.Hum.

---

**Keywords:** Finding Law (*Rechtsvinding*), Regulation, Basic of *Lex Posteriori Derogat Legi Priori*.

The debate of judge authority for finding law (*rechtsvinding*) generates groups of finding law and these influenced regulation system in our country mostly. This phenomenon is noted in the section 20 A.B.: “judge just has limited authority to implement regulation” and section 4 (1) UU No. 48 year 2009: “judge justice depended on the law”. Those sections give possibility that to judge not only implement the regulation but also to create it (*judge made law*). Then, the contradictive can will rises up the dualism of understanding about judge authority for finding law (*rechtsvinding*).

Two contradictive of regulation above, according to expert of law will turn back to base law, it refers to base *lex posteriori derogate legi priori* (new regulation defeated old regulation) which becomes the solution for solving the contradiction. However, if this base law should be implemented, it will damage our regulation system. This research aims at understanding the state and the power of basic of *lex posteriori derogate legi priori* for solving the antinomy law above.

This research applies is normative law research, with the conceptual and regulation approaches. Material of law which is collected is consist of primary law material (UU No. 48 Year 2009 About Judgment Authority, and A.B Determination (*Algemene Bepalingen Van Wetgeving Voor Indonesie*), secondary law material (book, journal, article and etc), and tertiary law material (dictionary and encyclopedia which explain about base law and finding law (*rechtsvinding*)).

From the result of research, we conclude that the position of base law in the regulation system is determined as the principle determination in the regulation law itself. Base of *lex posteriori derogate legi priori* was classified as base common law that is possible to have exception. Then, the contradictive in the section 20 A.B. and section 4 (1) No. 48 year 2009 must be coherent with this base, A.B. should not be used again, and that base should be neglected or there is an exception for this base law. Because of that, the regulation contradictive in the section 20 A.B. and section 4 (1) UU No. 48 year 2009 should be interpreted as mutual fulfilling and mutual completing for gaining the unity of regulation law. So, judge when community his job for finding law not only implement the regulation but also authorize for creating law when there is no regulation before, with the note, this law can reflect the living law in society and giving the justice.

## **BAB I**

### **PENDAHULUAN**

#### **A. Latar Belakang Masalah**

Manusia sebagai makhluk sosial tentunya saling berhubungan serta saling membutuhkan antara satu individu dengan individu lainnya. Sehingga terjalinlah suatu interaksi sosial dalam menjalani kehidupan sehari-hari. Dalam perjalanannya, manusia membutuhkan suatu aturan atau hukum supaya terjalin suatu hubungan yang harmonis. Meskipun pada dasarnya manusia secara alami mempunyai kaidah seperti norma kesusilaan, norma kesopanan, dan norma adat sebagai aturan dalam kehidupannya. Akan tetapi norma-norma itu tidak cukup untuk menjamin keberlangsungan kehidupan manusia karena tidak tegasnya sanksi bagi yang melanggarnya sehingga kesalahan itu bisa terulang lagi, maka disusunlah suatu hukum yang mempunyai sanksi yang tegas terhadap pelanggarnya.

Pada hakikatnya tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Setiap hubungan kemasyarakatan tidak boleh bertentangan dengan ketentuan-ketentuan dalam peraturan hukum yang ada dan berlaku dalam masyarakat. Hukum

berfungsi sebagai pengatur keseimbangan antara hak dan kewajiban manusia sebagai makhluk sosial, dan mewujudkan keadilan dalam hidup bersama. Karena pentingnya kedudukan hukum dalam tatanan masyarakat, maka dalam pembentukan peraturan hukum tidak bisa terlepas dari asas hukum, karena asas hukum adalah landasan utama dalam pembentukan hukum.

Oleh karena itu, pembentukan kehidupan bersama yang baik, dituntut pertimbangan tentang asas atau dasar dalam membentuk hukum supaya sesuai dengan cita-cita dan kebutuhan hidup bersama. Asas dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) ada dua pengertian. Arti asas yang pertama adalah dasar, alas, fundamen. Sedangkan arti asas yang kedua adalah suatu kebenaran yang menjadi pokok dasar atau tumpuan berpikir atau berpendapat dan sebagainya.<sup>1</sup>

Dengan demikian, Asas-asas itu dapat juga disebut titik tolak dalam pembentukan dan interpretasi undang-undang tersebut. Oleh karena itu Sadjipto Rahardjo menyebutkan bahwa asas hukum merupakan jantung dari peraturan hukum. Ini berarti bahwa peraturan-peraturan hukum itu pada akhirnya bisa dikembalikan kepada asas-asas tersebut. Dikatakan demikian karena asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum. Asas hukum merupakan unsur yang sangat penting dalam pembentukan peraturan hukum.<sup>2</sup>

Di dalam proses penemuan hukum sejatinya terjadi pada empat pengertian, yaitu: pelaksanaan hukum, penerapan hukum, pembentukan hukum dan penciptaan hukum. Pada dasarnya hakim selalu dihadapkan pada peristiwa konkret, konflik atau kasus yang harus diselesaikan atau dicari pemecahannya

---

<sup>1</sup>W.J.S. Poerwadarminta. *Kamus Umum Bahasa Indonesia* (Jakarta: Balai Pustaka, 2005), 60-61.

<sup>2</sup>Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000), 45.

dan untuk itulah perlu dicari hukumnya.<sup>3</sup> Untuk memberikan penyelesaian konflik atau perselisihan hukum yang dihadapkan kepada hakim, maka hakim harus memberikan penyelesaian definitif yang hasilnya dirumuskan dalam bentuk putusan yang disebut dengan putusan hakim yang merupakan penerapan hukum yang umum dan abstrak pada peristiwa konkret.<sup>4</sup> Jadi, dalam penemuan hukum yang penting adalah bagaimana mencarikan dan menemukan hukumnya untuk peristiwa konkret (*in-concreto*).<sup>5</sup>

Dari definisi tersebut dapat dipahami bahwa penemuan hukum merupakan proses konkretisasi atau individualisasi peraturan umum (*das Sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret (*das Sein*) tertentu. Menurut Utrecht, apabila terjadi suatu peraturan perundang-undangan belum jelas atau belum mengaturnya, hakim harus bertindak berdasar 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 inilah yang dinamakan dengan penemuan hukum.<sup>6</sup>

Menurut pendapat para ahli, seperti yang dikemukakan Busyro Muqoddas, setelah meneliti beberapa definisi tentang penemuan hukum, menyimpulkan pengertian yang lebih lengkap tentang penemuan hukum. Pertama, penemuan hukum dalam arti penerapan suatu peraturan pada peristiwa konkret. Kedua, penemuan hukum dalam arti pembentukan hukum, dimana untuk suatu peristiwa konkret tidak tersedia suatu peraturan yang jelas/ lengkap

---

<sup>3</sup>Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum sebuah Pengantar*(Jogjakarta: Liberty, 2009), 37.

<sup>4</sup>Pontang Moerad, B.M., *Pembentukan Hukum Melalui putusan Pengadilan dalam Perkara Pidana* (Bandung : Alumni, 2005), 81.

<sup>5</sup>Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 38.

<sup>6</sup>Utrecht. *Pengantar dalam Hukum Indonesia* (Jakarta: Ichtiar, 1983), 248.

untuk diterapkan, sehingga hakim harus membentuk hukum melalui metode tertentu.<sup>7</sup>

Ruang lingkup kebebasan hakim dalam usaha menemukan hukum telah lama menjadi perdebatan dikalangan para ahli hukum, terutama mengenai kedudukan hakim terhadap perundang-undangan. Perbedaan pandangan dikalangan pakar hukum kemudian melahirkan berbagai aliran hukum. Yang terlihat perbedaan pandangannya yaitu aliran *Legal Positivisme* dan *Sosiologi Yurisprudensi*.

Aliran *Legal Positivisme* yang merupakan aliran klasik sebagaimana dikemukakan oleh Montesqieu maupun Kant, menyatakan bahwa hakim dalam menerapkan undang-undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya tidak menjalankan perannya secara mandiri. Mereka memahami hukum sebagai perintah penguasa dan sumber utama hukum adalah undang-undang. Kebebasan hakim terhadap undang-undang hanya sampai batas kebolehan melakukan penafsiran. Hakim hanyalah penyambung lidah atau corong undang-undang (*la bouche de la loi*), sehingga tidak dapat mengubah kekuatan hukum undang-undang, tidak dapat menambah dan tidak dapat pula mengurangnya.<sup>8</sup>

Aliran lainnya, *Sosiologi Yurisprudensi* melihat hukum sebagai gejala sosial. Karena hukum merupakan gejala sosial, maka selalu ada hubungan timbal balik yang saling mempengaruhi antara hukum dan masyarakat. Hukum yang baik adalah hukum yang mencerminkan nilai-nilai yang hidup di masyarakat (*living law*). Dalam kaitannya dengan undang-undang, hakim mempunyai kebebasan,

---

<sup>7</sup>Muhammad Busyro Muqoddas, *Praktik Penemuan Hukum Oleh Hakim Mengenai Sengketa Perjanjian Jual Beli Dengan Hak Membeli Kembali Pada Pengadilan-Pengadilan Negeri di Daerah Istimewa Yogyakarta*, Thesis pada Fakultas Pasca Sarjana UGM (Yogyakarta: UGM, 1995), 40-42.

<sup>8</sup>Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*. 40.

asalkan putusan yang dijatuhkan mencerminkan hukum yang hidup dimasyarakat. Hakim tidak saja menerapkan hukum yang ada dalam peraturan perundang-undangan, tetapi juga membuat hukum (*judge made law*).<sup>9</sup>

Seperti yang kita ketahui bahwa hakim dalam menjalankan tugasnya menemukan hukum, seorang hakim tidak boleh menolak perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan hukum tidak ada atau hukum kurang jelas (*ius curia novit*). Dengan asas *ius curia novit* itulah ia harus menyelesaikan segala sengketa yang diajukan kepadanya.

Dalam hal kewenangan hakim dalam tugasnya dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*), terdapat pada pasal 20 AB (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie*) dan pada pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Dalam pasal 20 A.B. berbunyi :” *Hakim harus mengadili menurut undang-undang, ia dilarang menilai isi dan keadilan dari undang-undang*” isi dalam undang-undang ini mencerminkan pandangan yang dianut aliran *Legal Positivisme* yang berasumsi hakim hanyalah penyambung lidah atau corong undang-undang.

Sedangkan bunyi pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman adalah :”*Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang*”. Yang secara tidak langsung redaksi *menurut hukum* berasumsi memberikan pengertian kebebasan hakim tidak saja menerapkan hukum yang ada dalam peraturan perundang-undangan, tetapi juga membuat

---

<sup>9</sup>Dikutip dari PPT tulisan Dr. Imron Rosyadi.2011, Dosen Mata Kuliah Kemahiran Hukum Fakultas Syariah UIN Maliki Malang.

hukum (*judge made law*). Hal ini sesuai dengan pandangan yang dianut aliran penemuan hukum kedua yaitu *Sosiologi Yurisprudensi*.

Oleh karena perbedaan pengertian itu, seharusnya jika kita berpedoman pada asas hukum, dalam hal ini asas *lex posteriori derogat legi priori* yang mempunyai arti “*hukum yang terbaru mengesampingkan hukum yang lama*”, dimana asas hukum adalah prinsip yang dianggap dasar atau fundamen hukum. Maka asas hukum dijadikan solusi dalam perundang-undangan ketika diketemukan suatu pertentangan antara undang-undang satu dengan lainnya. Sebagaimana *al-Nasikh wa al-Mansukh* dalam ilmu ushul fiqh yang dijadikan solusi ketika terdapat pertentangan dalil hukum yang mempunyai definisi:

رفع الشارح حكما منه متقدما بحكم منه متأخرا

“*Menghapusnya syari’ (pembuat hukum) terhadap hukum (yang datangnya lebih) dahulu (untuk) diganti dengan hukum yang datangnya kemudian*”<sup>10</sup>

Maksudnya ialah رفع الشارح حكما بدليل شرعي متراخ عنه yaitu “menghapusnya syari’ (pembuat hukum) terhadap hukum dengan menggunakan dalil syara’ yang datangnya kemudian”.<sup>11</sup> Dengan adanya *nasakh mansukh* ini juga yang menjadikan solusi dari pertentangan ketentuan hukum dalam al-Quran mengenai masa iddah bagi orang yang ditinggal mati suaminya yaitu antara ketentuan masa iddahnya satu tahun penuh (*haul kamil*) dalam surat al baqarah: 240 dengan ketentuan dalam surat al-baqarah: 234 yang menyatakan ketentuan iddah ditinggal mati suami yaitu 4 bulan 10 hari, yang kemudian dengan adanya konsep

<sup>10</sup>Thannan, Mahmud. *Taisir Mushthalah al-Hadits* (Surabaya: Maktabah al-Hidayah) 59.

<sup>11</sup>Muhammad Ajjaj al-Khathiby. *Ushul al-Hadits, Ulummuhi Wa Mushthalahuhu* (Beirut: mathbaah dar al-fiqr, 1983), 287.

*nasakh mansukh* ini dimenangkan oleh ketentuan hukum yang terbaru yakni dengan masa iddah selama 4 bulan 10 hari.

Maka dengan adanya asas *lex posteriori derogat legi priori*, pasal 20 A.B. yang menyatakan bahwa hakim dalam penemuan hukum mengadili “*menurut undang-undang*”, dilumpuhkan oleh pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 yang bunyinya: “*Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang*”. Secara tidak langsung memberikan kebebasan hakim tidak saja menerapkan hukum yang ada dalam peraturan perundang-undangan, tetapi juga membuat hukum (*judge made law*).

Pengertian “*menurut hukum*” dalam pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman lebih luas daripada “*menurut undang-undang*” dalam pasal 20 A.B., sehingga membuka peluang bagi hakim untuk melaksanakan kebebasan yang sebebaskan-bebasnya. Sebaliknya pengertian “*menurut undang-undang*” lebih membatasi kebebasan hakim dalam menemukan hukum yang hanya diberi kebebasan sebagai corong dari undang-undang saja.

Dengan adanya asas hukum ini, maka pertentangan antara ketentuan pasal 20 A.B. dengan pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dimenangkan oleh undang-undang terbaru yaitu pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Dengan demikian, akan memberikan kewenangan kepada hakim tidak saja menerapkan undang-undang bahkan membentuk suatu hukum (*judge made law*).

Akan tetapi di lain sisi, jika asas itu harus tetap diterapkan tanpa memungkinkan asas hukum tersebut dikesampingkan, justru akan terkesan adanya pertentangan-pertentangan dan tumpang tindih dalam peraturan hukum.

Dengan demikian, hal ini akan menggoyahkan sistem hukum kita yang seharusnya tercipta kesatuan utuh dari tatanan-tatanan yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang satu sama lain saling berhubungan dan berkaitan secara erat.

### **B. Rumusan Masalah**

Berangkat dari latar belakang permasalahan di atas, maka rumusan masalah yang akan diteliti dapat dirumuskan sebagai berikut:

1. Bagaimana kedudukan asas *lex posteriori derogat legi priori* dalam sistem hukum?
2. Bagaimana kekuatan asas *lex posteriori derogat legi priori* dalam menyelesaikan pertentangan antara pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman mengenai kewenangan hakim dalam penemuan hukum (*Rechtsvinding*)?

### **C. Tujuan Penelitian**

1. Mengetahui kedudukan asas *lex posteriori derogat legi priori* dalam sistem hukum.
2. Mengetahui kekuatan asas *lex posteriori derogat legi priori* dalam menangani pertentangan antara pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 mengenai kewenangan hakim dalam penemuan hukum (*Rechtsvinding*).

### **D. Manfaat Penelitian**

1. Secara Teoritis
  - a) Penelitian ini dapat bermanfaat sebagai sumbangsih khazanah keilmuan.
  - b) Penelitian ini dapat bermanfaat yang dapat dijadikan referensi bagi mahasiswa hukum khususnya bagi mahasiswa syariah.

## 2. Secara Praktis

Penelitian ini dapat bermanfaat bagi para sarjana hukum dan praktisi hukum dalam menemukan suatu hukum tersirat dalam suatu peraturan-peraturan.

### **E. Batasan Masalah**

Pada penelitian ini peneliti membatasi objek yang diteliti yaitu berkaitan dengan asas *Lex posteriori derogat legi priori* mengenai kewenangan hakim dalam proses penemuan hukum (*retchvinding*) (telaah pasal 20 A.B. atas pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009) dari suatu peraturan-peraturan hukum. Pada penelitian ini peneliti lebih membatasi pada pasal-pasal dalam undang-undang, diantaranya pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

### **F. Definisi Operasional**

Definisi operasional dibuat untuk memudahkan pembaca dalam memahami kosa kata atau istilah-istilah asing yang ada dalam judul skripsi peneliti, adapun istilah-istilah tersebut adalah sebagai berikut;

Asas *lex posteriori derogat legi priori* adalah asas hukum yang berarti undang-undang yang baru melumpuhkan undang-undang yang lama; apabila undang-undang yang baru bertentangan dengan undang-undang yang lama yang mengatur materi yang sama, maka yang berlaku adalah undang-undang yang baru.<sup>12</sup>

Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan

---

<sup>12</sup>Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 121.

hukum atau menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwa hukum yang konkret.<sup>13</sup>

Penemuan hukum (*rechtsvinding*) biasanya dilakukan oleh para praktisi hukum terutama hakim dalam memutuskan suatu perkara. Hal tersebut dilakukan dikarenakan undang-undang tidak lengkap atau tidak jelas, sehingga tidak bisa mencakup semua perbuatan dalam kehidupan masyarakatnya. Oleh karena itulah hakim harus melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

### G. Metode Penelitian

Metode memegang peranan penting dalam mencapai tujuan, termasuk juga metode dalam suatu penelitian. Metode penelitian yang dimaksud adalah cara-cara melaksanakan penelitian (yaitu meliputi kegiatan-kegiatan mencari, mencatat, merumuskan, menganalisis sampai menyusun laporannya) berdasarkan fakta-fakta atau gejala-gejala secara ilmiah<sup>14</sup>. Dalam penyusunan skripsi ini, penyusun menggunakan metode penelitian sebagai berikut:

#### 1. Jenis Penelitian

Untuk menjawab persoalan yang sudah dirumuskan dalam rumusan masalah, maka penelitian ini membutuhkan data-data deskriptif yang berupa data-data tertulis bukan angka. Jenis penelitian, sebagaimana yang diterangkan dalam buku pedoman karya tulis ilmiah Fakultas Syariah UIN Maliki Malang adalah menjelaskan tentang jenis penelitian yang dipergunakan dalam melakukan penelitian.

---

<sup>13</sup>Soedikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum; Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2005), 162.

<sup>14</sup>Kholid Narbukoi dan Abu Achmadi. *Metodelogi Penelitian; memberikan Bekal Teoritis Pada Mahasiswa Tentang Metode Penelitian Serta diharapkan Dapat Melaksanakan Penelitian Dengan Langkah-Langkah Benar*, Cet. 9 (Jakarta: Bumi Aksara, 2008), 2.

Jenis penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum normatif. Yakni penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka (*legal research*) atau data sekunder belaka.<sup>15</sup> Penelitian hukum normatif mengkaji hukum yang dikonsepsikan sebagai norma atau kaidah yang berlaku dalam masyarakat, dan menjadi acuan perilaku setiap orang.<sup>16</sup> Jenis penelitian ini digunakan dengan pertimbangan bahwa titik tolak penelitian ini adalah kajian terhadap kedudukan asas hukum *lex posteriori derogate legi priori* serta kekuatannya dalam menyelesaikan *conflict of norm* dan mengkaji peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan kewenangan hakim dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*).

## 2. Pendekatan Penelitian

Pendekatan penelitian adalah metode atau suatu cara mengadakan penelitian.<sup>17</sup> Dari ungkapan tersebut jelas bahwa yang dikehendaki adalah suatu informasi dalam bentuk deskripsi dan menghendaki makna yang berada di balik bahan hukum.

Dalam penelitian hukum normatif, kegiatan untuk menjelaskan hukum tidak diperlukan dukungan data atau fakta-fakta social, sebab ilmu hukum normatif tidak mengenal data atau fakta social yang dikenal hanya bahan hukum, jadi untuk menjelaskan hukum atau untuk mencari makna dan memberi nilai akan hukum tersebut hanya digunakan konsep hukum dan langkah-langkah yang ditempuh adalah langkah normatif.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup>Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat* (Jakarta: PT. Grafindo Persada, 2007), 50.

<sup>16</sup>Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004)

<sup>17</sup>Suharsimi Arikunto, *Prosedur Penelitian: Suatu Pendekatan Praktek* (Jakarta: Rieneka Cipta, 2002), 23.

<sup>18</sup>Bahder Johan Nasution, *Metode Penelitian Hukum*, (Bandung: CV Mandar Maju, 2008), 87.

Sehubungan dengan jenis penelitian yang digunakan yakni penelitian hukum normatif, maka pendekatan yang dilakukan adalah pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*). Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dilakukan manakala peneliti tidak beranjak dari aturan hukum yang ada. Hal itu dilakukan karena memang belum atau tidak ada aturan untuk masalah yang dihadapi dan yang ditemukan hanya makna yang bersifat umum yang tentunya tidak tepat untuk membangun argumentasi hukum<sup>19</sup> yang dalam hal ini adalah asas hukum *lex posteriori derogate legi priori*. Sedangkan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dilakukan untuk meneliti berbagai aturan hukum yang menjadi fokus sekaligus tema sentral suatu penelitian<sup>20</sup> yang dalam hal ini adalah peraturan perundang-undangan mengenai kewenangan penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim yang diatur dalam pasal 20 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie*) dan Pasal 4 (I) Undang-undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

### 3. Bahan Hukum

Dalam penelitian hukum tidak dikenal adanya data, sebab dalam penelitian hukum khususnya yuridis normatif sumber penelitian hukum diperoleh dari kepustakaan bukan dari lapangan, untuk istilah yang dikenal adalah bahan hukum.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup>Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), 137.

<sup>20</sup>Johny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif* (Malang: Bayumedia, Cet IV, 2008), 302.

<sup>21</sup>Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, 41.

Dalam penelitian hukum normatif bahan pustaka merupakan bahan dasar yang dalam ilmu penelitian umumnya disebut bahan hukum sekunder.<sup>22</sup> Dalam bahan hukum yang dipergunakan adalah bahan hukum sekunder yang terbagi menjadi dua yaitu :

a. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat<sup>23</sup>, seperti norma, peraturan dasar, yurisprudensi, undang-undang, traktat dan lain sebagainya. Dalam penelitian ini terdiri dari:

- 1) Norma (dasar) atau kaidah dasar, yaitu Pasal 37 Hasil Perubahan Undang-Undang Dasar 1945.
- 2) Peraturan Perundang-undangan:
  - a) Undang-undang No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.
  - b) A.B. (*Algeemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie*) (stb. 1847: 23)

b. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder, yaitu bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, seperti rancangan undang-undang, hasil-hasil penelitian<sup>24</sup>, buku-buku hukum termasuk skripsi, tesis dan disertasi hukum dan jurnal-jurnal hukum<sup>25</sup>, serta pendapat para sarjana<sup>26</sup> yang terkait dengan pembahasan tentang asas *lex posteriori derogat legi priori* dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim.

<sup>22</sup>Soerjono Soekanto, Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada), 24.

<sup>23</sup>Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode penelitian Hukum* (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2008), 31.

<sup>24</sup>Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode penelitian Hukum*, 32.

<sup>25</sup>Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, 155.

<sup>26</sup>Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi*, 392.

### c. Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum tersier, Yakni bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan bermakna terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus hukum, ensiklopedia dan lain-lain.<sup>27</sup>

### 4. Metode Pengumpulan Bahan Hukum

Dalam mengumpulkan bahan hukum, peneliti melakukan proses yang sistematis dan standar untuk memperoleh bahan hukum yang relevan terhadap isu yang dihadapi. Baik bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder dikumpulkan berdasarkan topik pembahasan yang telah dirumuskan berdasarkan sistem bola salju dan diklasifikasi menurut sumber dan hierarkinya untuk di kaji secara komprehensif. dengan menyesuaikan dengan masalah yang dibahas.<sup>28</sup>

Karena dalam penelitian ini, peneliti menggunakan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), maka dalam mengumpulkan bahan hukum, peneliti menelusuri buku-buku hukum (*treatises*) yang dalam hal ini berkenaan dengan asas *lex posteriori derogate legi priori*. Kemudian melakukan penelusuran untuk mencari peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan isu yang peneliti teliti yaitu mengenai penemuan hukum (*rechtsvinding*).

### 5. Pengolahan dan Analisa Bahan Hukum

Adapun bahan hukum yang diperoleh dalam penelitian studi kepustakaan, aturan perundang-undangan, dan artikel dimaksud penulis uraikan dan hubungkan sedemikian rupa, sehingga disajikan dalam penulisan yang lebih sistematis guna menjawab permasalahan yang telah dirumuskan. Bahwa cara pengolahan bahan

---

<sup>27</sup>Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi*

<sup>28</sup>Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi*

hukum yang dilakukan secara deduktif yakni menarik kesimpulan dari suatu permasalahan yang bersifat umum terhadap permasalahan konkrit yang dihadapi. Selanjutnya bahan hukum yang ada dianalisis untuk mengetahui asas *lex posteriori derogat legi priori* dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim telaah pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

#### **H. Penelitian Terdahulu**

Untuk mengetahui lebih lanjut terkait dengan permasalahan tentang “Asas *Lex Posteriori Derogat Legi Priori* Dalam Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) Oleh Hakim”, sehingga dari penelitian terdahulu bisa dijadikan sebagai perbandingan untuk lebih mengeksplorasikan penemuan baru yang tidak ada dalam penelitian sebelumnya. Dalam penelitian terdahulu ini peneliti akan membandingkan dari sisi pembahasan penelitian yang berkaitan dengan asas *lex posteriori derogat legi priori* dalam menyelesaikan pertentangan (antinomi) hukum mengenai penemuan hukum (*rechtsvinding*). Penelitian-penelitian yang berkaitan dengan penelitian ini yaitu:

1. Penelitian yang berkaitan dengan penemuan hukum (*Rechtsvinding*), dilakukan oleh saudara Arifin Nim : 00120089 / 00400456 Mahasiswa Jurusan Syari'ah/ Twinning Program Fakultas Agama Islam Universitas Muhammadiyah Malang Pada Tahun 2006, dengan judul *RECHTSVINDING DALAM HUKUM PERDATA STUDI PERBANDINGAN ANTARA KONSEP HUKUM POSITIF INDONESIA DENGAN HUKUM ISLAM*. Persamaan dengan penelitian yang akan dilakukan oleh peneliti adalah sama-sama berobjek pada penemuan hukum (*Rechtsvinding*). Adapun

perbedaannya, pada penelitian saudara arifin hanya terfokus pada penemuan hukum (*Rechtsvinding*)nya saja. Sedangkan penelitian yang akan dilakukan oleh peneliti fokusnya tidak hanya pada penemuan hukum saja namun juga pengaruh asas *lex posteriori derogat legi priori* dalam pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 terhadap kewenangan hakim dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*).

2. Penelitian yang berkaitan dengan penerapan asas hukum, dilakukan oleh Amelia Ulfa, Mahasiswa Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhsiyah Fakultas Syari'ah Universitas Islam Negeri (UIN) Maulana Malik Ibrahim Malang Pada Tahun 2003, dengan judul PENERAPAN ASAS *IN FLAGRANTE DELICTO* DALAM MENYELESAIKAN PERCERAIAN DENGAN ALASAN ZINA (PERSFEKTIF HAKIM DI PENGADILAN AGAMA KABUPATEN MALANG). Persamaan dengan penelitian yang akan dilakukan oleh peneliti adalah sama-sama berobjek pada pembahasan asas hukum, dalam prakteknya terutama penerapan asas hukum khusus. Sedangkan penelitian yang akan dilakukan oleh peneliti berfokus pada pembahasan asas hukum umum yang mana berlaku pada semua ketentuan-ketentuan hukum serta berobjek pada peraturan perundang-undangan. Perbedaan juga terdapat pada asas hukum yang diteliti, penelitian yang dilakukan oleh saudari Amelia Ulfa yang meneliti asas yang termasuk dalam asas hukum khusus yaitu asas yang digunakan hakim dalam suatu permasalahan perdata khususnya sedangkan asas yang diteliti peneliti yaitu asas hukum umum yang berlaku untuk semua peraturan hukum positif.

Berdasarkan kajian terhadap beberapa penelitian yang telah ada maka belum terdapat penelitian yang membahas tentang tema yang sedang peneliti kaji, Perbedaan yang mendasari dengan penelitian terdahulu adalah, bahwa peneliti lebih kosen pada asas *lex posteriori derogat legi priori* mengenai kewenangan hakim dalam penemuan hukum (*Rechtsvinding*) (telaah pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009). Dan ini belum ditemukan dalam penelitian-penelitian terdahulu diatas.

### **I. Sistematika Pembahasan**

Agar penyusunan penelitian ini menjadi terarah, sistematis, dan saling berhubungan satu bab dengan bab yang lain, maka peneliti secara umum dapat menggambarkan susunannya sebagai berikut:

Bab I merupakan bab pendahuluan yang meliputi beberapa keterangan yang menjelaskan tentang latar belakang masalah sebagai penjelasan tentang timbulnya ide dan dasar pijakan penulis. Selanjutnya dari latar belakang tersebut kemudian dirumuskan sebuah pertanyaan yang menjadi rumusan masalah. Agar penelitian ini tidak meluas, maka setelah rumusan masalah dibuatlah batasan masalah. Setelah itu, peneliti mencantumkan tujuan dan manfaat penelitian, definisi operasional, metode penelitian yang berbentuk metode-metode penelitian ilmiah dengan langkah-langkah tertentu mulai dari pengumpulan data sampai menarik kesimpulan terhadap data-data yang sudah ada. Begitu juga pada bagian ini diutarakan tentang penelitian terdahulu yang dijadikan sebagai parameter untuk mengetahui orisinalitas penelitian. Dan langkah terakhir, dalam bab ini akan diberikan sistematika pembahasan sebagai gambaran umum dari penelitian ini.

