

**ASAS *ULTRA PETITUM PARTIUM* DALAM PENEMUAN
HUKUM OLEH HAKIM PERSPEKTIF HUKUM PROGRESIF**

SKRIPSI

Oleh :

ALFIN SALAM NASRULLOH

NIM : 10210106



**JURUSAN AL-AHWAL AL-SYAKHSIYYAH
FAKULTAS SYARIAH
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM
MALANG
2015**

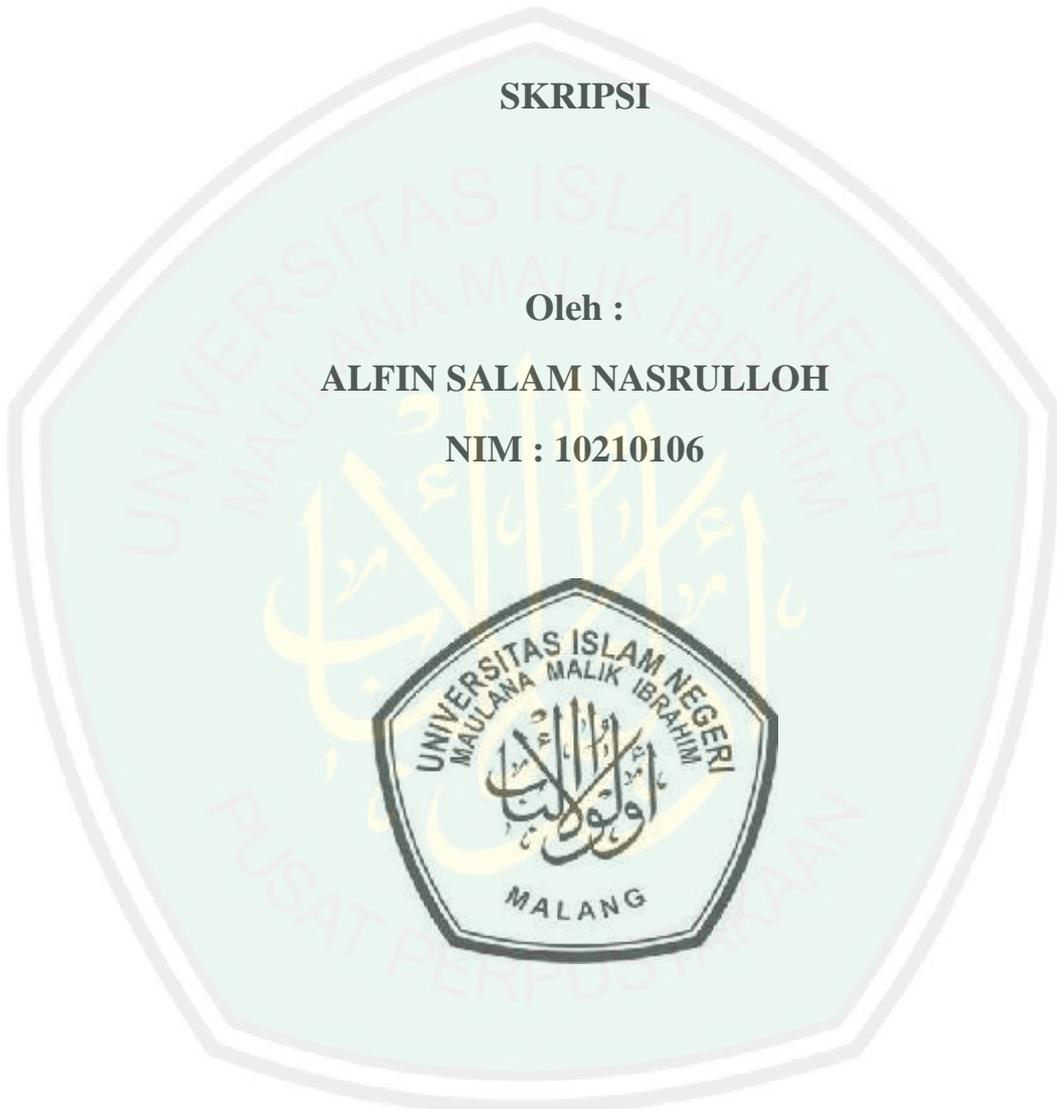
**ASAS *ULTRA PETITUM PARTIUM* DALAM PENEMUAN
HUKUM OLEH HAKIM PERSPEKTIF HUKUM PROGRESIF**

SKRIPSI

Oleh :

ALFIN SALAM NASRULLOH

NIM : 10210106



**JURUSAN AL-AHWAL AL-SYAKHSIYYAH
FAKULTAS SYARIAH
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM
MALANG
2015**

PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI

Demi Allah swt,

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

ASAS ULTRA PETITUM PARTIUM DALAM PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM PERSPEKTIF HUKUM PROGRESIF

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

Malang, 8 Juni 2015



Alfin Salam Nasrulloh
10210106

HALAMAN PERSETUJUAN

Setelah membaca dan mengoreksi skripsi saudara Alfin Salam Nasrulloh NIM 10210106, mahasiswa Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhsiyyah Fakultas Syari'ah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang dengan judul :

ASAS *ULTRA PETITUM PARTIUM* DALAM PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM PERSPEKTIF HUKUM PROGRESIF

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

Mengetahui
Ketua Jurusan
Al-Ahwal Al-Syakhsiyyah

Malang, 25 Mei 2015
Dosen Pembimbing,

Dr. Sudirman, M.A
NIP.197708222005011003

Dr. H. Saifullah, S.H., M.Hum.
NIP.196512052000031001

PENGESAHAN SKRIPSI

Dewan Penguji Skripsi saudara Alfin Salam Nasrulloh, NIM 10210106, Mahasiswa Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhsiyyah, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, dengan judul:

**ASAS ULTRA PETITUM PARTIUM DALAM PENEMUAN HUKUM
OLEH HAKIM PERSPEKTIF HUKUM PROGRESIF**

Telah dinyatakan lulus dengan nilai A

Dewan Penguji:

1. Ahmad Izzuddin, M.H.I. (_____)
NIP 197910122008011010 Ketua

2. Dr. H. Saifullah, S.H., M.Hum. (_____)
NIP 196512052000031001 Sekretaris

3. Dr. H. Mujaid Kumkelo, M.H (_____)
NIP 197406192000031001 Penguji Utama

Malang, 2 Juli 2015
Dekan

Dr. H. Roibin, M.H.I.
NIP 196812181999031002

MOTTO

وَعَنْ عُمَرَ بْنِ الْعَاصِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: إِذَا حَكَّمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَّمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ. (مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ)

Dan dari ‘Amr bin ‘Ash bahwa ia pernah mendengar Rosulullah SAW bersabda : “Jika seorang hakim memutuskan hukum dengan berijtihad dan kemudian benar maka ia mendapat dua pahala, dan jika memutuskan hukum dengan berijtihad dan kemudian salah maka ia mendapat satu pahala.” (Muttafaqun ‘Alaih).

HALAMAN PERSEMBAHAN

Karya kecil ini aku persembahkan untuk kedua orang tuaku bapak Mastukan Noor dan Ibu Chofifah dan juga kakak-kakaku beserta adik-adiku yang tidak henti-henti melantunkan do'a dan dukungannya demi keberhasilanku dalam menempuh ilmu di perguruan tinggi ini.



KATA PENGANTAR

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

Syukur *Alhamdulillah*, penulis mengucapkan atas limpahan rahmat dan bimbingan Allah swt, skripsi yang berjudul “Asas *Ultra Petitum Partium* dalam Penemuan Hukum Oleh Hakim Perspektif Hukum Progresif”, dapat diselesaikan dengan baik. Semoga skripsi ini dapat memberikan manfaat dan kontribusi yang signifikan. *Sholawat* serta salam semoga tetap tercurah limpahkan kepada sang revolusioner Islam Nabi Muhammad saw yang telah membimbing manusia ke arah jalan kebenaran dan kebaikan.

Banyak pihak yang membantu dalam menyelesaikan skripsi ini. Untuk itu penulis mengucapkan terima kasih, *jazakumullah ahsanal jaza'* khususnya kepada:

1. Prof. Dr. H. Mudjia Rahardjo, M.Si, selaku Rektor Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
2. Dr. H. Roibin, M.H.I. selaku Dekan Fakultas Syari'ah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
3. Dr. Sudirman M.A. selaku Ketua Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhsiyyah, Fakultas Syari'ah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
4. Dr. H. Saifullah, S.H., M.Hum., selaku dosen pembimbing skripsi. Penulis mengucapkan terima kasih atas waktu yang telah beliau sitakan untuk bimbingan, arahan, saran dan motivasi dalam menyelesaikan penulisan skripsi ini. *Jazakumullah Ahsanal Jaza'*.

5. Dr. Zaenul Mahmudi, MA, selaku dosen wali penulis selama menempuh kuliah di Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim. Penulis mengucapkan terima kasih kepada beliau yang telah memberikan bimbingan, saran, serta motivasi selama menempuh perkuliahan.
6. Segenap dosen Fakultas Syari'ah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang yang telah membimbing serta mencurahkan ilmunya kepada penulis, semoga menjadi amal *jariyah* yang tidak akan terputus pahalanya.
7. Kedua orang tua penulis, ayahanda Mastukan Noor dan ibunda Chofifah yang tidak pernah henti-hentinya memberikan motivasi, bantuan materiil, dan do'a sehingga menjadi dorongan dalam menyelesaikan studi. Semoga menjadi amal yang diterima di sisi Allah. Amin.
8. Kakak penulis Ahmad Anas Rusyadi, SH., beserta keluarga dan Ulin Ni'mah, SH., beserta keluarga terimakasih atas segala perhatian yang telah kalian berikan kepada penulis, engkaulah panutan bagi adik-adikmu. Adik penulis Muhammad Najih Wafi, Arina Yusrilmuna, Helmi Muhammad Ismi semoga menjadi putra-putri yang sholih-sholihah dan dapat membahagiakan kedua orang tua dan kakaknya.
9. Kawan-kawan seperjuangan walaupun kadang tidak senasib, AS angkatan 2010, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, khususnya jurusan Al-Ahwal Al-Syakhsiyyah. Semoga Allah swt selalu memberikan kemudahan untuk meraih cita-cita dan harapan dimasa depan.

10. Kawan penulis di padepokan mbah Jaiz Malang, Fuad, Ulik, Mufid, Dadang, Arif, Ghozi, Usamah, Fajrin dan juga Asrori yang selalu memberikan warna hidup di kota pendidikan ini.

11. Kawan-kawan Himpunan Mahasiswa Islam (HMI) Komisariat Syari'ah-Ekonomi, Komisariat Bahasa dan Komisariat Saintek, yang telah memberi warna dalam proses penyelesaian skripsi ini. Terimakasih banyak, semoga sukses selalu.

Penulis sebagai manusia biasa yang tidak pernah luput dari salah dan dosa, sehingga penulis menyadari skripsi ini masih jauh dari kesempurnaan. Oleh karena itu, penulis mengharapkan kritik serta saran dari semua pihak demi kesempurnaan skripsi ini.

Malang, Juni 2015
Penulis,

Alfin Salam Nasrulloh
NIM 10210106

PEDOMAN TRANSLITERASI

A. Umum

Transliterasi ialah pemindahalihan tulisan Arab ke dalam tulisan Indonesia (Latin), bukan terjemahan bahasa Arab ke dalam bahasa Indonesia.

B. Konsonan

ا	= tidak dilambangkan	ض	= dl
ب	= b	ظ	= th
ت	= t	ظ	= dh
ث	= tsa	ع	= ‘ (Koma menghadap ke atas)
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	هـ	=h
ص	= sh	ي	= y

Hamzah (ء) yang sering dilambangkan dengan alif, apabila terletak di awal kata maka dalam transliterasinya mengikuti vokalnya, tidak dilambangkan, namun apabila terletak di tengah atau akhir kata, maka dilambangkan dengan tanda koma di atas (’), 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 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 “î”, 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
Ditong (ay)	= ي	misalnya	خير	menjadi	khayrun

D. Ta’marbûthah (ة)

Ta’marbûthah (ة) ditranliterasikan dengan “t” jika berada di tengah kalimat, tapi apabila *Ta’marbûtha* tersebut berada di akhir kalimat, maka di akhir kalimat

maka ditransliterasikan dengan menggunakan “h”, misalnya الرسالة للمدرسة menjadi *al-risalat li al mudarrisah*, atau apabila berada ditengah-tengah kalimat yang terdiri dari susunan *mudhaf* dan *mudhaf ilayh*, maka ditransliterasikan dengan menggunakan *t* yang disambungkan dengan kalimat berikutnya, misalnya في رحمة الله menjadi *fi rahmatillah*.

E. Kata Sandang dan Lafadz 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 sebagai berikut:

1. Al-Imâm al-Bukhâriy mengatakan. ...
2. Al-Bukhâriy dalam muqaddimah kitabnya menjelaskan. ...
3. *Masyâ’ Allah Kâna wa mâ lam yasya’ lam yakun.*
4. *Billâh ‘azza wa jalla*

DAFTAR ISI

HALAMAN COVER	
HALAMAN JUDUL	i
PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI	ii
HALAMAN PERSETUJUAN.....	iii
HALAMAN PENGESAHAN	iv
MOTTO	v
HALAMAN PERSEMBAHAN	vi
KATA PENGANTAR	vii
PEDOMAN TRANSLITERASI.....	x
DAFTAR ISI.....	xiii
DAFTAR TABEL.....	xv
ABSTRAK.....	xvi
ABSTRACK.....	xvii
.....	xviii
BAB I : PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah	8
C. Tujuan Penelitian.....	9
D. Manfaat Penelitian	9
E. Definisi Konseptual.....	10
F. Metode Penelitian	11
1. Jenis Penelitian	11
2. Pendekatan Penelitian	12
3. Jenis Bahan Hukum	13
4. Metode Pengumpulan Bahan Hukum	14
5. Metode Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum	14
G. Penelitian Terdahulu	15
H. Sistematika Pembahasan.....	19

BAB II : TINJAUAN PUSTAKA	21
A. Sistem Hukum Indonesia	21
B. Asas <i>ultra petitum partium</i> dalam sistem hukum di Indonesia.....	23
1. Pengertian asas	23
2. Pembagian asas.....	26
3. Pengertian asas <i>ultra petitum partium</i>	27
C. Penemuan Hukum	28
1. Sejarah Penemuan Hukum	28
2. Pengertian Penemuan Hukum	32
3. Alasan Penemuan Hukum oleh Hakim.....	38
4. Aliran Penemuan Hukum oleh Hakim	40
5. Metode Penemuan Hukum	45
A. Metode Interpretasi.....	45
B. Metode Konstruksi.....	51
C. Hukum Progresif	56
1. Latar Belakang munculnya hukum progresif	56
2. Konsep dan karakteristik hukum progresif.....	60
3. Sumber gagasan hukum progresif	71
BAB III : HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN.....	80
A. Eksistensi Asas <i>Ultra Petitum Partium</i> dalam Sistem Hukum di Indonesia..	80
B. Tinjauan Hukum Progresif terhadap Asas <i>Ultra Petitum Partium</i> sebagai Sarana Hakim Melakukan Penemuan Hukum.....	89
BAB IV : PENUTUP.....	108
A. KESIMPULAN.....	108
B. SARAN	109
DAFTAR PUSTAKA	
LAMPIRAN-LAMPIRAN	
DAFTAR RIWAYAT HIDUP	

DAFTAR TABEL

Tabel 1: Perbandingan dengan Penelitian Terdahulu	17
Tabel 2: Perbandingan kerangka berfikir antara Ijtihad dan Hukum Progresif	99



ABSTRAK

Nasrulloh, Alfin Salam, NIM 10210106, 2015. *Asas Ultra Petitum Partium dalam Penemuan Hukum Oleh Hakim Perspektif Hukum Progresif*. Malang. Skripsi. Jurusan al-Ahwal al-Syakhshiyah. Fakultas Syariah. Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang. Pembimbing : Dr. H. Saifullah, S.H., M.Hum.

Kata Kunci: *Ultra Petitum Partium*, Penemuan Hukum, Hukum Progresif

Asas *ultra petitum partium* adalah pembatasan terhadap kewenangan hakim dalam menjalankan tugasnya untuk memberikan putusan tentang hal-hal yang tidak dituntut atau meluluskan lebih dari yang dituntut. Keberlakuan asas ini termaktub dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg. Akan tetapi hukum progresif memberikan gagasan-gagasan terbaru dalam memaknai hukum, tidak hanya dimaknai secara tekstual saja. Hukum progresif menilai undang-undang harus digali lebih mendalam maknanya untuk mendapatkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, supaya hakim tidak hanya menjadi corong dari undang-undang.

Tujuan dari penelitian ini adalah untuk mengetahui eksistensi asas *ultra petitum partium* dalam sistem hukum di Indonesia dan juga mengenai tinjauan hukum progresif terhadap asas *ultra petitum partium* sebagai sarana hakim melakukan penemuan hukum.

Adapun metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah jenis penelitian yuridis normatif, dengan perolehan data yang bersifat deskriptif kualitatif. Pendekatan penelitian yang digunakan adalah pendekatan Perundang-undangan (*Statute Approach*) dan juga pendekatan Konseptual (*Conceptual approach*), dengan bahan hukum primer yang didapatkan dari telaah HIR dan RBg dan juga telaah atas Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Terdapat juga bahan hukum sekunder dan tersier sebagai bahan hukum penunjang.

Berdasarkan hasil analisa terhadap data-data yang telah dikumpulkan, maka diperoleh kesimpulan bahwa pengaturan terhadap Asas *ultra petitum partium* diatur dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg. Eksistensi dari asas *ultra petitum partium* di dalam kehidupan masyarakat dapat direpresentasikan melalui putusan yang dikeluarkan oleh Pengadilan Agama Kabupaten Malang Nomor 4841/Pdt.G/2011/PA.Kab.Mlg. Progresifitas dari aparaturnya penegak hukum dalam memaknai undang-undang, dalam hal ini hakim, dapat dilihat dari produk putusan yang dihasilkan dalam menyelesaikan perkara yang dihadapinya. Hukum progresif menilai bahwa putusan yang bersifat *ultra petitum partium* atau dengan kata lain hakim memberikan putusan yang melebihi dari apa yang menjadi dalih gugatan, merupakan terobosan terbaru dalam dunia hukum di Indonesia. Karena menurut hukum progresif hukum ada untuk manusia

dan membahagiakan manusia. Karena penemuan hukum yang progresif secara tegas mengaitkan faktor hukum, kemanusiaan, dan moralitas. Sehingga penemuan hukum yang dilakukan hakim dalam kerangka menjalankan tugas yustisialnya, yang pada akhirnya hakim akan menjatuhkan putusannya yang sesuai dengan keadilan yang hidup dalam masyarakat.



ABSTRACT

Nasrulloh, Alfin Salam, NIM 10210106, 2015. *Ultra Petitum Partium Principle in Discovering Law By Judge On Progressive Law Perspective*. Malang. Thesis. al-Ahwal al-Syakhshiyah Departmen. Sharia Faculty. The State Islamic University of Maulana Malik Ibrahim Malang. Supervisor : Dr. H. Saifullah, S.H., M.Hum.