Bab II, berisi tentang tinjauan pustaka, berisi tentang pengertian, fungsi dan kekuatan asas *lex posteriori derogat legi priori* dalam perundang-undangan, dilanjutkan dengan penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim, kemudian undang-undang yang mengatur tentang penemuan hukum oleh hakim khususnya pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Dan juga disinggung mengenai kajian yang serupa dengan berlakunya asas ini, yakni kajian ushul fiqh *nasakh mansukh*. Kajian teori ini berfungsi sebagai bahan pembandingan peneliti. Begitu juga pada bagian ini diutarakan tentang penelitian terdahulu yang dijadikan sebagai parameter untuk mengetahui orisinalitas penelitian.

Bab III berisi tentang analisis tentang kedudukan asas *lex posteriori derogat legi priori ini* dalam sistem hukum, kemudian dilanjutkan dengan kekuatan asas hukum tersebut dalam menyelesaikan kasus pertentangan antara pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dalam penemuan hukum (*Rechtsvinding*) oleh hakim.

Bab IV sebagai bagian akhir dari rangkaian penelitian disajikan tentang kesimpulan sebagai intisari dari hasil penelitian, begitu juga saran-saran sebagai tindak lanjut terhadap hasil penelitian ini.

## BAB II

### KAJIAN PUSTAKA

#### A. Asas *Lex Posteriori Derogat Legi Priori*

##### 1. Pengertian Asas Hukum

Menurut terminologi bahasa, kata asas berasal dari bahasa Arab, *asasun*. Artinya dasar, basis, pondasi. Jika dihubungkan dengan sistem berfikir, yang dimaksud dengan asas adalah landasan berfikir yang sangat mendasar.<sup>1</sup> Oleh karena itu, yang dimaksud dengan istilah “asas” dalam bahasa Indonesia asas mempunyai arti (1) dasar, alas, fundamen.<sup>2</sup> Asas dalam pengertian ini dapat dilihat misalnya, dalam urutan yang disesuaikan pada kata-kata: ...” batu ini baik benar untuk pondamen atau pondasi rumah”; (2) kebenaran yang menjadi tumpuan berfikir atau pendapat. Makna ini terdapat misalnya dalam ungkapan: “pernyataan itu bertentangan dengan asas-asas hukum pidana”; (3) cita-cita yang menjadi dasar organisasi atau Negara. Hal ini jelas dalam kalimat: “Dasar Negara Republik Indonesia adalah Pancasila ”.

<sup>1</sup>Muhammad Daud Ali. *Hukum Islam* (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2007), 126.

<sup>2</sup>W.J.S. Poerwadarminta. *Kamus Umum Bahasa Indonesia* (Jakarta: Balai Pustaka, 1976), 60.

Makna leksikal asas dalam bahasa Inggris diformatkan sebagai “*Principle*” didefinisikan oleh Henry Campbell Black sebagai berikut: <sup>3</sup>

*“Principle. A fundamental truth or doctrine, as of law; a comprehensive rule or doctrine which furnishes a basis or original for other; a settled rule of action, procedure, or legal determination. A truth or proposition so clear that it cannot be proved or contradicted unless by a proposition which is still clearer. That which constitutes the essence of a body or its constituent part. That which pertains to the theoretical part of a science.”*

Jika kata asas dihubungkan dengan hukum, yang dimaksud dengan asas hukum adalah kebenaran yang dipergunakan sebagai tumpuan berfikir dan alasan pendapat, terutama, dalam penegakan dan pelaksanaan hukum. Asas hukum, pada umumnya berfungsi sebagai rujukan untuk mengembalikan segala masalah yang berkenaan dengan hukum.<sup>4</sup> Jadi, Peraturan konkret (seperti undang-undang) tidak boleh bertentangan dengan asas hukum, demikian pula dalam putusan hakim, pelaksanaan hukum, dan sistem hukum.<sup>5</sup>

Apabila dalam sistem hukum terjadi pertentangan, maka asas hukum akan tampil untuk mengatasi pertentangan tersebut. Misalnya, terjadi pertentangan antara satu undang-undang dengan undang-undang lainnya, maka harus kembali melihat asas hukum sebagai prinsip dasar yang mendasari suatu peraturan hukum berlaku secara universal. Begitu pula, jika berbicara tentang konteks sosial, berarti konsep-konsep dan asas hukum senantiasa lahir sebagai hasil pemikiran masyarakat tertentu.<sup>6</sup>

Pengertian dari asas hukum yang dikemukakan para ahli, diantaranya:

- 1) Paul Scholten berpendapat bahwa asas hukum adalah kecenderungan-kecenderungan yang disyaratkan oleh pandangan kesesuaian kita pada hukum,

<sup>3</sup>Henry Campbell Black, *Black Law Dictionary*, 1991, 828.

<sup>4</sup>Muhammad Daud Ali. *Hukum Islam*, 126.

<sup>5</sup>Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum, Cet I*(Bogor: Penerbit Ghalia Indonesia,2011),109.

<sup>6</sup>Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*

merupakan sifat-sifat umum dengan segala keterbatasannya sebagai pembawaan yang umum itu, tetapi yang tidak boleh tidak harus ada.<sup>7</sup>

- 2) Satjipto Rahardjo, berpendapat bahwa asas hukum adalah jantungnya peraturan hukum, karena asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum, bahwa peraturan-peraturan hukum itu pada akhirnya dapat dikembalikan kepada asas-asas tersebut. Disamping itu asas hukum layak disebut sebagai alasan lahirnya peraturan hukum, atau merupakan *ratio legis* dari peraturan hukum. Dengan adanya asas hukum, maka hukum bukanlah sekedar kumpulan peraturan-peraturan, karena itu mengandung nilai-nilai dan tuntutan-tuntutan etis.<sup>8</sup>
- 3) Bellefroid menyatakan bahwa asas hukum umum adalah norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif dan yang oleh ilmu hukum tidak dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum. Asas hukum umum itu merupakan pengendapan hukum positif dalam suatu masyarakat.<sup>9</sup>
- 4) Van Eikema Hommes menyatakan asas hukum adalah dasar-dasar atau petunjuk arah dalam pembentukan hukum positif. Asas hukum tidak boleh dianggap sebagai norma-norma hukum yang konkrit, tetapi dipandang sebagai dasar-dasar umum atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku. Pembentukan hukum praktis perlu berorientasi pada asas-asas hukum tersebut.<sup>10</sup>
- 5) Sudikno Mertokusumo, mengemukakan asas hukum merupakan pikiran dasar yang umum dan abstrak, atau merupakan latar belakang dari peraturan konkrit,

<sup>7</sup>Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 5.

<sup>8</sup>Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, 89.

<sup>9</sup>Notohamidjojo, *Soal-Soal Pokok Filsafat Hukum*, BPK (Jakarta: Gunung Mulia, 1975), 49.

<sup>10</sup>Notohamidjojo, *Soal-Soal Pokok Filsafat Hukum*, 49.

yang terdapat dalam dan dibelakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif. Asas hukum dapat diketemukan dengan mencari sifat-sifat atau ciri-ciri yang umum dalam peraturan konkrit tersebut. Fungsi ilmu hukum adalah mencari asas hukum ini dalam hukum positif.<sup>11</sup>

- 6) R.H Soebroto Brotodiredjo, asas (prinsip) adalah suatu sumber atau sebab yang menjadi pangkal tolak sesuatu; hal yang *inherent* dalam segala sesuatu, yang menentukan hakikatnya; sifat esensial<sup>12</sup>.
- 7) Sri Soemantri Martosuwignjo, mengemukakan bahwa asas mempunyai padanan dengan '*beginsel*' atau '*principle*' sebagai suatu kebenaran yang menjadi pokok dasar atau tumpuan berpikir. Asas hukum adalah dasar normatif untuk membedakan antara daya ikat normatif dan niscayaan yang memaksa.<sup>13</sup>
- 8) Moh. Koesnoe, mengemukakan bahwa asas hukum sebagai suatu pokok ketentuan atau ajaran yang berdaya cakup menyeluruh terhadap segala persoalan hukum di dalam masyarakat yang bersangkutan dan berlaku sebagai dasar dan sumber materiil ketentuan hukum yang diperlukan.<sup>14</sup>
- 9) Huijbers berpendapat bahwa asas hukum adalah prinsip-prinsip yang dianggap dasar atau fundamen hukum atau pengertian dan nilai-nilai yang menjadi titik tolak berpikir tentang hukum atau titik tolak bagi pembentukan undang-

<sup>11</sup>Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*.

<sup>12</sup>Dudu Duswara Mahmudin. *Pengantar Ilmu Hukum ; Sebuah Sketsa*(Bandung: Refika, 2003) 67.

<sup>13</sup>Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum*, Cet. 2, (Malang: Muhammadiyah University Press, 2004), 194.

<sup>14</sup>Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum*.

undang dan interpretasi undang-undang atau prinsip-prinsip yang kedudukannya lebih tinggi daripada hukum yang ditentukan manusia.<sup>15</sup>

Asas-asas hukum (*rechtsbeginselen—legal principles—principles of law*) bukanlah peraturan hukum konkrit, melainkan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari “*hukum positif*” yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan.<sup>16</sup>

Asas hukum yang dimaksud adalah yang kita kenal dengan istilah *Rechtsbeginselen* dalam bahasa Belanda, yang berarti asas umum hukum yang diakui oleh bangsa beradab dan dilakukan oleh badan pengadilan internasional sebagai kaidah hukum.<sup>17</sup>

Asas hukum (*Rechtsbeginsellen*) merupakan salah satu bagian dari kaidah hukum. Asas hukum bersifat umum dan abstrak, sehingga ia menjadi ruh dan spirit dari suatu perundang-undangan. Pada umumnya asas hukum itu berubah mengikuti kaidah hukumnya, sedangkan kaidah hukum akan berubah mengikuti perkembangan masyarakat, jadi terpengaruh waktu dan tempat.<sup>18</sup>

Berarti asas-asas hukum adalah dasar-dasar atau petunjuk arah (*richtlijn*) dalam pembentukan hukum positif, yang oleh D.H.M. Meuwissen diungkapkan:<sup>19</sup>

*“Daaraan ontleent het positieve recht zijn ‘rechtszin’. Daarin ligt ook het onderwerp waarmee de kwaliteit van het recht kan worden beoordeeld het recht wordt begrepen tegen de achtergrond van een beginsel van een fundamenteel principe”*

Dari asas itulah hukum positif memperoleh makna ‘hukumnya’. Didalamnya juga terdapat kriterium yang dengannya kualitas dari hukum itu dapat

<sup>15</sup>Abdul Ghofur, *Filsafat Hukum*, Cet. 1, (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2006), 107.

<sup>16</sup>Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, 33.

<sup>17</sup>Algera, dkk, *Kamus Istilah Hukum Indonesia Belanda*, (1983).

<sup>18</sup>Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*; Cet 2 (Yogyakarta: UII Press, 2007), 22.

<sup>19</sup>Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Hukum* (Bandung: Citra Adyta Bakti, 1999), 132.

dinilai hukum itu dapat dipahami dengan berlatar belakang suatu asas yang melandasi.

Secara luas, asas (*principle*) adalah suatu dalil umum yang dinyatakan dalam istilah umum tanpa menyarankan cara-cara khusus mengenai pelaksanaannya yang ditetapkan pada serangkaian perbuatan untuk menjadi petunjuk yang tepat bagi perbuatan itu, atau:<sup>20</sup>

*“Beginselen zijn fundamentele opvattingen en gedachten die aan maatschappelijke gedragingen ten grondslag liggen* (asas-asas adalah anggapan-anggapan dan pertimbangan-pertimbangan fundamental yang merupakan dasar diletakkannya tingkah laku kemasyarakatan).

Oleh karena itulah peraturan-peraturan hukum tidak boleh bertentangan dengan asas hukum. Seperti yang dikemukakan oleh Marwan Mas, bahwa asas hukum adalah aturan dasar dan prinsip-prinsip hukum yang abstrak dan pada umumnya melatarbelakangi peraturan konkret dan pelaksanaan hukum. Peraturan konkret (seperti undang-undang) tidak boleh bertentangan dengan asas hukum, demikian pula dalam putusan hakim, pelaksanaan hukum, dan sistem hukum.<sup>21</sup>

Jadi, apabila dalam sistem hukum terjadi pertentangan, maka asas hukum akan tampil untuk mengatasi pertentangan tersebut. Misalnya, terjadi pertentangan antara satu undang-undang dengan undang-undang lainnya, maka harus kembali melihat asas hukum sebagai prinsip dasar yang mendasari suatu peraturan hukum berlaku secara universal. Begitu pula, jika berbicara tentang

---

<sup>20</sup>Arif Sidharta, *Refleksi Tentang Hukum*

<sup>21</sup>Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, 95.

konteks sosial, berarti konsep-konsep dan asas hukum senantiasa lahir sebagai hasil pemikiran masyarakat tertentu.<sup>22</sup>

Dari pengertian diatas dapat diambil pemahaman bahwa asas-asas hukum (*rechtsbeginselen–legal principles–principles of law*) bukanlah peraturan hukum konkrit, melainkan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari “*hukum positif*” yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan.<sup>23</sup>

## 2. Beberapa Asas Hukum

Ada beberapa asas hukum yang sering digunakan dalam teori hukum, yaitu:

a. Asas tingkatan hirarkie (*lex superiori derogat lex inferiori*).

Suatu perundang-undangan isinya tidak boleh bertentangan dengan isi perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatan atau derajatnya.

b. Asas tidak dapat diganggu gugat.

Suatu perundang-undangan tidak dapat diuji oleh siapapun kecuali oleh pembentuknya sendiri (*legislative review, executive review*) atau badan yang diberi kewenangan untuk menguji (*judicial review*).

c. Asas khusus mengesampingkan yang umum (*lex specialist derogat lex generalist*).

Suatu perundang-undangan yang khusus lebih diutamakan daripada perundang-undangan yang umum. Artinya, suatu ketentuan yang bersifat mengatur secara umum dapat dikesampingkan oleh ketentuan yang lebih khusus mengatur hal yang sama.

<sup>22</sup> Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*

<sup>23</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, 33.

d. Asas tidak berlaku surut (*non-retroactive*).

Asas ini berkaitan dengan lingkungan kuasa waktu (*tijdsgebied*). UU pada prinsipnya dibuat untuk keperluan masa depan. Apabila diberlakukan surut akan dapat menimbulkan akibat tidak baik. Namun di dalam penggunaan UU ada pengecualian, yaitu dalam hal-hal yang bersifat khusus. (Lihat Pasal 1 ayat (2) KUHP).

e. Asas yang baru mengesampingkan yang lama (*lex posteriori derogat legi priori*).

Asas undang-undang demikian dalam ilmu hukum dikenal dengan suatu adagium: "*Lex posteriori derogate lex priori*", yang berarti undang-undang yang lebih baru mengesampingkan undang-undang yang lama.<sup>24</sup> Bahkan Hartono Hadisoeperto mengartikan asas tersebut dengan pengertian bahwa undang-undang baru itu merubah/meniadakan undang-undang lama yang mengatur materi yang sama.

Jadi apabila suatu masalah yang diatur dalam suatu undang-undang, kemudian diatur kembali dalam suatu undang-undang baru, meskipun pada undang-undang baru tidak mencabut/meniadakan berlakunya undang-undang lama itu, dengan sendirinya undang-undang lama yang mengatur hal yang sama tidak berlaku lagi.<sup>25</sup> Misalnya Undang-Undang Nomor 14 tahun 1992 tentang Undang-Undang Lalu-lintas dan Angkutan Jalan mengesampingkan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 1965.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup>Dudu Duswara Mahmudin. *Pengantar Ilmu Hukum*, 70.

<sup>25</sup>Hartono Hadisoeperto. *Pengantar Tata Hukum Indonesia; Edisi 4*. (Yogyakarta: Liberty, 2001), 26.

<sup>26</sup>Dudu Duswara Mahmudin. *Pengantar Ilmu Hukum*, 70.

f. Asas Keterbukaan (*Hearing*), sejak diumumkan RUU sampai adanya persetujuan bersama.<sup>27</sup>

### 3. Fungsi Asas Hukum

Asas hukum sebagai pikiran dasar peraturan konkrit pada umumnya bukan tersurat melainkan tersirat dalam norma atau peraturan hukum konkret. Asas hukum mempunyai dua landasan, yaitu asas hukum itu berakar dalam kenyataan masyarakat dan pada nilai-nilai yang dipilih sebagai pedoman oleh kehidupan bersama. Penyatuan faktor riil dan idiil hukum ini merupakan fungsi asas hukum.<sup>28</sup>

Marwan Mas, menambahkan fungsi asas hukum dalam sistem hukum yaitu:

- 1) *Menjaga ketaatan asas atau konsistensi.* Contoh, dalam Hukum Acara Perdata dianut asas “asas pasif bagi hakim”, artinya hakim hanya memeriksa pokok-pokok sengketa yang ditentukan oleh para pihak yang berperkara dan bukan oleh hakim. Hakim hanya membantu para pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya keadilan.

Dengan demikian, hakim menjadi pasif dan terjagalah ketaatan asas atau konsistensi dalam hukum acara perdata, karena para pihak dapat secara bebas mengakhiri sendiri persengketaannya. Fungsi asas hukum yang pasif, menyebabkan hakim hanya menunggu apa yang diajukan oleh warga masyarakat. Akan tetapi, hakim berkewajiban memeriksa apa yang diajukan oleh warga masyarakat, sebagaimana asas hukum yang menyatakan “*ius*

<sup>27</sup>N. Satria Abdi, *Legal Drafting*

<sup>28</sup>Kusnu Goesniadhe, *Harmonisasi Sistem Hukum*, (Malang: Nasa Media, 2010), 34.

*curia novit*” atau “hakim dianggap mengetahui hukum”. Artinya, hakim tidak boleh menolak perkara yang diajukan dengan alasan tidak ada aturan hukumnya.

- 2) *Menyelesaikan konflik yang terjadi dalam sistem hukum.* Fungsi ini antara lain diwujudkan dalam asas hukum “*lex superior derogate legi inferiori*”, yaitu aturan yang hirarkinya lebih tinggi diutamakan pelaksanaannya dari pada aturan yang lebih rendah. Misalnya, undang-undang lebih diutamakan pemberlakuannya daripada peraturan pemerintah, atau peraturan pemerintah diutamakan berlakunya daripada peraturan daerah.
- 3) *Sebagai rekayasa sosial, baik dalam sistem hukum peraturan maupun dalam sistem peradilan.* Pada fungsi rekayasa sosial, kemungkinan difungsikannya suatu asas hukum untuk melakukan rekayasa social di bidang peradilan, seperti asas hukum acara peradilan di Indonesia penganut asas tidak ada keharusan mewakilkan kepada pengacara, diubah menjadi “asas keharusan untuk diwakili”. Asas yang masih dianut tersebut, sebetulnya sebagai bentuk dikriminasi kolonial belanda, sehingga sudah perlu dihapuskan. Dengan demikian, asas hukum difungsikan sebagai *a tool of social engineering* bagi masyarakat.<sup>29</sup>

Sejalan dengan deskripsi pengertian asas-asas hukum, selain dari fungsi-fungsi diatas O. Notohamidjojo mengetengahkan empat macam fungsi asas-asas hukum:<sup>30</sup>

- 1) Pengundang-undangan harus mempergunakan asas-asas hukum sebagai pedoman (*richtlijnen*) bagi pembentukan hukum (*positiveringsarbie*).

<sup>29</sup> Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, 110-111.

<sup>30</sup>Suparto, *Demi Keadilan dan Kemanusiaan, Beberapa Cabang Filsafat Hukum*, BPK, (Jakarta: Gunung Mulia, 1975), 49-50.

Pengundang-undangan perlu meneliti dasar pikiran dari asas hukum itu, merumuskannya dan mengenkannya dalam pembentukan undang-undang.

- 2) Hakim seharusnya dan sepatutnya bekerja dengan asas-asas hukum apabila ia harus melakukan interpretasi pada penafsiran artikel-artikel yang kurang jelas, dan dengan menggunakan asas hukum hakim dapat mengadakan penetapan (*precisering*) dari pada keputusan-keputusannya.
- 3) Hakim perlu mempergunakan *rechtsbeginselen* apabila ia perlu mengadakan analogi. Analogi dapat dipakai apabila kasus A mirip dengan kasus B. Hakim menjabarkan dari peraturan tentang kasus A, suatu peraturan yang umum, yang dikenakan pada kasus B. Mis. Art. 1478 B.W. Si penjual tidak wajib menyerahkan barangnya, jika pembeli belum membayar harganya sedangkan si penjual tidak telah mengizinkan penundaan pembayaran kepadanya, asas yang mendasari perjanjian ini, terletak pada prinsip bahwa dalam perjanjian jual-beli itu kewajiban timbal balik dari pihak-pihak yang bersangkutan itu demikian eratnya, sehingga pihak yang satu hanya terikat memenuhi kewajibannya apabila pihak lain juga memenuhinya. Dari peraturan yang diperluas ini hakim menarik kesimpulan, bahwa pembeli tidak berwajib untuk membayar, apabila penjual tidak melakukan penyerahan (*levering*).
- 4) Hakim dapat melakukan koreksi terhadap peraturan undang-undang, apabila peraturan undang-undang itu terancam kehilangan maknanya.

Keempat macam fungsi asas-asas hukum yang diungkapkan O. Notoharmidjojo tersebut, dengan sederhana (*simpellijk*) dapat disarikan sebagaimana ditegaskan oleh A. Soeteman bahwa: "*rechtsbeginselen zien*

*functioneren in wetgeving en rechtspraak*".<sup>31</sup> Maka sebagai intisari, fungsi asas-asas hukum itu adalah.<sup>32</sup>

- 1) Bagi pembuat undang-undang (*wetgever*), asas-asas hukum merupakan pedoman dalam pembuatan undang-undang (*wetgeving*) peraturan perundang-undangan.
- 2) Bagi hakim (*rechter*), asas-asas hukum menolong untuk mencermatkan interpretasi dan membantu dalam penerapan analogi serta mengarahkan dalam memberikan koreksi terhadap peraturan perundang-undangan.

Di samping itu asas hukum mempunyai fungsi dalam hukum dan dalam ilmu hukum. Fungsi asas hukum dalam hukum menurut Klanderman bersifat mengesahkan dan mempunyai pengaruh yang normatif dan mengikat para pihak. Bersifat mengesahkan karena mendasarkan eksistensinya pada rumusan oleh pembentuk undang-undang dan hakim. Akan tetapi disamping itu fungsi asas hukum dalam hukum adalah melengkapi sistem hukum. Dalam mempelajari ilmu hukum, asas hukum mempermudah dengan memberi ikhtisar dan bersifat mengatur.<sup>33</sup>

Asas hukum tidak hanya mempengaruhi hukum positif, tetapi dalam banyak hal juga menciptakan satu sistem hukum, dengan kata lain tidak akan ada satu sistem hukum tanpa asas hukum. Karena sifatnya yang abstrak, maka asas hukum pada umumnya tidak dituangkan dalam peraturan atau pasal yang konkret, maka asas hukum karena bersifat abstrak tidak dapat diterapkan secara langsung kepada peristiwa konkret.<sup>34</sup>

<sup>31</sup>Suparto, *Demi Keadilan dan Kemanusiaan*

<sup>32</sup>Suparto, *Demi Keadilan dan Kemanusiaan*, 6.

<sup>33</sup>Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Sistem Hukum*, 34-35.

<sup>34</sup>Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Sistem Hukum*, 35.

Paton menyebutkan sebagai suatu sarana membuat hukum itu hidup, tumbuh dan berkembang dan ia menunjukkan, bahwa hukum itu bukan sekedar kumpulan dari peraturan-peraturan belaka. Kalau dikatakan, bahwa dengan adanya asas hukum, hukum itu bukan merupakan sekedar kumpulan peraturan-peraturan maka hal itu disebabkan oleh karena asas itu mengandung nilai-nilai dan tuntutan-tuntutan etis, apabila kita membaca suatu peraturan hukum, mungkin kita tidak menemukan pertimbangan etis disitu. Tetapi asas hukum menunjukkan adanya tuntutan etis yang demikian itu, atau setidaknya kita bisa merasakan adanya petunjuk kearah itu.<sup>35</sup>

Dari fungsi-fungsi asas hukum diatas, sehingga diharapkan asas hukum bukan sekedar simbol bagi peraturan konkret dalam sistem hukum dan sistem peradilan di Indonesia. Asas hukum mempunyai keterkaitan dengan sistem hukum dan sistem peradilan, sehingga setiap terjadi pertentangan di dalam mekanisme kerjanya, senantiasa akan diselesaikan oleh asas hukum.<sup>36</sup>

#### **4. Kekuatan Asas Hukum**

Bruggink menyatakan bahwa peranan dari asas hukum sebagai meta-kaidah berkenaan dengan kaidah hukum dalam bentuk kaidah perilaku. Namun yang menjadi pertanyaan adalah apakah asas hukum itu harus dipandang sebagai bentuk yang kuat atau yang lemah dari meta kaidah.<sup>37</sup>

Dalam hal pertama (bentuk yang kuat), asas hukum itu dapat dipandang sebagai suatu tipe kaidah berkenaan dengan kaidah perilaku, dan dengan demikian secara prinsipil dapat dibedakan dari jenis kaidah ini. Mereka yang menganut pandangan ini, misalnya menunjuk asas hukum sebagai kaidah argumentasi

<sup>35</sup>Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Hukum*, 20.

<sup>36</sup>Mas Marwan, *Pengantar Ilmu Hukum*, 111.

<sup>37</sup>Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Hukum*, 20.

berkenaan dengan penerapan kaidah perilaku. Asas-asas hukum hanya akan memberikan argumen-argumen bagi pedoman perilaku yang harus diterapkan dan asas-asas itu sendiri tidak memberikan pedoman (bagi pelaku).

Dalam hal kedua (bentuk yang lemah), asas-asas hukum itu tampaknya dapat dianggap termasuk dalam tipe kaidah yang berkenaan dengan kaidah perilaku, namun memiliki juga fungsi sejenis seperti kaidah perilaku. Jadi hanya terdapat suatu perbedaan gradual saja antara asas hukum dan kaidah perilaku. Dalam pandangan ini maka asas hukum adalah kaidah yang berpengaruh terhadap kaidah perilaku, karena asas hukum ini memainkan peranan pada interpretasi terhadap aturan hukum dan dengan itu menentukan wilayah penerapan kaidah hukum. Berdasarkan itu maka asas dapat dinyatakan termasuk tipe meta kaidah. Asas hukum itu juga sekaligus merupakan perpanjangan dari kaidah perilaku, karena asas hukum juga memberikan arah pada perilaku yang dikehendaki.<sup>38</sup>

P.W. Brouwer menyebutkan perbedaan antara asas hukum dan aturan hukum terdapat dalam kekuatan *inferensial*. Selanjutnya ia menunjukkan bahwa perbedaan ini tidak dapat dijabarkan dari perumusan dari ukuran, melainkan dari cara bagaimana orang menggunakan aturan tersebut. Asas-asas hukum di atas merupakan *ratio legis* peraturan hukum yang bersangkutan, yaitu mengandung penjelasan mengapa suatu peraturan hukum itu dikeluarkan. Rumusan asas-asas hukum tampak lebih padat jika dibandingkan dengan rumusan peraturan hukum yang dilahirkan. Asas-asas hukum itu tidak akan habis kekuatannya dengan melahirkan suatu peraturan hukum, melainkan tetap saja ada dan akan melahirkan peraturan-peraturan hukum selanjutnya. Oleh karena itu, asas-asas hukum

---

<sup>38</sup>Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Hukum*

merupakan sarana yang membuat hukum itu hidup, tumbuh dan berkembang serta menunjukkan kalau hukum itu bukan sekedar “kosmos kaedah” kosong atau kumpulan dari peraturan belaka, sebab asas-asas hukum itu mengandung nilai-nilai dan tuntutan-tuntutan etis.<sup>39</sup>

Asas-asas hukum itu bukan peraturan hukum (*“een rechtsbeginselen is niet een rechtsregel”*), namun tidak ada hukum yang bisa dipahami tanpa mengetahui asas-asas hukum yang melandasinya (*“het recht is echter niet te begrijpen zonder die beginselen vunderend principle”*). Untuk memahami peraturan hukum (*rechtsregel*) dengan sebaik-baiknya tidak bisa hanya melihat pada *“rechtsregel”*nya saja, melainkan harus menggali sampai pada *“rechtsbeginselen”*nya. Dengan demikian, asas-asas hukum tampak sebagai pengarah umum bagi *“positivering”* hukum oleh pembuat undang-undang dan hakim dalam mewujudkan tendensi etis (*“ethische tendenzen, algemene richtlijnen voor positivering van het recht door wetgever en rechter”*). Asas-asas hukum adalah maksud untuk menganjurkan apa yang seharusnya menurut hukum (*“wet rechtens behoort te zjin”*).<sup>40</sup> Ini merupakan suatu pemaknaan umum dan masih sangat luas terhadap asas-asas hukum yang kepadanya pengertian asas-asas hukum dapat dikembalikan dan disandarkan.<sup>41</sup>

## 5. Pembagian Asas Hukum

Asas hukum pada dasarnya dapat dibedakan menjadi dua, yaitu asas hukum umum dan asas hukum khusus. Asas hukum umum adalah asas hukum yang berhubungan dengan seluruh bidang hukum, seperti asas *restitution in*

<sup>39</sup>Suparto, *Demi Keadilan dan Kemanusiaan, Beberapa Cabang Filsafat Hukum*, BPK, (Jakarta: Gunung Mulia, 1975), 47.

<sup>40</sup>Sudikno, *Penemuan Hukum*. 33.

<sup>41</sup>Suparto, *Demi Keadilan dan Kemanusiaan*, 48.

*integrum, lex posterior derogate legi priori, lex specialis derogat legi generali, lex supriori derogat legi inferiori, equality before the law, res judicata proveritate habetur* dan sebagainya.<sup>42</sup>

Mengenai asas hukum umum, dikemukakan oleh Gert-Fredrik Malt dalam “*Methods for the Solution of Conflict Between Rules in a System of Positive Law*”, salah satu tesisnya:<sup>43</sup>

“ *The lex superior principle points to the formal and substantive reasons for assuming, given a set of different opinions covering the same situation and emanating from different sources (person, procedures, values), that one (in principle, and which one) should be considered as representing the ultimate or most fundamental and important opinion of the utterer (or a body of utterers, such as the society as a whole?) and that it is the valid one. In a world where points of view, values and opinions may differ (disagree) such an assumption will promote the necessary and maximal orientation of the total set of opinions in the system toward coherence and unity (of order, of value, of opinion, of act, avoiding anarchy) and efficiency in the application of means and ends.* ”

Peraturan perundang-undangan yang tingkatannya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang tingkatannya lebih tinggi yang mengatur materi normatif yang sama. Jika terjadi pertentangan, maka peraturan perundang-undangan yang tingkatannya lebih tinggi akan mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang tingkatannya lebih rendah, dan karena adanya hirarki dalam peraturan perundang-undangan maka hal demikian berlaku asas *lex superior derogat legi inferiori*.

“*The lex posterior principle the points to the formal and substantive reason for assuming, given an older and a more recent statement (concerning facts, values of norm), that the latter represents the ultimate (actual) opinion of the utterer and is also the valid one. In a changing world, such an assumption will promote a necessary and maximal*

<sup>42</sup>Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Sistem Hukum*, 35.

<sup>43</sup>Gert-Fredrik Malt, *Methods for the Solution of Conflict Between Rules in a System of Positive Law*, lihat Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Sistem Hukum*, 36.

*orientation of the total set of opinions in the system towards the actual (present)”.*

Pertentangan dapat terjadi antara peraturan perundang-undangan yang lama dengan peraturan perundang-undangan yang baru, yang mengatur materi normatif yang sama. Kalau diundangkan peraturan baru dengan tidak mencabut peraturan perundang-undangan yang lama yang mengatur materi normatif yang sama sedangkan kedua-duanya saling bertentangan satu sama lain, maka peraturan perundang-undangan yang baru mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang lama, hal demikian berlaku asas *lex posteriori derogat legi priori*.

*“The lex specialis principle points to the formal and substantive reasons for assuming, given a more general and a more specific statement, covering the same situation, that the latter represents the ultimate opinion of the utterer and also the valid one in relation to the situation. In a complex world, such an assumption will promote necessary and maximal orientation of the total set of opinions in the system towards the concrete (reality)”.*

Pertentangan dapat terjadi antara peraturan perundang-undangan yang bersifat umum dengan peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus, sedang kedua-duanya mengatur materi normatif yang sama. Jika terjadi demikian, maka peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus akan mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang bersifat umum, hal demikian akan berlaku asas *lex specialis derogat legi generali*.<sup>44</sup>

Oleh karena bersifat umum, maka asas hukum itu membuka kemungkinan penyimpangan-penyimpangan atau pengecualian-pengecualian. Sesuatu yang umum sifatnya selalu membuka kemungkinan penyimpangan-penyimpangan atau

<sup>44</sup> Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Sistem Hukum*, 36-37.

pengecualian-pengecualian. Karena penyimpangan-penyimpangan atau pengecualian-pengecualian itulah maka ketentuan umumnya mempunyai kedudukan yang kuat, dibenarkan (*“de uitzonderingen bevestigen de regel”*). Dengan adanya kemungkinan atau pengecualian itu maka sistem hukumnya luwes, tidak kaku.

Dapatlah dibayangkan kalau tidak dimungkinkan adanya pengecualian atau penyimpangan maka sistem hukumnya akan kaku. Ada asas yang berbunyi *“lex superior derogat legi inferiori”*, yang berarti bahwa peraturan hukum yang lebih tinggi akan melumpuhkan peraturan hukum yang lebih rendah, apabila terjadi konflik. Didalam PP no. 45 tahun 1990 ada ketentuan yang bertentangan dengan UU no. 1 tahun 1974, tetapi dalam praktek ternyata UU no. 1 tahun 1974 dikalahkan oleh PP no. 45 tahun 1990. Menurut asasnya maka undang-undang yang harus dimenangkan kalau terjadi konflik antara undang-undang dengan peraturan pemerintah. Disini kepastian hukum harus mengalah terhadap kepentingan yang lebih luhur. Tidak jarang terjadi konflik antara kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan. Kalau kita terlalu berpegangan pada kepastian hukum, maka keadilan dan kemanfaatannya dikorbankan. Kalau kita terlalu berpegang pada kemanfaatan, maka keadilan dan kepastian hukumnya dikorbankan dan begitu selanjutnya.<sup>45</sup>

Asas hukum khusus hanya berfungsi atau berlaku dalam bidang hukum yang lebih sempit, seperti bidang hukum perdata, HAN, pidana dan sebagainya yang sering merupakan penjabaran dari asas hukum yang umum. Misalnya asas *pacta sun servanda* dan asas *konsensualisme* dalam hukum perdata, asas *presumption of innocence* dan asas non retroaktif dalam hukum acara pidana,

---

<sup>45</sup>Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 8.

asas-asas umum pemerintahan yang baik (*Good Governance*) dalam HAN<sup>46</sup>, asas yang tercantum dalam Pasal 1977 *Burgelijk Wetboek*, asas praduga tak bersalah dan sebagainya.<sup>47</sup>

## 6. Asas-Asas Peraturan Perundang-Undangan

Asas-asas peraturan perundang-undangan atau asas-asas hukum dalam pembentukan peraturan perundang-undangan ialah nilai-nilai yang dijadikan pedoman dalam penuangan norma atau isi peraturan ke dalam bentuk dan susunan peraturan perundang-undangan yang diinginkan, dengan penggunaan metode yang tepat dan mengikuti prosedur yang telah ditentukan.<sup>48</sup>

Asas-asas hukum dalam peraturan perundang-undangan menurut Van der Vlies terbagi ke dalam asas-asas formal dan material. Adapun asas yang formal meliputi:

- a) Asas tujuan yang jelas, yang mencakup tiga hal, yakni mengenai ketepatan letak peraturan perundang-undangan dalam kerangka kebijakan umum pemerintahan, tujuan khusus peraturan yang akan dibentuk dan tujuan dari bagian-bagian yang akan dibentuk tersebut.
- b) Asas organ/lembaga yang tepat, hal ini untuk menegaskan kejelasan organ yang menetapkan peraturan perundang-undangan tersebut;
- c) Asas perlunya pengaturan. Merupakan prinsip yang menjelaskan berbagai alternative maupun relevansi dibentuknya peraturan untuk menyelesaikan problema pemerintahan;

---

<sup>46</sup>Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, 23-24.

<sup>47</sup> Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Sistem Hukum*, 37.

<sup>48</sup>I Gde Pantja Astawa dan Suprin Na'a, *Dinamika Hukum Dan Ilmu Perundangan-undangan Di Indonesia* (Bandung: P.T. Alumni, Cet I, 2008), 81

- d) Asas dapatnya di laksanakan yaitu peraturan yang dibuatnya seharusnya dapat ditegakkan secara efektif;
- e) Asas consensus, yaitu kesepakatan rakyat untuk melaksanakan kewajiban yang ditimbulkan oleh suatu peraturan secara konsekuen.

Sedangkan asas-asas materil meliputi :

- a) Asas tentang terminologi dan sistematika yang benar, artinya setiap peraturan hendaknya dapat dipahami oleh rakyat;
- b) Asas perlakuan yang sama dalam hukum, hal demikian untuk mencegah praktik ketidakadilan dalam memperoleh pelayanan hukum;
- c) Asas kepastian hukum, artinya peraturan yang dibuat mengandung aspek konsistensi walaupun diimplementasikan dalam waktu dan ruang yang berbeda;
- d) Asas pelaksanaan hukum sesuai dengan keadaan individual, asas ini bermaksud memberikan penyelesaian yang khusus bagi hal-hal atau keadaan-keadaan tertentu yang menyangkut kepentingan individual.<sup>49</sup>

Di samping itu, Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto memperkenalkan enam asas undang-undang, yaitu:

- a) Undang-Undang tidak berlaku surut;
- b) Undang-Undang yang dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi, mempunyai kedudukan yang lebih tinggi pula
- c) Undang-Undang yang bersifat khusus menyampingkan Undang-Undang yang bersifat umum (*Lex specialis derogat lex generalis*)

---

<sup>49</sup>Yuliandri, *Asas-asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang Baik*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2009), 113-114.

- d) Undang-Undang yang berlaku belakangan membatalkan Undang-Undang yang berlaku terdahulu (*Lex posteriore derogat legi priori*)
  - e) Undang-undang tidak dapat diganggu gugat; dan
  - f) Undang-undang sebagai sarana untuk semaksimal mungkin dapat mencapai kesejahteraan spiritual dan materiil bagi masyarakat maupun individu, melalui pembaharuan atau pelestarian (asas *Welvaarstaat*).<sup>50</sup>
- Sementara itu Amirudin syarif menetapkan adanya lima asas perundang-undangan, yaitu:

- a) Asas tingkatan hierarkis;
- b) Undang-undang tidak dapat diganggu gugat;
- c) Undang-Undang yang bersifat khusus menyampingkan Undang-Undang yang bersifat umum (*Lex specialis derogat lex generalis*)
- d) Undang-Undang tidak berlaku surut;
- e) Undang-Undang baru mengenyampingkan undang-undang yang lama (*Lex posteriore derogat legi priori*).<sup>51</sup>

Selanjutnya dalam ketentuan pasal 5 Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan peraturan perundang-undangan, dijelaskan bahwa dalam membentuk Peraturan Perundang-undangan harus berdasarkan pada asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang baik yang meliputi:

- a) Kejelasan tujuan, maksudnya adalah bahwa setiap Pembentukan Peraturan Perundang-undangan harus mempunyai tujuan yang jelas yang hendak dicapai.

<sup>50</sup>I Gde Pantja Astawa dan Suprin Na'a, *Dinamika Hukum*, 84-85.

<sup>51</sup>Amiroeddin Syarif. *Perundang-undangan, Dasar, Jenis dan Teknik Membuatnya*, (Jakarta: Penerbit Bina Aksara, 1987), 78-84.

- b) Kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat, maksudnya adalah bahwa setiap jenis Peraturan Perundang-undangan harus dibuat oleh lembaga/pejabat Pembentuk Peraturan Perundang-undangan yang berwenang. Peraturan Perundang-undangan tersebut dapat dibatalkan atau batal demi hukum, apabila dibuat oleh lembaga/pejabat yang tidak berwenang.
- c) Kesesuaian antara jenis dan materi muatan, maksudnya adalah bahwa dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan harus benar-benar memperhatikan materi muatan yang tepat dengan jenis Peraturan Perundang-undangannya.
- d) Dapat dilaksanakan, maksudnya adalah bahwa setiap Pembentukan Peraturan Perundang-undangan harus memperhitungkan efektifitas Peraturan Perundang-undangan tersebut di dalam masyarakat, baik secara filosofis, yuridis maupun sosiologis.
- e) Kedayagunaan dan kehasilgunaan, maksudnya adalah bahwa setiap Peraturan Perundang-undangan dibuat karena memang benar-benar dibutuhkan dan bermanfaat dalam mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
- f) Kejelasan rumusan, maksudnya adalah bahwa setiap Peraturan Perundang-undangan harus memenuhi persyaratan teknis penyusunan Peraturan Perundang-undangan, sistematika dan pilihan kata atau terminologi, serta bahasa hukumnya jelas dan mudah dimengerti, sehingga tidak menimbulkan berbagai macam interpretasi dalam pelaksanaannya.

g) Keterbukaan, maksudnya adalah bahwa dalam proses Pembentukan Peraturan Perundang-undangan mulai dari perencanaan, persiapan, penyusunan, dan pembahasan bersifat transparan dan terbuka. Dengan demikian seluruh lapisan masyarakat mempunyai kesempatan yang seluas-luasnya untuk memberikan masukan dalam proses pembuatan Peraturan Perundang-undangan.

Sedangkan asas yang berkaitan dengan materi muatan peraturan perundang-undangan dijelaskan dalam ketentuan pasal 6 ayat (1) bahwa materi muatan Peraturan Perundang-undangan mengandung asas:

- a) Pengayoman, adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus berfungsi memberikan perlindungan dalam rangka menciptakan ketentraman masyarakat.
- b) Kemanusiaan, adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan perlindungan dan penghormatan hak-hak asasi manusia serta harkat dan martabat setiap warga negara dan penduduk Indonesia secara proporsional.
- c) Kebangsaan, maksudnya adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan sifat dan watak bangsa Indonesia yang pluralistik (kebhinekaan) dengan tetap menjaga prinsip Negara kesatuan Republik Indonesia.
- d) Kekeluargaan, maksudnya adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan musyawarah untuk mencapai mufakat dalam setiap pengambilan keputusan.

- e) Kenusantaraan, maksudnya adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan senantiasa memperhatikan kepentingan seluruh wilayah Indonesia dan materi muatan Peraturan Perundang-undangan yang dibuat di daerah merupakan bagian dari sistem hukum nasional yang berdasarkan Pancasila.
- f) Bhinneka tunggal ika, maksudnya adalah bahwa Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus memperhatikan keragaman penduduk, agama, suku dan golongan, kondisi khusus daerah, dan budaya khususnya yang menyangkut masalah-masalah sensitif dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
- g) Keadilan, maksudnya adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan keadilan secara proporsional bagi setiap warga negara tanpa kecuali.
- h) Kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan, maksudnya adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan tidak boleh berisi hal-hal yang bersifat membedakan berdasarkan latar belakang, antara lain, agama, suku, ras, golongan, gender, atau status sosial
- i) Ketertiban dan kepastian hukum, maksudnya adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus dapat menimbulkan ketertiban dalam masyarakat melalui jaminan adanya kepastian hukum.
- j) Keseimbangan, keserasian, dan keselarasan, maksudnya adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan keseimbangan, keserasian, dan keselarasan, antara

kepentingan individu dan masyarakat dengan kepentingan bangsa dan negara.

Kemudian pada ayat (2) Selain asas sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Peraturan Perundang-undangan tertentu dapat berisi asas lain sesuai dengan bidang hukum Peraturan Perundang-undangan yang bersangkutan asas lain sesuai dengan bidang hukum Peraturan Perundang-undangan yang bersangkutan", antara lain:

- a) Dalam Hukum Pidana, misalnya, asas legalitas, asas tiada hukuman tanpa kesalahan, asas pembinaan narapidana, dan asas praduga tak bersalah;
- b) Dalam Hukum Perdata, misalnya, dalam hukum perjanjian, antara lain, asas kesepakatan, kebebasan berkontrak, dan iktikad baik.<sup>52</sup>

## **7. Kedudukan Asas Hukum Dalam Sistem Hukum**

Asas hukum merupakan cita-cita suatu kebenaran yang menjadi pokok, dasar (tumpuan berfikir) untuk menciptakan norma hukum. Suatu asas hukum adalah alam pikiran (cita-cita ideal) yang melatar belakangi pembentukan norma hukum yang konkret, bersifat umum (abstrak) khususnya dalam bidang hukum yang kaitannya erat hubungannya dengan agama dan budaya.

Agar asas hukum berlaku dalam praktek, maka isi asas hukum itu harus dibentuk lebih konkret. Jika asas hukum itu telah dirumuskan secara konkret dalam bentuk peraturan norma hukum maka dapat diterapkan secara langsung kepada peristiwanya, sedangkan asas hukum yang belum konkret dirumuskan dalam ketentuan hukum, belum dapat dipergunakan secara langsung pada peristiwanya.

---

<sup>52</sup>Kusnu Goesnadhie, *Harmonisasi Hukum*, Cet. 1, (Surabaya: JP. Books, 2006), 47.

Asas hukum tidak akan habis kekuatannya dengan melahirkan peraturan-peraturan-peraturan, oleh karena itu G.W. Paton menyebutnya sebagai suatu sarana yang membuat hukum itu hidup, tumbuh, berkembang, dan ia juga menunjukkan bahwa hukum itu bukan sekedar kumpulan peraturan-peraturan disebabkan karena asas itu mengandung nilai-nilai dan tuntutan etis. Apabila membaca suatu peraturan hukum mungkin tidak menemukan etis didalamnya, tetapi asas hukum menunjukkan adanya tuntutan etis (setidaknya ada petunjuk ke arah itu). Karena asas hukum mengandung tuntutan etis, maka asas hukum merupakan jembatan antara peraturan-peraturan hukum dengan cita-cita sosial dan pandangan etis masyarakat. Oleh karena itu untuk memahami hukum suatu bangsa tidak dapat hanya melihat peraturan-peraturan hukumnya saja, melainkan harus menggalinya sampai kepada asas hukumnya.<sup>53</sup>

Kedudukan asas hukum dapat menjadi landasan bagi lahirnya peraturan hukum. Dalam hal pelaksanaan peraturan hukum dapat dikembalikan pada landasan berpijak dari asas hukum yang bersangkutan atau menurut tujuan hukum yang bersangkutan (*ratio legis*). Agar hukum menjadi hidup, berkembang dan berguna, maka hukum harus mengandung nilai-nilai dan ukuran etis bagi manusia.<sup>54</sup>

Karl Larenz, dalam '*Richtiges Recht Grundzuge einer Rechtsethik*' menjelaskan asas hukum sebagai,

*“Rechtsprizipien sind leitende Gedanken einer (möglichen order bestehenden) rechtlichen Regelung, die selbst noch keine der ‘Anwendung’ fähige Regeln sind, n aber in solche umgesetzt werden können”*.<sup>55</sup>

<sup>53</sup>Kusnu Goesnadhie, *Harmonisasi Hukum*, 38.

<sup>54</sup>Arif Sidharta, *Refleksi tentang Hukum*, 86.

<sup>55</sup>Arif Sidharta, *Refleksi tentang Hukum*

Asas hukum ialah gagasan yang membimbing dalam pengaturan hukum yang mungkin ada atau yang sudah ada, yang dirinya sendiri bukan merupakan aturan yang dapat diterapkan, tetapi yang dapat diubah menjadi demikian.

Menurut Ron Jue, asas itu melandasi dan melegitimasi norma hukum, di atasnya bertumpu muatan ideologis dari tatanan hukum, maka dari itu norma-norma hukum dapat dipandang sebagai operasionalisasi atau pengelolaan lebih jauh dari asas hukum.<sup>56</sup>

Dari pengertian Karl Larenz dan Ron Jue di atas dapat diambil pengertian, bahwa memandang asas hukum sebagai gagasan yang membimbing dalam pengaturan hukum, sementara itu asas hukum memuat ukuran atau kriteria nilai. Fungsi asas hukum adalah merealisasikan ukuran itu sebanyak mungkin dalam norma-norma hukum positif dan penerapannya, meskipun tidak mungkin untuk dapat mewujudkan ukuran nilai itu secara sepenuhnya sempurna dalam suatu sistem hukum positif.<sup>57</sup>

Dengan demikian, suatu peraturan perundang-undangan sebagai salah satu komponen sistem hukum harus berkaitan erat dan bisa dikembalikan kepada asas hukum jika ditemukan antinomi hukum. Karena setiap sistem hukum mempunyai asas hukumnya.

Seperti dalam sistem hukum nasional memiliki asas filosofis yang terdapat dalam Pancasila, asas konstitusional yang terdapat dalam UUD 1945 dan asas operasional yang dahulu terdapat dalam GBHN (sekarang dalam bentuk undang-undang). Diantara asas tersebut harus terdapat hubungan yang harmonis, selaras, serasi, seimbang, konsisten dan terintegrasi. Apabila hubungan diantara

---

<sup>56</sup> Arif Sidharta, *Refleksi tentang Hukum*

<sup>57</sup> Kusnu Goesnadhie, *Harmonisasi Hukum*, 39.

asas tersebut tidak harmonis, selaras, serasi, seimbang, konsisten dan tidak terintegrasi, maka dapat dikatakan tidak ada suatu tatanan, yang secara teoritis tidak ada sistem hukum dalam kesatuan sistem hukum nasional.<sup>58</sup>

Oleh karena itu, keberadaan asas hukum dalam sistem hukum itu merupakan ketentuan prinsip dalam sistem hukum itu sendiri. Termasuk dalam melakukan rekayasa sosial, asas hukum dapat dijadikan dasar sebagaimana fungsinya untuk mewujudkan pembangunan hukum nasional yang dinamis dan kondusif. Menjaga ketaatan terhadap asas hukum akan membuat sistem hukum dan sistem peradilannya bekerja sesuai dengan fungsinya masing-masing.<sup>59</sup>

Hal itu ditujukan agar tercapainya suatu tujuan hukum dalam suatu kesatuan, diperlukan kerjasama antara unsur-unsur yang terkandung dalam sistem hukum, seperti sistem hukumnya, sistem peradilannya dan sebagainya. Karena sistem hukum bukan sekadar kumpulan peraturan hukum, melainkan setiap peraturan itu saling berkaitan satu dengan yang lainnya, serta tidak boleh terjadi konflik atau kontradiksi diantara subsistem yang ada di dalamnya.<sup>60</sup>

Berbagai kemungkinan terjadinya pertentangan dalam suatu sistem hukum, misalnya pertentangan diantara satu peraturan perundang-undangan dengan peraturan perundang-undangan yang lain, baik pertentangan secara vertikal maupun pertentangan secara horizontal karena berlakunya prinsip '*lex superior derogate legi inferiori*', prinsip '*lex posteriori derogate legi priori*', dan prinsip '*lex specialis derogate legi generali*'. Masalah pokoknya ialah bagaimana mengatasi terjadinya pertentangan-pertentangan, batasan-batasan perbedaan diantara ketentuan-ketentuan peraturan perundang-undangan sebagai sub-sistem

---

<sup>58</sup> Kusnu Goesnadhie, *Harmonisasi Hukum*, 49-50.

<sup>59</sup> Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, 114.

<sup>60</sup> Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, 115.

atau sistem hukum dalam satu kesatuan sistem hukum nasional, sehingga tidak terhalang oleh perbedaan-perbedaan dan tidak terjadi duplikasi atau tumpang tindih.

Diantara peraturan perundang-undangan sebagai suatu sistem tersebut berkaitan dengan sistem hukum secara keseluruhan yaitu sistem hukum nasional. Keterkaitan yang harmonis, selaras, serasi, seimbang, konsisten dan taat asas, yang dijiwai Pancasila dan bersumber pada UUD 1945. Dengan demikian keharmonisan dapat dipertahankan atau diciptakan keharmonisan sistem hukum secara keseluruhan dalam kerangka sistem hukum nasional.<sup>61</sup>

Apabila dalam sistem hukum terjadi pertentangan, maka asas hukum akan tampil untuk mengatasi pertentangan tersebut. Misalnya, terjadi pertentangan antara satu undang-undang dengan undang-undang lainnya, maka harus kembali melihat asas hukum sebagai prinsip dasar yang mendasari suatu peraturan hukum berlaku secara universal. Begitu pula, jika berbicara tentang konteks sosial, berarti konsep-konsep dan asas hukum senantiasa lahir sebagai hasil pemikiran masyarakat tertentu.<sup>62</sup>

Suatu sistem dikategorikan dalam suatu sistem hukum atau bukan, menurut Fuller ada delapan asas (*prinsip of legality*) yang harus dipenuhinya, yaitu:

- a. Suatu sistem hukum itu harus mengandung aturan-aturan yang tidak hanya memuat keputusan yang bersifat sementara (*ad-hoc*);
- b. Peraturan itu setelah selesai dibuat harus diumumkan;

---

<sup>61</sup> Kusnu Goesnadhie, *Harmonisasi Hukum*

<sup>62</sup> Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*

- c. Berlaku asas fiksi, dalam arti setiap orang dianggap telah mengetahui adanya peraturan yang telah diundangkan;
- d. Tidak boleh ada peraturan yang berlaku surut, sebab apabila ada peraturan yang berlaku yang demikian maka peraturan tersebut tidak dapat dipakai sebagai pedoman bersikap tindak;
- e. Peraturan itu harus dirumuskan dan disusun dengan kata-kata yang mudah dimengerti;
- f. Suatu sistem hukum tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi dengan apa yang dapat dilakukan;
- g. Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah peraturan, sebab hal ini sering dilakukan maka orang akan kehilangan orientasi;
- h. Suatu sistem tidak boleh mengandung aturan yang bertentangan satu sama lainnya.

Dengan demikian dapat diambil kesimpulan bahwa sistem hukum itu merupakan sesuatu yang bersifat menyeluruh dan berstruktur. Dengan tidak dipenuhinya kedelapan asas tersebut, maka tidak saja menyebabkan suatu sistem hukum menjadi tidak baik, bahkan dapat dikatakan tidak terdapat sistem hukum sama sekali. Hal ini disebabkan kedelapan asas tadi bukan hanya sekedar syarat bagi adanya sisten hukum, melainkan juga merupakan kualifikasi atas sistem hukum sebagai suatu yang mengandung moralitas budaya hukum tertentu.<sup>63</sup>

Oleh karena itulah peraturan-peraturan hukum tidak boleh bertentangan dengan asas hukum. Seperti yang dikemukakan oleh Marwan Mas, bahwa asas hukum adalah aturan dasar dan prinsip-prinsip hukum yang abstrak dan pada

---

<sup>63</sup>Dudu Duswara Mahmudin. *Pengantar Ilmu Hukum*, 69-70.

umumnya melatarbelakangi peraturan konkret dan pelaksanaan hukum. Peraturan konkret (seperti undang-undang) tidak boleh bertentangan dengan asas hukum, demikian pula dalam putusan hakim, pelaksanaan hukum, dan sistem hukum.<sup>64</sup>

Jadi, apabila dalam sistem hukum terjadi pertentangan, maka asas hukum akan tampil untuk mengatasi pertentangan tersebut. Misalnya, terjadi pertentangan antara satu undang-undang dengan undang-undang lainnya, maka harus kembali melihat asas hukum sebagai prinsip dasar yang mendasari suatu peraturan hukum berlaku secara universal. Begitu pula, jika berbicara tentang konteks sosial, berarti konsep-konsep dan asas hukum senantiasa lahir sebagai hasil pemikiran masyarakat tertentu.<sup>65</sup>

Dengan demikian, seharusnya dalam pembuatan peraturan hukum haruslah tersusun dan berkaitan satu sama lain dari berbagai unsur-unsur dan bagian-bagian dalam suatu kesatuan. Sehingga tercapai suatu tujuan hukum yang baik. Seperti yang dikemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja, agar hukum di negara kita dapat berkembang dan kita bisa berhubungan dengan bangsa lain di dunia sebagai sesama masyarakat hukum, kita perlu memelihara dan mengembangkan asas-asas dan konsep-konsep hukum yang secara umum dianut manusia atau asas hukum yang universal. Jalan keluarnya adalah sebaiknya dalam membangun hukum nasional, diutamakan asas-asas yang umum diterima bangsa-bangsa tanpa meninggalkan asas-asas hukum asli atau hukum adat yang masih berlaku dan relevan dengan kehidupan dunia modern.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup>Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, 95.

<sup>65</sup>Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*

<sup>66</sup>Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, (Bandung: Alumni, 2002), hal. 187-188.

## B. Asas *Lex Posteriori Derogate Legi Priori* Dalam Literatur Hukum Islam

Asas hukum *lex posteriori derogate legi priori* ini dikenal dalam literatur hukum islam dengan nama *nasakh-mansukh* seperti yang dikemukakan oleh Muhammad Alim<sup>67</sup> dengan arti membatalkan-dibatalkan, mengubah-diubah, mengganti-diganti dan sebagainya.

Sebagaimana asas ini diterangkan dalam al-Qur'an:

مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلَهَا<sup>68</sup>

“Apa saja yang Kami nasakhkan, atau Kami jadikan (manusia) lupa kepadanya, Kami datangkan yang lebih baik daripadanya atau yang sebanding dengannya”.

Secara etimologis , kata “nasakh”(نسخ) dalam bahasa Arab digunakan dengan arti الازاله, artinya menghilangkan atau meniadakan. Contohnya: نسخت (angin menghilangkan jejak kaki). Terkadang kata itu digunakan dengan arti النقل yaitu memindahkan atau mengalihkan sesuatu, menghubungkan dari suatu keadaan kepada bentuk lain disamping masih tetapnya bentuk semula.<sup>69</sup>

Karena kata nasakh itu digunakan untuk dua arti yang berbeda, maka terdapat perbedaan pendapat dikalangan ulama tentang arti sebenarnya (hakiki) dari kata nasakh itu. Qadhi abu bakar dan pengikutnya seperti al-Ghazali dan lainnya berpendapat bahwa kata nasakh itu “*musytarak*”/مشتراك (mengandung arti ganda) antara memindahkan dan menghilangkan. Alasannya Karena kata *nasakh*

<sup>67</sup>Muhammad Alim. *Asas-Asas Negara Hukum Modern Dalam Islam; Kajian Komprehensif Islam dan Ketatanegaraan* (Yogyakarta: LKiS Yogyakarta, 2010), 331.

<sup>68</sup>Al-Baqarah (2) : 106

<sup>69</sup>Amir Syarifuddin . *Ushul Fiqh, Jilid I*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008), 249.

biasa digunakan untuk dua maksud tersebut dengan penggunaan secara hakiki (sebenarnya).<sup>70</sup>

Abu Husain al-Bashri dan ulama lainnya berpendapat bahwa kata *nasakh* secara hakiki berarti menghilangkan, sedangkan pemakaiannya untuk maksud lain adalah secara *majazi* (arti kiasan). Abu Husain berargumen bahwa penggunaan kata *nasakh* dengan arti memindahkan dengan ucapan: “saya menasakhkan buku itu” adalah secara *majazi*, karena menurut hakikatnya apa yang ada dalam buku tidak mungkin dipindahkan karena ia masih tetap ada. Bila kata *nasakh* dalam kalimat itu bersifat *majaz* dengan arti “memindahkan” maka arti hakikinya adalah “menghilangkan”.