Key Words: *Ultra Petitum Partium*, Law Discovery, Progressive Law

Ultra petitum partium principle is a restriction of judge authority in doing the duty to give verdict about the case which is not claimed or approve more than that is claimed. This principle is written in Article 178 verse (3) HIR and Article 189 verse (3) RBg. However, progressive law provides the newest idea in interpreting the law, which is not only on textual interpretation. Progressive law asses that the significance of the statute should be dug deeper for the justice based on social life, while treat the judge as not just an agent of the constitution.

This research aims to know the existence of *ultra petitum partium* principle in Indonesia law system and also to know the perspective of progressive law on *ultra petitum partium* principle as the method of judge discover the law.

Research methodology of this research is normative judicial by collecting qualitative descriptive data. The research approach is statute and conceptual approach with the primary law material obtained from HIR and RBg analysis and also from analysis of the statute Number 48 year 2009 about judiciary authority. There are also secunder and tersier law material as supporting law material.

According to the result of analysis, obtained conclusion that *ultra petitum partium* principle is regulated in Article 178 verse (3) HIR and article 189 verse (3) RBg. The existance of *ultra petitum partium* principle in social life can be represented through the verdict issued by religion court of city of Malang Number 4841/Pdt.G/2011/PA.Kab.Mlg. The progressivity of marshal, the judge, could be seen from verdict result in finishing the case. Progressive law asses that using *ultra petitum partium* principle in the verdict have or the judge issue the verdict more than that is being claimed, is in Indonesia law system. According to progressive law, law is for humanity and happiness of society. Therefore, progressive law discovery explicitly related to the factor of law, humanity and morality. Discovering law by the judge in order to the judiciary authority, finally issue the verdict based on the justice within social life.

ملخص البحث

نصرالله، ألف سلام، النمرة 10210106، 2015. أساس ألتورا فاتاتيوم فرتيوم في اختراعات الحكم عند الحاكم في مباشرة الحكم التقديمي. مالانج. بحث جامعي. شعبة الأحوال الشخصية كلية الشريعة. جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، ما لانج. المشريف : الدكتور الحاج سيف الله الماجستير.

الكلمات الرئيسية : ألتورا فاتاتيوم فرتيوم, اختراعات الحكم, حكم التقديمي

أساس ألتورا فاتاتيوم فرتيوم هو التحديد على إنصاف الحاكم في إقامة أعمالهم ليعطي التقرير على الأحوال التي لا تدعى أو تخريج أكثر من المدعى اليه. تطبيق هذه الأساس مكتوبة في الفقرة 178 الآية (3) HIR والفقرة 189 الآية (3) RBG. ولكن الحكم التقديمي يعطي الأراء الجديدة في معان الحكم, وليس المعاني في الحرفية فحسب كذلك في السياقية. ولا بد الحكم التقديمي في انتاج القوانين كشف خلال المعنى العميق لتناول الشعور العدالة التي تحي في المجتمع لكي لا يكون الحاكم قامعا من القوانين.

أما الأهداف من هذا البحث هي لمعرفة كون الأساس ألتورا فاتاتيوم فرتيوم على نظام الحكم في إندونيسيا وكذلك في نظرة الحكم التقديمي على أساس ألتورا فاتاتيوم فرتيوم لوسائل الحاكم في إيجاد الحكم.

وأما طريقة البحث التي تستخدم في هذا البحث هو البحث المعياري القضائي, بتحصيل البينة الوصفي النوعي. أما منهج البحث الذي يستخدمه هو منهج القوانين وكذلك منهج المفهومي بمادة الحكم الأساسي الذي ينال من رياسة HIR و RBG وكذلك من رياسة القوانين النمرة 48 عام 2009 تحت السلطة القضائية. وكذلك المادة الثانوية والثالث لمادة الحكم العمادي.

مستندا على تحصيل التحليل نحو المادة التي تجمعها, فالنتيجة هي أن الترتيب على أساس ألتورا فاتاتيوم فرتيوم في الفقرة 178 الآية (3) HIR والفقرة 189 الآية (3) RBG, الكون من أساس ألتورا فاتاتيوم فرتيوم في حياة المجتمع يستطيع أن يعارض من تقرير الذي يخرج بالمحكمة الدينية مالانج النمرة Pdt.G/2011/PA.Kab.Mlg/4841. التقديمية من المنفذية الحكمية في معان

القوانين, خاصة على الحاكم يستطيع أن ينظر من نتيجة التقرير في تلخيص المسئلة المقابلة. الحكم التقديمي يقيم أن التقرير الذي يصف لتورا فاتاتيوم فرتيوم أي يعطي التقرير أكثر من الدليل الذي يكون دعوة, وهذا يكون الأراء الجديدة في التقرير الحكم بإندونيسيا. لأنه وجود الحكم للناس ولساعدتها. وإيجاد الحكم التقديمي يوضح لينسب العوامل الكم, والإنساني, والأخلاق. حتى إيجاد الحكم الذي يعامله في إقامة أعمال القونية, وفي أخيره كان الحاكم يقرر تقريره مناسبا بالعدالة موافقا في الحياة المجتمعية.





BAB I
PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Suatu kenyataan hidup bahwa manusia itu tidak sendiri. Manusia hidup berdampingan, bahkan berkelompok-kelompok dan sering mengadakan hubungan antar sesamanya. Hubungan itu terjadi berkenaan dengan kebutuhan hidupnya yang tidak mungkin selalu dapat dipenuhi oleh dirinya sendiri. Dalam saat yang bersamaan, ketika ada dua manusia yang ingin memenuhi kebutuhan yang sama dengan satu objek kebutuhan, sedangkan keduanya tidak mau saling mengalah, maka bentrokan akan dapat terjadi. Hal-hal semacam itu sebenarnya merupakan akibat dari tingkah laku manusia yang ingin bebas. Oleh karena itu, untuk menciptakan keteraturan dalam suatu kelompok sosial, baik dalam situasi kebersamaan maupun dalam situasi sosial diperlukan ketentuan-ketentuan. Jadi, hukum adalah ketentuan-ketentuan yang timbul dari pergaulan hidup manusia. Hal itu timbul berdasarkan rasa kesadaran manusia itu sendiri, sebagai gejala-gejala sosial.

Setiap ketentuan hukum berfungsi untuk mencapai tata tertib antar hubungan manusia dalam kehidupan sosial. Hukum menjaga keutuhan hidup agar terwujud suatu keseimbangan psikis dan fisik dalam kehidupan. Walaupun tujuan hukum itu sangatlah beragam dan berbeda-beda menurut pendapat dari para ahli hukum. Dari pendapat yang berbeda-beda tersebut jika disimpulkan maka akan dapat kita klasifikasikan adanya 3 (tiga) tujuan hukum yang selama ini berkembang, diantaranya adalah sebagai berikut.¹ *Pertama*, aliran etis, yang menganggap bahwa pada prinsipnya tujuan hukum itu semata mata hanya untuk mencapai keadilan. *Kedua*, aliran utilitis, yang menganggap bahwa pada prinsipnya tujuan hukum itu hanyalah untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan masyarakat. *Ketiga*, aliran normatif yuridis, yang menganggap bahwa pada prinsipnya tujuan hukum itu adalah untuk menciptakan kepastian hukum. Ringkasnya adalah bahwa tujuan hukum adalah keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.

Dewasa ini untuk mencapai ketiga bentuk dari tujuan hukum diatas tidaklah mudah, karena hukum sudah bermetamorfosis, dari yang dulunya berbentuk kebiasaan antar manusia yang kemudian dinamakan hukum sekarang berganti dengan teks yang terskema, sebagaimana hukum dijumpai dalam teks atau perundang-undangan atau hukum yang dirumuskan dengan sengaja secara rasional. Di sini menunjukan bahwa hukum sudah mengalami pergeseran bentuk, dari hukum yang muncul secara serta merta (*Interactional Law*) menjadi hukum yang yang dibuat dan diundangkan (*Legislated Law*).

¹Achmad, Ali, *Menguak Tabir (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, (Jakarta: Chandra Pratama), h. 84

Sejak menjadi hukum dalam bentuk teks, maka bahasa mengambil peranan utama. Hukum adalah sesuatu yang berbentuk kebahasaan (*Language Game*). Tanpa disadari atau disadari, cara berhukum pun sudah memasuki dimensi yang baru. Yaitu berhukum melalui skema. Panggung hukum pun sudah bergeser dari dunia nyata ke dunia maya yang terdiri dari kalimat dan kata-kata. Pergeseran tersebut juga dapat dimaknai sebagai sebuah perkembangan dari sesuatu yang utuh menjadi sesuatu yang di reduksi. Karena pada saat membuat sebuah rumusan tertulis, maka saat itu pula kita mereduksi suatu gagasan yang utuh ke dalam tata kalimat.

Membuat hukum tertulis adalah tidak sama dengan memindahkan realitas secara sempurna ke dalam teks, sehingga terjadi padanan yang sempurna, melainkan “menerjemahkan kenyataan tersebut kedalam suatu kalimat”. Kalimat-kalimat itu mereduksi sesuatu gagasan yang utuh menjadi skema, kerangka, atau skeleton.² Jika hukum sudah berbentuk teks atau undang-undang, maka yang dapat mereduksi kembali nilai-nilai yang terkandung didalam teks-teks yang telah bertransformasi tersebut sehingga teks-teks tersebut dapat memberikan keadilan bagi masyarakat pada umumnya ketika terdapat ketidakaturan dalam masyarakat hanyalah aparaturnya penegak hukum, dan salah satu dari aparaturnya penegak hukum itu adalah hakim.

Hakim merupakan representasi dari penegakan keadilan dalam sebuah sistem negara hukum, di Indonesia kedudukan hakim sangat mulia dan tinggi, dan kekuasaannya dijamin oleh undang-undang. Di Indonesia Kekuasaan Kehakiman

² Satjipto, Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2010), h.8

di atur dalam Bab IX UUD 1945 pasal 24. Dalam penjelasannya dicantumkan, bahwa negara Republik Indonesia adalah negara hukum dan konsekuensi dari negara hukum yaitu harus mempunyai suatu kekuasaan kehakiman yang merdeka, artinya kekuasaan tersebut lepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah.

Representasi dari amanat undang-undang di atas terdapat dalam pasal 1 (satu) Undang-Undang nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi "*Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara Hukum Republik Indonesia.*"³

Senada dengan pasal diatas, pada pasal 10 Undang-Undang nomor 48 tahun 2009 juga disebutkan "*Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya.*"

Dan terdapat pula pasal yang mengakomodir hakim dalam melakukan penemuan hukum yang bermuatan keadilan, yaitu pasal 5 ayat (1) Undang-Undang nomor 48 tahun 2009 menyebutkan "*Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.*"

Senada dengan hal tersebut, dalam Islam juga membahas tentang hakim dan ruang lingkup yang berkaitan dengannya, dalam Islam hakim disebut sebagai Qadhi, yaitu orang yang diangkat oleh penguasa untuk memutuskan, mengakhiri

³ Undang-Undang RI, Nomor 48 Tahun 2009, Tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 1, Jakarta 2009

atau menyelesaikan perkara diantara manusia menurut ketentuan perundang-undangan yang berlaku yang bersumber dari hukum Islam.⁴ Pengangkatan hakim dilakukan oleh penguasa, karena penguasa tidak mampu melaksanakan lembaga peradilan sendiri.

Dalam melaksanakan tugasnya, seorang hakim perlu menggali hukum dari berbagai sumber termasuk hukum yang hidup di masyarakat (*living law*). Suatu yang perlu diperhatikan oleh hakim bahwa setiap putusannya selain adil menurut *legal justice*, yang tak kalah pentingnya adalah penerapan *social justice* (keadilan sosial), dalam arti bahwa putusan itu harus membawa banyak manfaat terhadap masyarakat.

Hakim sebagai pemutus perkara juga mempunyai suatu kewenangan mengesampingkan undang-undang atau yang biasa dikenal dalam istilah hukum sebagai *Ius Contra Legem*, yaitu mengambil suatu putusan yang bertentangan dengan Undang undang. Dengan syarat hakim harus mengemukakan dasar-dasar pertimbangan pasal yang disingkirkan itu benar-benar bertentangan dengan kepentingan umum, kepatutan, peradaban, dan kemanusiaan, sehingga pasal tersebut kalau diterapkan akan menimbulkan keresahan.⁵ Hal ini seharusnya menjadi sebuah celah yang dapat dimaksimalkan hakim untuk dapat melakukan proses penemuan hukum yang berdasarkan keadilan, tidak terpaku pada normativitas hukum.

⁴ Erfaniah, Zuhriah, *Peradilan Agama Indonesia Sejarah pemikiran dan realita*, (Malang : UIN Malang PRESS, 2009), h.7

⁵ Yahya, Harahap, *Hukum Acara Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), h. 859.

Penerapan asas ini dalam proses persidangan menjadi sangat penting, karena hakim sebagai organ pengadilan dan *the last resort*, dianggap mengetahui dan memahami hukum, sehingga apabila hakim tidak menemukan hukum tertulis dalam bentuk peraturan perundang-undangan, maka ia wajib menggali hukum yang tidak tertulis guna melakukan penemuan hukum baru untuk memutuskan permasalahan yang sedang dihadapinya.

Secara teoritis penemuan hukum (*rechtssvinding*) adalah suatu teori yang memberikan arah bagaimana cara menemukan aturan yang sesuai untuk peristiwa hukum tertentu, dengan cara penyelidikan yang sistematis terhadap sebuah aturan dengan menghubungkan antara satu aturan dengan aturan lainnya.⁶ Senada dengan itu, dalam Islam dikenal dengan istilah *ijtihad*.⁷

Dengan demikian, penemuan hukum (*rechtssvinding*) ini sesungguhnya merupakan proses konkretisasi dan individuailisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit. Mengingat dalam khazanah ilmu hukum, hakim memiliki tiga fungsi utama, sebagai berikut : menerapkan hukum (*bouche de la loi*), menemukan hukum (*rechtssvinding*), dan menciptakan hukum (*rechtschepping*).⁸ Oleh karena itu, hakim dalam memutuskan perkara tidak hanya berpikir tekstualis tetapi harus berfikir progresif, sehingga mampu menggali nilai-nilai kebenaran baik dari sumber hukum tertulis maupun tidak tertulis. Sehingga

⁶ Jaenal, Aripin, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, (Jakarta : Kencana, 2008), h.467

⁷ *Ijtihad* dan menggali hukum yang dilakukan oleh hakim adalah dalam rangka menemukan hukum. Seperti diketahui bahwa, hukum dalam Islam hanya dapat dicari dan diderivasi dari teks-teks wahyu saja (*law in book*), sementara realitas sosial empiris yang hidup dan berlaku di masyarakat (*living law*) kurang mendapatkan yang proporsional di dalam kerangka metodologi hukum Islam klasik. Lihat Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia; sari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris*, (Yogyakarta : Lkis, 2005), h.257

⁸ Bagir, Manan, "Kata Pengantar" dalam, Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam*, h. xv

dengan demikian, hakim di sini bertindak sebagai pembuat undang-undang dalam arti konkrit, karena ia menemukan sekaligus menerapkan pada kasus konkrit yang sedang dihadapi.

Akan tetapi disini ruang gerak hakim dalam melakukan penemuan hukum (*Rechtsvinding*) di batasi oleh asas *ultra petitum partium*, asas ini membatasi hakim dalam melakukan sebuah penemuan hukum yang bermuatan keadilan dalam masyarakat sebagaimana diamanatkan oleh undang-undang, hakim seakan-akan menjadi corong dari undang-undang dan memutuskan segalanya berdasarkan bunyi teks undang-undang. Hal ini bertolak belakang dari gagasan hukum progresif yang menolak keberadaan hakim hanya sekedar menjadi corong dari undang-undang.⁹

Ultra petitum partium diatur dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg yang melarang seorang hakim memutus melebihi apa yang dituntut (*petitum*). *ultra petitum partium* dilarang sehingga putusan-putusan *judex factie* yang dianggap melanggar atau keluar dari norma dan asas kepatutan atau kebenaran dengan alasan “salah menerapkan atau melanggar hukum yang berlaku”. Hakim hanya menimbang hal-hal yang diajukan para pihak dan tuntutan hukum yang didasarkan kepadanya (*iudex non ultra petitum partium atau ultra petitum partium non cognoscitur*).

Tentunya hal ini terkesan bertolak belakang antara asas *ultra petitum partium* dan juga fungsi dasar dari seorang hakim, bahwa di satu sisi hakim di berikan keleluasaan yang seluas-luasnya guna untuk melakukan (*ijtihad*)

⁹ Satjipto, Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2010) h.55

penemuan-penemuan hukum akan tetapi disisi lain hakim dibatasi bahkan dilarang untuk melakukan *ijtihad* tersebut dengan adanya pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg tersebut.

Dalam sudut pandang lain, Satjipto Rahardjo memberikan gagasan-gagasan terbaru dalam memaknai hukum, dengan konsep teori hukum progresifnya, yang mana hukum tidak hanya dimaknai secara tekstual saja.¹⁰ Sehingga pemaknaan terhadap asas *ultra petitum partium* yang terdapat dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg, dapat diberikan pemaknaan lain dengan menggunakan teknik-teknik penemuan hukum guna untuk mendapatkan keadilan yang sesuai dengan keadilan dalam masyarakat.

Dari beberapa paparan diatas penulis merasa tertarik untuk melakukan penelitian terkait dengan *ultra petitum partium* yang termaktub dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg dengan menggunakan hukum progresif sebagai pisau analisisnya, dan penelitian ini berjudul “Asas *ultra petitum partium* dalam Penemuan hukum oleh hakim dalam perspektif hukum progresif.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang masalah diatas, maka rumusan masalah dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Bagaimana eksistensi asas *ultra petitum partium* dalam sistem hukum di Indonesia ?

¹⁰ Satjipto, Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2010) h.7

2. Bagaimana tinjauan hukum progresif terhadap asas *ultra petitum partium* yang termaktub dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg sebagai sarana hakim melakukan penemuan hukum ?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan dari dilakukannya penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui eksistensi asas *ultra petitum partium* dalam sistem hukum di Indonesia
2. Untuk mengetahui tinjauan hukum progresif terhadap asas *ultra petitum partium* yang termaktub dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg sebagai sarana hakim melakukan penemuan hukum

D. Manfaat Penelitian

Adapun manfaat dari penelitian ini adalah :

1. Manfaat teoritis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi bagi pengembangan keilmuan di bidang hukum, khususnya perkembangan hukum acara perdata di Pengadilan Agama yang berhubungan dengan penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim.

2. Manfaat praktis

Penelitian ini diharapkan dapat berimplikasi kepada hakim Pengadilan Agama, khususnya dalam kaitannya hakim melakukan penemuan hukum

baru terhadap suatu perkara yang dihadapinya dalam persidangan yang harus memenuhi rasa keadilan di masyarakat dengan muatan-muatan hukum progresif didalamnya.