Al-Qaffal (bermadzhab Syafi’iyah) berpendapat bahwa *nasakh* digunakan secara hakiki untuk “memindahkan” atau “mengalihkan”.

Al-Syarakhsi dari ulama Hanafiyah berpendapat bahwa kata *nasakh* dalam arti “menyalin” atau “memindahkan”, “meniadakan” atau “membatalkan” bukan dalam arti *hakiki*, tetapi hanya *majazi*. dalam kalimat “menasakhkan buku” tidak mungkin dalam arti “memindahkan”, Karena sesudah dinasakhkan ternyata buku itu masih tetap ditempat semula; yang terjadi hanyalah membuat hal yang sama ditempat lain. Menasakhkan hukum juga tidak berarti “meniadakan”, Karena hukum semula masih tetap ada; yang berlaku hanyalah men-*syariat*-kan hukum yang semisal dengan hukum itu untuk masa mendatang. Begitu pula *nasakh* dalam arti “meniadakan”, hanyalah dalam arti *majazi*. Menasakhkan batu tidaklah berarti “meniadakan” batu itu, tetapi yang terjadi adalah bahwa baru itu terdapat ditempat lain.

---

<sup>70</sup>Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, 249.

Banyak istilah hukum untuk kata *nasakh* yang saling berbeda, meskipun tidak bersifat prinsip. Dari sekian banyak definisi *nasakh* yang rata-rata mengandung titik lemah yang menjadi fokus kritik pihak lawannya, al-Amidi mengemukakan beberapa istilah.

Qadhi Abu Bakar mengemukakan istilah yang yang dipilih pula oleh al - Ghazali:

انه الخطاب الذالّ على ارتفاع الحكم الثابت بالخطاب المتقدّم على وجه لولاه لكان ثابتا مع تراخيه عنه

*“Nasakh ialah khitab (titah) yang menunjukkan terangkatnya hukum yang ditetapkan dengan khitab terdahulu dalam bentuk seandainya ia tidak terangkat tentu masih tetap berlaku disamping hukum yang datang kemudian”.*

Terdapat beberapa pasal atau batasan dalam definisi diatas, yaitu:

1. Disebutkan kata *خطاب (khitab)* yang berarti titah atau dalil yang menunjuk pada hukum dan berlaku secara umum yang menunjukkan bahwa tidak berlakunya hukum terdahulu itu karena adanya khitab itu. Kata khitab itu disebutkan untuk menghindarkan dari pengertian nasakh: tidak berlakunya hukum yang terdahulu disebabkan kematian, gila atau semua udzur yang menimbulkan tidak berlakunya hukum.
2. Kalimat *الخطاب المتقدّم (khitab terdahulu)* menunjukkan bahwa hukum terdahulu yang dinyatakan tidak berlaku lagi itu juga ditetapkan dengan khitab. Kata itu disebutkan untuk mengeluarkan dari artian nasakh: pencabutan hukum ‘*aqli* sebelum datangnya hukum *syar’i*.
3. Kalimat *على وجه لولاه لكان ثابتا* (*dalam bentuk seandainya khitab terdahulu itu tidak terangkat tentu masih berlaku*) memberikan penjelasan bahwa tidak termasuk dalam definisi *nasakh*: hukum (khitab) yang datang belakangan

yang berlawanan dengan yang pertama, karena yang demikian tidak disebut *nasakh*.

4. Kalimat مع تراخيه عنه (*disamping hukum yang datang kemudian*) menjelaskan bahwa nasakh itu berlaku dengan khitab yang datangnya terpisah dibelakang khitab yang terdahulu. Maksudnya, bila khitabya bersambungan dengan yang pertama tidak dinamakan nasakh tetapi “*bayan*” (بيان) atau “*takhsis*” (تخصيص)

Meskipun definisi diatas dianggap kuat oleh al-Amidi, bahkan ia memberikan pembelaan atas kritikan pihak lain, namun ia sendiri mengemukakan istilah lain yang dianggapnya sebagai definisi yang terpilih. Pada prinsipnya, definisi al-Amidi tidak jauh berbeda dengan definisi yang disebutkan diatas, yaitu:

عبارة عن خطاب الشرع المانع من استمرار ما ثبت من حكم خطاب شرعي سابق

*“ibarat dari titah pembuat hukum (syari’) yang menolak kelanjutan berlakunya hukum yang ditetapkan dengan titah terdahulu”.*

Dari definisi ini terlihat adanya perbedaan fungsi nasakh dibandingkan definisi terdahulu nasakh diartikan “pencabutan” pemberlakuan hukum yang terdahulu, maka dalam definisi ini nasakh berarti “mancegah” kelangsungan berlakunya hukum yang terdahulu.

Nasakh dalam arti “mencabut”, juga muncul dalam definisi ulama hanbali:

رفع الحكم الثابت بكتاب متقدم بكتاب متراخ عنه

*“Mencabut hukum yang telah ditetapkan dengan khitab terdahulu dengan khitab yang datang kemudian”.*

Meskipun berbeda dalam memberikan batasan definisi mengenai nasakh, tetapi ahli ushul fiqh kalangan syi’ah mengartikan nasakh itu dengan arti mencabut dalam definisi sebagai berikut:

رفع ما هو ثابت في الشريعة من الأحكام ونحوها

“Mencabut apa-apa yang telah ditetapkan dalam syariah dari hukum-hukum dan lainnya.”

Penggunaan kata الثبوت dalam definisi ini adalah untuk menyatakan bahwa pencabutan itu terjadi secara hakiki, bukan dalam arti *lafdzi* sebagaimana berlaku dalam *takhsis*.

Al-Syathibi dari kalangan ulama Maliki juga menetapkan nasakh dengan arti mencabut (رفع) yang dirumuskan secara sederhana dalam definisinya:

رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر

“Mencabut hukum syar’i dengan dalil syar’i terkemudian”

Dalam definisi ini mencabut hukum berdasar “*baraatuz zimmah*” (برأة الذمّه) dengan dalil termasuk dalam arti nasakh.

Banyak perbedaan pendapat para ulama dalam mendefinisikan arti dari *nasakh* itu sendiri sehingga mempunyai banyak arti, seperti yang dikemukakan oleh M. Quraish Sihab, “Mempunyai banyak arti, antara lain, membatalkan, mengganti, mengubah, menyalin, dan lain-lain”.<sup>71</sup>

Mungkin salah satu sebab dari perbedaan pendapat para ulama tentang makna kata *nasakh* itu karena adanya beberapa makna sehingga, “Ayat ini dari segi tinjauan hukum menjadi bahan perbedaan pendapat yang cukup panjang dikalangan ulama”.<sup>72</sup>

<sup>71</sup>M. Quraish Shihab, *Tafsir Al-Misbah, Jilid I*, (Jakarta: Lentera Hati, 2009), 346.

<sup>72</sup>M. Quraish Shihab, *Tafsir Al-Misbah*

Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqy mengemukakan bahwa orang-orang Yahudi membantah adanya *nasakh*. Mereka tidak membenarkan al-Qur'an me-*nasakh* Taurat. Mereka juga mengingkari kenabian Isa As, dan Muhammad Saw. Karena keduanya mendatangkan perubahan-perubahan hukum Taurat.<sup>73</sup>

Dalam menafsirkan ayat diatas, Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqy memilih pendapat bahwa maksud kata, "Ayat" adalah mukjizat.<sup>74</sup> Sedangkan M. Quraish Shihab menulis,

*"Penutup ayat 106 dan keseluruhan ayat 107 dapat juga menjadi semacam argumentasi tentang kebijaksanaan Allah untuk melakukan nasakh dan penundaan diatas".*<sup>75</sup>

Menurut Ahmad Sjalaby<sup>76</sup>, meskipun ada yang keberatan bahkan celaan dari kaum Yahudi mengenai pembatalan ayat-ayat al-Qur'an dengan dalih bahwa karena Allah Swt Mahatahu segala sesuatu yang akan terjadi kemudian hari maka tidaklah layak menetapkan suatu hukum kemudian Dia sendiri yang membatalkannya. Ahmad Sjalaby menulis bahwa hikmah yang dikandung dalam pembatalan ini antara lain, untuk mengajar kepada manusia bahwa ada kemungkinan *mengubah* suatu undang-undang atau peraturan, dengan undang-undang atau peraturan yang sederajat, disebabkan karena perubahan suasana dan keadaan.<sup>77</sup>

Dari definisi yang berbeda tersebut Amir Syarifuddin, menyimpulkan bahwa hakikat dari nasakh itu adalah:

<sup>73</sup>M. Hasbi Ash-Shiddieqy, *Tafsir Al-Qur'anul Majid An-Nuur*, Jilid 1, (Semarang: PT. Pustaka Rizki Putra, 2000), 178.

<sup>74</sup>M. Hasbi Ash-Shiddieqy, *Tafsir Al-Qur'anul Majid An-Nuur*

<sup>75</sup>M. Quraish Shihab, *Tafsir Al-Misbah*, 348.

<sup>76</sup>Ahmad Sjalaby, *Sejarah Pembinaan*, 48.

<sup>77</sup>Ahmad Sjalaby, *Sejarah Pembinaan*

1. Ada titah pembuat hukum (*syari'*) yang menetapkan hukum untuk berlaku terhadap suatu kejadian dalam suatu masa;
2. Kemudian secara terpisah datang titah pembuat hukum yang menetapkan hukum terhadap kejadian tersebut yang berbeda dengan apa yang telah ditetapkan sebelumnya;
3. Titah yang datang kemudian itu disamping menetapkan hukum baru, sekaligus mencabut berlakunya hukum lama; yang menurut al-Amidi : mencegah berlanjutnya pemberlakuan hukum yang sebelumnya.<sup>78</sup>

Dalam hubungannya dengan pembatalan ayat-ayat al-Qur'an Ahmad Sjalaby memberikan beberapa catatan.

*Pertama*, ayat-ayat *Makiyyah*, yang isinya adalah pokok-pokok dan dasar agama, seperti keesaan Allah (Tauhid), larangan menyembah berhala dan selain Allah, *berperilaku* atau berakhlak mulia tidak mungkin dibatalkan karena hal-hal itu tidak berubah dengan perubahan masa dan tempat.

*Kedua*, pembatalan itu pada umumnya memberikan keringanan. Allah Swt berfirman:

يَأَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ ۚ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عِشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا  
مِائَتِينَ ۚ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِّنَ الَّذِينَ كَفَرُوا ۗ

*“Hai Nabi, Kobarkanlah semangat Para mukmin untuk berperang. jika ada dua puluh orang yang sabar diantaramu, niscaya mereka akan dapat mengalahkan dua ratus orang musuh. dan jika ada seratus orang yang sabar diantaramu, niscaya mereka akan dapat mengalahkan seribu dari pada orang kafir”*<sup>79</sup>

<sup>78</sup>Amir Syarifuddin . *Ushul Fiqh*, 252.

<sup>79</sup>QS. Al-Anfal (8): 65.

Ayat diatas jelas menegaskan perbandingan antara mukminin dan kafirin dalam peperangan adalah 20 berbanding 200 atau 100 berbanding 1000 atau 1 berbanding 10. Kemudian Allah Swt mengubah ketentuan ini dengan firman-Nya:

الَّذِينَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا  
مِائَتِينَ ۚ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ ۗ

“ Sekarang Allah telah meringankan kepadamu dan Dia telah mengetahui bahwa padamu ada kelemahan. Maka jika ada diantaramu seratus orang yang sabar, niscaya mereka akan dapat mengalahkan dua ratus orang kafir; dan jika diantaramu ada seribu orang (yang sabar), niscaya mereka akan dapat mengalahkan dua ribu orang, dengan seizin Allah”.<sup>80</sup>

Jika dalam surat al-Anfal ayat 65 Allah menetapkan perbandingan antara mukminin melawan kafirin dengan perbandingan 1 lawan 10, maka dalam ayat 66, Allah meringankan dengan 100 berbanding 200 atau 1000 berbanding 2000 atau 1 berbanding 2.

Ketiga, kadangkala suatu ketentuan hukum dibatalkan secara keseluruhan oleh aturan atau hukum sesudahnya. Allah Swt berfirman:

وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَّعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ

“Dan orang-orang yang akan meninggal dunia di antara kamu dan meninggalkan isteri, hendaklah Berwasiat untuk isteri-isterinya, (yaitu) diberi nafkah hingga setahun lamanya dan tidak disuruh pindah (dari rumahnya)”.<sup>81</sup>

Kemudian ayat di atas dibatalkan oleh ayat berikut:

وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ

<sup>80</sup>QS. Al-Anfal (8): 66.

<sup>81</sup>QS. Al-Baqarah (2): 240.

“Orang-orang yang meninggal dunia di antaramu dengan meninggalkan isteri-isteri (hendaklah Para isteri itu) menangguhkan dirinya (ber'iddah) empat bulan sepuluh hari”.<sup>82</sup>

Kalau dalam surat al-Baqarah ayat 240 tersebut, masa *iddah* yang ditentukan bagi seorang janda yang ditinggal mati oleh suaminya adalah setahun, namun dalam ayat 234 surat yang sama waktu tunggu yang ditetapkan adalah empat bulan sepuluh hari.<sup>83</sup>

Dalam hadits, juga biasa terjadi pembatalan hukum. Sebagai contoh, Nabi Muhammad Saw, pada mulanya melarang orang-orang berziarah ke kuburan. Ada kekhawatiran jangan sampai umat Islam yang baru dibina itu mengkeramatkan kuburan sehingga mengarah kepada kemusyrikan. Akan tetapi, setelah keimanan umat sudah kokoh, serta kekhawatiran untuk mengeramatkan Allah Saw, sudah tidak ada lagi, lalu Rasulullah Muhammad Saw mengubah larangan berziarah ke kuburan dengan sabdanya:

كنت نهيتكم عن زيارة القبور فإلا ن فرورها

“ Dahulu kami melarang kamu berziarah ke kubur, tetapi sekarang berziarahlah”.<sup>84</sup>

*Keeempat*, Ahmad Sjalaby berpendapat bahwa ayat-ayat yang dibatalkan tidaklah seberapa jumlahnya, dan lebih baik jangan beranggapan bahwa banyak ayat-ayat yang dibatalkan.<sup>85</sup>

Ahmad Mustafa al-Maraghi rupanya sependapat dengan Ahmad Sjalaby.

Menurutnya,

<sup>82</sup>QS. Al-Baqarah (2): 234.

<sup>83</sup>QS. Al-Baqarah (2): 240 diatas dibatalkan oleh ayat 234, bukan berarti ayat 234 lebih dahulu diturunkan daripada ayat 240, melainkan ayat 240 lah yang lebih dulu diturunkan daripada ayat 234. Lihat Ahmad Sjalaby, *Sejarah Pembinaan*, 50.

<sup>84</sup>Ahmad Sjalaby, *Sejarah Pembinaan*, 51.

<sup>85</sup>Ahmad Sjalaby, *Sejarah Pembinaan*

“Menasakh suatu hukum kadang mengganti dengan hukum lain yang pelaksanaannya lebih mudah seperti masalah iddah seorang istri yang ditinggal mati suaminya. Pada mulanya, satu tahun kemudian dinasakh dengan empat bulan.<sup>86</sup> Terkadang dengan hukum yang sepadan misalnya seperti menghadap Baitul Maqdis di dalam shalat, kemudian dinasakh dengan menghadap kiblat”.<sup>87</sup>

Dari ayat-ayat al-Qur’an dan hadits yang dibatalkan dan dibatalkan, mengubah dan diubah, mengganti dan diganti (*nasikh-mansukh*) tersebut dapat disimpulkan bahwa hukum atau aturan yang membatalkan atau mengubah harus sederajat, atau lebih tinggi dari aturan yang dirubah atau dibatalkannya dan hukum yang mengubah atau membatalkan itu ada sesudah hukum yang dibatalkan.<sup>88</sup>

Perlu juga diingat dalam ilmu hukum umum, dibedakan antara dibatalkan dan dicabut. *Dibatalkan* artinya suatu aturan yang dibuat oleh otoritas yang lebih rendah tingkatannya dibatalkan oleh otoritas yang dibuat oleh otoritas yang lebih tinggi tingkatannya, misalnya aturan yang dibuat oleh bupati dibatalkan oleh Gubernur. *Dicabut* berarti suatu aturan yang dibuat oleh otoritas tertentu dicabut atau ditarik kembali oleh yang membuatnya. Misalnya, bupati membuat aturan lalu aturan tersebut dicabut atau ditarik kembali oleh bupati.

Kemungkinan perubahan suatu aturan hukum seperti yang dicontohkan oleh Allah Swt dan Rasulullah Saw itulah sehingga pasal 37 Undang-undang Dasar 1945 menetapkan kemungkinan mengubah undang-undang dasar tersebut oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat.

Dalam hubungan dengan perubahan Undang-Undang Dasar 1945, pernah suatu waktu, terutama pada pemerintah Orde Baru, Undang-Undang Dasar 1945 menjadi suatu yang tabu untuk diubah sehingga seolah-olah sudah meningkat

<sup>86</sup>Seharusnya empat bulan sesuai ketentuan QS. Al-Baqarah(2): 234.

<sup>87</sup>Ahmad Musthafa Al-Maraghi, *Tafsir Al-Maraghi*; Juz 2 (Semarang: CV. Toha Putra, 1986), 344.

<sup>88</sup>Ensiklopedi Hukum Islam; Jilid 4, (Jakarta: PT. Ikhtiar Baru, 2000), 1310.

posisinya sederajat dengan syariah yang tak boleh diubah sementara ia tidak lebih dari karya manusia yang tak luput dari kekurangan dan kelemahan. Syukurlah kita semua bahwa era pemberhalaan Undang-Undang Dasar 1945 sudah berlalu dengan mulai dilakukannya perubahan atasnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat dengan Perubahan Pertama, Pada Tanggal 19 Oktober 1999; Perubahan Kedua, Pada Tanggal 18 Agustus 2000; Perubahan Ketiga 9 November 2001 Dan Perubahan Keempat, 10 Agustus 2002.

Dengan perubahan hukum atau aturan perundang-undangan baru terhadap hukum atau aturan perundang-undangan yang lama seperti diuraikan diatas, maka asas *lex posteriori derogat legi anteriori (priori)* yang dipopulerkan dalam bahasa latin sesungguhnya adalah termasuk salah satu hukum Islam.<sup>89</sup>

### **C. Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) Oleh Hakim.**

#### **1. Sejarah Penemuan Hukum**

Seperti yang kita ketahui, bahwa sistem hukum Indonesia berasal dari belanda sebagai Negara yang pernah menguasai Indonesia, sehingga sistem hukum Belanda pun diterapkan di indonesia berdasarkan asas *konkordansi*. Hukum belanda berada dalam lingkungan sistem hukum eropa kontinental (*civil law*), maka sistem hukum indonesia juga termasuk dalam lingkungan sistem hukum *civil law*, sehingga sudah barang tentu seorang hakim indonesia dalam memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara, termasuk pula didalamnya mengenai masalah penemuan hukum, dipengaruhi oleh sistem hukum *civil law* tersebut.

---

<sup>89</sup>Muhammad Alim, *Asas-Asas Negara Hukum*, 339.

Karakteristik sistem hukum *civil law* ditandai dengan adanya suatu kodifikasi atau pembukuan hukum atau undang-undang dalam suatu kitab (*code*). Dalam suatu kodifikasi tidak menutup kemungkinan juga untuk dibuatnya suatu undang-undang tersendiri mengenai ketentuan dalam hukum perdata sebagaimana terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) dan kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD), yang merupakan terjemahan dari *burgelijke wetboek* (BW) dan *weboek van koophandel* (WvK) yang berasal dari zaman kolonial belanda, yang merupakan kodifikasi dari ketentuan serupa yang berlaku di negeri belanda.<sup>90</sup>

Yang menarik dalam sistem hukum *Civil Law* ini, adanya suatu pembatasan atas kebebasan hakim, yang didasarkan pada pengalaman bangsa-bangsa Eropa itu sendiri, yang pada masa lampau memberikan ruang yang tidak terbatas pada kebebasan hakim, sehingga berakibat pada ketidakpastian hukum. Menurut pandangan klasik sebagaimana dikemukakan oleh Montesqieu maupun Kant, menyatakan bahwa hakim dalam menerapkan undang-undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya tidak menjalankan peranannya secara mandiri. Hakim hanyalah penyambung lidah atau corong undang-undang (*la bouche de la loi*). Sehingga tidak dapat mengubah kekuatan hukum undang-undang, tidak dapat

<sup>90</sup>Hukum Perdata timbul di romawi, yaitu pada masa pemerintahan kaisar Yustitianus, yang disebut dengan *Corpus Juris Civilis*, tetapi karena terjadinya kemajuan pesat didunia perdagangan, maka banyak terjadi permasalahan baru yang tidak diatur dalam ketentuan tersebut, sehingga dibentuklah aturan Undang-Undang Hukum Dagang. Kemudian saat italia dijajah oleh Prancis, maka Napoleon Bonaparte mengambil seluruh hukum Romawi dan mengantinya dengan nama *Code Civil* untuk hukum perdata dan *code penal* untuk ketentuan hukum pidana, sedangkan *code commerce* untuk ketentuan hukum dagang. Setelah Prancis menjajah belanda dan jerman, maka ketentuan hukum Prancis diberlakukan dikedua negara jajahan tersebut berdasarkan asas kodifikasi, sehingga *Code Civil* dikodifikasikan menjadi *Burgerlijke Wetboek* (BW) dan *Code de Commerce* menjadi *Wetboek van Koophandel* (WvK). Yang setelah Indonesia merdeka diterjemahkan menjadi Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) dan Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD), berdasarkan pasal II aturan peralihan UUD 1945 dan UU no. 1 tahun 1964 (diambil dari catatan kuliah *Asas-Asas Hukum perdata Barat*, Ahmad Rifa'i, tanggal 11 April 1988). Lihat Ahmad Rifa'i, SH. MH. *Penemuan Hukum oleh Hakim: dalam Perspektif Hukum Progresif; cetakan kedua*. (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), 18.

menambah dan tidak dapat pula menguranginya.<sup>91</sup> Semua hukum, menurut pandangan klasik, sudah secara lengkap dan sistematis terdapat dalam undang-undang dan tugas hakim hanyalah mengadili sesuai dengan bunyi undang-undang.

Model silogisme merupakan metode yang digunakan dalam menerapkan undang-undang secara logis, yang juga disebut *subsumptie logis* atau deduksi, yang artinya adalah anggapan, tidak lain adalah menyimpulkan dari *premis mayor* (hal yang umum) dengan *premis minor* (hal yang khusus), misalnya: barang siapa mencuri dihukum (*premis mayor*), si A mencuri (*premis minor*), maka si A harus dihukum (kesimpulan). Teori ini disebut *legisme* atau positivisme undang-undang, yang merupakan pandangan *typis logistic*, yang mendasarkan pada aspek logis analitis. Penemuan hukum disini dianggap sebagai kejadian yang teknis dan kognitif, yang mengutamakan undang-undang yang tidak diberi tempat pada pengakuan subjektivitas atau penilaian. Oleh Wiarda penemuan hukum ini disebut dengan penemuan hukum heteronom, karena hakim mendasarkan pada peraturan-peraturan diluar dirinya, jadi hakim tidak mandiri karena harus tunduk pada undang-undang.<sup>92</sup>

Teori penemuan hukum heteronom ini, pada tahun 1850 tidak dapat dipertahankan lagi dengan munculnya teori penemuan hukum yang mandiri (otonom). Dalam teori penemuan hukum otonom, hakim disini tidak lagi dipandang sebagai corong undang-undang, tetapi sebagai pembentuk undang-undang yang secara mandiri memberi bentuk kepada isi undang-undang dan menyesuaikan dengan kebutuhan-kebutuhan hukum. Hakim dalam menjatuhkan putusannya dibimbing oleh pandangan-pandangan atau pikirannya sendiri atau

---

<sup>91</sup>Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 40.

<sup>92</sup>Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 42.

memutus menurut apresiasi pribadi. Dalam hal ini hakim menjalankan fungsinya yang mandiri dalam penerapan undang-undang terhadap peristiwa hukum konkret. Pandangan ini disebut pandangan yang materiil yuridis. Teori penemuan hukum otonom ini dipelopori oleh Oskar Bullow dan Eugen Ehrlich di Jerman. Francois Geny di Prancis, Oliver Wendel Holmes dan Jerome Frank di Amerika Serikat, serta Paul Scholten di Belanda.<sup>93</sup>

Dalam pandangan teori hukum otonom ini, undang-undang tidak mungkin lengkap, undang-undang hanyalah merupakan suatu tahap tertentu dalam proses pembentukan hukum dan undang-undang wajib mencari pelengkapannya dalam praktik hukum yang teratur dari hakim(yurisprudensi), dimana asas yang merupakan dasar undang-undang lebih lanjut dan dikonkretisasi, diisi dan diperhalus dengan asas-asas baru. Oleh karena itu diakui bahwa dalam hal kekosongan atau ketidakjelasan undang-undang hakim mempunyai tugas sendiri, yaitu member pemecahan dengan menafsirkan undang-undang sehingga dapat menghasilkan suatu penemuan hukum baru dalam suatu perkara yang dihadapkan kepadanya.<sup>94</sup>

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

---

<sup>93</sup>Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, 8.

<sup>94</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*. 43.

hukum heteronom ini, hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara berdasarkan pada faktor-faktor di luar dirinya.<sup>95</sup>

Penemuan hukum otonom biasanya dijumpai dalam sistem hukum peradilan di negara *Anglo Saxon (common law)*, yang menganut asas *the binding force of precedent*. Di sini hakim terikat pada putusan hakim terdahulu mengenai perkara yang sama sejenisnya, dan hakim yang akan menjatuhkan putusan perkara sejenis itu, seakan-akan bertindak menyatu dengan hakim terdahulu tersebut, sehingga dengan demikian putusan hakim yang terdahulu dianggapnya sebagai putusannya sendiri, sehingga putusan hakim yang terakhir ini, bukan berdasarkan pada faktor diluar dirinya tetapi tetap didasarkan pada faktor dalam dirinya sendiri.<sup>96</sup> Hukum *precedent* ini merupakan hasil penemuan hukum otonom sepanjang pembentukan peraturan dan penerapannya dilakukan oleh hakim, tetapi sekaligus juga bersifat heteronom, karena hakim terikat pada putusan-putusan terdahulu.

Dalam sistem hukum *civil law*, termasuk sistem hukum di Indonesia mengenal adanya penemuan hukum heteronom sepanjang hakim terikat pada undang-undang, tetapi penemuan hukum ini mempunyai unsur-unsur otonom yang kuat, karena seringkali hakim harus menjelaskan atau melengkapi undang-undang menurut pandangannya sendiri.<sup>97</sup>

## **2. Pengertian Penemuan Hukum**

Sebagaimana dikemukakan sebelumnya, bahwa kegiatan dalam kehidupan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan

<sup>95</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 44.

<sup>96</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*

<sup>97</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab*, 9.

jelas. Oleh karena itu, tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapinya dan jelas sejelas-jelasnya. Karena hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dicari dan diketemukan.<sup>98</sup>

Apabila pengertian hukum diartikan secara terbatas sebagai keputusan penguasa, dan dalam arti yang lebih terbatas lagi, hukum diartikan sebagai keputusan hukum (pengadilan), yang menjadi pokok masalah adalah tugas dan kewajiban hakim dalam menemukan apa yang menjadi hukum, hakim dapat dianggap sebagai salah satu faktor pembentuk hukum.<sup>99</sup>

Karena undang-undang tidak lengkap atau tidak jelas, maka hakim harus mencari atau menemukan hukumnya (*rechtsvinding*). Penemuan hukum menurut Sudikno Mertokusumo, lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum atau menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwa hukum yang konkret. Lebih lanjut dapat dikatakan bahwa penemuan hukum merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkret (*das sein*) tertentu.<sup>100</sup> Kebanyakan orang lebih suka menggunakan istilah pembentukan hukum dari pada penemuan hukum, karena penemuan hukum memberikan sugesti seakan-akan hukumnya sudah ada.

---

<sup>98</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 37.

<sup>99</sup> Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, (Bandung Alumni, 2000), 6.

<sup>100</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 37.

Lebih lengkapnya, pengertian penemuan hukum (*rechtsvinding*) yang dikemukakan para ahli, antara lain:

- 1) Paul Scholten menyatakan bahwa yang dimaksud dengan penemuan hukum adalah sesuatu yang lain daripada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya. Kadang-kadang dan bahkan sangat sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analogi ataupun *rechverwijning* (penyempitan/pengkongkretan hukum).<sup>101</sup>
- 2) John Z Loudoe, mengemukakan bahwa penemuan hukum adalah penerapan ketentuan pada fakta dan ketentuan tersebut kadangkala harus dibentuk karena tidak selalu terdapat dalam undang-undang yang ada.<sup>102</sup>
- 3) Menurut Utrecht, 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 yang merupakan hukum, sekalipun peraturan perundang-undangan tidak dapat membantunya. Tindakan hakim inilah yang dinamakan dengan penemuan hukum.<sup>103</sup>
- 4) Menurut Soedikno Mertokusumo, penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnyayang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkret. Ini merupakan proses konkretisasi dan

<sup>101</sup> Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 146.

<sup>102</sup> John Z. Loude, *Menemukan Hukum Melalui Tafsir dan Fakta*, (Jakarta: Bina Aksara, 1985), 69.

<sup>103</sup> Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, 248.

individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret.<sup>104</sup>

- 5) Menurut Arif Sidharta, Hakim dituntut untuk memilih aturan hukum yang akan diterapkan, kemudian menafsirkannya untuk menentukan/ menemukan suatu bentuk perilaku yang tercantum dalam aturan itu serta menemukan pula kandungan maknanya guna menetapkan penerapannya, dan menafsirkan fakta-fakta yang ditemukan untuk menentukan apakah fakta-fakta tersebut termasuk ke dalam makna penerapan aturan hukum tersebut. Dengan demikian, melalui penyelesaian perkara konkret dalam proses peradilan dapat terjadi juga penemuan hukum.<sup>105</sup>
- 6) menurut Mauwissen,<sup>106</sup> Penemuan hukum merupakan pengembangan hukum (*rechtsboefening*) adalah kegiatan manusia berkaitan dengan adanya dan berlakunya hukum di masyarakat, yang meliputi kegiatan membentuk, melaksanakan, menerapkan, menemukan, manafsirkan secara sistematis, mempelajari, dan mengajarkan hukum. Pengembangan hukum dibedakan dalam pengembangan hukum praktis dan pengembangan hukum teoritis. Pengembangan hukum praktis meliputi kegiatan yang berkenaan dengan hal mewujudkan hukum dalam kehidupan sehari-hari, sedangkan pengembangan hukum teoritis meliputi kegiatan pembentukan hukum, penemuan hukum, dan bantuan hukum.

<sup>104</sup>Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993), 4.

<sup>105</sup>B. Arif Sidharta, *Peranan Praktisi Hukum dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, Pusat Penelitian Perkembangan Hukum Lembaga Penelitian Unpad, No. 1/1999, Bandung, hlm. 15-17.

<sup>106</sup>Ahmad Rifa'i. *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif; cetakan ke-II*, (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika, 2011), 23.

- 7) Amir Syamsudin seorang praktisi hukum yang bergiat sebagai seorang advokat, memberikan pengertian bahwa penemuan hukum merupakan proses pembentukan hukum oleh hakim dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-kaidah atau metode-metode tertentu, yang digunakan agar penerapan hukumnya terhadap peristiwa tersebut dapat dilakukan secara tepat dan relevan menurut hukum, sehingga hasil yang diperoleh dari proses itu dapat diterima dan dipertanggungjawabkan dalam ilmu hukum.<sup>107</sup>
- 8) Muhammad Busyo Muqoddas, berpendapat bahwa dengan bertitik tolak dari berbagai pendapat mengenai arti penemuan hukum dapat dikemukakan bahwa, penemuan hukum dalam hal ini dilakukan oleh hakim ada dua macam, yaitu: *pertama*, penemuan hukum dalam arti penerapan suatu peraturan pada peristiwa konkret, untuk peristiwa mana telah tersedia peraturannya secara jelas. Hal ini menunjukkan suatu metode yang lebih bersifatsederhana, dalam arti bahwa hakim hanya terbatas pada menerapkan suatu aturan hukum (undang-undang) yang sesuai dengan faktanya atau peristiwa konkretnya; *kedua*, penemuan dalam arti pembentukan hukum, dimana untuk suatu peristiwa konkret tidak tersedia suatu peraturannya yang jelas/ lengkap untuk diterapkan. Dalam hal ini hakim tidak menemukan aturan hukumnya (undang-undang) yang sesuai dengan fakta atau peristiwa konkretnya, sehingga ia harus membentuknya melalui suatu metode tertentu.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup>Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 37.

<sup>108</sup>Muhammad Busyo Muqoddas, *Praktik Penemuan Hukum Oleh Hakim Mengenai Sengketa Perjanjian Jual Beli Dengan Hak Membeli Kembali Pada Pengadilan-Pengadilan Negeri Di*

Dengan demikian, pada dasarnya penemuan hukum merupakan proses pembentukan hukum oleh subyek atau pelaku penemuan hukum dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-kaidah atau metode-metode tertentu yang dapat dibenarkan dalam ilmu hukum, seperti interpretasi, penalaran (*redenering*), eksposisi (kontruksi hukum) dan lain-lain. Kaidah-kaidah atau metode-metode tersebut digunakan agar penerapan aturan hukum terhadap suatu peristiwa dapat dilakukan secara tepat dan relevan menurut hukum, sehingga hasil yang diperoleh dari proses tersebut juga dapat diterima dan dipertanggungjawabkan dalam ilmu hukum.<sup>109</sup>

### 3. Dasar Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*)

Apabila dicermati, sebenarnya ada beberapa ketentuan yang bisa menjadi dasar hukum positif dari penemuan hukum (*Rechtsvinding*). Terutama yang berkaitan erat dengan tugas dan kewajiban seorang hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutuskan suatu perkara, yaitu:

**Pasal 20 A.B.** yang berbunyi :

” *Hakim harus mengadili menurut undang-undang, ia dilarang menilai isi dan keadilan dari undang-undang*”<sup>110</sup>

Maka dapat ditarik kesimpulan bahwa hakim hanya boleh menerapkan undang-undang apa adanya dalam undang-undang. Hakim tidak boleh menilai isi dan keadilan dari undang-undang. Oleh karena itu seorang hakim dalam menemukan hukum hanya sebagai penyambung lidah undang-undang saja, tidak boleh berargumen lain terlebih menciptakan hukum atau membentuk suatu undang-undang.

---

*Daerah Istimewa Yogyakarta*, Thesis pada Fakultas Pasca Sarjana UGM (Yogyakarta: UGM, 1995), 40-42, lihat Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, 29-30.

<sup>109</sup>Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, 30.

<sup>110</sup>Pasal 20 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie*) stb. 1847: 23

**Pasal 21 A.B.** menyatakan:

*“Tiada seorang hakimpun atas dasar peraturan umum atau penetapan berhak memutus dalam perkara-perkara yang tunduk pada putusannya”*<sup>111</sup>

Dengan kata lain bahwa hakim tidak boleh menempatkan diri sebagai pembentuk undang-undang, tidak boleh menempatkan diri dalam putusannya itu seolah-olah ia pembentuk undang-undang.<sup>112</sup>

**Pasal 1 UU NO. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman**

menyebutkan:

*“Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya Negara hukum Republik Indonesia”*.<sup>113</sup>

Ketentuan Pasal 1 tersebut mengatur mengenai kebebasan atau kemerdekaan hakim. Kebebasan hakim merupakan kebebasan yang bersifat universal dan berlaku seluruh Negara yang memposisikan dirinya sebagai Negara hukum. Kebebasan hakim meliputi kebebasan untuk mengadili dan kebebasan dari campur tangan pihak-pihak di luar kekuasaan kehakiman. Meskipun demikian implementasi kebebasan hakim bersifat kontekstual, tergantung dari masing-masing Negara.<sup>114</sup> Sudikno Mertokusumo berpendapat yang dimaksud dengan kebebasan peradilan atau hakim dalam pasal ini adalah *bebas untuk mengadili dan bebas dari campur tangan dari pihak ekstra yudisiil*.<sup>115</sup>

Kebebasan hakim bukanlah kebebasan yang sebebaskan-bebasnya, tetapi ada pula pembatasannya, baik secara mikro maupun makro. Secara mikro kebebasan hakim di Indonesia dibatasi oleh Pancasila, UUD 1945, peraturan perundang-

<sup>111</sup> Pasal 21 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie*) stb. 1847: 23

<sup>112</sup> Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, 35.

<sup>113</sup> Pasal 1 UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman

<sup>114</sup> Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, 33.

<sup>115</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 60.

undangan, ketertiban umum dan kesusialaan. Khusus dalam perkara perdata, kebebasan hakim juga dibatasi oleh kepentingan para pihak (Pasal 378 HIR). Sedangkan secara makro kebebasan hakim dibatasi beberapa hal, misalnya sistem pemerintahan/ politik, sistem ekonomi, kebudayaan dan lain-lain.

**Pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman**

Pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan bahwa:

*“Hakim harus mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang”*<sup>116</sup>

Atau dalam UU No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yaitu

Pasal 5 (1) yang menyebutkan:

*“Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang”*<sup>117</sup>

Kedua pasal ini tentunya lebih luas ruang lingkupnya dibandingkan pasal 20 A.B., yang menyebutkan Hakim mengadili menurut Undang-undang, karena pengertian “hukum” di sini bisa dalam arti hukum tertulis (perundang-undangan) maupun hukum tidak tertulis (hukum adat atau kebiasaan).<sup>118</sup> Ini berarti bahwa pada dasarnya hakim harus tetap ada dalam sistem (hukum), tidak boleh keluar dari hukum, sehingga harus menemukan hukumnya.<sup>119</sup>

**Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman)**

menentukan bahwa:

<sup>116</sup>Pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

<sup>117</sup>Pasal 5 (1) UU No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman

<sup>118</sup>Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan Hukum*, 33.

<sup>119</sup>Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 61.

*“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”*<sup>120</sup>

Dengan demikian hukum yang tidak atau kurang jelas, tidak dapat dijadikan alasan penolakan bagi Hakim terhadap suatu perkara yang diajukan pencari keadilan. Hakim dianggap mengetahui akan hukumnya (*ius curia novit*).

Ketentuan pasal tersebut mengandung asas *rechtweigerling* (penolakan hukum). Asas seperti ini juga terdapat dalam Pasal 22 A.B.<sup>121</sup>

#### **Pasal 5 (1) UU No. 48 tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman**

Berbunyi:

*“Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.”*<sup>122</sup>

Kata “menggali” mengasumsikan bahwa hukumnya itu ada, tetapi masih tersembunyi, agar sampai pada permukaan masih harus digali. Jadi hukumnya itu ada, tetapi masih harus digali, dicari dan diketemukan, bukannya tidak ada, kemudian diciptakan.<sup>123</sup>

Oleh karena itulah seorang hakim harus berusaha ketika ditemukan tidak ada atau ketidak jelasan suatu undang-undang, maka seorang hakim harus menemukan hukumnya. Pasal ini merupakan dasar dan alasan yang kuat bagi hakim dalam melakukan penemuan hukum.<sup>124</sup>

#### **4. Alasan penemuan hukum oleh hakim**

Undang-undang sebagaimana kaidah pada umumnya, berfungsi untuk melindungi kepentingan manusia, sehigga harus dilaksanakan atau ditegakkan. Undang-undang harus diketahui oleh umum, tersebar luas dan harus jelas,.

<sup>120</sup> Pasal 10 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

<sup>121</sup> Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, 34.

<sup>122</sup> Pasal 5 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

<sup>123</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 61

<sup>124</sup> Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, 34

Kejelasan undang-undang selalu dilengkapi dengan penjelasan yang dimuat dalam tambahan Lembaran Negara. Sekalipun nama dan maksudnya sebagai penjelasan. Namun seringkali terjadi penjelasan tersebut tidak juga member kejelasan, karena hanya dinyatakan “ cukup jelas”, padahal teks undang-undang tidak jelas dan masih memerlukan penjelasan. Mungkin saja pembentuk undang-undang bermaksud hendak memberi kebebasan yang lebih besar kepada hakim.<sup>125</sup>

Akan tetapi perlu diingat bahwa kegiatan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu peraturan perundang-undangan secara tuntas dan jelas. Manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan mempunyai kemampuan yang terbatas, sehingga undang-undang yang dibuatnya, tidaklah lengkap dan tidak sempurna untuk mencakup keseluruhan kegiatan kehidupannya. Untuk itu, maka tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapannya atau yang jelas sejelas-jelasnya.<sup>126</sup> Karena undang-undang tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dicari dan diketemukan hukumnya, dengan memberikan penjelasan, penafsiran atau melengkapi peraturan perundang-undangannya.<sup>127</sup>

Oliver Wendel Holmes dan Jerome Frank, menentang bebrapa pendapat bahwa hukum yang itu lengkap yang dapat dijadikan sumber bagi hukum untuk memutuskan dalam peristiwa yang konkret. Pelaksanaan undang-undang oleh hakim bukan semata-mata merupakan persoalan logika dan penggunaan pikiran yang tepat saja, tetapi lebih merupakan pemberian bentuk yuridis kepada asas-asas hukum materil yang menurut sifatnya tidak logis dan lebih mendasarkan pada

---

<sup>125</sup>Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab*, 12.

<sup>126</sup>Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 37.

<sup>127</sup>Poentang Moerad, B.M., *Pembentukan Hukum*, 86.

pengalaman dan penilaian yuridis daripada mendasarkan pada akal yang abstrak.<sup>128</sup>

Ketentuan undang-undang yang berlaku umum dan bersifat abstrak, tidak dapat diterapkan begitu saja secara langsung pada peristiwa konkret, oleh karena itu ketentuan undang-undang harus diberi arti, dijelaskan atau ditafsirkan dan disesuaikan dengan peristiwanya untuk diterapkan pada peristiwanya itu. Peristiwa hukumnya harus dicari lebih dahulu dari peristiwa konkretnya, kemudian undang-undangnya ditafsirkan untuk dapat diterapkan.<sup>129</sup>

Setiap undang-undang yang bersifat statis dan tidak dapat mengikuti perkembangan kemasyarakatan, sehingga menimbulkan ruang kosong, yang perlu diisi. Tugas mengisi ruang kosong itulah, dibebankan kepada para hakim dengan melakukan penemuan hakim dengan metode interpretasi atau kontruksi dengan syarat bahwa dalam menjalankan tugasnya tersebut, para hakim tidak boleh memperkosa maksud dan jiwa undang-undang atau tidak boleh bersifat sewenang-wenang.<sup>130</sup>

Hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutuskan suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, pertama-tama harus menggugurkan hukum tertulis terlebih dahulu, yaitu peraturan perundang-undangan, tetapi kalau peraturan perundang-undangan tersebut ternyata tidak cukup atau tidak tepat dengan permasalahan dalam suatu perkara, maka barulah hakim akan mencari dan menemukan sendiri hukumnya dari sumber-sumber hukum yang lain seperti yurisprudensi, doktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis.

---

<sup>128</sup> Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 153-154

<sup>129</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab*, 12.

<sup>130</sup> Andi Zainal Abidin, *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, (Bandung: Alumni, 1984), 33.

Dalam Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menentukan bahwa:

*“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”*<sup>131</sup>

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 inilah yang dinamakan penemuan hukum.<sup>132</sup>

Selanjutnya ketentuan Pascusyhc Aal tersebut memberikan makna kepada hakim sebagai organ utama dalam suatu pengadilan dan sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman yang dianggap memahami hukum untuk menerima, memeriksa, mengadili suatu perkara, sehingga dengan demikian wajib hukumnya bagi hakim untuk menemukan hukumnya dengan menggali hukum yang tidak tertulis untuk memutuskan suatu perkara berdasarkan hukum sebagai seorang yang bijaksana dan bertanggung jawab.<sup>133</sup>

Menurut Bagir Manan, ada beberapa asas yang dapat diambil dalam pasal 16 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 (sekarang Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009), yaitu:<sup>134</sup>

<sup>131</sup>Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009

<sup>132</sup>Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, 248.

<sup>133</sup>Yudha Bhakti Ardiwisastra, *Penafsiran dan kontruksi hukum*, 7.

<sup>134</sup>H.A. Mukhsin Asyrof, *Asas-Asas Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum oleh Hakim dalam Proses Peradilan*, *Majalah Hukum Varia Peradilan* Edisi No. 252 Bulan November 2006(Jakarta: Ikahi, 2006), 84 sebagaimana dikemukakan oleh Ahmad Rifa’I, S.H., MH, *Penemuan Hukum*, 26.

- 1) Untuk menjamin kepastian hukum bahwa setiap perkara yang diajukan ke pengadilan akan diputus,
- 2) Untuk mendorong hakim melakukan penemuan hukum,
- 3) Sebagai perlambang kebebasan hakim dalam memutus perkara,
- 4) Sebagai perlambang hakim tidak selalu harus terikat secara harfiah pada peraturan perundang-undangan yang ada. Hakim dapat mempergunakan berbagai cara untuk mewujudkan peradilan yang benar dan adil.

Dalam rangka menemukan hukum, isi ketentuan Pasal 10 ayat (1) tersebut hendaknya dihubungkan dengan ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, yang menentukan bahwa:

*“ Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”*.<sup>135</sup>

Selanjutnya dalam penjelasan pasal tersebut disebutkan:

*“ Ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim dan hakim konstitusi sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat”*.

Dari ketentuan di atas, tersirat secara yuridis maupun filosofis, hakim mempunyai kewajiban atau hak untuk melakukan penemuan hukum agar putusan yang diambilnya dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat. Selanjutnya, jika dimaknai lebih lanjut, maka ketentuan Pasal 5 ayat (1) ini dapat diartikan bahwa oleh karena hakim merupakan perumus dan penggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, maka hakim harus terjun ke tengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan, dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian, hakim akan dapat memberikan putusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.<sup>136</sup>

<sup>135</sup>Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009

<sup>136</sup>Yudha Bhakti Adhiwisastra, *Penafsiran dan konstruksi hukum*, 7.

## 5. Aliran Penemuan Hukum

Penemuan hukum terutama dilakukan oleh hakim dalam memeriksa dan memutus suatu perkara. Penemuan hukum oleh hakim ini dianggap yang mempunyai wibawa. Ilmuwan hukum pun mengadakan penemuan hukum. Hanya kalau hasil penemuan hukum oleh hakim adalah hukum, maka hasil penemuan hukum oleh ilmuwan hukum bukanlah hukum melainkan ilmu atau doktrin. Sekalipun yang dihasilkan itu bukanlah hukum, namun di sini digunakan istilah penemuan hukum juga, oleh karena doktrin kalau diikuti dan diambil alih oleh hakim dalam putusannya, menjadi hukum. Doktrin bukanlah hukum melainkan sumber hukum.<sup>137</sup>

Aliran penemuan hukum oleh hakim ini kemudian berkembang menjadi beberapa aliran seperti antara lain sebagai berikut.<sup>138</sup>

### 1). Aliran Legisme (*Legal Positivisme*)

Aliran ini tumbuh pada abad ke-19, karena kepercayaan kepada ajaran hukum alam yang rasionalistis hampir ditinggalkan orang sama sekali, antara lain karena pengaruh dari aliran *cultur historisch school*. Akan tetapi, ditinggalkannya aliran hukum alam yang rasionalistis tersebut mengakibatkan semakin kuatnya aliran hukum lain yang menggantikannya, yaitu aliran legisme atau juga disebut positivisme hukum.<sup>139</sup>

Aliran legisme ini menekankan bahwa hakikat hukum itu adalah hukum yang tertulis (undang-undang), sehingga terlihat aliran legisme ini sangat mengagungkan hukum tertulis. Aliran ini juga beranggapan tidak ada norma hukum diluar hukum tertulis. Semua persoalan dalam masyarakat diatur dalam

<sup>137</sup>Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo. *Bab-Bab*, 5.

<sup>138</sup>Ahmad Rifa'i. *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, 28-34.

<sup>139</sup>Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum*, 9.

hukum tertulis. Adapun aliran positivisme hukum menekankan bahwa hukum seyogyanya dipandang dari segi hukum positif. Pandangan yang mengagungkan hukum tertulis atau hukum positif pada aliran legisme atau positivisme hukum ini, pada hakikatnya merupakan pandangan yang berlebihan terhadap kekuasaan yang menciptakan hukum tertulis, sehingga dianggap kekuasaan itu adalah sumber hukum dan kekuasaan adalah hukum.<sup>140</sup> Hal ini menimbulkan masa dimana kepercayaan sepenuhnya dialihkan pada undang-undang untuk mengatasi ketidakpastian hukum tidak tertulis. Kepastian hukum mungkin saja dapat diwujudkan dengan adanya undang-undang, tetapi kelemahan dari undang-undang itu adalah sifatnya yang statis dan kaku.<sup>141</sup>

Sesuai dengan teori-teori Montesquieu ataupun Rousseau, aliran Legisme berpendapat, bahwa kedudukan pengadilan adalah pasif. Ia hanya terompet undang-undang; ia hanya bertugas memasukan sesuatu yang konkret dalam peraturan perundang-undangan dengan jalan (silogisme) hukum, secara deduksi yang logis. Pengadilan tidaklah merupakan penentu (*determinant*) pembentuk hukum. Satu-satunya adalah badan pembentuk undang-undang saja.<sup>142</sup>

Sebagai penganut-penganut teori ini antara lain: Montesquieu, Rousseau, Robbespierre, Fennet, Rudolf van Jhering, G. Jelineck, Carre de Malberg, H. Nawiatski, dan Hans Kelsen.

Dengan demikian aliran legis ini berpandangan bahwa satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang, karena undang-undang dianggap sudah lengkap dan jelas dalam mengatur semua persoalan hukum. Sehingga hakim tidak boleh

<sup>140</sup>Poentang Moerad B.M., *Pembentukan Hukum*, 119.

<sup>141</sup>Ahmad Rifa'i. *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, 29.

<sup>142</sup>Ahmad Sanusi, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, (Bandung: Penerbit Tarsito, 1984), 88.

berbuat selain dari menerapkan undang-undang secara tegas apa adanya. Jadi hakim hanya sekedar terompet undang-undang (*La bouche de la loi*). Dengan demikian menurut aliran ini, hukum dan undang-undang dianggap identik dan yang lebih dipentingkan adalah dalam rangka menjamin kepastian hukum. Hakim hanyalah sebagai *subsumtie automaat*, yaitu kedudukan hakim ada dibawah undang-undang atau hanya sebagai pelaksana undang-undang, sehingga hakim tidak berwenang mengubah isi undang-undang. Hakim hanya berwenang menerapkan peraturan hukum pada peristiwa konkret dengan bantuan metode penafsiran, terutama penafsiran gramatikal, yaitu penafsiran menurut bahasa dimana arti ketentuan undang-undang dijelaskan menurut bahasa umum sehari-hari.

Ciri-ciri positivisme hukum menurut H.L.A. Hart, adalah sebagai berikut.<sup>143</sup>

- 1) Hukum adalah perintah penguasa.
- 2) Tidak ada hubungan mutlak antara hukum dan moral serta etika.
- 3) Analisis tentang konsepsi-konsepsi hukum dibedakan dari penyelidikan sejarah dan sosiologi.
- 4) Sistem hukum haruslah sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup yang diperoleh atas dasar logika, tanpa mempertimbangkan aspek social, politik, moral maupun etik.

Aliran positivisme hukum telah memperkuat pelajaran legisme, yaitu suatu pelajaran yang menyatakan tiada hukum diluar undang-undang, dan undang-undang menjadi sumber hukum satu-satunya. Undang-undang dan hukum itu identik.<sup>144</sup>

<sup>143</sup>Ahmad Rifa'i. *Penemuan Hukum Oleh Hakim*

<sup>144</sup>Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum*, 44.

Legisme hukum tidak sama dengan positivisme hukum, karena pada legisme hukum hanya menganggap undang-undang sebagai suatu sumber hukum, sedangkan pada positivisme hukum tidak hanya membatasi undang-undang saja sebagai suatu sumber hukum, tetapi juga kebiasaan, adat yang baik, dan pendapat masyarakat. Dalam memutuskan perkara, ajaran positivisme hukum mengutamakan penemuan hukum dan kepastian hukum.<sup>145</sup>

Aliran legisme bersumber pada teori-teori perjanjian Negara seperti yang dibentangkan oleh Thomas Hobbes, yang menghendaki suatu pemerintahan yang absolut dan hanya kehendak pemerintah itulah yang menjadi hukum. Adapun John Locke mengajarkan bahwa hukum adalah segala sesuatu yang ditentukan oleh kehendak bersama-sama dengan bagian terbesar. Sementara J.J. Rousseau mengajarkan kehendak umum menjadi kekuasaan tertinggi. Undang-undang menjadi satu-satunya kekuasaan tertinggi itu, jadi undang-undang menjadi sumber hukum satu-satunya.<sup>146</sup> Selanjutnya, legisme sesuai dengan *trias politica* dari Montesquieu, yang menyatakan bahwa hanya yang dibuat oleh badan legislatif saja yang dapat membuat hukum. Jadi, suatu kaidah yang tidak ditentukan oleh badan legislatif bukanlah merupakan suatu kaidah hukum dan kewenangan pengadilan hanya menerapkan undang-undang saja.<sup>147</sup>

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

---

<sup>145</sup>Poentang Moerad B.M., *Pembentukan Hukum*, 120-121.

<sup>146</sup>Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum*, 148.

<sup>147</sup>Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 146.

“Kecuali penyimpangan-penyimpangan yang ditentukan bagi orang-orang Indonesia, maka kebiasaan bukanlah hukum kecuali bila undang-undang menentukannya”.<sup>148</sup>

Ketentuan tersebut bila dikaji jelas mencerminkan pemikiran hukum yang menjadi dasarnya, yaitu yang disebut hukum haruslah dalam bentuk tertulis,<sup>149</sup> dan menganggap semua hukum terdapat secara lengkap dan sistematis dalam undang-undang, dan tugas hakim adalah mengadili sesuai dengan bunyi undang-undang. Oleh karena itu, dapat dipahami bahwa pasal 15 A.B. menyatakan bahwa kebiasaan hanya merupakan sumber hukum kalau undang-undang menetapkan demikian.

Pandangan legisme semakin lama ditinggalkan karena disadari bahwa undang-undang tidak pernah lengkap dan tidak selamanya jelas dan bagaimanapun undang-undang hanya menentukan kaidah secara umum, tidak tertentu pada satu kasus saja. Sifat undang-undang yang abstrak dan umum itulah yang menimbulkan kesulitan dalam penerapannya secara *in-concreto* oleh para hakim di pengadilan. Tidak mungkin hakim akan dapat memutus suatu perkara, jika hakim hanya berfungsi sebagai terompet undang-undang belaka, sehingga hakim masih harus melakukan kreasi tertentu.<sup>150</sup>

Oleh karena itu, akibat penerimaan legisme, hukum positif menjadi sangat kaku dan tidak mampu menyelesaikan kesulitan-kesulitan sosial yang timbul didalam suatu masyarakat yang berkembang dan berubah dengan cepat. Dapat dilihat akan banyaknya perbuatan yang menurut kesadaran hukum masyarakat, dikatakan sebagai perbuatan yang tercela atau yang tidak patut untuk dilakukan,

<sup>148</sup> Pasal 15 AB (*Algemene Bepalingen Van Wetgeving voor Indonesie* (stb. 1847: 23)

<sup>149</sup> Lili Rasyidi dan Ira Thania Rasyidi, *Dasar-Dasar Filsafat Dan Teori Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004), 34.

<sup>150</sup> Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 146.

akan tetapi karena tidak diatur dalam undang-undang, maka perbuatan tersebut tidak dapat diselesaikan secara hukum. Paham legisme ini juga menghalangi digunakannya hukum yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat Indonesia yang beraneka ragam bentuknya.<sup>151</sup>

## 2). Madzhab Historis (*Sosiologi Jurisprudenz*)

Madzhab historis lahir pada abad 20, sebagai hasil dari kesadaran bahwa undang-undang tidak mungkin lengkap. Seiring dengan waktu, nilai-nilai yang dituangkan dalam undang-undang terkadang tidak lagi sesuai dengan perkembangan zaman. Konsekwensinya akan terdapat kekosongan dan ketidakjelasan dalam undang-undang. Oleh karena itu hakim dapat membuat hukumnya (*judge made law*). Hukum kebiasaan dan yurisprudensi dapat melengkapi undang-undang dan dianggap sebagai unsure sistem hukum.

Madzhab historis ini dipelopori oleh Von Savigny (1779-1861), yang berpendapat bahwa hukum itu ditentukan secara historis, hukum tumbuh dari kesadaran hukum bangsa disuatu tempat dan pada waktu tertentu (*Das Recht Wird Nich Gemacht, S Ist Und Mit Dem Volke*). Kesadaran hukum (*volksgeist*), yang paling murni terdapat dalam kebiasaan. Peraturan hukum terutama merupakan pencerminan keyakinan hukum dan praktik-praktik yang terdapat dalam kehidupan bersama dan tidak ditetapkan dari atas. Para yuris harus mengembangkan dan mensistematisasi keyakinan dan praktik-praktik ini.<sup>152</sup>

Von Savigny berpendapat hukum adalah hukum kebiasaan yang tidak cocok untuk kehidupan modern. Sebelum pengkodifikasian hukum harus mengadakan penelitian yang mendalam lebih dahulu. Setelah itu barulah dapat

---

<sup>151</sup> Ahmad Rifa'i. 2011. *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, 31.

<sup>152</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 92.

diadakan kodifikasi. Jasa von Savigny ialah bahwa ia member tempat yang mandiri pada hukum kebiasaan sebagai sumber hukum.<sup>153</sup>

### 3). Aliran *Begriffsjurisprudenz*

Menurut aliran ini bahwa sekalipun benar undang-undang itu tidak lengkap, namun undang-undang masih dapat menutupi kekurangan-kekurangannya sendiri, karena undang-undang memiliki daya meluas. Hukum dipandang sebagai satu sistim tertutup, di mana pengertian hukum tidaklah sebagai sarana, tetapi sebagai tujuan. Pekerjaan hakim dianggap sebagai pekerjaan intelek di atas hukum-hukum rasional dan logis. Kepastian hukum merupakan tujuan dari aliran ini, sehingga keadilan dan kemanfaatan hukum bagi warga masyarakat diabaikan.<sup>154</sup>

Penggunaan hukum-logika yang dinamakan dengan silogisme menjadi dasar utama aliran ini, dan hakim mengambil kesimpulan dari adanya *premis mayor*, yaitu peraturan hukumnya, dan *premis minor*, yaitu peristiwanya. Sebagai contoh, siapa mencuri dihukum, A terbukti mencuri, maka A harus dihukum.<sup>155</sup> Jadi, rasio dan logika ditempatkan dalam ranah yang istimewa. Kekurangan undang-undang dapat dilengkapi oleh hakim dengan penggunaan hukum logika dan memperluas pengertian undang-undang berdasarkan rasio.

Kritik terhadap aliran ini, terutama berpendapat bahwa hukum bukan sekadar persoalan logika dan rasio, tetapi juga merupakan persoalan hati nurani maupun pertimbangan akal budi manusia, yang kadang-kadang bersifat irrasional.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*,

<sup>154</sup> Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 147-148.

<sup>155</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 40.

<sup>156</sup> Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum* 148.