E. Definisi Konseptual

Beberapa penegasan atas pengertian istilah dalam skripsi ini, antara lain :

1. Asas *ultra petitum partium*

Asas *ultra petitum partium* didalam hukum formil mengandung pengertian penjatuhan putusan atas perkara yang tidak dituntut atau meluluskan lebih dari pada yang diminta. Berdasarkan bunyi dari pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg adalah, “*ia tidak diizinkan menjatuhkan keputusan atas perkara yang tidak digugat, atau memberikan lebih dari pada yang digugat*”.¹¹

2. Penemuan hukum

Penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas menerapkan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkret yang belum atau tidak jelas di atur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dengan kata lain, merupakan proses konkretisasi peraturan hukum (*das sollen*)

¹¹ R. Soesilo, *RIB/HIR dengan Penjelasan*, (Bogor : Politeia, 1995), h. 131

yang bersifat umum dengan mengikat akan peristiwa konkret (*das sein*) tertentu.¹²

3. Hukum progresif

Progresif berasal dari kata *progress* yang berarti kemajuan. Menurut Satjipto Rahardjo, hukum progresif adalah menjalankan hukum tidak hanya sekedar kata-kata hitam-putih yang terdapat dalam peraturan (*according to the letter*), melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam (*to very meaning*) dari undang-undang atau hukum. Penegakan hukum tidak hanya kecerdasan intelektual, melainkan juga dengan kecerdasan spiritual. Dengan kata lain, penegakan hukum yang dilakukan dengan penuh determinasi, empati, dedikasi, komitmen terhadap penderitaan bangsa dan disertai keberanian untuk mencari jalan lain daripada yang biasa dilakukan.¹³

F. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah jenis penelitian yuridis normatif atau dapat juga dikatakan sebagai suatu studi kepustakaan, yaitu pendekatan yang menggunakan konsep legis positivis yang menyatakan bahwa hukum adalah identik dengan norma-norma tertulis yang dibuat dan diundangkan oleh lembaga-lembaga atau pejabat yang berwenang.

¹² Bambang, Sutiyoso. *Metode Penemuan Hukum*. (Yogyakarta : UII Press. 2006). h. 11

¹³ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif (tinjauan sosiologis)*, (Yogyakarta : Genta Publishing, 2009), h. xiii

Selain itu konsep ini juga memandang hukum sebagai sistem normatif yang bersifat otonom, tertutup dan terlepas dari kehidupan masyarakat.¹⁴

2. Pendekatan Penelitian

Pendekatan penelitian adalah metode atau cara mengadakan sebuah penelitian agar peneliti mendapatkan informasi dari berbagai aspek untuk menemukan isu yang dicari jawabannya.¹⁵ Sesuai dengan jenis penelitiannya yaitu yuridis normatif, maka Pendekatan penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan Perundang-undangan (*Statute Approach*) dan juga pendekatan Konseptual (*Conceptual approach*).

1. Pendekatan Undang-undang

Pendekatan undang-undang (*Statute approach*), yaitu dengan cara menelaah undang-undang dan regulasi yang berkaitan dengan isu hukum yang sedang diteliti.¹⁶ Dalam hal ini pendekatan dilakukan dengan cara menelaah peraturan undang-undang yang berkaitan dengan kewenangan hakim dan juga peraturan yang mengatur tentang asas *ultra petitem partium*. Penelitian normatif tentu harus menggunakan pendekatan perundang-undangan, karena yang akan diteliti adalah berbagai aturan hukum yang menjadi fokus sekaligus tema sentral suatu penelitian.¹⁷

¹⁴ Ronny, Hanitijo Soemitro, *Metode Penelitian Hukum dan Jurimetri*, (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1988), h. 11.

¹⁵ Suharsimi, Arikunto, *Prosedur Penelitian, : Suatu Pendekatan Praktek* (Jakarta: Rieneka Cipta, 2002), h. 23.

¹⁶ Peter, Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana, 2005), h. 35.

¹⁷ Jhonny, Ibrahim. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. (Malang : BanyuMedia, 2005), h. 248

2. Pendekatan Konseptual

Pendekatan konseptual (*Conceptual approach*) adalah beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum. Dengan mempelajari pandangan-pandangan atau doktrin-doktrin didalam ilmu hukum, peneliti akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum yang relevan dengan isi yang dihadapi.¹⁸ Dalam hal ini pendekatan yang dilakukan adalah dengan menelaah konsep-konsep tentang hukum progresif yang dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo dalam menelaah asas *ultra petitum partium* dalam kaitanya penemuan hukum oleh hakim.

3. Jenis Bahan Hukum

Penelitian hukum normatif tidak mengenal data, sebab dalam penelitian yuridis normatif sumber penelitian diperoleh dari perpustakaan bukan lapangan, sehingga dikenal dengan istilah bahan hukum.¹⁹ Lebih lanjut pada penelitian yuridis normatif bahan hukum terbagi menjadi tiga bagian yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier.²⁰

- a. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mengikat, yaitu peraturan prundang-undangan antara lain : HIR pasal 178 ayat (3), RBg pasal 189 ayat (3), dan Undang-undang nomor 48 tentang

¹⁸ Peter, Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana, 2005), h. 95.

¹⁹ Peter, Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Cet. 6, Jakarta: Kencana, 2010), h. 93.

²⁰ Amirudin & Zainal, Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum* (Cet. III, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006) h.118

kekuasaan kehakiman sebagai bahan yang terkait dengan permasalahan penelitian ini.

- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang bersifat menunjang guna memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer. Dalam hal ini meliputi buku-buku, jurnal, dokumen, internet, literasi dan pendapat para ahli yang berkaitan dengan penelitian ini.
- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus hukum, kamus besar bahasa Indonesia, dan ensiklopedia.

4. Metode Pengumpulan Bahan Hukum

Dalam Penelitian ini metode pengumpulan bahan hukum dilakukan melalui Studi Kepustakaan (*Library Research*), berupa dokumen-dokumen maupun Peraturan Perundang-undangan yang berkaitan²¹ dengan asas *ultra petitem partium* dalam Penemuan hukum oleh hakim dalam perspektif hukum progresif .

5. Metode Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Metode yang digunakan dalam pengolahan dan analisis bahan hukum dalam penelitian ini adalah Kualitatif berdasarkan analisa datanya yang bersifat deskriptif.²² Yaitu suatu Metode Analisis yang mengacu pada suatu masalah tertentu dan dikaitkan dengan pendapat para pakar hukum maupun berdasarkan Peraturan Perundang-undangan yang berlaku. Dalam penelitian ini, analisis yang digunakan adalah dengan menelaah ketentuan asas *ultra petitem Partium* yang

²¹ Bambang, Waluyo,ed II, *Penelitian Hukum Dalam Praktek* . (jakarta : Sinar Grafika,2002) h.2

²²Amirudin & Zainal, Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum* (Cet. III, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006), h. 6.

terdapat dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg yang kemudian di kaitkan dengan teori-teori hukum progresif yang di kemukakan oleh Satjipto Rahardjo.

G. Penelitian Terdahulu

Untuk mengetahui orisinalitas dari penelitian ini, dalam hal ini akan dicantumkan penelitian terdahulu yang satu tema pembahasan guna untuk dijadikan sebagai sebuah perbandingan. Yaitu :

1. Muhammad Chafi "*Perkembangan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Melalui Putusan Yang Bersifat ultra petita*".²³ Di dalam penelitian ini membahas mengenai putusan *ultra petita* yang berada di lingkungan Mahkamah Konstitusi yang berkaitan dengan perkara-perkara yang memang sesuai kewenangan absolut dari Mahkamah Konstitusi seperti halnya sengketa pemilu, pengujian undang-undang dan lain-lain, dan di dalam penelitian ini juga membahas mengenai perkembangan hukum acara yang berada di lingkungan Mahkamah Konstitusi, dan jenis dari penelitian ini adalah Normatif Yuridis, dan didalam penelitian ini juga terdapat potret dari keberlakuan *ultra petita* di dalam Negeri maupun di luar Negeri.
2. Zaitun Ningsih (08210036), "*Reaktualisasi Hukum Islam Munawir Sadzali bidang Kewarisan Ditinjau dari Hukum Progresif*", UIN Malang.²⁴ Di dalam penelitian ini, fokus dari penelitian ini adalah mengenai reaktualisasi hukum islam bidang kewarisan munawir sadzali yang mempunyai kesamaan logika

²³ Muhamad, Chafi. "*Perkembangan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Melalui Putusan Yang Bersifatultra petita*", Skripsi S1. (Malang : Universitas Brawijaya, 2012).

²⁴ Zaitun, Ningsih, "*Reaktualisasi Hukum Islam Munawir Sadzali bidang Kewarisan Ditinjau dari Hukum Progresif*", (Malang: Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.)

dengan bidang ilmu hukum yang diprakarsai oleh Satjipto Rahardjo dengan hukum progresifnya, kesamaan dalam hal ini adalah hukum harus sama-sama mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari para penegak hukum,. Jenis dari penelitian ini adalah normatif (kepuustakaan) dengan menggunakan pendekatan *conceptual approach* (pendekatan konseptual) dengan pengolahan data dan analisis yang digunakan adalah *critical analysis*.

3. Mochamad Fuad Hasan (08210045), “ *Penerapan Metode Penemuan Hukum (Rechtsvinding) oleh hakim pengadilan agama blitar dalam perkara dispensasi nikah* “, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.²⁵ Di dalam penelitian ini, fokus dari bahasan peneliti adalah bagaimana prosedur penemuan hukum dan landasan metodologis penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim pengadilan agama blitar terhadap perkara dispensasi nikah, dengan jenis penelitian yang digunakan adalah jenis penelitian normatif (kepuustakaan) dan analisis yang digunakan adalah deskriptif kualitatif.

²⁵ Mochamad, Fuad Hasan, “ *Penerapan Metode Penemuan Hukum (Rechtsvinding) oleh hakim pengadilan agama blitar dalam perkara dispensasi nikah* “, UIN Malang

Tabel 1
Perbandingan Penelitian Terdahulu

NO	PENULIS	JUDUL	JENIS	FOKUS	HASIL
1	Muhamad Chafi (0810113078)	Perkembangan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Melalui Putusan Yang Bersifat <i>ultra petita</i>	Normatif (Kepustakaan)	Argumentasi Mahkamah Konstitusi melakukan putusan <i>ultra petita</i>	Diperlukan adanya sebyah kerangka berfikir hakim yang jelas dalam menemukan hukum dan pembentukan aturan mengenai <i>ultra petita</i> , hal tersebut dianggap penting untuk mencegah kekhawatiran akan dibatalkannya undang-undang yang telah dibuat oleh DPR dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi.
2	Zaitun Ningsih (08210036)	Reaktualisasi Hukum Islam	Normatif (kepustakaan)	Metode ijtihad yang digunakan Munawir	Metode yang digunakan munawir sadzali adalah metode kaidah fiqh analisis ' <i>urf</i>

		Munawir Sadzali bidang Kewarisan Ditinjau dari Hukum Progresif		Sadzali dalam mereaktualisasikan hukum waris islam di Indonesia	dan metode analisis logis (<i>ta'wil</i>). Dan semua itu bermuara pada satu titik yang sama, yakni menuntut sebuah perubahan demi tercapainya suatu keadilan bagi masyarakat.
3	Mochamad Fuad Hasan (08210045)	Penerapan metode penemuan hukum (<i>rechtviniding</i>) oleh hakim pengadilan agama blitar dalam perkara dispensasi nikah	Normatif (kepustakaan)	Prosedur penemuan hukum (<i>rechtsviniding</i>) dalam pembuatan putusan pada kasus dispensasi nikah oleh hakim pengadilan agama blitar	Penemuan hukum dalam pembuatan putusan dispensasi nikah oleh hakim pengadilan agama blitar meliputi 3 (tiga) tahapan, yaitu konstatir, kualifisir dan konstituir, dan landasan metodologis yang digunakan adalah metode interpretasi, konstruksi hukum, dan masalah mursalah.

Dari beberapa penelitian terdahulu yang sudah dikemukakan tersebut, terdapat perbedaan mendasar dengan penelitian yang dilakukan penulis. Dalam penelitiannya penulis mencoba membahas tentang asas *ultra petitum partium* yang terdapat didalam undang-undang pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg dikaitkan dengan penemuan hukum oleh hakim dalam bingkai perspektif hukum progresif, penulis menggunakan hukum progresif sebagai pisau analisis dalam penelitian ini, yang bertujuan untuk menggali keadilan yang terdapat dalam hukum yang berupa teks-teks.

H. Sistematika Pembahasan

Sistematika pembahasan dalam skripsi ini terdiri dari empat bab, yaitu sebagai berikut :

Bab I merupakan Pendahuluan. Bab ini membahas tentang dasar dari penelitian yang dilakukan, antara lain, latar belakang yang mengupas terkait kegelisahan ilmiah yang melandasi pentingnya penelitian ini dilakukan, rumusan masalah sebagai fokus pembahasan dalam penelitian yang dilakukan, tujuan penelitian yang menjadi output ilmiah yang diharapkan setelah melakukan penelitian, manfaat penelitian yang dapat diperoleh baik manfaat seraca teori maupun praktis, dan sistematika pembahasan laporan penelitian dan juga terdapat penelitian terdahulu. Dalam bab ini juga dipaparkan mengenai Metodologi Penelitian yang digunakan oleh penulis. Karena hasil dari penelitian sangat bergantung kepada metode yang digunakan untuk menghimpun data. Oleh karena penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif, maka metode yang digunakan didasarkan pada hasil telaah pustaka.

Bab II merupakan kajian pustaka, yang membahas tentang kerangka teori yang terdapat dalam karya ilmiah ini, meliputi kedudukan asas *ultra petitem partium* dalam sistem hukum di Indonesia, dan juga membahas tentang penemuan hukum yang meliputi pengertian, sejarah, dan dasar, alasan, serta aliran penemuan hukum, dan juga membahas tentang ruang lingkup yang berkaitan dengan hukum progresif sebagai dasar telaah atas asas *ultra petitem partium* dalam rangka penemuan hukum oleh hakim, yang meliputi pengertian, latar belakang munculnya hukum progresif, konsep dan karakteristik, sumber gagasan hukum progresif.

Bab III merupakan hasil penelitian dan Pembahasan Yang Mengulas Tentang rumusan masalah yang terdapat dalam penelitian ini, diantaranya mengenai eksistensi asas *ultra petitem partium* dalam sistem hukum di Indonesia, dan juga tinjauan hukum progresif terhadap asas *ultra petitem partium* yang termaktub dalam Pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg) sebagai sarana hakim melakukan penemuan hukum.

Bab IV merupakan Penutup. Bab ini merupakan bagian akhir dari laporan penelitian yang memuat tentang dua hal dasar yaitu kesimpulan dan saran. Kesimpulan merupakan uraian singkat tentang jawaban dari permasalahan yang dikaji dengan penyajian poin per-poin sesuai jumlah dari rumusan masalah. Sedangkan bagian saran yang bersifat kritikal akademik kepada pihak terkait, dalam hal ini hakim Pengadilan Agama.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Sistem Hukum Indonesia

Sistem hukum adalah suatu kesatuan susunan, dimana masing-masing unsur yang ada di dalamnya tidak diperhatikan hakikatnya, tetapi dilihat menurut fungsinya terhadap keseluruhan kesamaan susunan tersebut. Sistem hukum yang berlaku di dunia ada bermacam-macam dan memiliki keanekaragaman antara sistem hukum yang satu dengan sistem hukum yang lain. Menurut Eric L. Richard¹ pakar hukum global business dari Indiana University menjelaskan sistem hukum yang utama di dunia (*The world's Major Legal Systems*) sebagai berikut :

1. *Civil law* (Hukum sipil berdasarkan kode sipil yang terkodifikasi). Yang dipraktikkan oleh negara-negara Eropa kontinental termasuk bekas jajahannya. Sistem hukum ini berakar dari hukum Romawi (*Roman law*).

¹ Suherman, Ade Maman. *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 2004) h.21

2. *Common Law* (Hukum yang berdasarkan kebiasaan berdasarkan preseden atau judge made law. Sistem hukum ini dipraktikkan di negara *Anglo Saxon*, seperti Inggris dan Amerika.
3. *Islamic law* (Hukum Islam), hukum yang berdasarkan syariah Islam yang bersumber dari Al-qur'an dan Hadist.
4. *Socialist law*, sistem hukum yang dipraktikkan di negara-negara sosialis.
5. *Sub-Saharan Africa*, sistem hukum yang dipraktikkan di negara Afrika yang berada di sebelah selatan gurun Sahara.
6. *Far East*, sistem hukum ini merupakan sistem hukum yang kompleks yang merupakan perpaduan antara sistem *civil law*, *common law* dan hukum islam sebagai basis fundamental masyarakat.

Namun Secara umum yang diketahui oleh masyarakat luas, hanya ada dua sistem hukum yang dikenal di dunia, yakni, yang pertama sistem hukum *Civil Law* dan sistem hukum *Common Law*. Perbedaan tersebut didasarkan pada bagaimana hukum diproduksi dan dijalankan. Perbedaan penting lain diantara keduanya adalah bahwa dalam sistem hukum *civil law*, hukum dikembangkan secara akademis (melalui universitas), sedangkan sistem hukum *common law* dikembangkan lewat praktik.²

Walaupun diantara kedua sistem hukum tersebut sudah tidak ada pemisahan yang tegas, Indonesia sering dikategorikan menganut sistem hukum

² Palma, Alvon Kurnia. *Panduan Bantuan Hukum di Indonesia*, (Jakarta : Yayasan Obor Indonesia, 2014) h. 18

civil law. Kategori ini didasarkan pada proses pembentukan hukum di Indonesia yang dilakukan oleh lembaga legislatif dan eksekutif. Sedangkan pada sistem hukum common law proses pembentukan hukumnya adalah dari kasus ke kasus, atau hakim disini mempunyai fungsi *judge made law*. Sedangkan dalam sistem hukum civil law hakim hanya mempunyai fungsi sebagai corong undang-undang atau *la bouche de la loi*.

Secara umum kita dapat membagi hukum yang berlaku di Indonesia menjadi empat kategori besar, yakni sebagai berikut : yang pertama hukum perdata, kedua hukum pidana, ketiga hukum tata negara, keempat hukum administrasi negara.