#### 4). Aliran *Interressenjurisprudenz (Freirechtslehre)*

Aliran ini berpendapat bahwa undang-undang jelas tidaklah lengkap. Undang-undang bukan satu-satunya sumber hukum, sedangkan hakim dan pejabat lainnya mempunyai kebebasan yang seluas-luasnya untuk melakukan penemuan hukum, jadi hakim bukan sekadar menerapkan undang-undang saja, tetapi juga mencakup memperluas dan membentuk peraturan dalam putusan hakim. Untuk mencapai yang setinggi-tingginya, bahkan hakim boleh menyimpang dari undang-undang, demi kemanfaatan masyarakat.<sup>157</sup> Jadi, disini hakim mempunyai *freies ermessen*. Ukuran-ukuran dengan kesadaran hukum dan keyakinan warga masyarakat, tergantung pada ukuran dari keyakinan hakim. Dimana kedudukan hakim bebas mutlak.<sup>158</sup>

Menurut aliran *interessenjurisprudenz (Freirechtlehre)*, suatu peraturan hukum tidak boleh dipandang oleh hakim sebagai sesuatu yang formil logis belaka, tetapi harus dinilai menurut tujuannya, yaitu tujuan hukum pada dasarnya adalah melindungi, memuaskan atau memenuhi kepentingan (*interessen*) atau kebutuhan hidup yang nyata. Oleh karena itu, dalam putusannya, hakim harus bertanya kepentingan manakah yang diatur atau dimaksudkan oleh pembentuk undang-undang. Karenanya pula, hakim harus memahami kepentingan sosial, kepentingan moral, kepentingan ekonomi, kepentingan kultural ataupun kepentingan-kepentingan yang lainnya, dalam suatu peristiwa konkret tertentu yang disodorkan kepadanya untuk diperiksa dan diadili.<sup>159</sup>

Peluang kesewenang-wenangan hakim, dalam aliran ini dapat saja terjadi, karena hakim merupakan manusia biasa yang mungkin saja tidak terlepas dari

---

<sup>157</sup> Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 149.

<sup>158</sup> Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 150.

<sup>159</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 100-101.

berbagai kepentingan dan pengaruh disekelilingnya, termasuk kepentingan pribadi, keluarga dan sebagainya. Jadi, aliran ini sangatlah berlebihan karena berpendapat bahwa hakim tidak hanya boleh untuk mengisi kekosongan undang-undang saja, tetapi hakim bahkan boleh menyimpanginya.<sup>160</sup>

##### 5). *Aliran Soziologische Rechtsschule*

Aliran ini berpandangan bahwa untuk menemukan hukumnya, hakim harus mencarinya pada kebiasaan-kebiasaan dalam masyarakat. Aliran ini dipelopori antara lain oleh Hamaker dan Hymans.<sup>161</sup>

Hamaker berpendapat bahwa hakim seyogyanya mendasarkan putusannya sesuai dengan kesadaran hukum dan perasaan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Sedangkan Hymans mengemukakan bahwa hanya putusan hakim yang sesuai dengan kesadaran hukum dan kebutuhan hukum warga masyarakat yang merupakan hukum dalam makna yang sebenarnya.<sup>162</sup>

Aliran ini tidak menyetujui hakim diberikan *freies ermessen* atau menolak adanya kebebasan dari hakim dalam melakukan penemuan hukum, namun demikian hakim bukan hanya sekadar corong undang-undang yang hanya menerapkan undang-undang semata, tetapi hakim harus memperhatikan kenyataan-kenyataan masyarakat, perasaan dan kebutuhan hukum warga masyarakat serta kesadaran hukum warga masyarakat. Menurut aliran ini, dalam melaksanakan tugasnya, seorang hakim tetap mempunyai kebebasan, tetapi kebebasan terikat (*gebonded-vrijheld*) atau keterikatan yang bebas (*vrij-*

<sup>160</sup>Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab*, 45.

<sup>161</sup>Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: UII Press, 2006), 62.

<sup>162</sup>Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*

*gebodenheid*). Jadi tugas hakim hanyalah menyelaraskan undang-undang dengan keadaan zaman.<sup>163</sup>

Jadi, hakim dalam memberikan putusan seyogianya mendasarkan putusannya sesuai dengan kesadaran hukum dan perasaan hukum yang sedang hidup di dalam masyarakat, ketika putusan itu dijatuhkan.<sup>164</sup> Jadi, hanya putusan hakim yang sesuai dengan kesadaran hukum dan kebutuhan hukum warga masyarakatnya yang merupakan hukum dalam makna sebenarnya.

Aliran ini menekankan betapa perlunya para hakim memiliki wawasan pengetahuan yang luas, bukan sekadar ilmu hukum dogmatik belaka, tetapi seyogianya juga mendalami ilmu-ilmu sosial lain seperti sosiologi, antropologi, politik, ekonomi, dan sebagainya. Seorang hakim yang tidak belajar sejarah dan preseden adalah merupakan suatu kesombongan sekaligus ketololan. Putusan hakim merupakan hal penting untuk dipelajari, disamping peraturan perundang-undangan, karena dalam putusan hakim terdapat makna hukum yang konkret, yang diperlukan dalam hidup bermasyarakat, yang dijumpai dalam kaidah hukum undang-undang.<sup>165</sup>

#### 6). *Freirechbewegung*

*Freirechbewegung* merupakan ajaran penemuan hukum bebas, yaitu penemuan hukum yang tidak secara ketat terikat pada undang-undang, tetapi lebih menekankan pada kepatutan. Aliran ini muncul di Jerman sekitar tahun 1900, yang dipelopori oleh Kantorowicz (1877-1940), sebagai reaksi terhadap legisme,

<sup>163</sup>Pontang Moerad, B.M, *Pembentukan Hukum*, 126.

<sup>164</sup>Ahmad Ali. *Menguak Tabir Hukum*, 151.

<sup>165</sup>Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*

yang pada waktu itu di Jerman diadakan kegiatan kodifikasi.<sup>166</sup> Pada prinsipnya, pandangan atau dasar dari pemikiran aliran ini sebagai berikut:<sup>167</sup>

- a. Kodifikasi itu tidak mungkin lengkap, tidak seluruh hukum terdapat dalam undang-undang, karena disamping undang-undang masih terdapat sumber-sumber lain untuk menemukan hukumnya.
- b. Tiap pemikiran yang melihat hakim sebagai *subsumptie automaat* dianggap sebagai suatu yang tidak nyata.
- c. Peran undang-undang adalah *subordinatie*, yaitu undang-undang bukanlah tujuan hakim, tetapi sekedar sebagai sarana. Hakim tidak hanya mengabdikan kepada fungsi kepastian hukum, tetapi mempunyai tugas sendiri dalam merealisasi keadilan. Dalam hal undang-undang bertentangan dengan rasa keadilan, hakim berwenang menyimpangi undang-undang tersebut.

#### 7) *Open System Van Het Recht*

Hukum sebagai suatu *sistem terbuka (Open System Van Het Recht)* dikemukakan oleh Paul Scholten. Konsep tersebut merupakan reaksi terhadap pendapat, bahwa hukum itu merupakan suatu kesatuan yang tertutup secara logis. Ajaran yang disebut belakangan ini hendak mempertahankan keutuhan dari sistem hukum sebagai suatu sistem hukum tertulis. Sistem itu tidak boleh berubah dan diubah selama pembuat undang-undang tidak mengubahnya.

Bagi Scholten, hukum merupakan satu sistem yang berarti semua aturan saling berkaitan. Aturan-aturan itu dapat disusun secara sistematis, dan untuk

<sup>166</sup> Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, 63.

<sup>167</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 96-97

yang bersifat khusus dapat dicarikan aturan-aturan umumnya, sehingga pada asas-asasnya. Hakim bekerja atas dasar penilaian, dan hasil dari penilaian itu menciptakan sesuatu yang baru.<sup>168</sup>

Konsep penemuan hukum oleh hakim terutama dipelopori oleh aliran sistem terbukanya hukum (*Open System Van Het Recht*) Paul Scholten, dimana ia mengemukakan:<sup>169</sup>

1. Hukum bukan suatu sistem hukum tertulis yang tidak boleh diubah sebelum badan pembuat undang-undang mengubahnya. Artinya, undang-undang dapat saja diubah maknanya, meskipun tidak diubah bunyi kata-katanya untuk menyesuaikan dengan fakta konkret yang ada.
2. Keterbukaan sistem hukum berhubungan dengan persoalan terjadinya kekosongan hukum, dimana ada dua macam bentuk kekosongan hukum, yaitu:
  - a. Kekosongan dalam hukum berarti manakala hakim mengatakan bahwa ia menjumpai suatu kekosongan, karena tidak tahu bagaimana ia harus memutuskan.
  - b. Kekosongan dalam perundang-undangan, yaitu yang terjadi manakala dengan kontruksi dan penalaran analogi pun problemnya tidak terpecahkan, sehingga hakim harus mengisi kekosongan itu seperti ia berada pada kedudukan pembuat undang-undang dan memutuskan sebagaimana kiranya pembuat

---

<sup>168</sup> Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, 64.

<sup>169</sup> Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 164.

undang-undang itu akan memberikan keputusannya dalam menghadapi kasus seperti itu.

#### 8). Penemuan Hukum Modern

Penemuan hukum modern lahir sesudah Perang Dunia II, di bawah pengaruh *eksistensialisme* dan merupakan kritik terhadap pandangan hakim sebagai *subsumptie automaat*.<sup>170</sup>

Dasar pemikiran atau pandangan ajaran ini diantaranya yaitu:

- a. Positivisme undang-undang/ legisme sebagai model *subsumptie automaat* tidaklah dapat dipertahankan.
- b. Yang menjadi titik tolak bukan pada sistem perundang-undangan, tetapi masalah kemasyarakatan konkret yang harus dipecahkan.
- c. Tujuan pembentuk undang-undang dapat digeser, dikoreksi, tetapi tidak boleh diabaikan.
- d. Penemuan hukum modern berpendirian bahwa atas satu pertanyaan hukum dapat dipertahankan pelbagai jawaban dalam sistem yang sama.
- e. Tujuan hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia, maka dalam menemukan hukum harus diperhatikan pula perkembangan masyarakat dan perkembangan teknologi.
- f. Metode penafsiran yang digunakan terutama teleologis, yang lebih memperhatikan tujuan dari undang-undang daripada bunyi kata-katanya saja. Sebagai contoh penetapan Pengadilan Agama Jakarta Selatan tanggal 20 April 1990, bahwa pernikahan melalui telpon antara calon suami dan calon istri yang berjauhan tempat tinggalnya tetap dinyatakan sah.

<sup>170</sup>Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 99.

Dengan demikian, pandangan penemuan hukum modern dapat digolongkan dalam pandangan *problem oriented* dari ajaran *freirechtbewegung*, dimana justicabel (pencari keadilan) lebih diutamakan.<sup>171</sup>

Demikian aliran-aliran penemuan hukum yang berkembang sampai sekarang, yang muncul dari pendapat-pendapat dari para ahli hukum yang tidak bisa peneliti sebutkan seluruhnya.



---

<sup>171</sup>Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum*, 66-67.

### BAB III

#### ANALISIS BAHAN HUKUM

##### A. Kedudukan Asas *Lex Posteriori Derogat Legi Priori* Dalam Sistem Hukum

Asas hukum yang telah didefinisikan oleh banyak pakar hukum merupakan dasar, pondasi, dan landasan dari terbentuknya suatu peraturan hukum. Sehingga asas hukum diartikan sebagai aturan dasar dan prinsip-prinsip hukum yang abstrak dan pada umumnya melatar belakangi peraturan konkret dan pelaksanaan hukum. Peraturan konkret seperti undang-undang tidak boleh bertentangan dengan asas hukum, begitu pula dalam sistem hukum.

Jadi, apabila dalam sistem hukum terjadi pertentangan, menurut Marwan Mas maka asas hukum akan tampil menurut fungsinya untuk mengatasi pertentangan tersebut. Misalnya, terjadi pertentangan antara satu undang-undang dengan undang-undang lainnya, maka harus kembali melihat asas hukum sebagai prinsip dasar yang mendasari suatu peraturan hukum berlaku secara universal. Hal itu dikarenakan untuk menjaga citra sistem hukum yang utuh.

Seperti pertentangan atau tumpang tindih dari peraturan perundang-undangan mengenai Kekuasaan Kehakiman yang diatur dalam Undang-Undang

No 4 tahun 2004 dan Undang-undang No. 48 tahun 2009, maka akan dikembalikan kepada asas hukum yang berlaku secara umum.

Karena terjadi tumpang tindih pada peraturan perundang-undangan tersebut diatas, maka menurut asas yang tepat diterapkan yaitu asas *lex posteriori derogate legi priori*, undang-undang yang berlaku kemudian membatalkan undang-undang yang berlaku terdahulu. Undang-undang No. 4 tahun 2004 sebagai undang-undang yang datang lebih dulu (*priori*), sedangkan Undang-Undang No. 48 tahun 2009 sebagai undang-undang yang baru (*posteriori*). Maka Undang-Undang No. 48 tahun 2009 membatalkan Undang-Undang No. 4 tahun 2004.

Suatu kehidupan bersama, hukum adalah merupakan suatu sistem. Sehingga hukum harus mencerminkan suatu tatanan dan kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan. Dengan demikian peraturan perundang-undangan merupakan bagian dari pada sistem hukum, dan pastinya suatu peraturan perundang-undangan mempunyai asas hukum sebagai landasan dan latar belakang dari suatu peraturan perundang undangan.

Terlebih ketika berbicara mengenai asas hukum pembentukan perundang-undangan yang berfungsi sebagai dasar pengujian dalam peraturan hukum, maupun sebagai dasar pengujian terhadap aturan hukum yang berlaku. Dengan demikian, dari segi pembentukan undang-undangan asas-asas tersebut haruslah menjadi pedoman dalam perancangan undang-undang.

Hal tersebut ditujukan agar mencerminkan sistem hukum yang tertata dan berkaitan satu sama lain, sehingga tercipta sistem hukum yang baik. Terlebih

pernyataan Fuller<sup>1</sup> yang menyatakan bahwa suatu sistem dikategorikan dalam suatu sistem hukum atau bukan, harus memenuhi delapan asas (*prinsip of legality*) yang harus dipenuhi, yaitu:

- a) Suatu sistem hukum itu harus mengandung aturan-aturan yang tidak hanya memuat keputusan yang bersifat sementara (*ad-hoc*);
- b) Peraturan itu setelah selesai dibuat harus diumumkan;
- c) Berlaku asas fiksi, dalam arti setiap orang dianggap telah mengetahui adanya peraturan yang telah diundangkan;
- d) Tidak boleh ada peraturan yang berlaku surut, sebab apabila ada peraturan yang berlaku yang demikian maka peraturan tersebut tidak dapat dipakai sebagai pedoman bersikap tindak;
- e) Peraturan itu harus dirumuskan dan disusun dengan kata-kata yang mudah dimengerti;
- f) Suatu sistem hukum tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi dengan apa yang dapat dilakukan;
- g) Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah peraturan, sebab hal ini sering dilakukan maka orang akan kehilangan orientasi;
- h) Suatu sistem tidak boleh mengandung aturan yang bertentangan satu sama lainnya.

Dari asas yang dikemukakan Fuller diatas terutama dalam poin (h) menunjukkan bahwa sistem hukum itu haruslah tersusun rapi dalam suatu undang-undang. Suatu peraturan hukum pun tidak dikehendaki adanya tumpang tindih

---

<sup>1</sup> Dudu Duswara Mahmudin. *Pengantar Ilmu Hukum*, 69-70.

dalam peraturan-peraturan yang berlaku, karena dengan adanya tumpang tindih/pertentangan aturan satu dengan lainnya maka akan tercipta sistem hukum yang tidak baik.

Oleh karena itulah demi terciptanya sistem hukum yang baik, menurut Duda sistem hukum harus mencerminkan kedelapan asas tersebut. Karena menurutnya, dengan tidak dipenuhinya kedelapan asas tersebut maka tidak saja menyebabkan suatu sistem hukum menjadi tidak baik, bahkan dapat dikatakan tidak terdapat sistem hukum sama sekali.

Dari penjelasan diatas, menunjukkan bahwa keberadaan dan kedudukan asas hukum itu dalam sistem hukum merupakan ketentuan prinsip dalam sistem hukum itu sendiri. Suatu sistem hukum diukur baik tidaknya dari keterkaitan dari setiap unsur, terutama dalam peraturan yang berlaku. Oleh karena bertujuan untuk menjaga keterkaitan dan kerjasama dalam peraturan itulah, asas hukum berfungsi sebagai pedoman untuk terciptanya peraturan menjadi sistematis. Seperti dengan adanya asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang akan berfungsi sebagai penuntun/ pedoman bagi terciptanya peraturan sebagai salah satu unsur sistem hukum agar menjadi peraturan yang baik.

Hal itu semua ditujukan agar tercapainya suatu tujuan hukum dalam suatu kesatuan, diperlukan kerjasama antara unsur-unsur yang terkandung dalam sistem hukum, seperti sistem hukumnya, sistem peradilanannya dan sebagainya. Karena sistem hukum bukan sekadar kumpulan peraturan hukum, melainkan setiap peraturan itu saling berkaitan satu dengan yang lainnya, serta tidak boleh terjadi

konflik atau kontradiksi diantara subsistem yang ada di dalamnya. Dengan seperti itu akan tercipta keharmonisan dalam sistem hukum kita.

**B. Kekuatan Asas *Lex Posteriori Derogat Legi Priori* Dalam Menyelesaikan Pertentangan Pasal 20 A.B. dan Pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 Mengenai Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) Oleh Hakim**

Perdebatan dikalangan para ahli hukum dalam mengartikan suatu arti penemuan hukum memang sampai sekarang terjadi perdebatan yang sengit, sehingga dari perdebatan itu memunculkan dua pengertian yang spesifik. *Pertama*, penemuan hukum diartikan penerapan suatu peraturan yang telah tersedia secara jelas pada suatu peristiwa. Jadi hakim sebagai penegak hukum dalam menjalankan tugasnya menemukan hukum hanya menjalankan undang-undang. *Kedua* penemuan hukum diartikan pembentukan hukum oleh hakim untuk suatu peristiwa konkret yang tidak tersedia suatu peraturan perundang-undangan yang jelas dan lengkap untuk diterapkan padanya, sehingga hakim harus membentuk hukum melalui metode tertentu.<sup>2</sup> Dalam perjalanannya, lamanya perdebatan dikalangan para ahli hukum dalam lingkup kebebasan hakim dalam usaha menemukan hukum, terutama mengenai kedudukan hakim terhadap perundang-undangan melahirkan berbagai aliran-aliran hukum yang sampai saat ini berkembang.

Ruang lingkup kebebasan hakim dalam usaha menemukan hukum telah lama menjadi perdebatan dikalangan para ahli hukum, terutama mengenai kewenangan hakim terhadap undang-undang. Perbedaan pandangan dikalangan

---

<sup>2</sup> Muhammad Busyro Muqoddas, 40-42.

pakar hukum kemudian melahirkan berbagai aliran hukum. Menurut hemat peneliti, dari banyaknya aliran-aliran penemuan hukum yang berkembang yang paling ketat dan masih dirasakan sampai sekarang pengaruhnya yaitu aliran legisme/*Legal Positivisme* dan aliran Historis/ *Sosiologi Jurisprudensi*.

Aliran Legisme/ *Legal Positivisme* yang merupakan aliran klasik sebagaimana dikemukakan oleh Montesqieu, menyatakan bahwa hakim dalam menerapkan undang-undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya tidak menjalankan peranannya secara mandiri. bahwa kedudukan pengadilan adalah pasif. Mereka memahami hukum sebagai perintah penguasa dan sumber utama hukum adalah undang-undang. kebebasan hakim terhadap undang-undang hanya sampai batas kebolehan melakukan penafsiran. Hakim hanyalah penyambung lidah atau corong undang-undang (*la bouche de la loi*), sehingga tidak dapat mengubah kekuatan hukum undang-undang, tidak dapat menambah dan tidak dapat pula mengurangnya.<sup>3</sup>

Hal itu terlihat dari pengaruh pemikiran legisme di Indonesia. Menurut Lili Rasjidi hal ini jelas dapat dibaca dalam pasal 15 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie* ), yang antara lain berbunyi:

*“Kecuali penyimpangan-penyimpangan yang ditentukan bagi orang-orang indonesia, maka kebiasaan bukanlah hukum kecuali bila undang-undang menentukannya”*.<sup>4</sup>

Ketentuan tersebut bila dikaji jelas mencerminkan pemikiran hukum yang menjadi dasarnya, yaitu yang disebut hukum haruslah dalam bentuk tertulis,<sup>5</sup> dan

<sup>3</sup>Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*. 40.

<sup>4</sup>Pasal 15 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie* )(stb. 1847:23)

<sup>5</sup>Lili Rasyidi dan Ira Thania Rasyidi, *Dasar-Dasar Filsafat Dan Teori Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004), 34.

menganggap semua hukum terdapat secara lengkap dan sistematis dalam undang-undang, jadi sumber utama hakim dalam menentukan perkara hanya menurut undang-undang, hakim bersifat pasif. sehingga tugas hakim adalah mengadili sesuai dengan bunyi undang-undang. Oleh karena itu, dapat dipahami bahwa pasal 15 A.B. menyatakan bahwa kebiasaan hanya merupakan sumber hukum kalau undang-undang menetapkan demikian.

Disebutkan juga dalam pasal 21 A.B. bahwa:

*“Tiada seorang hakim pun atas dasar peraturan umum atau penetapan berhak memutus dalam perkara-perkara yang tunduk pada putusannya”*.<sup>6</sup>

Dengan demikian, hakim tidak berwenang menciptakan hukum dengan inisiatifnya sendiri. Bambang memahami undang-undang dengan hakim tidak boleh menempatkan diri sebagai pembentuk undang-undang, tidak boleh menempatkan diri dalam putusannya itu seolah-olah ia pembentuk undang-undang.

Lebih jelas lagi, bahwa hakim hanya sebagai corong undang-undang terlihat dalam pasal 20 A.B. yang berbunyi :

*” Hakim harus mengadili menurut undang-undang, ia dilarang menilai isi dan keadilan dari undang-undang”*<sup>7</sup>

Dari pasal-pasal tersebut, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa hakim hanya boleh menerapkan undang-undang apa adanya dalam undang-undang. Hakim tidak boleh menilai isi dan keadilan dari undang-undang. Oleh karena itu seorang hakim dalam menemukan hukum hanya sebagai penyambung lidah

<sup>6</sup>Pasal 21 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie* )(stb. 1847:23)

<sup>7</sup>Pasal 20A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie* )(stb. 1847:23)

undang-undang saja, tidak boleh berargumen lain terlebih menciptakan hukum atau membentuk suatu undang-undang.

Sebagai reaksi dari munculnya aliran legisme diatas, Madzhab Historis/*Sosiologi Yurisprudensi* melihat hukum sebagai gejala sosial. Karena hukum merupakan gejala sosial, maka selalu ada hubungan timbal balik yang saling mempengaruhi antara hukum dan masyarakat.

Seiring berjalannya waktu madzab historis juga mempengaruhi sistem perundang-undangan kita, hal itu terlihat dari ketentuan-ketentuan hukum yang memberikan pengertian bahwa hakim dalam penemuan hukum tidak saja menerapkan undang-undang bahkan berwenang membentuk hukum asal mencerminkan *living law*. Hal ini terlihat dalam peraturan perundang-undangan pasal 5 ayat 1 Undang-undang No. 4 Tahun 2004 yang menyebutkan:

*”Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang”*<sup>8</sup>

Atau yang sekarang terjelma dalam bunyi pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dengan redaksi yang sama yaitu:

*”Pengadilan mengadili **menurut hukum** dengan tidak membedakan orang”*<sup>9</sup>

Dari bunyi pasal diatas dapat terlihat bahwa kata-kata menurut hukum dalam pasal 4 (1) tentunya lebih luas ruang lingkupnya dibandingkan dengan pasal 20 A.B. yang menyebutkan hakim mengadili menurut undang-undang seperti yang dikemukakan Bambang Sutiyo. Oleh karena hukum itu luas

<sup>8</sup>Pasal 5 (1) UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman

<sup>9</sup>Pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

cakupannya, maka termasuk didalamnya hukum adat (kebiasaan), hukum islam, serta hukum-hukum yang lainnya.

Pengertian “*hukum*” dalam pasal tersebut bisa dalam arti hukum tertulis yaitu perundang-undangan maupun hukum yang tidak tertulis atau hukum adat (kebiasaan) sehingga mempunyai makna yang lebih luas.

Oleh karena itu, dalam memutuskan suatu permasalahan, hakim mempunyai kebebasan, asalkan putusan yang dijatuhkan mencerminkan hukum yang hidup dimasyarakat. Hakim tidak saja menerapkan hukum yang ada dalam peraturan perundang-undangan, tetapi juga membuat hukum (*judge made law*).

Perbedaan pendapat tersebut diatas, sampai sekarang masih dirasakan dan menjadi suatu problematik. Sehingga hal tersebut akan menimbulkan dualisme pemahaman mengenai kewenangan hakim dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*). Apalagi perbedaan tersebut secara substansi termaktub dalam suatu perundang-undangan sehingga terjadi pertentangan/ tumpang tindih antar peraturan atau bisa dibahasakan *conflict of norm*.

Tumpang tindih peraturan tersebut yaitu pada pasal 20 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie*) yang menyebutkan “*Hakim harus mengadili menurut undang-undang*” yang berarti bahwa hakim dalam menemukan hukum (*rechtsvinding*) hanya sebagai penyambung lidah undang-undang, dan harus memutuskan sesuai yang termaktub undang-undang.

Sedangkan pada pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Yang berbunyi: “*Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang*”. Memberikan pengertian bahwa hakim dalam

melaksanakan penemuan hukum (*rechtsvinding*) tidak hanya berwenang menerapkan undang-undang, bahkan membentuk undang-undang (*judge made law*).

Oleh karena pertentangan aturan (*antinomi hukum*) dalam sistem hukum diatas, maka asas hukum dijadikan solusi untuk menyelesaikan pertentangan tersebut seperti yang dikemukakan oleh Marwan Mas yang mengatakan bahwa:

*“apabila dalam sistem hukum terjadi pertentangan, maka asas hukum akan tampil untuk mengatasi pertentangan tersebut. Misalnya, terjadi pertentangan antara satu undang-undang dengan undang-undang lainnya”.*

Karena yang bertentangan pasal 20 A.B. yang merupakan undang-undang lebih dulu diberlakukan dan pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 baru diundangkan kemudian, maka pada asas hukum *lex posteriori derogat legi priori* yang tepat dijadikan solusi ketika terjadi pertentangan tersebut. Seperti yang dikemukakan oleh Gert-Fredrik Malt dalam *“Methods for the Solution of Conflict Between Rules in a System of Positive Law”*, salah satu tesisnya mengertikan asas hukum ini:

*“The lex posterior principle the points to the formal and substantive reason for assuming, given an older and a more recent statement (concerning facts, values of norm), that the latter represents the ultimate (actual) opinion of the utterer and is also the valid one. In a changing world, such an assumption will promote a necessary and maximal orientation of the total set of opinions in the system towards the actual (present)”.*

Pertentangan dapat terjadi antara peraturan perundang-undangan yang lama dengan peraturan perundang-undangan yang baru, yang mengatur materi

normatif yang sama. Kalau diundangkan peraturan baru dengan tidak mencabut peraturan-peraturan perundang-undangan yang lama yang mengatur materi normatif yang sama sedangkan kedua-duanya saling bertentangan satu sama lain, maka peraturan perundang-undangan yang baru mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang lama, hal demikian berlaku asas *lex posteriori derogat legi priori*.

Sebagaimana *al-Nasikh wa al-Mansukh* dalam literatur hukum islam yang dijadikan solusi ketika terdapat pertentangan dalil hukum, yang oleh al-Syatibi didefinisikan:

رفع الشارح حكما منه متقدما بحكم منه متأخرا

“Menghapusnya syari’ (pembuat hukum) terhadap hukum (yang datangnya lebih) dahulu (untuk) diganti dengan hukum yang datangnya kemudian”<sup>10</sup>

Maksudnya ialah رفع الشارح حكما بدليل شرعي متراخ عنه yaitu “menghapusnya syari’ (pembuat hukum) terhadap hukum dengan menggunakan dalil syara’ yang datangnya kemudian”.<sup>11</sup> Dengan adanya *nasakh mansukh* ini juga yang menjadikan solusi dari pertentangan ketentuan hukum dalam al-Quran mengenai masa iddah bagi orang yang ditinggal mati suaminya yaitu antara ketentuan masa iddahnya satu tahun penuh (*haul kamil*) dalam surat al-baqarah: 240 dengan ketentuan dalam surat al-baqarah: 234 yang menyatakan ketentuan iddah ditinggal mati suami yaitu 4 bulan 10 hari, yang kemudian dengan adanya konsep

<sup>10</sup>Thannan, Mahmud. *Taisir Mushthalah al-Hadits* (Surabaya: Maktabah al-Hidayah) 59.

<sup>11</sup>Muhammad Ajjaj al-Khathiby. *Ushul al-Hadits, Ulummuhu wa Mushthalahuhu* (Beirut: mathbaah dar al-fiqr, 1983), 287.

*nasakh mansukh* ini dimenangkan oleh ketentuan hukum yang terbaru yakni dengan masa iddah selama 4 bulan 10 hari.

وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَّعًا إِلَى الْحَوْلِ  
غَيْرِ إِخْرَاجٍ

“Dan orang-orang yang akan meninggal dunia di antara kamu dan meninggalkan isteri, hendaklah Berwasiat untuk isteri-isterinya, (yaitu) diberi nafkah hingga setahun lamanya dan tidak disuruh pindah (dari rumahnya)”.<sup>12</sup>

Ayat di atas QS. Al-Baqarah (2): 240 (*priori*) dikesampingkan oleh ayat QS. Al-Baqarah (2): 234 (*posteriori*) yaitu:

وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا<sup>ط</sup>

“Orang-orang yang meninggal dunia di antaramu dengan meninggalkan isteri-isteri (hendaklah Para isteri itu) menanggungkan dirinya (ber'iddah) empat bulan sepuluh hari”.<sup>13</sup>

Kalau dalam surat al-Baqarah ayat 240 tersebut, masa *iddah* yang ditentukan bagi seorang janda yang ditinggal mati oleh suaminya adalah setahun, namun dalam ayat 234 surat yang sama waktu tunggu yang ditetapkan adalah empat bulan sepuluh hari. Yang kemudian mempunyai kesimpulan *iddah* bagi wanita yang ditinggal mati suaminya yaitu 4 bulan 10 hari.

Dengan demikian, maka pasal 20 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie*) merupakan “*priori*” sedangkan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 disebut “*posterior*”. Sehingga jika kita berpedoman pada asas *lex posteriori derogate legi priori*, maka pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 ttg kekuasaan

<sup>12</sup>QS. Al-Baqarah (2): 240.

<sup>13</sup>QS. Al-Baqarah (2): 234.

kehakiman mengesampingkan pasal 20 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie*).

Akan tetapi di lain sisi, jika asas itu harus tetap diterapkan tanpa memungkinkan asas hukum tersebut dikesampingkan, bukankah akan terkesan adanya pertentangan-pertentangan dan tumpang tindih dalam peraturan hukum?

Jika tetap diberlakukan demikian, hal ini akan menggoyahkan sistem hukum kita yang seharusnya tercipta kesatuan utuh dari tatanan-tatanan yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang satu sama lain saling berhubungan dan berkaitan secara erat.

Dari sana, pertanyaan yang muncul, apakah asas hukum *lex posteriori derogate legi priori* memungkinkan adanya pengecualian atau dapat dikesampingkan?

Bahan yang telah diperoleh peneliti, asas *lex posteriori derogate legi priori* diklasifikasikan oleh Gert-Fredrik dan Sudikno Mertokumo kedalam klasifikasi asas hukum umum sehingga bersifat umum, artinya berlaku untuk semua bidang hukum tidak untuk permasalahan tertentu saja.

Oleh karena bersifat umum, maka asas hukum itu membuka kemungkinan penyimpangan-penyimpangan atau pengecualian-pengecualian seperti yang dikemukakan oleh Sudikno Mertokusumo bahwa sesuatu yang umum sifatnya selalu membuka kemungkinan penyimpangan-penyimpangan atau pengecualian-pengecualian. Karena penyimpangan-penyimpangan atau pengecualian-pengecualian itulah maka ketentuan umumnya mempunyai kedudukan yang kuat,

dibenarkan (*“de uitzonderingen bevestigen de regel”*). Dengan adanya kemungkinan atau pengecualian itu maka sistem hukumnya luwes, tidak kaku.

Dapatlah dibayangkan kalau tidak dimungkinkan adanya pengecualian atau penyimpangan maka sistem hukumnya akan kaku. Misalnya, ada asas yang berbunyi *“lex superior derogat legi inferiori”*, yang berarti bahwa peraturan hukum yang lebih tinggi akan melumpuhkan peraturan hukum yang lebih rendah, apabila terjadi konflik. Didalam PP no. 45 tahun 1990 ada ketentuan yang bertentangan dengan UU no. 1 tahun 1974, tetapi dalam praktek ternyata UU no. 1 tahun 1974 dikalahkan oleh PP no. 45 tahun 1990. Menurut asasnya maka undang-undanglah yang harus dimenangkan kalau terjadi konflik antara undang-undang dengan peraturan pemerintah. Disini kepastian hukum harus mengalah terhadap kepentingan yang lebih luhur. Tidak jarang terjadi konflik antara kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan. Kalau kita terlalu berpegangan pada kepastian hukum, maka keadilan dan kemanfaatannya dikorbankan. Kalau kita terlalu berpegang pada kemanfaatan, maka keadilan dan kepastian hukumnya dikorbankan dan begitu selanjutnya.

Oleh sebab itu, maka tumpang tindih peraturan dalam mengatur kewenangan hakim dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*) yaitu pada pasal 20 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie*) yang menyebutkan *“Hakim harus mengadili menurut undang-undang”* dan diatur pada pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Yang berbunyi: *”Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang”*.

Maka kekuatan asas *lex posteriori derogate legi priori* dalam menyelesaikan pertentangan pasal 20 A.B. dan pasal 4(1) UU No. 48 tahun 2009 yang semestinya menurut asas tersebut A.B. tidak digunakan lagi perlu disimpangi atau berlaku pengecualian untuk asas hukum tersebut. Sudikno Mertokusumo mengemukakan asas hukum *lex posteriori derogate legi priori* dalam menyelesaikan pertentangan undang-undang ini berlaku penyimpangan atau pengecualian. Sehingga pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 harus ditafsirkan saling mengisi dan saling melengkapi demi keutuhan sistem hukum. Dengan demikian, seorang hakim tidak boleh menolak suatu perkara dengan alasan tidak jelas atau ada dalam undang-undang. Oleh karena itu hakim tidak boleh menolak memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan sesuai pasal 10 (1) UU No. 48 tahun 2009 atau dalam pasal 22 A.B..

## **BAB IV**

### **PENUTUP**

Berdasarkan hasil penelitian dan analisis yang telah dilakukan terhadap rumusan masalah yang telah diutarakan pada bab terdahulu, pada bab ini dapat dikemukakan kesimpulan dan saran sebagai berikut:

#### **A. Kesimpulan**

1. Asas hukum merupakan dasar, pondasi, dan landasan dari terbentuknya suatu peraturan hukum. Kedudukan asas hukum itu dalam sistem hukum merupakan ketentuan prinsip dalam sistem hukum itu sendiri. Suatu sistem hukum diukur baik tidaknya dari keterkaitan dari setiap unsur, terutama dalam peraturan yang berlaku. Oleh karena bertujuan untuk menjaga keterkaitan dan kerjasama dalam peraturan itulah, asas hukum berfungsi sebagai pedoman untuk terciptanya peraturan menjadi sistematis. Seperti dengan adanya asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang akan berfungsi sebagai penuntun/ pedoman bagi terciptanya peraturan sebagai salah satu unsur sistem hukum agar menjadi peraturan yang baik.

2. Kekuatan asas *lex posteriori derogate legi priori* dalam menyelesaikan pertentangan pasal 20 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie*) yang menyebutkan “*Hakim harus mengadili menurut undang-undang*” dan pasal 4 (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Yang berbunyi: “*Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang*” berlaku penyimpangan atau pengecualian. Hal itu dikarenakan asas *lex posteriori derogate legi priori* tersebut bersifat umum sehingga memungkinkan adanya pengecualian-pengecualian. Oleh karena itu, pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 dimaknai menguatkan satu sama lain, saling mengisi dan saling melengkapi demi keutuhan sistem hukum.

### 3. Saran-Saran

Dari kesimpulan-kesimpulan diatas maka bisa ditarik beberapa saran yang mungkin nantinya bisa memberikan kontribusi terhadap kemajuan dalam bidang pembentukan peraturan perundang-undangan.

1. Seharusnya penegak hukum terutama pembentuk hukum harus memposisikan asas hukum sebagai dasar atau pondasi awal dari pembentukan peraturan perundang-undangan sehingga tidak terjadi tumpang tindih dalam peraturan perundang-undangan di kemudian. Sehingga tercipta harmonisasi sistem hukum dalam peraturan-peraturan yang saling mengisi dan melengkapi satu sama lain.
2. Perlu adanya pembenahan sistem hukum terutama dalam aturan perundang-undangan. Sehingga kekhawatiran merusak sistem hukum tidak

lagi dijadikan alasan yang akan berakibat pada ketidakkonsistensian penerapan asas hukum *lex posteriori derogate legi priori* dalam menyelesaikan pertentangan (antinomi) hukum.



## DAFTAR PUSTAKA

### A. Buku

Al-Qur'an al-Karim.

Alim, Muhammad . *Asas-Asas Negara Hukum Modern Dalam Islam; Kajian Komprehensif Islam dan Ketatanegaraan* ,Yogyakarta: LKiS Yogyakarta, 2010.

Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode penelitian Hukum*, Jakarta: PT RajaGrafindo

Arikunto, Suharsimi .*Prosedur Penelitian: Suatu Pendekatan Praktek* , Jakarta: Rieneka Cipta, 2002.

Arrasyid, Chainur. 2000, *Dasar-dasar Ilmu Hukum*. Jakarta : Sinar Grafika.

Algera, dkk, *Kamus Istilah Hukum Indonesia Belanda*,1983.

Ash-Shiddieqy, M. Hasbi, *Tafsir Al-Qur'anul Majid An-Nuur*, Jilid 1,Semarang: PT. Pustaka Rizki Putra, 2000.

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

Daliyo, J.B. *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 1996.

Daud Ali, Muhammad, *Hukum Islam* (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2007

Dimiyati, Khudzaifah ,*Teorisasi Hukum*, Cet. 2, Malang: Muhammadiyah University Press, 2004,

Duswara Mahmudin, Dudu. *Pengantar Ilmu Hukum; Sebuah Sketsa* , Bandung: Refika, 2003.

Ensiklopedi Hukum Islam; Jilid 4, Jakarta: PT. Ikhtiar Baru, 2000.

Ghofur, Abdul, *Filsafat Hukum*, Cet. 1, Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2006.

Goesnadhie, Kusnu , *Harmonisasi Hukum*, Cet. 1, Surabaya: JP. Books, 2006.

-----, Kusnu, *Harmonisasi Sistem Hukum* ,Malang: Nasa Media, 2010.

- Hadisoeparto, Hartono, *Pengantar Tata Hukum Indonesia; Edisi 4*. Yogyakarta: Liberty, 2001.
- Henry Campbell Black, *Black Law Dictionary*, 1991.
- Huijbers, Theo, *Filsafat Hukum*, Yogyakarta: Kanisius, 1995.
- Ibrahim, Johny. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif* , Malang: Bayumedia, Cet IV, 2008.
- Indonesia*, Cet I, Bandung: PT. Alumni, 2008.
- Ishaq, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika, 2008.
- Johan Nasution, Bahder, *Metode Penelitian Hukum*, Bandung: CV Mandar Maju, 2008.
- Kamus Besar Bahasa Indonesia.
- Kusumaatmadja, Mochtar, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Bandung: Alumni, 2002.
- M. Quraish Shihab, *Tafsir Al-Misbah, Jilid I*, Jakarta: Lentera Hati, 2009.
- Mahmud Marzuki, Peter. *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010.
- Manan, Bagir. *Hukum Positif Indonesia*, Yogyakarta, 2004.
- Mas, Marwan, *Pengantar Ilmu Hukum, Cet I*, Bogor: Penerbit Ghalia Indonesia, 2011.
- Mertokusumo, Soedikno, *Penemuan Hukum sebuah Pengantar*, Jogjakarta: Liberty, 2009.
- , Soedikno, *Mengenal Hukum*, Jogjakarta: Liberty, 2009.
- , Sudikno dan A. Pitlo, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993.
- Moerad, B.M, Pontang, *Pembentukan Hukum Melalui putusan Pengadilan dalam Perkara Pidana* ,Bandung : Alumni, 2005.
- Muhammad Ajjaj al-Khathiby, *Ushul al-Hadits, Ulummuhu wa Mushthalahu* (Beirut: Maktabah Dar Al-Fiqr, 1983.
- Muhammad, Abdulkadir, *Hukum dan Penelitian Hukum*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004.

- Musthafa Al-Maraghi, Ahmad. *Tafsir Al-Maraghi*; Juz 2, Semarang: CV. Toha Putra, 1986.
- Narbukoi, Kholid dan Abu Achmadi, *Metodelogi Penelitian; memberikan Bekal Teoritis Pada Mahasiswa Tentang Metode Penelitian Serta diharapkan Dapat Melaksanakan Penelitian Dengan Langkah-Langkah Benar*, Cet. 9; Jakarta: Bumi Aksara, 2008.
- Notohamidjojo, *Soal-Soal Pokok Filsafat Hukum*, BPK, Jakarta: Gunung Mulia, 1975.
- Pantja Astawa, I Gde dan Suprin Na'a, *Dinamika Hukum Dan Ilmu Perundang-Undangan Di Persada*, 2008.
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000.
- , Satjipto. *HUKUM PROGRESIF (Sebuah Sintesa Hukum di Indonesia)*. Yogyakarta: Genta Publishing, 2009.
- Ranggawidjaja, Rosjidi, *Pengantar Ilmu Perundang-undangan Indonesia*, Bandung: CV. Mandar Maju, 1998.
- Rasyidi, Lili dan Ira Thania Rasyidi, *Dasar-Dasar Filsafat Dan Teori Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004.
- Rifa'i, Ahmad, *Penemuan Hukum oleh Hakim: dalam Perspektif Hukum Progresif; Cetakan Kedua*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011.
- Sanusi, Ahmad. *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Bandung: Penerbit Tarsito, 1984.
- Sidharta, Arief. *Refleksi Tentang Hukum*, Bandung: Citra Adytya Bakti, 1999.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.
- , Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: PT. Grafindo Persada, 2007.
- , Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: PT. Grafindo Persada, 2007.
- Sunggono, Bambang, *Metodologi Penelitian Hukum*, cet. III, Jakarta: PT Grafindo Persada, 2001.
- Suparto, Demi *Keadilan dan Kemanusiaan, Beberapa Cabang Filsafat Hukum*, BPK, Jakarta: Gunung Mulia, 1975.
- Sutiyoso, Bambang, *Metode Penemuan Hukum*, Cet 2, Yogyakarta: UII Press, 2007.

Syarif, Amiroeddin. *Perundang-Undangan, Dasar, Jenis dan Teknik Membuatnya*, Jakarta: Penerbit Bina Aksara, 1987.

Syarifuddin, Amir. *Ushul Fiqh, Jilid I*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008.

Thannan, Mahmud. *Taisir Mushthalah al-Hadits*, Surabaya: Maktabah al-Hidayah.,1983.

Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Jakarta: Ichtiar, 1983.

W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 2005.

Yuliandri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Yang Baik*. Jakarta: PT RajaGrafindo, 2011.

Z. Loude, John. *Menemukan Hukum Melalui Tafsir dan Fakta*, Jakarta: Bina Aksara, 1985.

Zainal Abidin, Andi . *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Bandung: Alumni,1984.

## **B. Peraturan Perundang-Undangan**

Undang-Undang Dasar 1945

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

Algemene Bepalingen Van Wetgeving Voor Indonesie (A.B.)

## PERATURAN UMUM MENGENAI PERUNDANG-UNDANGAN UNTUK INDONESIA

(*Algemene Bepalingen van wetgeving voor Indonesie*; disingkat AB).

S. 1847-23, diumumkan secara resmi pada tanggal 30 April 1847.

Pasal 1. Ketentuan-ketentuan yang ditetapkan oleh Raja atau oleh Gouverneur Generaal atas namanya, berlaku sebagai undang-undang di Indonesia, setelah diumumkan dalam bentuk yang ditetapkan dalam peraturan tentang kebijaksanaan Pemerintah. (ISR. 95; ISR ini kemudian diganti dg. IS.)

2. Undang-undang hanya berlaku untuk waktu kemudian dan tidak berlaku surut. (Ov. 1, 54 dst.; KUHPerd. 755, 1993; KUHP 1.)

3. (*s.d.u. dg. S. 1915-299 jo. 642.*) Sepanjang undang-undang tidak menentukan sebaliknya, hukum perdata dan hukum dagang berlaku sama baik untuk orang asing maupun untuk kaulanegara Belanda. (KUHPerd. 83, 945; Rv. 100, 128,580-10,761,872.)

4. Yang dimaksud dengan penduduk Indonesia oleh undang-undang ialah semua orang berkebangsaan Belanda yang bertempat tinggal di Indonesia; selanjutnya semua penduduk asli dan Indische Archipel sepanjang mereka termasuk berkebangsaan Indonesia dan akhirnya semua orang, tidak tergantung dan kebangsaan dari negeri asal mereka, yang dengan izin Pemerintah bertempat tinggal di Indonesia. (AB. 5 dst.; ISR. 160.)

Tentang cara untuk mendapatkan izin bertempat tinggal di Indonesia, begitu pula bagi orang yang berkebangsaan Belanda, diatur dengan ketentuan khusus untuk itu. (ISR. 160; S. 1916-47.)

5. (*s.d.u. dg. S. 1915-299 jo. 642.*) Orang-orang asing ialah mereka yang tidak termasuk sebagai kaulanegara Belanda. (AB. 4; ISR. 161; S. 1872-11; S. 1910-296.)

6, 7, 8. Dianggap telah dihapuskan sehubungan dengan telah adanya pasal ISR. 163 jo. 160, begitu juga dengan adanya pasal-pasal AB 11 dan 12 dan ISR. 131.

9. Telah dicabut dengan S. 1915-299 jo. 642.

10. Dianggap telah dihapuskan sehubungan dengan telah adanya pasal ISR. 163 jo. 160, begitu juga dengan adanya pasal-pasal AB 11 dan 12 dan ISR. 131.

11, 12. Dianggap telah dihapuskan karena telah ada pasal ISR. 131. (Ov. 4; S. 1832-29.)

13. Telah dicabut dengan S. 1917-12.

14. Telah dicabut dengan S. 1920-69.

15. Dengan pengecualian mengenai ketentuan-ketentuan yang ditetapkan bagi orang-orang yang berkebangsaan Indonesia dan orang-orang yang disamakan dengan itu, adat-kebiasaan tidak merupakan hukum, kecuali apabila undang-undang menyatakan hal itu. (KUHPerd. 395, 615, 642, 655, 665, 686, 691, 741, 745, 766, 769dst., 772, 1155, 1211, 1339, 1346dst., 1511, 1571, 1578, 1582dst., 1585-1587, 1599; KUHD 60, 644, 754; Rv. 470 dst.)

16. (*s.d.u. dg. S. 1915-299 jo. 642.*)♦ Ketentuan-ketentuan dalam undang-undang mengenai status dan wewenang seseorang tetap berlaku bagi kaulanegara Belanda, apabila ia berada di luar negeri. Akan tetapi apabila ia menetap di Negeri Belanda atau di salah satu daerah koloni Belanda, selama ia mempunyai tempat tinggal di situ, berlakulah mengenai bagian tersebut dan hukum perdata yang berlaku di sana. (KUHPerd. 83.)

17. Terhadap barang-barang yang tidak-bergerak berlakulah undang-undang dari negeri atau tempat di mana barang-barang itu berada. (AB. 18.)

18. Bentuk tiap tindakan hukum akan diputus oleh pengadilan menurut perundang-undangan dari negeri atau tempat, di mana tindakan hukum itu dilakukan. (KUHPerd. 83, 945; KUHD 517c, 533c.).

Untuk menerapkan pasal ini dan pasal di muka, harus diperhatikan perbedaan yang diadakan oleh perundang-undangan antara orang-orang Eropa dan orang-orang Indonesia.

19. Semua akte otentik yang dibuat di hadapan Pejabat-pejabat Umum dari golongan kebangsaan Eropa, untuk kepentingan atau atas permintaan siapa saja, mengenai bentuknya berlakulah ketentuan-ketentuan dalam perundang-undangan yang ditetapkan oleh Pemerintah Belanda. (KUHPerd. 1868; IR. 165.)

20. Hakim harus memutus perkara berdasarkan undang-undang.

Kecuali yang ditentukan dalam pasal 11, hakim sama sekali tidak diperkenankan menilai isi dan keadilan dari undang-undang itu.

21. Hakim tidak diperkenankan, berdasarkan verordening umum, disposisi atau reglemen, memutus perkara yang tergantung pada putusannya.

22. Hakim yang menolak untuk mengadakan keputusan terhadap perkara, dengan dalih undang-undang tidak mengaturnya, terdapat kegelapan atau ketidaklengkapan dalam undang-undang, dapat dituntut karena menolak mengadili perkara. (Rv. 859 dst.)

22a. (s.d.t. dg. S. 1918-234.) Kekuasaan hukum dari hakim, pelaksanaan dari keputusannya dan akte-akte otentik, dibatasi dengan pengecualian-pengecualian yang diakui sebagai hukum kemasyarakatan. (RO. 199.)

23. Undang-undang yang ada sangkut-pautnya dengan ketertiban umum atau tata-susila yang baik, tidak dapat dihilangkan kekuatan hukumnya dengan tindakan atau persetujuan. (ISR. 136; KUHPerd. 58, 119, 132, 139-143, 149, 283, 329, 879, 888, 891, 953, 1018, 1043, 1063, 1066, 1120, 1154, 1178, 1254, 1334 dst., 1337, 1494, 1635, 1653, 1853, 1947; Rv. 616.)

24. (Dianggap sebagai tidak tertulis, karena sudah tidak sesuai lagi dengan keadaan sekarang).

25. Ketentuan-ketentuan pidana terhadap kejahatan dan pelanggaran, begitu juga pelanggaran terhadap peraturan polisi, berlaku untuk semua orang yang berada di Indonesia. (AB. 32 dst.)

Dalam menerapkan pasal ini perlu diperhatikan perbedaan yang diadakan oleh undang-undang antara orang-orang berkebangsaan Eropa dan Indonesia.

Untuk yang disebut belakangan ini akan dijatuhi hukuman berdasarkan undang-undang Indonesia, apabila tidak mengenai kejahatan atau pelanggaran, mengenai hal mana diberlakukan ketentuan-ketentuan pidana bagi golongan kebangsaan Eropa.

26. Tidak seorang pun dapat dikenakan pidana atau dijatuhi keputusan oleh pengadilan untuk itu, kecuali dengan cara dan dalam hal-hal yang ditentukan dengan undang-undang. (ISR. 143; AB. 36; Sv. 370; IR. 294; KUHP 1.)

27. Yang berhak mengadakan tuntutan pidana hanyalah pegawai-pegawai yang menurut ketentuan-ketentuan dalam undang-undang diberikan wewenang untuk melakukan tugas itu. (Sv. 2; IR. I dst.)

28. Kecuali dalam hal-hal yang ditentukan dalam undang-undang, mengenai pembayaran ganti-rugi yang diakibatkan oleh suatu kejahatan hanya dapat diajukan tuntutan perdata secara khusus. (KUHPerd. 1365, 1370dst., 1853; Sv. 16 174-5,354.)

29. Selama dalam proses tuntutan pidana, ditundalah tuntutan perdata mengenai ganti-rugi yang sedang ditangani oleh hakim perdata, dengan tidak mengurangi cara-cara pencegahan yang diperkenankan oleh undang-undang. (KUHPerd. 1370 dst., 1918 dst.; Rv. 165 dst.; Sv. 354, 409.)

30. Tuntutan pidana tidak dapat dihentikan atau ditunda dengan mengingat adanya gugatan perdata, kecuali dalam hal-hal yang ditentukan dalam undang-undang. (KUHPerd. 268, 1378, 1853; KUHP 280, 284, 332; Sv. 409.)

31-33a, 34, termasuk ketentuan-ketentuan seperti yang dimaksudkan dalam pasal 3 ayat (1) sub c dan Inv. Sw. (S. 1917-497.) dan karenanya dihapuskan.

Hal-hal yang diatur dalam pasal-pasal tersebut, dapat ditemukan berturut-turut dalam KUHP pasal-pasal 77, 78; KUHP 3-9 dan KUHP 76.

35. Tidak seorang pun dapat ditahan kecuali atas perintah yang berwenang atas dasar ketentuan dalam undang-undang hukum acara pidana, berdasarkan dan dengan cara seperti diuraikan dalam undang-undang tersebut. (ISR. 141;AB 36.)

36. Dianggap sebagai tidak tertulis, karena sudah tidak sesuai lagi dengan keadaan dewasa ini.

37. Dianggap sebagai tidak tertulis, karena sudah tidak sesuai lagi dengan keadaan dewasa ini.

UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA  
NOMOR 48 TAHUN 2009  
TENTANG  
KEKUASAAN KEHAKIMAN

DENGAN RAHMAT TUHAN YANG MAHA ESA  
PRESIDEN REPUBLIK INDONESIA,

- Menimbang : a. bahwa kekuasaan kehakiman menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan kekuasaan yang merdeka yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi, untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan;
- b. bahwa untuk mewujudkan kekuasaan kehakiman yang merdeka dan peradilan yang bersih serta berwibawa perlu dilakukan penataan sistem peradilan yang terpadu;
- c. bahwa Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman tidak sesuai lagi dengan perkembangan kebutuhan hukum dan ketatanegaraan menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- d. bahwa berdasarkan pertimbangan sebagaimana dimaksud dalam huruf a, huruf b, dan huruf c perlu membentuk Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman;
- Mengingat : Pasal 20, Pasal 21, Pasal 24, Pasal 24A, Pasal 24B, Pasal 24C dan Pasal 25 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Dengan . . .

- 2 -

Dengan Persetujuan Bersama  
DEWAN PERWAKILAN RAKYAT REPUBLIK INDONESIA  
dan  
PRESIDEN REPUBLIK INDONESIA

MEMUTUSKAN:

Menetapkan : UNDANG-UNDANG TENTANG KEKUASAAN KEHAKIMAN.

BAB I  
KETENTUAN UMUM

Pasal 1

Dalam Undang-Undang ini yang dimaksud dengan:

1. 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.
2. Mahkamah Agung adalah pelaku kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
3. Mahkamah Konstitusi adalah pelaku kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
4. Komisi Yudisial adalah lembaga negara sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
5. Hakim adalah hakim pada Mahkamah Agung dan hakim pada badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan hakim pada pengadilan khusus yang berada dalam lingkungan peradilan tersebut.

6. Hakim . . .

- 3 -

6. Hakim Agung adalah hakim pada Mahkamah Agung.
7. Hakim Konstitusi adalah hakim pada Mahkamah Konstitusi.
8. Pengadilan Khusus adalah pengadilan yang mempunyai kewenangan untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara tertentu yang hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung yang diatur dalam undang-undang.
9. Hakim *ad hoc* adalah hakim yang bersifat sementara yang memiliki keahlian dan pengalaman di bidang tertentu untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang pengangkatannya diatur dalam undang-undang.

## BAB II

### ASAS PENYELENGGARAAN KEKUASAAN KEHAKIMAN

#### Pasal 2

- (1) Peradilan dilakukan "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA".
- (2) Peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.
- (3) Semua peradilan di seluruh wilayah negara Republik Indonesia adalah peradilan negara yang diatur dengan undang-undang.
- (4) Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan.

#### Pasal 3

- (1) Dalam menjalankan tugas dan fungsinya, hakim dan hakim konstitusi wajib menjaga kemandirian peradilan.
- (2) Segala campur tangan dalam urusan peradilan oleh pihak lain di luar kekuasaan kehakiman dilarang, kecuali dalam hal-hal sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- (3) Setiap orang yang dengan sengaja melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dipidana sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pasal 4 . . .

- 4 -

#### Pasal 4

- (1) Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang.
- (2) Pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan.

#### Pasal 5

- (1) Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.
- (2) Hakim dan hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, jujur, adil, profesional, dan berpengalaman di bidang hukum.
- (3) Hakim dan hakim konstitusi wajib menaati Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim.

#### Pasal 6

- (1) Tidak seorang pun dapat dihadapkan di depan pengadilan, kecuali undang-undang menentukan lain.
- (2) Tidak seorang pun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan karena alat pembuktian yang sah menurut undang-undang, mendapat keyakinan bahwa seseorang yang dianggap dapat bertanggung jawab, telah bersalah atas perbuatan yang didakwakan atas dirinya.

#### Pasal 7

Tidak seorang pun dapat dikenakan penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan, kecuali atas perintah tertulis dari kekuasaan yang sah dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang.

#### Pasal 8

- (1) Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut, atau dihadapkan di depan pengadilan wajib dianggap tidak bersalah sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan telah memperoleh kekuatan hukum tetap.

(2) Dalam . . .

- 5 -

- (2) Dalam mempertimbangkan berat ringannya pidana, hakim wajib memperhatikan pula sifat yang baik dan jahat dari terdakwa.

#### Pasal 9

- (1) Setiap orang yang ditangkap, ditahan, dituntut, atau diadili tanpa alasan berdasarkan undang-undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkannya, berhak menuntut ganti kerugian dan rehabilitasi.
- (2) Pejabat yang dengan sengaja melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dipidana sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (3) Ketentuan mengenai tata cara penuntutan ganti kerugian, rehabilitasi, dan pembebanan ganti kerugian diatur dalam undang-undang.

#### Pasal 10

- (1) 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.
- (2) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak menutup usaha penyelesaian perkara perdata secara perdamaian.

#### Pasal 11

- (1) Pengadilan memeriksa, mengadili, dan memutus perkara dengan susunan majelis sekurang-kurangnya 3 (tiga) orang hakim, kecuali undang-undang menentukan lain.
- (2) Susunan hakim sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri dari seorang hakim ketua dan dua orang hakim anggota.
- (3) Hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara dibantu oleh seorang panitera atau seorang yang ditugaskan melakukan pekerjaan panitera.
- (4) Dalam perkara pidana wajib hadir pula seorang penuntut umum, kecuali undang-undang menentukan lain.

Pasal 12 . . .

- 6 -

#### Pasal 12

- (1) Pengadilan memeriksa, mengadili, dan memutus perkara pidana dengan kehadiran terdakwa, kecuali undang-undang menentukan lain.
- (2) Dalam hal terdakwa tidak hadir, sedangkan pemeriksaan dinyatakan telah selesai, putusan dapat diucapkan tanpa dihadiri terdakwa.

#### Pasal 13

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

#### Pasal 14

- (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 diperiksa dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari putusan.
- (3) Dalam hal sidang permusyawaratan tidak dapat dicapai mufakat bulat, pendapat hakim yang berbeda wajib dimuat dalam putusan.
- (4) Ketentuan lebih lanjut mengenai sidang permusyawaratan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dan ayat (3) diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung.

#### Pasal 15

Pengadilan wajib saling memberi bantuan yang diminta untuk kepentingan peradilan.

Pasal 16 . . .

- 7 -

#### Pasal 16

Tindak pidana yang dilakukan bersama-sama oleh mereka yang termasuk lingkungan peradilan umum dan lingkungan peradilan militer, diperiksa dan diadili oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan umum, kecuali dalam keadaan tertentu menurut keputusan Ketua Mahkamah Agung perkara itu harus diperiksa dan diadili oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan militer.