Sedangkan sumber hukum yang digunakan dalam sistem hukum di Indonesia yakni ada dua macam sumber hukum yakni sebagai berikut, *pertama* sumber hukum formil, adalah sumber hukum yang berasal dari seluruh peraturan perundang-undangan di Indonesia, dan *kedua* sumber hukum materil, adalah kaidah-kaidah yang secara materi dapat dikatakan sebagai hukum, akan tetapi secara formal belum atau tidak berbentuk peraturan perundang-undangan.³

B. Asas *ultra petitem partium* dalam sistem hukum di Indonesia

1. Pengertian asas

Menurut terminologi bahasa, kata asas berasal dari bahasa Arab, () *asasun*. Yang berarti dasar, fundamen, pondasi.⁴ Dalam kamus besar

³ Palma, Alvon Kurnia. *Panduan Bantuan Hukum di Indonesia*, (Jakarta : Yayasan Obor Indonesia, 2014) h. 19-20

⁴ Muhammad, Daud Ali. *Hukum Islam* (Jakarta : PT.Raja Grafindo Persada, 2007), h.126

bahasa Indonesia, kata azas diartikan sebagai suatu tumpuan berpikir atau berpendapat.⁵ Karena itu menurut Yahya Harahap,⁶ dalam konteks asas hukum peradilan, suatu asas hukum menjadi fundamen atau acuan umum bagi pengadilan dalam menyelesaikan perkara, sehingga putusan majelis hakim memiliki sendi dan norma yang kuat untuk mewujudkan tujuan hukum yang diharapkan oleh para pihak yang berperkara. Jika asas dihubungkan dengan hukum, maka 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.⁷ Jadi, peraturan konkrit seperti undang-undang tidak boleh bertentangan dengan asas hukum, demikian pula dalam putusan hakim, pelaksanaan hukum dan sistem hukum.⁸

Apabila dalam sistem hukum terjadi pertentangan, maka asas hukum akan tampil dalam menghadapi pertentangan tersebut. Misalnya terjadi pertentangan antara satu undang-undang dengan undang-undang yang lainnya, maka harus kembali melihat asas hukum sebagai prinsip dasar yang mendasari suatu peraturan hukum yang berlaku secara *universal*. Begitu pula, jika berbicara tentang konteks sosial, berarti konsep-konsep dan asas hukum senantiasa lahir sebagai hasil pemikiran masyarakat tertentu.⁹ Menurut van Eikema Hommes, asas hukum tidak boleh dianggap sebagai norma-norma hukum yang kongkret, akan

⁵ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Cet. II; (Jakarta: Balai Pustaka, 1989), h. 52.

⁶ Yahya, Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Hukum Acara Peradilan Agama*, Cet. II; (Jakarta: PT Garuda Metro Politan Press, 1993), h. 37.

⁷ Muhammad Daud Ali. *Hukum Islam* (Jakarta : PT.Raja Grafindo Persada, 2007), h.126

⁸ Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum* cet I, (Bogor : Ghalia Indonesia 2011), h.109

⁹ Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum* cet I, (Bogor : Ghalia Indonesia 2011), h.109

tetapi perlu dipandang sebagai dasar-dasar umum atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku. Pembentukan hukum praktis perlu berorientasi pada asas-asas hukum tersebut. Dengan kata lain asas hukum ialah dasar-dasar atau petunjuk arah dalam pembentukan hukum positif.¹⁰

Selanjutnya, The Liang Gie berpendapat bahwa asas adalah suatu dalil umum yang dinyatakan dalam istilah pelaksanaannya, yang diterapkan dalam serangkaian perbuatan untuk menjadi petunjuk yang tepat bagi perbuatan itu¹¹

Asas-asas hukum (*rechtsbeginsellen-legal principles-principles of law*) bukanlah peraturan hukum konkrit, melainkan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari “hukum positif “ yang ada didalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan.¹² Asas hukum (*rechtsbeginsellen*) merupakan salah satu bagian dari kaidah hukum. Asas hukum bersifat umum dan abstrak, sehingga ia menjadi ruh dan spirit dari suatu undang-undang. Pada umumnya asas hukum itu berubah mengikuti kaidah hukumnya, sedangkan kaidah hukum akan berubah mengikuti perkembangan masyarakat, jadi bisa terpengaruh oleh ruang dan waktu.¹³

Dari situlah hukum positif memperoleh makna hukumnya. Didalamnya terdapat kriterium yang dengannya kualitas dari hukum itu dapat dinilai, hukum

¹⁰ Dikutip oleh Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta : Universitas Atmajaya, 2010), h. 42

¹¹ Dikutip oleh Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta : Universitas Atmajaya, 2010), h. 42

¹² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta : Universitas Atmajaya, 2010), h. 43

¹³ Bambang, Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, cet 2. (Yogyakarta : UII Press 2007), h.107

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

2. Pembagian asas

a. Bersifat umum

Asas hukum bersifat umum asas hukum yang berhubungan dengan seluruh bidang hukum, seperti asas *restitution in integrum*, asas *lex posteriori derogate legi priori*, asas bahwa apa yang lahirnya tampak benar, untuk sementara harus dianggap demikian sampai diputus (lain) oleh pengadilan.

b. Bersifat khusus

Asas hukum khusus berfungsi dalam bidang yang lebih sempit seperti dalam bidang hukum perdata, hukum pidana, dan sebagainya, yang sering merupakan penjabaran dari asas hukum umum, seperti asas *pacta sunt servanda*, asas konsensualisme, dan asas praduga tak bersalah.

Asas yang dimaksud dalam penelitian ini adalah asas undang-undang yang bersifat *ultra petitum partium*, yang mana nilai-nilai dari asas tersebut terkandung dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang kewenangan hakim, yaitu terdapat pada pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg, bahwasanya didalam kedua peraturan tersebut memberikan batasan-batasan kepada hakim yang dalam kewenangannya melakukan sebuah upaya penemuan hukum terhadap suatu perkara yang sedang di hadapinya, karena bunyi dari kedua pasal tersebut adalah “*ia dilarang memberikan menjatuhkan keputusan atas perkara yang tiada dituntut, atau akan meluluskan lebih dari apa yang*

diminta". Konkretnya hakim dilarang memberikan putusan melebihi dari apa yang menjadi dalih gugatan.¹⁴

3. Pengertian asas *ultra petitum partium*

Ultra petitum partium adalah istilah hukum yang terdiri dari dua suku kata yaitu *ultra* dan *petitum partium* atau dengan nama lain *petita*. Kata *ultra* memiliki arti sangat, ekstrim, dan lebih (berlebih-lebihan), sedangkan kata *petitum* mempunyai arti permohonan, tuntutan, gugatan (surat gugatan), yaitu dimulai dengan menggunakan dalil-dalil dan diakhiri dengan mengajukan tuntutan (*petitum*).¹⁵

Ultra petitum partium dalam hukum formil mengandung pengertian sebagai penjatuhan putusan atas perkara yang tidak dituntut atau mengabulkan lebih daripada yang diminta. Ketentuan ini berdasarkan pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg, yang berbunyi "*ia tidak diizinkan menjatuhkan keputusan atas perkara yang tidak digugat, atau memberikan lebih dari pada yang digugat*".¹⁶ Sedangkan, *ultra petitum partium* menurut I.P.M. Ranuhandoko adalah melebihi yang diminta.¹⁷

Asas *ultra petitum partium* diatur dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg, yang menentukan bahwa hakim dalam memberikan putusan tidak boleh mengabulkan melebihi tuntutan yang dikemukakan dalam gugatan.

¹⁴ Melarang hakim untuk menjatuhkan keputusan atas perkara yang tidak digugat atau meluluskan yang lebih daripada yang diguguat, seperti misalnya apabila seorang penggugat dimenangkan di dalam perkaranya untuk membayar kembali uang yang dipinjam oleh lawannya, tetapi ia lupa untuk menuntut agar supaya tergugat dihukum pula untuk membayar bunganya, maka hakim tidak diperkenankan menyebutkan dalam putusannya supaya yang kalah itu membayar bunga atas uang pinjaman itu. Lihat dalam R. Soesilo, *RIB/HIR dengan Penjelasan*, (Bogor : Politeia, 1995), h. 131

¹⁵ Martinus Sahrani dan Ilham Gunawan, *kamus hukum*, cet 1 (Jakarta : Restu Agung 2002), h. 154

¹⁶ R. Soesilo, *RIB/HIR dengan Penjelasan*, (Bogor : Politeia, 1995), h. 131

¹⁷ I.P.M. Ranuhandoko, *Terminologi Hukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2000), h.522.

Menurut Yahya Harahap, hakim yang mengabulkan tuntutan melebihi posita maupun *petitum* gugatan, dianggap telah melampaui wewenang atau *ultra vires*, yakni bertindak melampaui wewenangnya. Apabila putusan mengandung *ultra petitum partium*, maka putusan tersebut harus dinyatakan cacat meskipun hal itu dilakukan hakim dengan itikad baik (*good faith*) maupun sesuai dengan kepentingan umum (*public interest*).¹⁸

Namun, menurut Mertokusumo, dengan mendasarkan pada Putusan Mahkamah Agung tanggal 4 Februari 1970, Pengadilan Negeri boleh memberi putusan yang melebihi apa yang diminta dalam hal adanya hubungan yang erat satu sama lainnya. Dalam hal ini asas *ultra petitum partium* tidak berlaku secara mutlak sebab hakim dalam menjalankan tugasnya harus bertindak secara aktif dan selalu harus berusaha agar memberikan putusan yang benar-benar menyelesaikan perkara.¹⁹

C. Penemuan Hukum

1. Sejarah penemuan hukum

Seperti 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.²⁰ Hukum

¹⁸ Yahya, Harahap, *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), h. 801.

¹⁹ Sudikno, Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 1993), h. 802.

²⁰ Asas konkordansi adalah asas yang melandasi untuk diberlakukannya hukum eropa atau belanda pada masa itu untuk diberlakukan juga kepada bangsa pribumi atau Indonesia. Sehingga hukum eropa yang diberlakukan kepada pihak belanda pada masa itu, dikenai juga oleh bangsa Indonesia. Sehingga jelas asas konkordansi adalah satu asas pemberlakuannya hukum belanda pada masa itu kepada bangsa pribumi yaitu bangsa Indonesia. Lihat dalam peraturan ketatanegaraan di indonesia pada zaman pemerintahan belanda ("*indonesische staatsregeling*", disingkat isr.) pasal 131 ayat 2b.

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 hakim Indonesia dalam memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara, termasuk pula didalamnya mengenai masalah penemuan hukum, dipengaruhi oleh sistem hukum *civil law* tersebut.

Karakteristik sistem hukum *civil law* ditandai dengan adanya suatu kodifikasi atau pembukuan hukum atau undang-undang dalam suatu kitab (*code*). Dalam suatu kodifikasi dihimpun sebanyak-banyaknya ketentuan-ketentuan hukum yang disusun secara sistematis. Adanya suatu kodifikasi tidak menutup kemungkinan juga untuk dibuatnya suatu undang-undang tersendiri mengenai delik-delik tertentu, dalam kodifikasi undang-undang hukum pidana jika dipandang hal itu memang diperlukan.²¹

Begitu pula halnya dengan 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 *Burgerlijke Wetboek* (BW) dan *Wetboek van Koophandel* (WvK) yang berasal

²¹ Sebelum tanggal 1 Januari 1918, di Indonesia (yang kala itu masih bernama Hindia Belanda) berlaku dua WvS (*Wetboek van Strafrecht*) yaitu yang pertama, WvS tahun 1866 yang diberlakukan pada tanggal 1 Januari 1867, yang berlaku untuk golongan Eropa, yang merupakan kodifikasi dari WvS negeri Belanda, dan yang kedua adalah WvS yang diberlakukan pada tanggal 1 Januari 1873, yang diberlakukan khusus untuk golongan pribumi dan timur asing, di mana keduanya selaras dengan Code pénal Prancis. Kemudian pada 1 Januari 1918, pemerintah kolonial Belanda menghapuskan dualisme tersebut dan diadakan unifikasi terhadap ketentuan hukum pidana, yaitu dengan memberlakukan *Wetboek van Strafrecht Voor Nederlands Indië* sebagai satu-satunya ketentuan hukum pidana yang berlaku di Hindia Belanda, dan kemudian setelah Indonesia merdeka, maka berdasarkan pasal II aturan peralihan UUD 1945 dan UU No. 1 Tahun 1946 dinyatakan bahwa WvS tersebut diberlakukan diseluruh wilayah Indonesia (lihat pada S.R Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan penerapannya*, (Jakarta : 1986), h. 44.

dari zaman kolonial Belanda, yang merupakan kodifikasi dari ketentuan serupa yang berlaku di Negara Belanda.

Sistem hukum *civil law* mengatur 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 Montesqueiu 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 menambah dan tidak dapat pula menguranginya.²² 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 husus), misalnya barang siapa yang 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 yang *typis logistic*, yang mendasarkan pada

²² Sudikno, Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cet 5(Liberty : Yogyakarta, 2007), h.40

aspek logis analitis. Penemuan hukum disini dianggap sebagai kejadian yang teknis dan kognitif, yang mengutamakan undang-undang yang tidak diberi tempat pada pengakuan subjektifitas atau penilaian. Oleh Wiarda penemuan hukum ini disebut sebagai penemuan hukum heteronom, karena hakim hakim mendasarkan pada peraturan-peraturan di luar dirinya, jadi hakim tidak mandiri karena harus tunduk pada undang-undang.²³

Teori hukum heteronom ini, pada tahun 1850 tidak dapat dipertahankan lagi dengan munculnya teori penemuan hukum mandiri (otonom). Didalam teori ini hakim tidak lagi diposisikan sebagai corong undang-undang melainkan juga sebagai pembentuk undang-undang, yang mana dalam melaksanakan tugasnya ia bebas menggunakan pandangan-pandangan sendiri dalam memutus suatu perkara, pemerkasa teori ini adalah Oskar Bulow dan Eugen Ehrlich di Jerman, Francois Geny di Prancis, Oliver Wendel Holmes dan Jerome Frank di Amerika Serikat, serta Paul Scholten di Belanda.²⁴

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, di mana asas yang merupakan dasar undang-undang dijabarkan lebih lanjut dan di konkretisasi. Oleh karena itu diakui bahwa dalam hal kekosongan atau ketidakjelasan undang-undang hakim mempunyai tugas sendiri, yaitu memberi pemecahan dengan menafsirkan undang-

²³ Sudikno, Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cet 5 (Liberty : Yogyakarta, 2007), h.42

²⁴ Sudikno, Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 1993) h. 12

undang sehingga dapat menghasilkan suatu penemuan hukum baru dalam suatu perkara yang dihadapkan padanya.²⁵

2. Pengertian penemuan hukum

Sebagaimana uraian sejarah penemuan hukum diatas, bahwa kegiatan yang dilakukan oleh manusia dalam kehidupannya sehari-hari sangatlah luas cakupannya, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin rasanya semua kegiatan yang dilakukan oleh manusia dapat tercakup secara utuh dan sempurna dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Oleh karena itu, tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kegiatan yang dilakukan oleh manusia dalam kehidupannya, Oleh karenanya hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dicari dan di ketemukan.²⁶

Karena undang-undang tidak lengkap atau tidak jelas, maka hakim harus mencari atau menemukan hukumnya (*rechtsvinding*). Penemuan hukum menurut Sudikno Mertokusumo, adalah 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.²⁷

Pada dasarnya hakim selalu dihadapkan pada peristiwa konkret, konflik atau kasus yang harus diselesaikan atau dicari pemecahannya dan untuk itulah perlu dicarikan hukumnya. Menurut Utrecht, penemuan hukum adalah, apabila

²⁵ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cet 5(Liberty : Yogyakarta, 2007), h.43

²⁶ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cet 5(Liberty : Yogyakarta, 2007), h.37

²⁷ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h. 4

terjadi suatu peraturan perundang-undangan belum jelas atau belum mengaturnya, hakim harus bertindak berdasarkan inisiatifnya sendiri untuk menyelesaikan perkara tersebut. hakim harus berperan untuk menentukan apa yang merupakan hukum, sekalipun peraturan perundang-undangan tidak dapat membantunya.²⁸

Sedangkan penemuan hukum menurut Paul Scholten adalah sesuatu yang lain dari pada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya. Kadang-kadang dan bahkan sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analogi ataupun *rechsverwijning*.²⁹

Penemuan hukum menurut Amir Syamsudin adalah 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 tersebut dapat diterima dan dipertanggungjawabkan dalam ilmu hukum.³⁰

Hakim dituntut untuk memilih aturan hukum yang akan ditetapkan, kemudian menafsirkannya untuk menentukan atau menemukan suatu bentuk perilaku yang tercantum dalam aturan itu serta menemukan pula kandungan maknanya guna menetapkan penerapannya. Dengan demikian, melalui penyelesaian perkara konkret dalam proses peradilan dapat terjadi juga penemuan

²⁸ Utrecht, *Pengantar Hukum Indonesia* (Jakarta : Ichtiar, 1983), h. 248

²⁹ Achmad, Ali *Menguak Tabir Hukum (suatu kajian filosofis dan sosiologis)* (Jakarta : Chandra Pratama, 1993)h. 146

³⁰ Amir, Syamsudin, *Penemuan Hukum Ataukah perilaku Chaos*, dalam sudikno mertokusumo, *Penemuan Hukum sebuah pengantar* (Yogyakarta : Liberty , 2007) h. 37

hukum.³¹ Didalam sistem hukum Indonesia badan peradilan mempunyai peran yang penting dalam hal penemuan hukum, sehingga penemuan hukum oleh hakim dapat menjadi sebuah produk hukum baru yang setara dengan undang-undang, yang apabila nantinya putusannya di ikuti oleh hakim lain, maka putusannya tersebut menjadi yurisprudensi.³²

Senada dengan hal tersebut, di dalam Islam penemuan hukum dikenal dengan istilah (اجتهاد) *Ijtihad*, Jikalau ditinjau dari segi etimologi, kata *Ijtihad* merupakan bentuk masdar dari kata (جهاد) *jahada* yang berarti (Kekuatan, kemampuan, kesanggupan).³³ Kata *Ijtihad* berarti بذل ما فى وسعه (pengerahan seluruh kekuatan, kemampuan, kesanggupan).³⁴ Sedangkan secara terminologis, ‘Abd al Wahab Khallaf mendefinisikan *ijtihad* sebagai pengerahan daya upaya untuk sampai kepada hukum syara’ dari dalil yang terinci, dengan bersumber dari dalil-dalil syara’.³⁵ Dari definisi tersebut, tergambar bahwa proses *ijtihad* merupakan suatu proses pemikiran yang sungguh-sungguh dan mendalam terhadap suatu bentuk permasalahan.

Dalam perspektif hukum modern, posisi *ijtihad* sangatlah penting, mengingat berbagai permasalahan baru yang muncul sedangkan nash Al-Qur’an

³¹ B. Arief Shidharta, *Peranan Praktisi Hukum dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, (bandung : Unpad, 1999), h. 17

³² Menurut Prof. Soebekti, yang dimaksud dengan yurisprudensi adalah putusan-putusan hakim atau pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap dan di benarkan oleh Mahkamah Agung sebagai pengadilan Kasasi, atau putusan Mahkamah Agung sendiri yang sudah berkekuatan hukum tetap (dapat dilihat pada Achmad Kamil dan M. Fauzan, *Kaidah-kaidah Hukum Yuroisprudensi*, (Jakarta : Prenada Media, 2004), h. 12

³³ Ahmad Warson Munawwir, *al-Munawwir Kamus Arab-Indonesia Terlengkap*, (Surabaya: Pustaka Progresif, 1997), h. 1558

³⁴ Abdul Fatah Idris, *Istinbath Hukum Ibnu Qayyim* (Semarang: Pustaka Zaman, 2007)

³⁵ ‘Abd al Wahab Khallaf, *‘Ilmu Ushul al Fiqh, al Majlis al A’la al Indunisi li al Da’wah al Islamiyah*, (Jakarta, 1972).h. 216.

dan Hadits sebagai sumber hukum Islam sangatlah terbatas, sehingga terdapat tuntutan untuk menggali hukum berdasarkan prinsip-prinsip dalam Al-Qur'an dan Hadits. Maka dari itu, pintu *ijtihad* sewajarnya tidak tertutup, apalagi dengan alasan bahwa produk ulama mujtahid dan salaf telah mampu menjawab setiap tantangan zaman dan berbagai permasalahan kontemporer, tetapi pintu *ijtihad* harus dibuka selebar-lebarnya agar dapat menjawab setiap tantangan zaman.

Ijtihad tidak bisa dilakukan oleh sembarang orang. Ada beberapa kriteria kemampuan yang harus dipenuhi oleh setiap orang yang akan ber*ijtihad* : *pertama*, mengetahui dan memahami makna ayat-ayat hukum yang terdapat dalam Al-Qur'an dan al-Hadits. *Kedua*, mengetahui bahasa Arab. *Ketiga*, mengetahui metodologi *qiyas* dengan baik. *Keempat*, mengetahui *nasikh* dan *mansukh*. *Kelima*, mengetahui kaidah-kaidah ushul dengan baik dan dasar-dasar pemikiran yang mendasari rumusan-rumusan kaidah tersebut. *Keenam*, mengetahui *maqashid al-ahkam*.³⁶

Salah satu prinsip penting yang harus dipenuhi oleh seorang mujtahid ketika melakukan proses *ijtihad* adalah mengetahui dan memahami *maqashid al syari'ah*³⁷. Dalam salah satu tulisannya, Abdul Muqit Ghazali mendefinisikan *maqashid al syari'ah* sebagai sumber dari segala sumber dalam Islam, termasuk sumber dari Al-Qur'an itu sendiri. Oleh karena itu, sekiranya ada satu ketentuan

³⁶ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006), h. 162-163.

³⁷ Secara bahasa *Maqashid Syari'ah* terdiri dari dua kata yaitu *Maqashid* dan *Syari'ah*. *Maqashid* berarti kesengajaan atau tujuan, *Maqashid* merupakan bentuk jama' dari *maqsud* yang berasal dari suku kata *Qashada* yang berarti menghendaki atau memaksudkan, *Maqashid* berarti hal-hal yang dikehendaki dan dimaksudkan. Sedangkan *Syari'ah* secara bahasa berarti Jalan menuju sumber air. Jalan menuju sumber air dapat juga diartikan berjalan menuju sumber kehidupan. Lihat dalam Ahmad, Qorib, *Ushul Fikih 2*, Cet. II, (Jakarta: PT. Nimas Multima, 1997), h. 170

baik di dalam Al-Qur'an maupun Hadits yang bertentangan secara substantif terhadap *maqashid al syari'ah*, maka ketentuan tersebut mesti direformasi. Ketentuan tersebut harus batal atau dibatalkan demi logika *maqashid al syari'ah*.³⁸ Secara tidak langsung, Muqsih Ghazali mencoba memposisikan *maqashid al syari'ah* sebagai sumber hukum Islam diatas Al-Qur'an dan Hadits.

Titik tekan yang diberikan dalam perspektif 'Abd Muqsih Ghazali tentang *maqashid al syari'ah* diatas adalah bahwasanya *maqashid al syari'ah* merupakan inti dari totalitas ajaran Islam.³⁹ Seluruh ajaran hukum syari'ah selalu dimaksudkan untuk kepentingan dan kebaikan hidup umat manusia. Hal inipun senada dengan apa yang dikatakan oleh Ibnu 'Asyur bahwa semua hukum syari'ah tentu mengandung maksud dari tujuan syari', yakni hikmah, kemaslahatan, dan manfaat,⁴⁰ dan bahwa tujuan umum syari'at adalah menjaga keteraturan umat dan kelanggengan kemaslahatan hidup mereka.⁴¹

Dengan adanya pemahaman yang komprehensif tentang *maqashid al syari'ah*, harapannya dapat turut serta merevitalisasi peran *maqashid al syari'ah* sebagai suatu pendekatan dalam berijtihad (*maqashid based ijtihad*). Walaupun ijtihad dengan model pendekatan ini belum mencapai suatu metodologi yang utuh, tetapi sebagai orang pertama yang menjadikan pemahaman yang baik atas

³⁸ Abdul Muqsih Ghazali, *Islam Negara & Civil Society: Gerakan dan Pemikiran Islam Kontemporer* (Jakarta: Paramadina, 2005), h. 356.

³⁹ Abdul Muqsih Ghazali, *Islam Negara & Civil Society: Gerakan dan Pemikiran Islam Kontemporer* (Jakarta: Paramadina, 2005), h. 356.

⁴⁰ Ibnu 'Asyur, *Maqashid al Syari'ah al Islamiyyah*. h. 246, 405. Lihat Juga dalam Achmad Imam Mawardi, *Fiqh Minoritas*, h. 182

⁴¹ Ibnu 'Asyur, *Maqashid al Syari'ah al Islamiyyah*. h. 273

maqashid al syari'ah sebagai syarat menjadi mujtahid.⁴² Telah menjadi pondasi dasar yang kuat proses peralihan *ushul al fiqh* klasik yang menekankan pada dominasi teks menuju *ushul fiqh* yang menekankan pada aspek *maqashid al syari'ah* dalam proses *istinbath al hukm* (penetapan hukum).

Dari segi perkembangannya kajian *maqashid al syari'ah* ini mengalami proses metamorphosis sempurna oleh hadirnya al Syatibi yang telah dikukuhkan oleh sejarah sebagai pendiri ilmu *maqashid al syari'ah*. Sampai saat ini, tak seorang pun yang membahas *maqashid al syari'ah* tanpa menyebut al Syathibi, sehingga seakan *maqashid al syari'ah* adalah identik dengan namanya.⁴³ Seharusnya *maqashid al syari'ah* harus didikotomikan dengan al Syathibi agar nantinya pemahaman terhadap *maqashid al syari'ah* tidak hanya terikat dengan apa yang dipahaminya melainkan selalu mengalami pengertian yang komprehensif.

Menurut Jasser Auda,⁴⁴ ada tiga hal yang telah disumbangkan oleh al Syatibi dalam mereformasi *maqashid al syari'ah*, pertama, pergeseran *maqashid al syari'ah* dari *unrestricted interest* (kepentingan yang tidak terbatas dengan jelas) ke *fundamentals of law* (poin inti atau dasar hukum). *Maqashid al syari'ah*

⁴² Ahmad al Rasyuni, *Imam al Syatibi's Theory of The Higher Objectives and Intens of Islamic Law*, h. 326. Al Syatibi menyatakan bahwa derajat ijtihad hanya bisa diperoleh oleh orang yang memiliki dua karakter: pertama adalah memahami *maqashid al syari'ah* secara sempurna dan, kedua, melaksanakan proses *istinbath hukum* Islam dengan mendasarkan pada pemahamannya atas *maqashid al syari'ah* itu sendiri. Lihat, al Syathibi, *al Muwafaqat*, h. 784. Dari sinilah kemudian muncul istilah ijtihad atas dasar *maqashid al syari'ah* based ijtihad, sebuah istilah yang dikenalkan oleh al Rasyuni dalam buku tersebut di atas. Kesimpulan yang menyatakan bahwa al Syathibi adalah orang pertama yang menjadikan pemahaman *maqashid al syari'ah* sebagai syarat ijtihad adalah didasarkan pada pandangan "Abd Allah Darraz yang memberikan pengantar pendahuluan pada kitab al Muwafaqat. Lihat Juga keterangan Ahmad Imam Mawardi, *Fiqih Minoritas*, Yogyakarta: LKiS, 2010. h. 210-211

⁴³ Ahmad Imam Mawardi, *Fiqih Minoritas*, Yogyakarta: LKiS, 2010. h. 193.

⁴⁴ Jasser Auda, *Maqashid al Syari'ah as Philosophy of Islamic Law A System Approach*, h. 20-21

yang pada masa masa sebelumnya dianggap sebagai bagian yang tidak jelas dan tidak dianggap sebagai sesuatu yang fundamental dibantah oleh al Syatibi dengan pernyataan bahwa justru *maqashid al syari'ah* merupakan landasan dasar agama, hukum, dan keimanan (*ushul al din, wa qawa'id al syari'ah wa kulliyah al millah*). Kedua, pergeseran dari *wisdom behind ruling* (kebijakan atau hikmah di balik aturan hukum) ke *bases for the ruling* (dasar bagi pengaturan hukum). Menurutnya, *maqashid al syari'ah* itu bersifat fundamental dan universal (*kulliyah*) sehingga tidak bisa dikalahkan oleh yang *juz'iyah* (parsial). Pandangan seperti ini berbeda dengan pandangan tradisional termasuk madzhab Maliki, yang diikuti oleh al Syathibi sendiri, yang menyatakan bahwa bukti-bukti *juz'iyah* didahulukan daripada bukti bukti universal. Lebih jauh lagi, al Syathibi menjadikan ilmu *maqashid al syari'ah* sebagai syarat sahnya ijtihad dalam segala level.

3. Alasan penemuan hukum oleh hakim

Undang-undang sebagaimana kaidah pada umumnya, berfungsi untuk melindungi kepentingan manusia, sehingga harus dilaksanakan atau ditegakkan. Undang-undang harus diketahui oleh umum, tersebar luas dan harus jelas, karena kejelasan dari undang-undang sangat penting untuk hakim dalam menemukan hukum atas suatu perkara yang sedang ditanganinya. Akan tetapi kegiatan yang dilakukan oleh manusia sangat luas dan tidak terhitung jumlah jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu peraturan perundang-undangan secara tuntas

dan jelas.⁴⁵ Karena undang-undang tidak jelas dan tidak lengkap, maka harus dicari dan diketemukan hukumnya, dengan memberikan penjelasan, penafsiran atau melengkapi peraturan perundang-undangannya.⁴⁶

Oliver Wonder Holmes dan Jerome Frank, menentang pendapat bahwa hukum yang ada 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 materiil yang menurut sifatnya tidak logis dan lebih mendasarkan pada pengalaman dan penilaian yuridis daripada mendasarkan pada akal yang abstrak.⁴⁷

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 peristiwa tersebut. Peristiwa hukumnya harus dicari lebih dahulu daripada peristiwa konkretnya, kemudian undang-undangnya ditafsirkan untuk dapat diterapkan.⁴⁸

Setiap undang-undang bersifat statis dan tidak dapat mengikuti perkembangan kemasyarakatan, sehingga menimbulkan ruang kosong yang perlu diisi. Tugas mengisi ruang kosong itulah yang dibebankan kepada para hakim dengan melakukan penemuan hukum dengan melalui metode interpretasi atau

⁴⁵ Sudikno, Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cet 5(Liberty : Yogyakarta, 2007), h.37

⁴⁶ Pontang, Moerod, *Pembentukan Hukum Melalui Putusan Pengadilan dalam Perkara Pidana* (Bandung : Alumni, 2005), h. 86

⁴⁷ Achmad Ali. *Menguak Tabir Hukum*. (Bogor : Ghalia Indonesia, 2001), h. 153

⁴⁸ Sudikno, Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h. 12

konstruksi dengan syarat bahwa dalam menjalankan tugasnya tersebut, para hakim tidak boleh memperkosa maksud dan jiwa undang-undang atau tidak boleh bersikap sewenang-wenang.⁴⁹

Hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutuskan suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, pertama-tama harus menggunakan hukum tertulis terlebih dahulu, yaitu peraturan perundang-undangan, tetapi kalau peraturannya tidak mencakup atas permasalahan yang sedang dihadapinya, maka barulah hakim akan mencari dan menemukan hukumnya dari sumber-sumber yang lain.

4. Aliran penemuan hukum oleh hakim

Keberadaan hukum baru terasa saat adanya suatu persengketaan dan saran terahir untuk menyelesaikan suatu persengketaan hukum itu adalah melalui pranata pengadilan yang berwujud pada putusan hakim. Dapat dikatakan bahwa hukum itu berawal dan berahir pada putusan yang dijatuhkan oleh hakim.⁵⁰

Ada beberapa aliran pemikiran dalam ilmu hukum yang berkaitan dengan penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim, yaitu sebagai berikut :

a. Aliran Legisme/Positivisme Hukum

Aliran ini lahir sebagai reaksi atas ketidak seragaman hukum kebiasaan pada abad 19 dengan jalan kodifikasi dengan menuangkan hukum secara lengkap dan sistematis dalam kitab undang-undang.⁵¹ Aliran ini menegaskan bahwa satu-

⁴⁹ Andi, Zaenal Abidin, *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, (Bandung : Alumni, 1984), h. 33

⁵⁰ Achmad, Ali, *Menguk Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*,(Jakarta: Chandra Pratama, 2002), h. 142

⁵¹ Utrecht, *Pengantar Hukum Indonesia* (Jakarta : Ichtiar, 1983), h. 9

satunya sumber hukum adalah undang-undang, yang dianggap cukup jelas dan lengkap yang berisi semua jawaban terhadap persoalan hukum sehingga hakim hanyalah berkewajiban menerapkan peraturan hukum pada peristiwa konkrit dengan bantuan penafsiran gramatikal.⁵²

b. Aliran Madzhab Historis

Aliran ini di populerkan oleh Friedrich Carl von Savigny (1779-1861),⁵³ madzhab historis ini lahir pada abad ke 20, berawal disadari bahwa Undang-undang dirasa tidak lengkap, nilai-nilai yang dituangkan tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat, dan apabila kondisi yang seperti ini dipertahankan maka akan terjadi kekosongan hukum. Inti dari ajaran ini adalah bahwa hukum itu merupakan cerminan dari jiwa rakyat, dan “Hukum itu tumbuh bersama-sama dengan kekuatan dari rakyat, dan pada ahirnya ia mati jika bangsa itu kehilangan kebangsaannya”.

c. *Begriffsjurisprudenz*

Menurut aliran ini bahwa sekalipun benar undang-undang itu tidak lengkap, namun undang-undang dapat menutupi kekurangannya sendiri, karena undang-undang memiliki daya meluas. Hukum dipandang sebagai suatu sistem tertutup dimana pengertian hukum bukan sebagai sarana akan tetapi sebagai tujuan.⁵⁴ Aliran ini beranggapan karena ketidak mampuan dari para legislator

⁵² Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h. 42

⁵³ Teguh, Prasetyo dan Abdul, Halim B, *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum studi pemikiran ahli hukum sepanjang zaman*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar,2007), h.111

⁵⁴ Achmad, Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*,(Jakarta: Chandra Pratama, 2002), h. 105-106

dalam meremajakan undang-undang pada waktunya merupakan alasan dasar untuk memberi peran yang lebih aktif kepada hakim untuk menyesuaikan undang-undang pada keadaan yang baru.

Aliran ini lebih memberikan kebebasan kepada hakim ketimbang aliran legisme, hakim tidak perlu terikat pada bunyi undang-undang, dia dapat mengambil argumentasinya dari peraturan-peraturan hukum yang tersirat dalam undang-undang. Dengan demikian lebih bersandar kepada ilmu hukum.

d. *Interessenjurisprudenz*

Aliran ini berpendapat bahwa undang-undang jelas tidaklah lengkap. Undang-undang bukan satu-satunya sumber hukum, hakim mempunyai peran besar dalam penemuan hukum, guna untuk mencapai keadilan yang setinggi-tingginya hakim diperbolehkan untuk menyimpang dari undang-undang, demi kemanfaatan masyarakat.⁵⁵

Menurut aliran ini, suatu peraturan hukum tidak boleh dipandang oleh hakim sebagai sesuatu yang formil-logis belaka, akan 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 undang-undang.⁵⁶

⁵⁵ Achmad, Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*,(Jakarta: Chandra Pratama, 2002), h. 109

⁵⁶ Sudikno, Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cet 5(Liberty : Yogyakarta, 2007), h.101

Peluang kesewenang-wenangan hakim dalam aliran ini dapat saja terjadi, karena hakim merupakan manusia biasa yang mungkin saja tidak terlepas dari berbagai kepentingan dan pengaruh sekelilingnya, 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 menyimpangkannya.⁵⁷ Namun Sudikno juga melihat hikmah dari pandangan aliran ini, bahwa : “walau bagaimanapun juga, aliran bebas tersebut telah menanamkan dasar bagi pandangan yang sekarang berlaku tentang undang-undang dan fungsi hakim”.⁵⁸

e. *Freirechtbewegung*

Aliran ini menantang keras pendapat yang menyatakan bahwa kodifikasi itu lengkap dan hakim dalam proses penemuan hukum tidak memiliki sumbangan kreatif. Hakim memang harus menghormati undang-undang, tetapi ia dapat tidak hanya sekedar tunduk dan mengikuti undang-undang, melainkan menggunakan undang-undang sebagai sarana untuk menemukan pemecahan peristiwa konkrit yang dapat diterima. Dapat diterima karena pemecahan yang diketemukan dapat menjadi pedoman bagi peristiwa konkrit serupa lainnya, di sini hakim tidak berperan sebagai penafsir undang-undang, tetapi sebagai pencipta hukum.⁵⁹

⁵⁷ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h. 45

⁵⁸ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h. 45

⁵⁹ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h.47

f. *Soziologische Rechtsschule*

Aliran ini tidak menyetujui hakim diberikan *freies ermessen* atau menolak adanya kebebasan dari hakim dalam melakukan penemuan hukum, namun demikian hakim bukan hanya sekedar 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 hakim tetap mempunyai kebebasan, tetapi kebebasan yang terikat, jadi tugas hakim hanyalah menyelaraskan undang-undang dengan keadaan zaman.⁶⁰

g. Aliran Penemuan Hukum oleh Hakim

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 *rechtsverwijning* (penyempitan/pengkonkretan hukum).⁶¹

Menurut Sudikno, penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkret. Ini

⁶⁰ Achmad, Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*,(Jakarta: Chandra Pratama, 2002), h. 110-111

⁶¹ Achmad, Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*,(Jakarta: Chandra Pratama, 2002), h. 106-107

merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan-peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret.⁶²

5. Metode penemuan hukum

Penemuan hukum adalah kegiatan terutama dari hakim dalam melaksanakan undang-undang bila terjadi peristiwa konkret. Undang-undang sebagaimana kaidah pada umumnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia. Oleh karena itu harus dilaksanakan atau ditegakkan.