#### Pasal 17

- (1) Pihak yang diadili mempunyai hak ingkar terhadap hakim yang mengadili perkaranya.
- (2) Hak ingkar sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah hak seseorang yang diadili untuk mengajukan keberatan yang disertai dengan alasan terhadap seorang hakim yang mengadili perkaranya.
- (3) Seorang hakim wajib mengundurkan diri dari persidangan apabila terikat hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai derajat ketiga, atau hubungan suami atau istri meskipun telah bercerai, dengan ketua, salah seorang hakim anggota, jaksa, advokat, atau panitera.
- (4) Ketua majelis, hakim anggota, jaksa, atau panitera wajib mengundurkan diri dari persidangan apabila terikat hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai derajat ketiga, atau hubungan suami atau istri meskipun telah bercerai dengan pihak yang diadili atau advokat.
- (5) Seorang hakim atau panitera wajib mengundurkan diri dari persidangan apabila ia mempunyai kepentingan langsung atau tidak langsung dengan perkara yang sedang diperiksa, baik atas kehendaknya sendiri maupun atas permintaan pihak yang berperkara.
- (6) Dalam hal terjadi pelanggaran terhadap ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (5), putusan dinyatakan tidak sah dan terhadap hakim atau panitera yang bersangkutan dikenakan sanksi administratif atau dipidana sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (7) Perkara sebagaimana dimaksud pada ayat (5) dan ayat (6) diperiksa kembali dengan susunan majelis hakim yang berbeda.

- 8 -

### BAB III

## PELAKU KEKUASAAN KEHAKIMAN

### Bagian Kesatu Umum

#### Pasal 18

Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

#### Pasal 19

Hakim dan hakim konstitusi adalah pejabat negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang diatur dalam undang-undang.

### Bagian Kedua

## Mahkamah Agung dan Badan Peradilan di Bawahnya

#### Pasal 20

- (1) Mahkamah Agung merupakan pengadilan negara tertinggi dari badan peradilan yang berada di dalam keempat lingkungan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18.
- (2) Mahkamah Agung berwenang:
  - a. mengadili pada tingkat kasasi terhadap putusan yang diberikan pada tingkat terakhir oleh pengadilan di semua lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung, kecuali undang-undang menentukan lain;
  - b. menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang; dan
  - c. kewenangan lainnya yang diberikan undang-undang.
- (3) Putusan mengenai tidak sahnya peraturan perundang-undangan sebagai hasil pengujian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf b dapat diambil baik berhubungan dengan pemeriksaan pada tingkat kasasi maupun berdasarkan permohonan langsung pada Mahkamah Agung.

Pasal 21 . . .

- 9 -

#### Pasal 21

- (1) Organisasi, administrasi, dan finansial Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung.
- (2) Ketentuan mengenai organisasi, administrasi, dan finansial badan peradilan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) untuk masing-masing lingkungan peradilan diatur dalam undang-undang sesuai dengan kekhususan lingkungan peradilan masing-masing.

#### Pasal 22

- (1) Mahkamah Agung dapat memberi keterangan, pertimbangan, dan nasihat masalah hukum kepada lembaga negara dan lembaga pemerintahan.
- (2) Ketentuan mengenai pemberian keterangan, pertimbangan, dan nasihat masalah hukum kepada lembaga negara dan lembaga pemerintahan diatur dalam undang-undang.

#### Pasal 23

Putusan pengadilan dalam tingkat banding dapat dimintakan kasasi kepada Mahkamah Agung oleh pihak-pihak yang bersangkutan, kecuali undang-undang menentukan lain.

#### Pasal 24

- (1) Terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, pihak-pihak yang bersangkutan dapat mengajukan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung, apabila terdapat hal atau keadaan tertentu yang ditentukan dalam undang-undang.
- (2) Terhadap putusan peninjauan kembali tidak dapat dilakukan peninjauan kembali.

#### Pasal 25

- (1) Badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung meliputi badan peradilan dalam lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer, dan peradilan tata usaha negara.

(2) Peradilan . . .

- 10 -

- (2) Peradilan umum sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara pidana dan perdata sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (3) Peradilan agama sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berwenang memeriksa, mengadili, memutus, dan menyelesaikan perkara antara orang-orang yang beragama Islam sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (4) Peradilan militer sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara tindak pidana militer sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (5) Peradilan tata usaha negara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berwenang memeriksa, mengadili, memutus, dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

#### Pasal 26

- (1) Putusan pengadilan tingkat pertama dapat dimintakan banding kepada pengadilan tinggi oleh pihak-pihak yang bersangkutan, kecuali undang-undang menentukan lain.
- (2) Putusan pengadilan tingkat pertama, yang tidak merupakan pembebasan dari dakwaan atau putusan lepas dari segala tuntutan hukum, dapat dimintakan banding kepada pengadilan tinggi oleh pihak-pihak yang bersangkutan, kecuali undang-undang menentukan lain

#### Pasal 27

- (1) Pengadilan khusus hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25.
- (2) Ketentuan mengenai pembentukan pengadilan khusus sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dalam undang-undang.

Pasal 28 . . .

- 11 -

#### Pasal 28

Susunan, kekuasaan, dan hukum acara Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 diatur dalam undang-undang.

#### Bagian Ketiga Mahkamah Konstitusi

#### Pasal 29

- (1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:
  - a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
  - b. memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
  - c. memutus pembubaran partai politik;
  - d. memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum; dan
  - e. kewenangan lain yang diberikan oleh undang-undang.
- (2) Selain kewenangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.
- (3) Susunan, kekuasaan dan hukum acara Mahkamah Konstitusi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan undang-undang.
- (4) Organisasi, administrasi, dan finansial Mahkamah Konstitusi berada di bawah kekuasaan dan kewenangan Mahkamah Konstitusi.

- 12 -

#### BAB IV

### PENGANGKATAN DAN PEMBERHENTIAN HAKIM DAN HAKIM KONSTITUSI

#### Bagian Kesatu

#### Pengangkatan Hakim dan Hakim Konstitusi

##### Pasal 30

- (1) Pengangkatan hakim agung berasal dari hakim karier dan nonkarier.
- (2) Pengangkatan hakim agung sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dipilih oleh Dewan Perwakilan Rakyat dari nama calon yang diusulkan oleh Komisi Yudisial.
- (3) Ketentuan mengenai syarat dan tata cara pengangkatan hakim agung sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) diatur dalam undang-undang.

##### Pasal 31

- (1) Hakim pengadilan di bawah Mahkamah Agung merupakan pejabat negara yang melaksanakan kekuasaan kehakiman yang berada pada badan peradilan di bawah Mahkamah Agung.
- (2) Hakim sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak dapat merangkap jabatan, kecuali undang-undang menentukan lain.

##### Pasal 32

- (1) Hakim *ad hoc* dapat diangkat pada pengadilan khusus untuk memeriksa, mengadili, dan memutus perkara yang membutuhkan keahlian dan pengalaman di bidang tertentu dalam jangka waktu tertentu.
- (2) Ketentuan mengenai syarat dan tata cara pengangkatan dan pemberhentian hakim *ad hoc* sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dalam undang-undang.

##### Pasal 33

Untuk dapat diangkat sebagai hakim konstitusi, seseorang harus memenuhi syarat sebagai berikut:

a. memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela;

b. adil; . . .

- 13 -

- b. adil; dan
- c. negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan.

#### Pasal 34

- (1) Hakim konstitusi diajukan masing-masing 3 (tiga) orang oleh Mahkamah Agung, 3 (tiga) orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan 3 (tiga) orang oleh Presiden.
- (2) Pencalonan hakim konstitusi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilaksanakan secara transparan dan partisipatif.
- (3) Pemilihan hakim konstitusi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilaksanakan secara objektif dan akuntabel.

#### Pasal 35

Ketentuan mengenai syarat dan tata cara pengangkatan Hakim Konstitusi diatur dengan undang-undang.

#### Bagian Kedua

#### Pemberhentian Hakim dan Hakim Konstitusi

#### Pasal 36

Hakim dan hakim konsitusi dapat diberhentikan apabila telah memenuhi syarat-syarat yang ditentukan dalam undang-undang.

#### Pasal 37

Ketentuan mengenai tata cara pemberhentian hakim dan hakim konsitusi diatur dalam undang-undang.

### BAB V

#### BADAN-BADAN LAIN YANG FUNGSINYA BERKAITAN DENGAN KEKUASAAN KEHAKIMAN

#### Pasal 38

- (1) Selain Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya serta Mahkamah Konstitusi, terdapat badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman.

(2) Fungsi . . .

- 14 -

- (2) Fungsi yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi:
  - a. penyelidikan dan penyidikan;
  - b. penuntutan;
  - c. pelaksanaan putusan;
  - d. pemberian jasa hukum; dan
  - e. penyelesaian sengketa di luar pengadilan.
- (3) Ketentuan mengenai badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.

## BAB VI

### PENGAWASAN HAKIM DAN HAKIM KONSTITUSI

#### Pasal 39

- (1) Pengawasan tertinggi terhadap penyelenggaraan peradilan pada semua badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung dalam menyelenggarakan kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung.
- (2) Selain pengawasan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Mahkamah Agung melakukan pengawasan tertinggi terhadap pelaksanaan tugas administrasi dan keuangan.
- (3) Pengawasan internal atas tingkah laku hakim dilakukan oleh Mahkamah Agung.
- (4) Pengawasan dan kewenangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) tidak boleh mengurangi kebebasan Hakim dalam memeriksa dan memutus perkara.

#### Pasal 40

- (1) Dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim dilakukan pengawasan eksternal oleh Komisi Yudisial.
- (2) Dalam melakukan pengawasan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Komisi Yudisial mempunyai tugas melakukan pengawasan terhadap perilaku hakim berdasarkan Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim.

Pasal 41 . . .

- 15 -

#### Pasal 41

- (1) Dalam melaksanakan pengawasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 39 dan Pasal 40, Komisi Yudisial dan/atau Mahkamah Agung wajib:
  - a. menaati norma dan peraturan perundang-undangan;
  - b. berpedoman pada Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim; dan
  - c. menjaga kerahasiaan keterangan atau informasi yang diperoleh.
- (2) Pelaksanaan tugas sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak boleh mengurangi kebebasan hakim dalam memeriksa dan memutus perkara.
- (3) Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b ditetapkan oleh Komisi Yudisial dan Mahkamah Agung.
- (4) Ketentuan mengenai pengawasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 39 dan Pasal 40 diatur dalam undang-undang.

#### Pasal 42

Dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim, Komisi Yudisial dapat menganalisis putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap sebagai dasar rekomendasi untuk melakukan mutasi hakim.

#### Pasal 43

Hakim yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim diperiksa oleh Mahkamah Agung dan/atau Komisi Yudisial.

#### Pasal 44

- (1) Pengawasan hakim konstitusi dilakukan oleh Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.
- (2) Pengawasan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan undang-undang.

- 16 -

BAB VII  
PEJABAT PERADILAN

Pasal 45

Selain hakim, pada Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya dapat diangkat panitera, sekretaris, dan/atau juru sita.

Pasal 46

Panitera tidak boleh merangkap menjadi:

- a. hakim;
- b. wali;
- c. pengampu;
- d. advokat; dan/atau
- e. pejabat peradilan yang lain.

Pasal 47

Ketentuan mengenai pengangkatan dan pemberhentian panitera, sekretaris, dan juru sita serta tugas dan fungsinya diatur dalam undang-undang.

BAB VIII  
JAMINAN KEAMANAN DAN KESEJAHTERAAN HAKIM

Pasal 48

- (1) Negara memberikan jaminan keamanan dan kesejahteraan hakim dan hakim konstitusi dalam menjalankan tugas dan tanggung jawab penyelenggaraan kekuasaan kehakiman.
- (2) Jaminan keamanan dan kesejahteraan hakim dan hakim konstitusi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pasal 49 . . .

- 17 -

Pasal 49

- (1) Hakim *ad hoc* dalam menjalankan tugas dan tanggung jawab penyelenggaraan kekuasaan kehakiman diberikan tunjangan khusus.
- (2) Tunjangan khusus sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

BAB IX  
PUTUSAN PENGADILAN

Pasal 50

- (1) 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.
- (2) Tiap putusan pengadilan harus ditandatangani oleh ketua serta hakim yang memutus dan panitera yang ikut serta bersidang.

Pasal 51

Penetapan, ikhtisar rapat permusyawaratan, dan berita acara pemeriksaan sidang ditandatangani oleh ketua majelis hakim dan panitera sidang.

Pasal 52

- (1) Pengadilan wajib memberikan akses kepada masyarakat untuk memperoleh informasi yang berkaitan dengan putusan dan biaya perkara dalam proses persidangan.
- (2) Pengadilan wajib menyampaikan salinan putusan kepada para pihak dalam jangka waktu yang ditentukan berdasarkan peraturan perundang-undangan.
- (3) Dalam perkara pidana, putusan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (2) disampaikan kepada instansi yang terkait dengan pelaksanaan putusan.

Pasal 53 . . .

- 18 -

Pasal 53

- (1) Dalam memeriksa dan memutus perkara, hakim bertanggung jawab atas penetapan dan putusan yang dibuatnya.
- (2) Penetapan dan putusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus memuat pertimbangan hukum hakim yang didasarkan pada alasan dan dasar hukum yang tepat dan benar.

BAB X

PELAKSANAAN PUTUSAN PENGADILAN

Pasal 54

- (1) Pelaksanaan putusan pengadilan dalam perkara pidana dilakukan oleh jaksa.
- (2) Pelaksanaan putusan pengadilan dalam perkara perdata dilakukan oleh panitera dan juru sita dipimpin oleh ketua pengadilan.
- (3) Putusan pengadilan dilaksanakan dengan memperhatikan nilai kemanusiaan dan keadilan.

Pasal 55

- (1) Ketua pengadilan wajib mengawasi pelaksanaan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap.
- (2) Pengawasan pelaksanaan putusan pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

BAB XI

BANTUAN HUKUM

Pasal 56

- (1) Setiap orang yang tersangkut perkara berhak memperoleh bantuan hukum.

(2) Negara . . .

- 19 -

- (2) Negara menanggung biaya perkara bagi pencari keadilan yang tidak mampu.

#### Pasal 57

- (1) Pada setiap pengadilan negeri dibentuk pos bantuan hukum kepada pencari keadilan yang tidak mampu dalam memperoleh bantuan hukum.
- (2) Bantuan hukum sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diberikan secara cuma-cuma pada semua tingkat peradilan sampai putusan terhadap perkara tersebut telah memperoleh kekuatan hukum tetap.
- (3) Bantuan hukum dan pos bantuan hukum sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

### BAB XII

#### PENYELESAIAN SENGKETA DI LUAR PENGADILAN

#### Pasal 58

Upaya penyelesaian sengketa perdata dapat dilakukan di luar pengadilan negara melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa.

#### Pasal 59

- (1) Arbitrase merupakan cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.
- (2) Putusan arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak.
- (3) Dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah ketua pengadilan negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa.

Pasal 60 . . .

- 20 -

#### Pasal 60

- (1) Alternatif penyelesaian sengketa merupakan lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.
- (2) Penyelesaian sengketa melalui alternatif penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hasilnya dituangkan dalam kesepakatan tertulis.
- (3) Kesepakatan secara tertulis sebagaimana dimaksud pada ayat (2) bersifat final dan mengikat para pihak untuk dilaksanakan dengan itikad baik.

#### Pasal 61

Ketentuan mengenai arbitrase dan penyelesaian sengketa di luar pengadilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 58, Pasal 59, dan Pasal 60 diatur dalam undang-undang.

### BAB XIII

#### KETENTUAN PENUTUP

#### Pasal 62

Pada saat Undang-Undang ini berlaku, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 8, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4358) dicabut dan dinyatakan tidak berlaku.

#### Pasal 63

Pada saat Undang-Undang ini mulai berlaku, semua ketentuan yang merupakan peraturan pelaksanaan yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang ini.

#### Pasal 64

Undang-Undang ini mulai berlaku pada tanggal diundangkan.

Agar . . .

- 21 -

Agar setiap orang mengetahuinya, memerintahkan pengundangan Undang-Undang ini dengan penempatannya dalam Lembaran Negara Republik Indonesia.

Disahkan di Jakarta  
pada tanggal 29 Oktober 2009

PRESIDEN REPUBLIK INDONESIA,

ttd.

DR. H. SUSILO BAMBANG YUDHOYONO

Diundangkan di Jakarta  
pada tanggal 29 Oktober 2009

MENTERI HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA  
REPUBLIK INDONESIA,

ttd.

PATRIALIS AKBAR

LEMBARAN NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 2009 NOMOR 157

PENJELASAN  
ATAS  
UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA  
NOMOR 48 TAHUN 2009  
TENTANG  
KEKUASAAN KEHAKIMAN

I. UMUM

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum. Sejalan dengan ketentuan tersebut maka salah satu prinsip penting negara hukum adalah adanya jaminan penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka, bebas dari pengaruh kekuasaan lainnya untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menegaskan bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 telah membawa perubahan dalam kehidupan ketatanegaraan, khususnya dalam pelaksanaan kekuasaan kehakiman. Perubahan tersebut antara lain menegaskan bahwa:

- kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.
- Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.
- Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

- 2 -

- Komisi Yudisial berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim.

Pada dasarnya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman telah sesuai dengan perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 di atas, namun substansi Undang-Undang tersebut belum mengatur secara komprehensif tentang penyelenggaraan kekuasaan kehakiman, yang merupakan kekuasaan yang merdeka yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi, untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Selain pengaturan secara komprehensif, Undang-Undang ini juga untuk memenuhi putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU/2006, yang salah satu amarnya telah membatalkan Pasal 34 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut juga telah membatalkan ketentuan yang terkait dengan pengawasan hakim dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial.

Sehubungan dengan hal tersebut, sebagai upaya untuk memperkuat penyelenggaraan kekuasaan kehakiman dan mewujudkan sistem peradilan terpadu (*integrated justice system*), maka Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman sebagai dasar penyelenggaraan kekuasaan kehakiman perlu diganti.

Hal-hal penting dalam Undang-Undang ini antara lain sebagai berikut:

- a. Mereformulasi sistematika Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman terkait dengan pengaturan secara komprehensif dalam Undang-Undang ini, misalnya adanya bab tersendiri mengenai asas penyelenggaraan kekuasaan kehakiman.
- b. Pengaturan umum mengenai pengawasan hakim dan hakim konstitusi sesuai dengan peraturan perundang-undangan dan Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim.
- c. Pengaturan umum mengenai pengangkatan dan pemberhentian hakim dan hakim konstitusi.
- d. Pengaturan mengenai pengadilan khusus yang mempunyai kewenangan untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara tertentu yang hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung.
- e. Pengaturan . . .

- 3 -

- e. Pengaturan mengenai hakim *ad hoc* yang bersifat sementara dan memiliki keahlian serta pengalaman di bidang tertentu untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara.
- f. Pengaturan umum mengenai arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan.
- g. Pengaturan umum mengenai bantuan hukum bagi pencari keadilan yang tidak mampu dan pengaturan mengenai pos bantuan hukum pada setiap pengadilan.
- h. Pengaturan umum mengenai jaminan keamanan dan kesejahteraan hakim dan hakim konstitusi.

## II. PASAL DEMI PASAL

### Pasal 1

Cukup jelas.

### Pasal 2

#### Ayat (1)

Peradilan dilakukan “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA” adalah sesuai dengan Pasal 29 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menentukan bahwa negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa dan negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

#### Ayat (2)

Cukup jelas.

#### Ayat (3)

Cukup jelas.

#### Ayat (4)

Yang dimaksud dengan “sederhana” adalah pemeriksaan dan penyelesaian perkara dilakukan dengan cara efisien dan efektif.

Yang dimaksud dengan “biaya ringan” adalah biaya perkara yang dapat dijangkau oleh masyarakat.

Namun demikian, asas sederhana, cepat, dan biaya ringan dalam pemeriksaan dan penyelesaian perkara di pengadilan tidak mengesampingkan ketelitian dan kecermatan dalam mencari kebenaran dan keadilan.

Pasal 3 . . .

Pasal 3

Ayat (1)

Yang dimaksud dengan “kemandirian peradilan” adalah bebas dari campur tangan pihak luar dan bebas dari segala bentuk tekanan, baik fisik maupun psikis.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Ayat (3)

Cukup jelas.

Pasal 4

Cukup jelas.

Pasal 5

Ayat (1)

Ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim dan hakim konstitusi sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Ayat (3)

Cukup jelas.

Pasal 6

Cukup jelas.

Pasal 7

Yang dimaksud dengan “kekuasaan yang sah” adalah aparat penegak hukum yang berwenang melakukan penyelidikan dan penyidikan berdasarkan undang-undang. Dalam proses penyelidikan dan penyidikan ini termasuk juga di dalamnya penyadapan.

Pasal 8

Ayat (1)

Cukup jelas.

Ayat (2)

Dalam menentukan berat ringannya pidana yang akan dijatuhkan, hakim wajib memperhatikan sifat baik atau sifat jahat dari terdakwa

sehingga . . .

sehingga putusan yang dijatuhkan sesuai dan adil dengan kesalahan yang dilakukannya.

Pasal 9

Ayat (1)

Yang dimaksud dengan “rehabilitasi” adalah pemulihan hak seseorang berdasarkan putusan pengadilan pada kedudukan semula yang menyangkut kehormatan, nama baik, atau hak-hak lain.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Ayat (3)

Cukup jelas.

Pasal 10

Cukup jelas.

Pasal 11

Cukup jelas.

Pasal 12

Ayat (1)

Ketentuan ini berlaku bagi pengadilan tingkat pertama.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Pasal 13

Cukup jelas.

Pasal 14

Cukup jelas.

Pasal 15

Saling memberi bantuan dilakukan antara lain dalam hal administrasi berkas perkara, inventarisasi putusan pengadilan dan penggunaan sumber daya manusia.

Pasal 16

Yang dimaksud dengan “dalam keadaan tertentu” adalah dilihat dari titik berat kerugian yang ditimbulkan oleh tindak pidana tersebut. Jika titik

berat . . .

- 6 -

berat kerugian terletak pada kepentingan militer, perkara tersebut diadili oleh pengadilan di lingkungan peradilan militer, namun jika titik berat kerugian tersebut terletak pada kepentingan umum, maka perkara tersebut diadili oleh pengadilan di lingkungan peradilan umum.

Pasal 17

Ayat (1)

Cukup jelas.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Ayat (3)

Cukup jelas.

Ayat (4)

Cukup jelas.

Ayat (5)

Yang dimaksud dengan "kepentingan langsung atau tidak langsung" adalah termasuk apabila hakim atau panitera atau pihak lain pernah menangani perkara tersebut atau perkara tersebut pernah terkait dengan pekerjaan atau jabatan yang bersangkutan sebelumnya.

Ayat (6)

Cukup jelas.

Ayat (7)

Yang dimaksud dengan "berbeda" dalam ketentuan ini adalah majelis hakim yang tidak terikat dengan ketentuan pada ayat (5).

Pasal 18

Cukup jelas.

Pasal 19

Cukup jelas.

Pasal 20

Ayat (1)

Cukup jelas.

Ayat (2) . . .

- 7 -

Ayat (2)

Huruf a

Cukup jelas.

Huruf b

Ketentuan ini mengatur mengenai hak uji Mahkamah Agung terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dari undang-undang. Hak uji dapat dilakukan baik terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi maupun terhadap pembentukan peraturan perundang-undangan.

Huruf c

Cukup jelas.

Ayat (3)

Cukup jelas.

Pasal 21

Cukup jelas.

Pasal 22

Cukup jelas.

Pasal 23

Cukup jelas.

Pasal 24

Ayat (1)

Yang dimaksud dengan "hal atau keadaan tertentu" antara lain adalah ditemukannya bukti baru (*novum*) dan/atau adanya kekhilafan atau kekeliruan hakim dalam menerapkan hukumnya

Ayat (2)

Cukup jelas.

Pasal 25

Cukup jelas.

Pasal 26

Cukup jelas.

Pasal 27 . . .

Pasal 27

Ayat (1)

Yang dimaksud dengan “pengadilan khusus” antara lain adalah pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial dan pengadilan perikanan yang berada di lingkungan peradilan umum, serta pengadilan pajak yang berada di lingkungan peradilan tata usaha negara.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Pasal 28

Cukup jelas.

Pasal 29

Ayat (1)

Huruf a

Cukup jelas.

Huruf b

Cukup jelas.

Huruf c

Cukup jelas.

Huruf d

Cukup jelas.

Huruf e

Dalam ketentuan ini termasuk kewenangan memeriksa, dan memutus sengketa hasil pemilihan kepala daerah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Ayat (3)

Cukup jelas.

Ayat (4)

Cukup jelas.

### Pasal 30

#### Ayat (1)

Yang dimaksud dengan “hakim karier” adalah hakim yang berstatus aktif sebagai hakim pada badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung yang dicalonkan oleh Mahkamah Agung.

Yang dimaksud dengan “hakim nonkarier” adalah hakim yang berasal dari luar lingkungan badan peradilan.

#### Ayat (2)

Cukup jelas.

#### Ayat (3)

Cukup jelas.

### Pasal 31

#### Ayat (1)

Cukup jelas.

#### Ayat (2)

Yang dimaksud dengan “merangkap jabatan” antara lain:

- a. wali, pengampu, dan pejabat yang berkaitan dengan suatu perkara yang diperiksa olehnya;
- b. pengusaha; dan
- c. advokat.

Dalam hal Hakim yang merangkap sebagai pengusaha antara lain Hakim yang merangkap sebagai direktur perusahaan, menjadi pemegang saham perseroan atau mengadakan usaha perdagangan lain.

### Pasal 32

#### Ayat (1)

Yang dimaksud “dalam jangka waktu tertentu” adalah bersifat sementara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Tujuan diangkatnya hakim *ad hoc* adalah untuk membantu penyelesaian perkara yang membutuhkan keahlian khusus misalnya kejahatan perbankan, kejahatan pajak, korupsi, anak, perselisihan hubungan industrial, telematika (*cyber crime*).

#### Ayat (2)

Cukup jelas.

Pasal 33

Cukup jelas.

Pasal 34

Cukup jelas.

Pasal 35

Cukup jelas.

Pasal 36

Cukup jelas.

Pasal 37

Cukup jelas.

Pasal 38

Ayat (1)

Yang dimaksud dengan “badan-badan lain” antara lain kepolisian, kejaksaan, advokat, dan lembaga pemasyarakatan.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Ayat (3)

Cukup jelas.

Pasal 39

Ayat (1)

Yang dimaksud dengan “pengawasan tertinggi” adalah meliputi pengawasan internal Mahkamah Agung terhadap semua badan peradilan yang berada di bawahnya.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Ayat (3)

Cukup jelas.

Ayat (4)

Cukup jelas

Pasal 40

Cukup jelas.

Pasal 41 . . .

Pasal 41

Cukup jelas.

Pasal 42

Yang dimaksud dengan “mutasi” dalam ketentuan ini meliputi juga promosi dan demosi.

Pasal 43

Cukup jelas.

Pasal 44

Cukup jelas.

Pasal 45

Cukup jelas.

Pasal 46

Huruf a

Cukup jelas.

Huruf b

Cukup jelas.

Huruf c

Cukup jelas.

Huruf d

Cukup jelas.

Huruf e

Yang dimaksud dengan “pejabat peradilan yang lain” adalah sekretaris, wakil sekretaris, wakil panitera, panitera pengganti, juru sita, juru sita pengganti, dan pejabat struktural lainnya.

Pasal 47

Cukup jelas.

Pasal 48

Ayat (1)

Yang dimaksud dengan “jaminan keamanan dalam melaksanakan tugasnya” adalah hakim dan hakim konstitusi diberikan penjagaan keamanan dalam menghadiri dan memimpin persidangan. Hakim dan hakim konstitusi harus diberikan perlindungan keamanan oleh

- 12 -

aparatus terkait yakni aparat kepolisian agar hakim dan hakim konstitusi mampu memeriksa, mengadili dan memutus perkara secara baik dan benar tanpa adanya tekanan atau intervensi dari pihak manapun. Jaminan kesejahteraan meliputi gaji pokok, tunjangan, biaya dinas, dan pensiun serta hak lainnya sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Pasal 49

Cukup jelas.

Pasal 50

Cukup jelas.

Pasal 51

Cukup jelas.

Pasal 52

Ayat (1)

Cukup jelas.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Ayat (3)

Yang dimaksud dengan “instansi yang terkait” antara lain lembaga masyarakat, rumah tahanan, dan kejaksaan.

Dalam hal salinan putusan tidak disampaikan, ketua pengadilan yang bersangkutan dikenakan sanksi administratif berupa teguran tertulis dari Ketua Mahkamah Agung.

Pasal 53

Cukup jelas.

Pasal 54

Cukup jelas.

Pasal 55

Cukup jelas.

Pasal 56 . . .

Pasal 56

Ayat (1)

Yang dimaksud dengan “bantuan hukum” adalah pemberian jasa hukum (secara cuma-cuma) yang meliputi pemberian konsultasi hukum, menjalankan kuasa, mewakili, mendampingi, membela, melakukan tindakan hukum lain untuk kepentingan pencari keadilan (yang tidak mampu).

Ayat (2)

Yang dimaksud dengan “pencari keadilan yang tidak mampu” adalah orang perseorangan atau sekelompok orang yang secara ekonomis tidak mampu yang memerlukan jasa hukum untuk menangani dan menyelesaikan masalah hukum.

Pasal 57

Cukup jelas.

Pasal 58

Cukup jelas.

Pasal 59

Ayat (1)

Yang dimaksud dengan “arbitrase” dalam ketentuan ini termasuk juga arbitrase syariah.

Ayat (2)

Cukup jelas.

Ayat (3)

Cukup jelas.

Pasal 60

Cukup jelas.

Pasal 61

Cukup jelas.

Pasal 62

Cukup jelas.

Pasal 63

Cukup jelas.

Pasal 64

Cukup jelas.