Menurut Achmad Ali, ada dua metode penemuan hukum yang dapat dilakukan oleh hakim dalam praktik peradilan, yaitu melalui metode interpretasi atau penafsiran dan metode konstruksi hukum atau penalaran.⁶³

A. Metode Interpretasi

Menurut Sudikno Mertokusumo, metode interpretasi merupakan salah satu metode penemuan hukum yang memberikan penjelasan secara gamblang tentang teks undang-undang, agar ruang lingkup kaidah dalam undang-undang tersebut dapat diterapkan pada peristiwa hukum tertentu. Secara umum interpretasi ini dapat dikelompokkan kedalam 11 (sebelas) macam, yaitu :⁶⁴

⁶² Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h.4

⁶³ Achmad Ali. *Menguak Tabir Hukum*. (Bogor : Ghalia Indonesia, 2001), h. 167

⁶⁴ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h. 14

1. Interpretasi gramatikal

Interpretasi gramatikal adalah menafsirkan kata-kata dalam undang-undang sesuai dengan kaidah bahasa dan kaidah hukum tata bahasa.⁶⁵ Bahasa merupakan sarana yang penting bagi hukum, oleh karena itu hukum terikat pada bahasa.⁶⁶ Penafsiran undang-undang itu pada dasarnya selalu akan merupakan penjelasan dari segi bahasa.

Menurut Sudikno metode gramatikal merupakan cara penafsiran atau penjelasan yang paling sederhana untuk mengetahui makna dari ketentuan undang-undang dengan menguraikannya menurut bahasa, susun kata, atau bunyinya. Di sini, arti dari undang-undang dijelaskan menurut bahasa sehari-hari yang umum, dan hakim disini bukan berarti terikat erat pada bunyi atau teks undang-undang tersebut.⁶⁷

2. Interpretasi Historis

Setiap ketentuan peraturan perundang-undangan mempunyai sejarahnya sendiri. Karena itu, bagi para hakim yang bermaksud mengetahui makna kata atau kalimat dalam suatu undang-undang, maka dia harus menafsirkan dengan jalan meneliti sejarah kelahiran pasal tertentu itu dirumuskan. Jadi intepretasi historis adalah merupakan penjelasan menurut terjadinya undang-undang.⁶⁸

⁶⁵ Achmad Ali. *Menguak Tabir Hukum*. (Bogor : Ghalia Indonesia, 2001), h. 129

⁶⁶ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta : Universitas Atmajaya, 2010), h. 220

⁶⁷ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta : Universitas Atmajaya, 2010), h. 220

⁶⁸ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*, (Malang : UB Press, 2001), h.101

Ada dua macam interpretasi historis, yaitu : *pertama*, interpretasi menurut sejarah pengaturannya atau sejarah undang-undangnya (*wetshistorisch*) adalah mencari maksud dari perundang-undangan itu seperti apa, dalam hal ini dilihat dari pembuat undang-undangnya. Jadi dalam interpretasi ini, kehendak pembentuk undang-undang itu sangat menentukan. *Kedua*, interpretasi menurut sejarah kelembagaan hukumnya atau sejarah hukumnya (*rechthistorisch*) adalah ,metode interpretasi yang ingin memahami undang-undang dalam konteks seluruh sejarah hukumnya, khususnya yang terkait dengan kelembagaan hukumnya.⁶⁹

3. Interpretasi sistematis

Interpretasi sistematis adalah metode yang menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan.⁷⁰ Artinya tidak ada satupun dari peraturan perundang-undangan tersebut dapat ditafsirkan seakan-akan ia berdiri sendiri, tetapi ia harus selalu dipahami dalam kaitannya dengan jenis peraturan yang lainnya. Menafsirkan peraturan perundang-undangan tidak boleh menyimpang atau keluar dari sistem perundang-undangan suatu negara.

Sebagai contoh dalam penafsiran ini adalah kalau hendak mengetahui tentang sifat pengakuan anak yang dilahirkan pernikahan oleh orang tuanya, hakim tidak cukup hanya mencari ketentuan-ketentuan dalam KUH Perdata saja, tetapi harus dihubungkan juga dengan pasal-pasal dalam KUH Pidana.⁷¹

⁶⁹ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*, (Malang : UB Press, 2001), h. 41

⁷⁰ Achmad Ali. *Menguak Tabir Hukum*. (Bogor : Ghalia Indonesia, 2001), h. 132

⁷¹ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*, (Malang : UB Press, 2001), h. 41

4. Interpretasi sosiologis atau teleologis

Interpretasi sosiologis atau teleologis yaitu apabila makna undang-undang ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Dengan interpretasi teleologis ini undang-undang yang masih berlaku tetapi sudah usang atau sudah tidak sesuai lagi, diterapkan terhadap peristiwa, hubungan, kebutuhan, dan kepentingan masakini, tidak peduli apakah hal ini semuanya pada waktu diundangkannya undang-undang tersebut dikenal atau tidak.⁷² Jazim haimidi mengatakan,⁷³ melalui interpretasi ini hakim dapat menyelesaikan adanya perbedaan atau kesenjangan antar sifat positif dari hukum (*rechtspositiviteit*) dengan kenyataan hukum (*rechtswerkelijkheid*), sehingga jenis interpretasi sosiologis ini sangat penting.

Contoh konkrit dari interpretasi teleologi terhadap Pasal 362 KUH Pidana: “Barang siapa mengambil suatu barang, yang seluruhnya atau sebagian milik orang lain, dengan maksud untuk dimilikinya secara melawan hukum, diancam karena pencurian, dengan pidana paling lama 5 tahun...”, pada saat pasal ini dibuat, para pembuat hukum belum berfikir akan munculnya penggunaan listrik dalam kehidupan manusia modern. Ketika didalam praktik terjadi penyadapan dan penggunaan tenaga listrik, maka hakim sudah semestinya menafsirkan kata “barang” dalam pasal tersebut termasuk jaringan dan aliran

⁷² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta : Universitas Atmajaya, 2010), h. 221

⁷³ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*, (Malang : UB Press, 2001), h. 41

listrik, sehingga penyadap listrik dapat dikualifikasi melakukan kejahatan pencurian listrik.⁷⁴

5. Interpretasi komparatif

Interpretasi komparatif adalah metode membandingkan antara berbagai sistem hukum.⁷⁵ Terutama bagi hukum yang timbul dari perjanjian Internasional ini penting, karena dengan pelaksanaan yang berimbang atau seragam direlaisir kesatuan hukum yang melahirkan perjanjian Internasional itu sebagai hukum objektif atau sebagai kaidah hukum umum untuk beberapa negara.

6. Interpretasi futuristik

Interpretasi futuristik atau metode penemuan hukum yang bersifat antisipasi adalah penjelasan ketentuan undang-undang dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum.⁷⁶ Seperti suatu rancangan undang-undang yang masih dalam proses pembahasan di DPR, tetapi hakim yakin bahwa RUU itu akan diundangkan (dugaan politis)

7. Interpretasi restriktif

Interpretasi restriktif adalah metode interpretasi yang sifatnya membatasi. Misalnya menurut interpretasi gramatikal kata “tetangga” dalam pasal 666 KUH Perdata, dapat diartikan setiap tetangga itu termasuk seseorang penyewa dari

⁷⁴ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*, (Malang : UB Press, 2001), h. 41

⁷⁵ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*, (Malang : UB Press, 2001), h. 41

⁷⁶ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta : Universitas Atmajaya, 2010), h. 221

pekarangan disebaliknya. Tetapi kalau dibatasi menjadi tidak termasuk tetangga penyewa, ini berarti hakim telah melakukan interpretasi restriktif.

8. Interpretasi ekstensif

Adalah metode penafsiran yang membuat interpretasi melebihi batas-batas hasil interpretasi gramatikal. Digunakan untuk menjelaskan suatu ketentuan undang-undang dengan melampaui batas yang diberikan oleh interpretasi gramatikal.

Contoh, perkataan “menjual” dalam pasal 1576 KUH Perdata oleh hakim ditafsirkan secara luas bukan hanya jual-beli saja tetapi juga menyangkut peralihan hak milik (termasuk tukar-menukar, hibah dan pewarisan).

9. Interpretasi otentik atau secara resmi

Adalah memberikan keterangan atau pembuktian yang sempurna yang sah atau yang resmi. Dalam hal ini hakim tidak diperkenankan melakukan penafsiran dengan cara lain selain dari apa yang telah ditentukan pengertiannya didalam undang-undang itu sendiri. Itu artinya ketentuan pasal dalam undang-undang itu sudah sangat jelas, tegas, tertentu maksud yang dituju, sehingga tidak perlu penafsiran lagi dalam penerapannya.⁷⁷

10. Interpretasi interdisipliner

Dalam hal ini biasa dilakukan dalam suatu analisis masalah yang menyangkut berbagai disiplin ilmu hukum. Digunakan logika penafsiran lebih

⁷⁷ Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, (Bandung : Alumni, 2000), h. 11

dari satu cabang ilmu hukum. Contoh: pasal yang menyangkut kejahatan “korupsi”, hakim menafsirkan ketentuan pasal dalam berbagai sudut pandang yaitu hukum pidana, administrasi negara, dan perdata.⁷⁸

11. Interpretasi multidisipliner

Dalam hal ini hakim membutuhkan verifikasi dan bantuan dari lain-lain disiplin ilmu. Para hakim bebas menggunakan metode interpretasi mana yang dianggap paling tepat, meyakinkan, dan memuaskan. Hakim bersifat otonom dalam menentukan pilihannya, bahkan metode interpretasi secara campur aduk atau lebih dari satu jenis interpretasi sering digunakan.⁷⁹

Dalam konteks dengan sistem penemuan hukum di Indonesia, pembentuk undang-undang tidak memprioritaskan kepada salah satu metode interpretasi tertentu. Oleh karena itu, para hakim bebas menentukan metode interpretasi mana yang dianggap paling tepat, meyakinkan, dan memuaskan. Hakim dalam hal ini bersikap otonom dalam menentukan pilihannya. Bahkan dalam putusan-putusan pengadilan pun, hakim tidak pernah menegaskan argument atau alasan penggunaan metode interpretasi tertentu, bahkan tidak jarang digunakan metode interpretasi secara campur aduk atau lebih dari satu jenis interpretasi.

B. Metode Konstruksi

Pada umumnya para praktisi hukum di kalangan Eropa Kontinental tidak memisahkan secara tegas antara metode penemuan hukum interpretasi dengan penemuan hukum metode konstruksi. Sebaliknya para praktisi hukum di kalangan

⁷⁸ Bambang, Sutiyoso. *Metode Penemuan Hukum*. (Yogyakarta : UII Press).h. 94

⁷⁹ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*, (Malang : UB Press, 2001), h. 98

Anglo Saxon dalam karangannya telah memisahkan dengan tegas penemuan hukum dengan metode interpretasi dengan penemuan hukum metode konstruksi. LB Curzon sebagaimana yang dikutip oleh Achmad Ali⁸⁰ mengatakan bahwa interpretasi dan konstruksi mempunyai arti yang berbeda, interpretasi hanya menentukan arti kata-kata dalam suatu undang-undang, sedangkan konstruksi mengandung arti pemecahan atau menguraikan makna ganda, kekaburan, dan ketidakpastian dari perundang-undangan sehingga tidak bisa dipakai dalam peristiwa konkrit yang diadilinya. Para hakim dalam melakukan konstruksi dalam penemuan dan pemecahan masalah hukum, harus mengetahui tiga syarat utama yaitu: (1) konstruksi harus mampu meliputi semua bidang hukum positif yang bersangkutan, (2) dalam pembuatan konstruksi tidak boleh ada pertentangan logis di dalamnya, (3) konstruksi kiranya mengandung faktor keindahan dalam arti tidak dibuat-buat, tetapi dengan dilakukan konstruksi terhadap persoalan yang belum jelas dalam peraturan-peraturan itu.

Ada empat metode konstruksi yang biasa digunakan oleh para hakim pada saat melakukan penemuan hukum dalam menyelesaikan perkara yang sedang dihadapinya, empat metode konstruksi yang digunakan adalah sebagai berikut ⁸¹ :
Pertama, Metode *argumentum per analogiam*. *Kedua*, metode *argumentum a contrario*. *Ketiga*, metode penyempitan/pengkonkritan hukum. *Keempat*, metode fiksi hukum. Dan rincian dari keempat metode konstruksi hukum adalah sebagai berikut :

⁸⁰ Achmad, Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*,(Jakarta: Chandra Pratama, 2002), h. 167.

⁸¹ Sudikno, Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h. 13-18

1. *Argumentum Per Analogiam*

Konstruksi ini juga disebut dengan "analogi" yang dalam hukum Islam dikenal dengan "*qiyas*". Konstruksi hukum model ini dipergunakan apabila hakim harus menjatuhkan putusan dalam suatu konflik yang tidak tersedia peraturannya, tetapi peristiwa itu mirip dengan yang diatur dalam undang-undang.

Di sini hakim bersikap seperti pembentuk undang-undang yang mengetahui adanya kekosongan hukum, akan melengkapi kekosongan itu dengan peraturan-peraturan yang serupa dengan mencari unsur-unsur. Persamaannya dengan menggunakan penalaran pikiran secara analogi. Jika pemakaian analogi dilaksanakan secara baik, maka akan memecahkan problem yang dihadapi itu dengan menemukan hukum yang baru pula dengan tidak meninggalkan unsur-unsur yang ada dalam peraturan yang dijadikan persamaan itu.

Misalnya dalam hal sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 1756 KUH Perdata yang mengatur tentang mata uang (*gold specie*). Apakah uang kertas termasuk dalam hal yang diatur dalam peraturan tersebut? Dengan jalan *argumentum per analogiam* atau analogi, mata uang tersebut ditafsirkan termasuk juga uang kertas. Di Indonesia, penggunaan metode *argumentum per analogiam*, atau analogi baru terbatas dalam bidang hukum perdata, belum disepakati oleh pakar hukum untuk dipergunakan dalam bidang hukum pidana.

2. *Metode Argumentum a Contrario*

Dalam metode ini menggunakan penalaran bahwa jika undang-undang menetapkan hal-hal tertentu untuk peristiwa tertentu, berarti peraturan itu terbatas

pada peristiwa tertentu dan bagi peristiwa di luarnya berlaku kebalikannya. Esensi dari metode ini mengedepankan cara penafsiran yang berlawanan pengertian antara peristiwa konkret yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang. Metode *argumentum a contrario* titik beratnya diletakkan pada ketidakpastian peristiwanya. Di sini diperlakukan segi negatif dari undang-undang,⁸²

Misalnya seorang duda yang hendak kawin lagi tidak tersedia peraturan yang khusus. Peraturan yang tersedia bagi peristiwa yang tidak sama tetapi mirip, ialah bagi janda yaitu Pasal 39 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975. Bagi janda yang hendak kawin lagi harus menunggu masa iddah. Maka Pasal itu juga diberlakukan untuk duda secara *argumentum a contrario*, sehingga duda kalau hendak kawin lagi tidak perlu menunggu. Tujuan *argumentum a contrario* ini adalah untuk mengisi kekosongan hukum atau ketidaklengkapan undang-undang. Jadi, *argumentum a contrario* bukan merupakan argumentasi untuk membenarkan rumusan peraturan tertentu.

3. Pengkonkretan Hukum (*Rechtsverviijnings*)

Metode ini bertujuan untuk mengkonkritkan/menyempitkan suatu aturan hukum yang terlalu abstrak, luas, dan umum, supaya dapat diterapkan terhadap suatu peristiwa tertentu. Misalnya pengertian melawan hukum dalam Pasal 1365 KUH Perdata yang luas ruang lingkupnya karena dalam peraturan itu tidak dijelaskan tentang apakah kerugian harus diganti juga oleh yang dirugikan,

⁸² Sudikno, Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h. 26-27

yang ikut bersalah menyebabkan kerugian. Tetapi dalam yurisprudensi ditentukan bahwa kalau ada kesalahan pada yang dirugikan, ini hanya dapat menuntut sebagian dari kerugian yang diakibatkan olehnya. Jadi di sini ada pengkonkretan ruang lingkup tentang pengertian perbuatan melawan hukum.⁸³

4. Fiksi Hukum

Metode fiksi sebagai penemuan hukum ini sebenarnya berlandaskan asas "*in dubio pro reo*" yaitu asas yang menyatakan bahwa setiap orang dianggap mengetahui hukum. Pada fiksi hukum pembentuk undang-undang dengan sadar menerima sesuatu yang bertentangan dengan kenyataan sebagai kenyataan yang nyata. Fiksi adalah metode penemuan hukum yang mengemukakan fakta-fakta baru kepada kita, sehingga tampil suatu personifikasi baru di hadapan kita. Adapun fungsi dari fiksi hukum ini di samping untuk memenuhi hasrat untuk menciptakan stabilitas hukum, juga utamanya untuk mengisi kekosongan undang-undang. Menurut Achmad Ali⁸⁴ harus dibedakan antara fiksi yang sudah tertuang dalam putusan hakim, bukan lagi fiksi melainkan telah menjadi *judge made law*, telah menjadi kenyataan. Dalam kaitan ini Scholten berpendapat bahwa fiksi itu hanya berfungsi pada saat-saat peralihan, dan manakala peralihan usai. berakhir pula fungsi fiksi itu. Jadi dalam fiksi hukum setiap orang mengetahui semua ketentuan-hukum yang berlaku dan hal ini sangat diperlukan oleh hakim dalam praktik hukum.

⁸³ Sudikno, Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h. 29

⁸⁴ Achmad, Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*,(Jakarta: Chandra Pratama, 2002), h. 200

D. Hukum Progresif

1. Latar belakang munculnya hukum progresif

Teori hukum tradisional mengajarkan bahwa hukum merupakan seperangkat aturan dan prinsip-prinsip yang memungkinkan masyarakat mempertahankan ketertiban dan kebebasannya. Hukum haruslah netral dan dapat diterapkan pada siapa saja secara adil, tanpa memandang ras, kekayaan, ataupun gender. Hukum harus dipisahkan dari politik, penerapan hukum di pengadilan pun harus adil. Akan tetapi, hal itu tidak dapat dilaksanakan secara konsekuen didalam penerapannya, karena menurut para teoretisi *postmodern*, hukum tidak mempunyai dasar objektif dan tidak ada kebenaran sebagai tempat berpijak hukum, yang ada hanyalah kekuasaan semata yang menjadi alat kekuasaan bagi penguasa.⁸⁵

Yang menjadi ukuran bagi hukum bukanlah benar atau salah, bermoral atau tidak bermoral, melainkan hukum merupakan apa saja yang diputuskan dan dijalankan oleh kelompok masyarakat yang paling berkuasa. Hukum harus ditafsirkan yang nyatanya akan ditafsirkan menurut keinginan yang menafsirkannya, dan penafsir akan menafsirkan sesuai dengan perasaan dan kepentingannya sendiri. Sehingga yang namanya keadilan hanya merupakan semboyan retorika yang digunakan oleh kelompok mayoritas untuk menjelaskan

⁸⁵ Munir, Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, (bandung : Citra Aditya Bakti, 2008), h. 1-2

apa yang mereka inginkan, dan keinginan pihak minoritas tidak pernah menjadi hasil penafsiran hukum dan akan selalu menjadi bulan-bulanan hukum.⁸⁶

Fakta di depan mata, penegakan hukum di Indonesia masih carut-marut, dan hal ini sudah di akui dan diketahui bukan saja oleh orang-orang yang sehari-harinya berkecimpung di bidang hukum, tapi juga oleh sebagian besar masyarakat Indonesia dan juga komunitas masyarakat internasional. Bahkan banyak pendapat menyatakan bahwa penegakan hukum (*law enforcement*) di Indonesia sudah sampai pada titik nadir. Proses penegakan hukum acap kali dipandang bersifat diskriminatif, inkonsisten, dan hanya mengedepankan kepentingan kelompok tertentu, padahal seharusnya penegakan hukum merupakan ujung tombak terciptanya tatanan hukum yang baik dalam masyarakat.⁸⁷

Salah satu sebab mengapa Indonesia susah keluar dari krisis ekonomi sejak tahun 1998, dibandingkan negara lainnya yang juga terkena imbas dari krisis tersebut, adalah dikarenakan penegakan hukum di Indonesia terbilang sangat buruk. Bangsa Indonesia belum berhasil mengangkat hukum pada taraf keadaan ideal, tetapi malah menimbulkan kekecewaan yang sangat mendalam, khususnya yang berkaitan dengan pemberantasan korupsi yang kian merajalela.⁸⁸

Indonesia dapat dikatan sebagai negara paling aneh di dunia, karena sebagai salah satu negara yang paling korup di dunia, justru paling sedikit koruptor yang dijebloskan ke penjara. Salah satu faktor penyebab sulitnya memberantas korupsi di Indonesia adalah karena tidak konsistennya *law*

⁸⁶ Munir, Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, (bandung : Citra Aditya Bakti, 2008), h. 1-2

⁸⁷ Munir, Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, (bandung : Citra Aditya Bakti, 2008), h. 39-40

⁸⁸ Satijpto, Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*,(Jakarta : Kompas, 2007), h.1

enforcement yang dilaksanakan oleh aparat penegak hukum yang masih menganut paradigma legalistik, formalistik, dan prosedural belaka dalam melaksanakan hukum, dan dalam pandangan kaum legalistik normatif, seseorang barulah dianggap bersalah apabila sudah ada putusan hakim yang berkekuatan hukum tetap (*inkracht*) yang menyatakan seseorang itu telah terbukti melakukan tindak pidana.⁸⁹

Sudah sering terdengar paradok-paradok yang ditujukan kepada aparat penegak hukum terutama kepada hakim sebagai pemutus suatu perkara, mengenai putusan pembebasan para koruptor penjahar uang rakyat yang berjumlah sangat banyak, yang dibebaskan oleh hakim, atau kalaupun dihukum, maka hukumannya hanya sebanding dengan hukuman pencuri ternak. Tidak jarang pula tuduhan yang menyudutkan aparat penegak hukum, yang dianggap mempersulit orang “kebanyakan” untuk mendapatkan keadilan diruang persidangan, sekalipun bukti-bukti yang kuat telah dimiliki olehnya. Masih banyak lagi persoalan yang menyebabkan makin terpuruknya hukum saat ini.⁹⁰

Menurut Satjipto Rahardjo, inti dari keterpurukan maupun kemunduran hukum itu adalah, bahwa kejujuran, empati, dan dedikasi dalam menjalankan hukum menjadi sesuatu yang makin langka dan mahal. Hampir dimana-mana dapat dijumpai kerendahan budi makin merajalela, yang makin menyengsarakan masyarakat banyak.⁹¹

⁸⁹ Achmad, Ali, *keterpurukan Hukum di Indonesia, cet II*, (Bogor : Ghalia, 2005), h. 8

⁹⁰ A.M Mujahidin, *Hukum Progresif : Jalan Keluar dari Keterpurukan Hukum di Indonesia*, (Jakarta : Ikahi, 2007). H.51

⁹¹ Satjipto, Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*,(Jakarta : Kompas, 2007), h.2

Bermula dari hal diatas, timbul sebuah ide akan suatu gagasan untuk memilih cara yang lebih progresif, yang bertujuan untuk mencari cara untuk mengatasi keterpurukan hukum di Indonesia secara lebih bermakna (*significant*) dengan mengadakan perubahan secara lebih cepat, melakukan pembalikan yang mendasar, melakukan pembebasan, terobosan, dan lainnya. Asumsi dasar yang disampaikan adalah mengenai pandangan tentang hubungan hukum dengan manusia, disini ditegaskan prinsip, bahwa hukum adalah untuk manusia bukan manusia untuk hukum, apabila ada masalah dengan dan didalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan lalu diperbaiki, bukan manusianya yang dipaksa untuk dimasukkan dalam skema hukum.⁹²

Hukum yang progresif tidak menerima hukum sebagai institusi yang mutlak dan final, melainkan hukum sangat ditentukan oleh kemampuannya mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran itulah, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah sebuah institusi yang terus-menerus membangun dan mengubah dirinya menuju pada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan ini bisa diverifikasi kedalam faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain sebagainya. Inilah hakikat dari hukum yang selalu dalam proses menjadi (*law as a process, law in the making*). Hukum itu ada tidak untuk dirinya sendiri, melainkan hukum ada untuk mengabdikan kepada manusia.⁹³

Hukum yang progresif mengajarkan bahwasannya hukum bukanlah raja, akan tetapi hukum adalah alat untuk menjabarkan dasar kemanusiaan yang

⁹² Satijpto, Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2007), h.3

⁹³ Satijpto, Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2007), h.3

berfungsi memberikan rahmat kepada dunia dan manusia. Hukum yang progresif tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral kemanusiaan.⁹⁴

2. Konsep dan karakteristik hukum progresif

Hukum progresif muncul didasarkan oleh keprihatinan terhadap kondisi hukum di Indonesia, yang menurut pengamat hukum dari dalam maupun luar negeri, sebagai salah satu sistem hukum yang terburuk di dunia, sehingga hukum di Indonesia memberikan kontribusi yang rendah dalam turut mencerahkan bangsa untuk keluar dari keterpurukan. Padahal hukum itu adalah suatu institusi yang bertujuan untuk mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera, dan membuat manusia bahagia.⁹⁵

Kata progresif berasal dari bahasa Inggris *progress* yang berarti adalah kemajuan. Jadi, di sini diharapkan hukum itu hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar didalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.⁹⁶ Selain itu, konsep hukum progresif tidak lepas dari konsep *progresivisme*, yang bertitik tolak dari pandangan kemanusiaan, bahwa manusia itu pada dasarnya adalah baik, memiliki kasih sayang serta kepedulian terhadap sesama sebagai modal penting bagi membangun kehidupan ber hukum dan bermasyarakat.

⁹⁴ Satijpto, Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2007), h.228

⁹⁵ Satijpto, Rahardjo, *menggagas Hukum Progresif Indonesia*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2006), h.2

⁹⁶ Satijpto, Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2007), h.228

Berpikir secara progresif berarti harus berani keluar dari *mainstream* pemikiran *absolutisme* hukum, kemudian menempatkan hukum dalam keseluruhan persoalan kemanusiaan. Bekerja berdasarkan pola pikir yang determinan hukum memang perlu. Namun hal itu bukanlah suatu yang mutlak harus dilakukan manakala berhadapan dengan suatu masalah yang menggunakan logika hukum modern, yang akan mencederai posisi kemanusiaan dan kebenaran. Bekerja berdasarkan pola pikir atau paradigma hukum yang progresif akan melihat faktor utama dalam hukum itu adalah manusia, sedangkan dalam paradigma hukum yang *positivisme* menyakini mengakui kebenaran hukum atas manusia. Manusia boleh dimarjinalkan asalkan hukum tetap tegak. Sebaliknya, paradigma hukum progresif berfikir bahwa justru hukumlah yang boleh dimarjinalkan untuk mendukung proses eksistensialitas kemanusiaan, kebenaran, dan keadilan.⁹⁷

Agenda utama hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari perbincangan tentang hukum. Bagi hukum progresif, hukum adalah untuk manusia bukan sebaliknya, dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia.⁹⁸

Dalam paradigma hukum progresif, hukum progresif menempatkan hukum ada untuk manusia, bukan manusia ada untuk hukum. Jikalau faktor kemanusiaan yang ada didalamnya termasuk kebenaran dan keadilan telah menjadi titik pembahasan hukum, maka faktor etika dan moralitas dengan

⁹⁷ Satjipto, Rahardjo, *menggagas Hukum Progresif Indonesia*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2006), h.5

⁹⁸ Satjipto, Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2007), h.188

sendirinya akan ikut terseret masuk kedalamnya. Di dalam hukum progresif terkandung moralitas kemanusiaan yang sangat kuat. Jika etika dan moral manusia telah luntur, maka penegakan hukum tidak tercapai, sehingga membangun masyarakat untuk sejahtera dan kebahagiaan manusia tidak akan terwujud.⁹⁹

Hukum progresif melihat dunia dan hukum dengan pandangan yang mengalir saja, seperti *panterai* (semua mengalir) dari filsuf Heraklitos. Apabila orang berkeyakinan dan bersikap seperti itu, maka ia akan membangun suatu cara berhukum yang memiliki karakteristiknya sendiri, sebagaimana akan diuraikan dibawah ini.¹⁰⁰

Pertama, paradigma dalam hukum progresif adalah, bahwa “hukum adalah untuk manusia”. Pegangan, optik, atau keyakinan dasar ini tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang sentral dalam berhukum, melainkan manusialah yang berada di titik pusat perputaran hukum. Hukum itu berputar disekitar manusia sebagai pusatnya. hukum ada untuk manusia, bukan manusia ada untuk hukum. Apabila kita berpegangan pada keyakinan, bahwa manusia itu adalah untuk hukum, maka manusia itu akan selalu diusahakan, mungkin juga dipaksakan, untuk bisa masuk kedalam skema-skema yang telah dibuat oleh hukum.¹⁰¹

Menurut Lin Yun Tang,¹⁰² seorang intelektual China yang lama bermukim di Amerika, telah membedakan penempatan rasionalitas hukum modern, dan mengingatkan ada tujuan yang lebih besar dan oleh karena itu kita perlu lebih berhati-hati dalam melaksanakan sistem yang rasional itu. Apabila

⁹⁹ Satijpto, Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2007), h.188

¹⁰⁰ Satijpto, Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, (jakarta : UKI Press, 2006), h.129

¹⁰¹ Satijpto, Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2007), h.61

¹⁰² Dalam Satijpto, Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2007), h.39

tujuan lebih besar itu tidak disadari, maka hukum akan menjadi kering, sehingga masyarakat (manusia) bisa menjadi sakit dan tidak bahagia.

Manusia atau perbuatan manusia selalu merupakan suatu unikum. Kendati demikian, karakteristik itu tidak mendapatkan tempat dalam hukum. Disini hukum sudah bekerja seperti mesin yang tinggal memencet tombol saja, ibarat mesin otomatis (*subsumptie automaat*). Sementara itu hukum harus bekerja dengan rumusan-rumusan hukum dalam perundang-undangan, yang telah menyempitkan atau mereduksi perbuatan manusia yang unik itu kedalam skema atau standar tertentu. Dalam komentarnya, bernard mengatakan daripada menimbulkan ketertiban dan keteraturan, hukum nasional justru menjadi beban bagi kehidupan lokal.

Kedua, hukum progresif menolak untuk mempertahankan keadaan *status quo* dalam berhukum. Mempertahankan *status quo* memberi efek yang sama, seperti pada waktu orang berpendapat, bahwa hukum adalah tolok ukur untuk semuanya, dan manusia adalah untuk hukum. Cara berhukum yang demikian itu sejalan dengan cara positivistik, normatif dan legalistik. Sekali undang-undang mengatakan atau merumuskan seperti itu, kita tidak bisa berbuat banyak, kecuali hukumnya dirubah lebih dulu.¹⁰³ Ada hal lain yang berhubungan dengan penolakan terhadap cara berhukum yang *pro status quo* tersebut, yaitu berkaitan dengan perumusan-perumusan masalah kedalam perundang-undangan. Substansi undang-undang itu berangkat dari gagasan tertentu dalam masyarakat yang kemudian bergulir masuk ke lembaga atau badan legislatif. Dalam lembaga inilah

¹⁰³ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, (Jakarta : Kompas, 2008), h.139

suatu gagasan itu kemudian dirumuskan dalam kata serta kalimat dan akhirnya menjadi undang- undang.¹⁰⁴

Namun, menurut Satjipto Rahardjo, pengalaman di lapangan menunjukkan betapa kompleksnya masalah dan bekerjanya hukum. Hukum tidak selalu sejelas, segampang, dan sesederhana seperti dibayangkan orang, kendati dikatakan, hukumnya sudah jelas. Hukum adalah dokumen yang terbuka untuk atau mengundang penafsiran. Undang- undang yang dirasakan tidak adil oleh masyarakat mungkin akan ditidurkan (*statutory dormancy*) atau dikesampingkan (*desuetudo*).¹⁰⁵

Menurut Satjipto Rahardjo, keberhasilan atau kegagalan para penegak hukum dalam melaksanakan tugasnya sebetulnya sudah dimulai sejak peraturan hukum yang harus dijalankan itu dibuat. Misalnya, badan legislatif membuat peraturan yang sulit dilaksanakan dalam masyarakat, maka sejak saat itu sebetulnya badan tersebut telah menjadi arsitek bagi kegagalan para penegak hukum dalam menerapkan peraturan tersebut.¹⁰⁶

Hal ini, misalnya dapat terjadi karena peraturan tersebut memerintahkan dilakukannya sesuatu yang tidak didukung oleh sarana yang mencukupi. Akibatnya, tentu saja peraturan tersebut gagal dijalankan oleh penegak hukum. Dapat juga terjadi bahwa pembuat undang- undang mengeluarkan peraturan yang mewajibkan rakyat untuk melakukan sesuatu, misalnya untuk menanam jenis tanaman tertentu. Perintah peraturan tersebut kemudian ternyata mendapatkan perlawanan dari rakyat. Berhadapan dengan situasi tersebut, apa yang akan

¹⁰⁴ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, (Jakarta : Kompas, 2008), h.140

¹⁰⁵ Satjipto, Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*,(Jakarta : Kompas, 2007), h.96

¹⁰⁶ Satjipto, Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*,(Jakarta : Kompas, 2010), h.49

dilakukan oleh penegak hukum tergantung dari tanggapan yang diberikan terhadap tantangan pada waktu itu. Penegak hukum dapat tetap bertekad untuk menjalankan keinginan serta perintah yang terkandung dalam peraturan.

Bertindak demikian berarti penegak hukum harus menggunakan kekuatan untuk memaksa. Sebaliknya, dapat pula terjadi, penegak hukum menyerah pada perlawanan rakyat, yang berarti penegak hukum mengendorkan penerapan dari peraturan tersebut.¹⁰⁷

Hukum itu cacat sejak ia diundangkan atau dilahirkan. Banyak faktor yang turut ambil bagian dalam melahirkan keadaan cacat tersebut. Lebih daripada itu, hukum itu juga bisa bersifat *kriminogen*, artinya menjadi sumber bagi kejahatan. Kelalaian atau ketidakseksamaan mengatur masyarakat yang begitu majemuk, seperti Indonesia ini, sangat berpotensi menimbulkan pengaturan yang krimonogenik tersebut. Sekalipun legislatif bermaksud baik, tetapi karena kurang cermat memahami keanekaragaman sosial dan budaya di Indonesia, maka produk yang dihasilkannya bisa menimbulkan persoalan besar pada waktu diterapkan di salah satu bagian dari negeri ini.¹⁰⁸

Uraian di atas menegaskan, bahwa membaca undang-undang bukan sekedar mengeja kalimat dalam undang-undang, melainkan memberi makna kepada teks tertulis itu. Oleh sebab itu, kepastian hukum adalah hal yang tidak sederhana, karena teks undang-undang yang secara eksplisit mengatakan tidak boleh ditambah dan dikurangi pun, masih saja bisa diberi makna lain. Penerapan

¹⁰⁷ Satijpto, Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif (tinjauan sosiologis)*, (Yogyakarta : Ghenta Publishing, 2009), h. 25

¹⁰⁸ Satijpto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, (Jakarta : Kompas, 2008), h.141-142

hukum yang meniru cara kerja mesin, tidak memedulikan resiko- resiko yang muncul dari peraturan yang buruk itu.¹⁰⁹

Selain itu, *status quo* juga berhubungan erat dengan sistem hukum yang dominan digunakan. Menurut Satjipto Rahardjo, sistem hukum yang dominan yang dipakai di dunia (khususnya di Indonesia) sangat eurosentris karena sistem hukum itu tumbuh dan berkembang dalam habitat dan lingkungan Eropa. Tipe hukum itu menyebar ke seluruh dunia. Penyebaran itu secara fisik berupa penerimaan hukum yang berasal dari Barat di atas sistem yang selama ini digunakan oleh masyarakat setempat. Hal itu menyiratkan pengunggulan sistem hukum tertentu (Barat) di atas hukum lokal. Hukum progresif tidak hanya berbicara pada hukum saja, namun juga dikaitkan dengan habitat sosial di tempat hukum itu berada. Alasan yang digunakan adalah bahwa sistem hukum merupakan bentuk khas dari kehidupan sosial di situ (*a peculiar form of social life*).¹¹⁰

Ketiga, apabila diakui, bahwa peradaban hukum tertulis akan memunculkan sekalian akibat dan risiko sebagaimana dikemukakan di atas, maka cara kita berhukum sebaiknya juga mengantisipasi tentang bagaimana mengatasi hambatan- hambatan dalam menggunakan hukum tertulis tersebut. Secara ekstrem kita tidak dapat menyerahkan masyarakat untuk sepenuhnya tunduk kepada hukum, yang tertulis itu. Menyerah bulat- bulat seperti itu adalah sama dengan membiarkan diri kita diatur oleh teks formal- tertulis yang belum tentu benar- benar

¹⁰⁹ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, (Jakarta : Kompas, 2008), h.141-142

¹¹⁰ Satjipto Rahardjo, *Lapisan-lapisan dalam Studi Hukum* cet 1, (Malang : Banyumedia Publishing,2009), h. 105-107

berisi gagasan asli yang ingin dituangkan ke dalam teks tersebut dan yang memiliki resiko bersifat *kriminogen*.¹¹¹

Oleh karena itu, menurut Satjipto Rahardjo, cara ber hukum yang lebih baik dan sehat, dalam keadaan seperti itu, adalah memberikan peluang untuk melakukan pembebasan dari hukum formal. Karakteristik yang kuat dari hukum progresif adalah wataknya sebagai “hukum yang membebaskan”. Dengan watak pembebasan itu, hukum progresif sangat peka terhadap perubahan dan ide perubahan serta berkeinginan kuat untuk menjadikan hukum agar bersifat protagonis.¹¹²

Untuk menunjang pemikiran hukum progresif, diperlukan semangat pembebasan untuk melihat kekurangan dan kegagalan hukum dalam fungsinya untuk memberikan perlindungan dan pelayanan kepada masyarakat. Sekarang tersedia prosedur yang mengutarakan penafsiran yang berbeda terhadap suatu teks undang-undang, yaitu melalui apa yang dikenal sebagai *judicial review*. Tetapi, yang dibicarakan di sini bersifat lebih mendasar dan filosofis, yaitu pengakuan terhadap sahnya penafsiran yang berbeda-beda mengenai teks hukum. Hak untuk menafsirkan atau membebaskan diri dari perintah hukum didasari oleh pendapat, bahwa perumusan suatu gagasan ke dalam peraturan tertulis, belum tentu benar-benar mampu mewartakan gagasan orisinal tersebut.¹¹³

Penafsiran tidak dapat dianggap sebagai hal yang bisa dikesampingkan dalam ilmu hukum. Hukum tidak dapat berjalan tanpa penafsiran, karena hukum

¹¹¹ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, (Jakarta : Kompas, 2008), h.142

¹¹² Satjipto Rahardjo, *Lapisan-lapisan dalam Studi Hukum* cet 1, (Malang : Banyumedia Publishing, 2009), h. 82

¹¹³ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, (Jakarta : Kompas, 2008), h.143

membutuhkan pemaknaan lebih lanjut agar menjadi lebih adil dan membumi. Membuat hukum (*legislation*) adalah satu hal, dan menafsirkan hukum adalah hal lain yang menjadai keharusan setelah hukum itu dibuat.¹¹⁴

Dalam persepektif hukum progresif, penafsiran adalah pemberian makna terhadap teks peraturan dan karena itu tidak boleh berhenti pada pembacaan harfiah saja. Dengan cara seperti itu, hukum menjadi progresif karena dapat melayani masyarakatnya. Karena hukum telah melayani masyarakatnya maka ia telah melayani kehidupan masa kini dan oleh karena itu hukum menjadi bersifat progresif. Hukum progresif dan penafsiran progresif berpegang pada paradigma hukum untuk manusia. Manusia di sini adalah simbol bagi kenyataan dan dinamika kehidupan. Karena hukum berfungsi untuk memandu dan melayani masyarakat, maka diperlukan keseimbangan antara statika dan dinamika.¹¹⁵

Hukum progresif berbagi pendapat dengan pikiran- pikiran yang pernah ada dalam sejarah hukum, seperti historis dengan tokohnya Savigny, realis (Amerika, Eropa), sosiologis dengan tokoh seperti Pound, Ehrlich, Black, dan hukum responsif milik Nonet dan Selznick. Sekalian alam pemikiran hukum tersebut pada dasarnya menerima penafsiran hukum sebagai penghubung antara undang- undang yang statis dengan masa kini dan masa depan yang dinamis. Jika hukum telah mampu menjalankan fungsinya untuk memandu dan melayani masyarakat, maka ia akan dicari oleh masyarakat. Maka hukum itu tidak boleh terlalu terikat ke masa lalu saja, tetapi ia juga harus melihat ke masa kini dan masa

¹¹⁴ Satjipto, Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, (jakarta : UKI Press, 2006), h.168

¹¹⁵ Satjipto, Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, (jakarta : UKI Press, 2006), h.129

depan. Itulah hakikat dari hukum progresif dan penafsiran hukum yang progresif.¹¹⁶

Kecuali alasan tersebut, seperti dalam kasus diktum Renner,¹¹⁷ maka teks hukum itu juga bisa tertinggal oleh perkembangan atau dinamika dalam masyarakat. Diktum Renner menegaskan, bahwa hukum itu tidak berjalan dan berkembang mengikuti logika saja, tetapi juga unsur atau pertimbangan kemanfaatan sosial (*reasonableness*).

Keempat, hukum progresif memberikan perhatian besar terhadap peranan perilaku manusia dalam hukum. Ini bertentangan diametral dengan paham, bahwa hukum itu hanya urusan peraturan. Peranan manusia di sini merupakan konsekuensi terhadap pengakuan, bahwa sebaiknya kita tidak berpegangan secara mutlak kepada teks formal suatu peraturan. Di atas sudah diuraikan betapa besar risiko yang dihadapi apabila kita “menyerah sepenuhnya” kepada peraturan.¹¹⁸

Cara berhukum melalui teks tidak selalu menghasilkan perbuatan yang sesuai dengan yang dikehendaki teks. Ironisnya tidak jarang teks hukum berubah fungsi, yaitu dari menghendaki orang untuk mematuhi menjadi suatu panduan untuk melakukan perbuatan yang menyimpang dengan selamat. Sebelum seorang koruptor melakukan korupsi, ia terlebih dahulu dapat mempelajari dengan cermat seluk- beluk undang- undang tentang korupsi, sehingga dapat menemukan celah hukum untuk meloloskan diri. Ini termasuk varian mengenai cara berhukum

¹¹⁶ Satjipto, Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, (jakarta : UKI Press, 2006), h.129

¹¹⁷ Diktum (pernyataan) Karl Renner berbunyi “*the development of the gradually work out whatsis socially reasonable*”. Ibid h. 47

¹¹⁸ Satjipto, Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, (Jakarta : Kompas, 2007), h.66

melalui teks, yaitu secara sadar melakukan penyimpangan terhadap teks hukum atau menyelundupi undang- undang.¹¹⁹

Untuk dapat melihat perilaku manusia sebagai hukum, maka diperlukan kesediaan untuk mengubah konsep mengenai hukum yang selama ini digunakan, yaitu tidak hanya mengenai peraturan (*rule*) tetapi juga perilaku (*behavior*). Selama konsep yang dipakai adalah bahwa hukum adalah peraturan semata maka sulit untuk dipahami bahwa hukum itu juga muncul dari perilaku manusia.¹²⁰

Menurut Satjipto Rahardjo,¹²¹ perilaku manusia didorong oleh kepentingan, dan kepentingan itu berbeda- beda bagi setiap orang, sehingga kita dihadapkan kepada pilihan- pilihan. Dengan demikian menjalankan hukum adalah suatu pilihan, bukan pekerjaan otomatis. Hukum yang canggih sekalipun tidak dapat mengontrol penggunaan hukum menurut kemauan yang melakukannya. Maka hukum yang dijalankan pun tergantung dari sudut masuknya suatu kepentingan. Orang yang berperilaku baik akan menjadikan hukum bekerja dengan baik pula, begitu pula sebaliknya, hukum akan menjadi alat untuk melakukan kejahatan jika dijalankan oleh orang yang berperilaku jahat.

Perilaku manusia yang memiliki sifat- sifat alami dan fitri itulah yang menjadi landasan kuat bagi keberlangsungan kehidupan bersama manusia. Sesungguhnya sifat- sifat itu tidak hanya menjadi landasan hukum, melainkan juga institut lain, seperti ekonomi dan politik. Strukturisasi keduanya tidak menghilangkan perilaku baku manusia. Dalam bernegara hukum dan berhukum, pada akhirnya masyarakat akan kembali bersandar pada perilaku mereka. Perilaku

¹¹⁹ Satjipto, Rahardjo, *Hukum dan Perilaku*, cet 1 (Jakarta : Kompas, 2009), h.71

¹²⁰ Satjipto, Rahardjo, *Hukum dan Perilaku*, cet 1 (Jakarta : Kompas, 2009), h.20

¹²¹ Satjipto, Rahardjo, *Hukum dan Perilaku*, cet 1 (Jakarta : Kompas, 2009), h.60

tersebut tersimpulkan dalam cara hidup kita sehari-hari. Menjalani kehidupan dengan baik adalah landasan fundamental dari hukum.¹²²

3. Sumber gagasan hukum progresif

Konsep hukum yang progresif lahir dan berkembang, tidak terlepas dari adanya rasa ketidakpuasan dari kalangan hukum terhadap teori dan praktik hukum tradisional yang berkembang dan mengkritisi akan adanya kesenjangan yang besar antara hukum dalam teori (*law in books*) dengan hukum dalam kenyataan (*law in action*), serta adanya kegagalan dari hukum dalam memberikan respon terhadap masalah-masalah yang terjadi dalam masyarakat.

Sebagaimana disebutkan pada bagian sebelumnya, bahwa menurut Satjipto Rahardjo, gagasan hukum progresif berbagi pendapat dengan pemikiran-pemikiran hukum yang pernah ada. Secara lebih rinci, Mahmud Kusuma,¹²³ berdasarkan tulisan Satjipto Rahardjo dalam pidato tertulis untuk mengakhiri jabatan guru besarnya dan sebuah makalah yang disampaikan dalam sebuah acara jumpa almuni PDIH Undip Semarang tahun 2004, menyebutkan bahwa ada beberapa pemikiran hukum maupun pemikir hukum yang mempengaruhi gagasan hukum progresif. Di antara filsuf hukum maupun aliran yang mempengaruhi hukum progresif adalah Charles Sampford, Philippe Nonet dan Philip Selznick, aliran *Legal Realism* dan *Freirechtslehre*, Roscoe Pound, aliran *Intersessenjurisprudenz*, Hans Kelsen, dan aliran *Critical Legal Studies* (CLS).

¹²² Satjipto, Rahardjo, *Hukum dan Perilaku*, cet 1 (Jakarta : Kompas, 2009), h.169-170

¹²³ Mahmud, Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif (Terapi Paradigmatik bagi Lemahnya Hukum di Indonesia)*. Cet I (Yogyakarta : Antony Lib, 2009), h. 27-28

Penjelasan mengenai beberapa aliran dan pemikir hukum di atas hanya dicantumkan beberapa saja yang dinilai cukup berpengaruh dan sepanjang referensi yang dapat dijangkau.

1. Charles Sampford

Charles Sampford mengatakan bahwa tidak mungkin untuk mengatakan bahwa sistem hukum yang penuh dengan ketidakteraturan sebagai “ketertiban yang sempurna”, maka pendapat Sampford yang terkenal adalah “hukum itu penuh dengan ketidakteraturan” (*the disorder of law*). Adanya kepastian hukum sebenarnya adalah bertolak dari kepentingan dari para profesional hukum agar mereka dapat bekerja dengan tenang tanpa adanya kekacauan. Menurut Sampford, kepastian hukum adalah sebuah keyakinan yang dipaksakan, bukan merupakan keadaan yang sebenarnya. Orang ingin melihat bahwa kepastian hukum itu ada, sehingga sesungguhnya ia lebih merupakan suatu ilusi dan imajinasi daripada kenyataan.¹²⁴ Sampford mengatakan bahwa hukum dapat juga muncul dalam situasi yang *fluid* (cair) sehingga memunculkan teori *chaos* dalam hukum yang akan muncul apabila keadaan sosial sedang mengalami *malle* (keadaan cair/*fluid* sehingga tidak memiliki format formal atau struktur yang pasti dan kaku). Masyarakat senantiasa berada dalam jalinan hubungan yang tidak dapat diprediksi dan tidak sistematis, faktisitas hukum dalam kenyataannya dalam keadaan cair, sehingga keteraturan hanya ada dalam angan- angan.¹²⁵

¹²⁴ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, (Jakarta : Kompas, 2008), h.79

¹²⁵ Mahmud, Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif (Terapi Paradigmatik bagi Lemahnya Hukum di Indonesia)*. Cet I (Yogyakarta : Antony Lib, 2009), h. 29

2. Philippe Nonet dan Philip Selznick

Mereka mengajukan tiga keadaan pokok mengenai hukum dasar masyarakat, yaitu sebagai berikut, *pertama* Hukum regresif, adalah hukum sebagai alat kekuasaan regresif, hukum tunduk pada politik kekuasaan, ketidaktaatan dipandang sebagai ketidaksetiaan, dan mempertahankan status *quo* penguasa. *Kedua* Hukum otonom, adalah hukum sebagai pranata yang mampu menetralkan atau menjinakkan represif dan melindungi integritas hukum itu sendiri. Tujuan hukum adalah legitimasi, hukum merdeka dari politik dan terdapat pemisahan kekuasaan timbulnya kritisisme hukum. *Ketiga*, Hukum responsive, adalah hukum sebagai suatu sarana respon terhadap ketentuan- ketentuan sosial dan aspirasi masyarakat. Tujuan hukum dalam kompetisi, legitimasi terletak pada keadilan substantif, terhadap integrasi antara politik dan hukum.¹²⁶

Menurut Nonet dan Selznick, dalam perspektif hukum responsif, hukum yang baik seharusnya menawarkan sesuatu yang lebih daripada sekedar keadilan prosedural. Hukum yang baik harus mampu dan juga adil: hukum yang seperti itu seyogyanya mampu mengetahui keinginan publik dan punya komitmen untuk tercapainya keadilan substantif.¹²⁷

Di bagian lain juga disebutkan bahwa “lembaga responsif menganggap tekanan- tekanan sosial sebagai sumber pengetahuan dan kesempatan untuk melakukan koreksi diri”.

¹²⁶ Saifullah, *Refleksi Sosiologi Hukum* cet 1 (Bandung : PT.Refika Aditama,2007), h. 62

¹²⁷ Philippe Nonet dan Philip Selznick, “Law and Society in Transition: Toward Responsive Law”, diterjemahkan Raisul Muttaqien, *Hukum Responsif* (Cet 2 Bandung: Nusamedia, 2008), h.84.

3. *Legal Realism dan Freirechtslehre*

Tokoh yang terkenal dari aliran *legal realism* adalah hakim agung Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank dan Karl Llewellyn. Menurut mereka, hakim lebih layak disebut sebagai pembuat hukum daripada menemukannya. Hakim harus selalu melakukan pilihan, asas mana yang akan diutamakan dan pihak mana yang akan dimenangkan. Aliran realis selalu menekankan pada hakikat manusiawi dari tindakan tersebut.¹²⁸

Lebih lanjut menurut Holmes adalah bahwa kehidupan hukum tidak pernah menurut logika, melainkan merupakan pengalaman, yakni pengalaman yang isinya harus dilukiskan oleh sosiologi hukum. Pengalaman bukan saja melingkupi peristiwa keinderaan dan bukan kelakuan yang lahir saja, melainkan juga lambang- lambang serta arti rohani yang mengilhami kelakuan sosial.

Diktum Holmes yang terkenal adalah “*The life of the law has not been logic, but experience*”. Dengan kalimat tersebut, menurut Satjipto Rahardjo, Holmes menempatkan dirinya pada barisan pemikir hukum yang tidak bertolak dari *kredo* “peraturan dan logika”, melainkan Holmes menempatkan dirinya pada pengalaman.¹²⁹ Pokok- pokok pendekatan kaum realis antara lain: hukum adalah alat untuk mencapai tuuan- tujuan sosial dan hendaknya konsepsi hukum itu menyinggung hukum yang berubah- ubah dan hukum yang diciptakan oleh

¹²⁸ H.R. Otje Salman S., *Filsafat Hukum (Perkembangan dan Dinamia Masalah)* (Cet 1 Bandung: PT Refika Aditama, 2009), 73.

¹²⁹ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, (Jakarta : Kompas, 2008), h.100

pengadilan.¹³⁰ *Freirechtslehre* (Aliran Hukum Bebas) adalah aliran yang muncul di Jerman. Aliran ini berpendapat bahwa hakim mempunyai tugas menciptakan hukum.

Penemu hukum yang bebas tugasnya bukanlah menerapkan undang-undang saja, tetapi menciptakan penyelesaian yang tepat untuk peristiwa konkrit, sehingga peristiwa-peristiwa berikutnya dapat dipecahkan menurut norma yang telah diciptakan oleh hakim.¹³¹ Menurut Sudikno Mertokusumo,¹³² sebagaimana dikutip Darji Darmodiharjo dan Shidarta, penemuan hukum bebas bukanlah peradilan tidak terikat pada undang-undang. Hanya saja, undang-undang bukan merupakan peranan utama, tetapi sebagai alat bantu untuk memperoleh pemecahan yang tepat menurut hukum, dan yang tidak perlu harus sama dengan penyelesaian undang-undang.

4. Roscoe Pound

Menurut Pound, hukum harus dipandang sebagai suatu institusi kemasyarakatan yang berfungsi untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan sosial, dan sudah menjadi tugas hukum untuk mengembangkan suatu kerangka agar kebutuhan-kebutuhan sosial dapat terpenuhi. Selain itu, dianjurkan oleh Pound untuk mempelajari hukum sebagai suatu proses (*law in action*), yang dibedakan dengan hukum yang tertulis (*law in books*). Perbedaan ini dapat diterapkan pada

¹³⁰ H.R. Otje Salman S, *Filsafat Hukum. (Perkembangan dan Dinamika Masalah)*, Cet I (Bandung : PT. Refika Aditama, 2009), h. 73

¹³¹ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*(Cet 7 Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008), 149.

¹³² Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*(Cet 7 Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008), 149.

seluruh bidang hukum, baik hukum substantif maupun hukum ajektif. Ajaran tersebut menonjolkan masalah apakah hukum yang ditetapkan sesuai dengan pola- pola perikelakuan.¹³³

Roscoe Pound mengemukakan konsep “hukum sebagai alat merekayasa masyarakat” (*law as a tool of social engineering*). Menurut Satjipto Rahardjo, pendapat ini dilontarkan bukan atas dasar paham *positivistis* yang menekankan hukum (*law*) sebagai peraturan perundang- undangan termasuk kebijakan pemerintah, namun makna “*law*” dalam pengertian “*law as a tool of social engineering*”, adalah hukum yang dibuat oleh hakim atau yang lebih dikenal dengan istilah putusan hakim atau *Judge Made Law* karena hukum yang demikian diproduksi oleh negara yang mempraktikkan *Common Law System*.¹³⁴

5. Heck

Menurut Heck, hakim hendaknya tidak hanya mengandalkan logika saja dan hanya menaruh perhatian pada kata- kata atau perintah dalam undang- undang dalam menyelesaikan setiap perkara yang sedang dihadapi, namun ia juga harus mengerti keinginan dari para pembuat undang-undang dan mengungkapkan penilaian- penilaian hukum, juga untuk hal- hal yang tidak diatur secara khusus oleh pembuat undang- undang.¹³⁵

¹³³ H.R. Otje Salman S, *Filsafat Hukum. (Perkembangan dan Dinamika Masalah)*, Cet I (Bandung : PT. Refika Aditama, 2009), h. 72- 73. Lihat pula Saifullah, *Refleksi Sosiologi Hukum* cet 1 (Bandung : PT.Refika Aditama,2007), h. 51.

¹³⁴ Satjipto, Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*,(Jakarta : Kompas, 2007), h.165-166

¹³⁵ Mahmud, Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif (Terapi Paradigmatik bagi Lemahnya Hukum di Indonesia)*. Cet I (Yogyakarta : Antony Lib, 2009), h. 37

6. Roberto M. Unger

Unger adalah tokoh utama dari aliran *Critical Legal Studies* (CLS). Aliran ini secara resmi lahir pada tahun 1977 dalam konferensi yang terkenal di *University of Wisconsin, Madison, USA*. Namun embrio pemikirannya telah ada sejak tahun 1960-an seiring dengan pergerakan hak asasi manusia dan Perang Vietnam ketika itu. Konferensi itu kemudian diikuti oleh konferensi yang serupa di beberapa negara Eropa, seperti *Critical Legal Conference* (Inggris) dan *Critique du Droit* (Perancis). Konferensi-konferensi itu menghasilkan kesimpulan yang serupa, yaitu bahwa perlu reorientasi baru dalam hukum dan perlu berpikir secara berbeda dengan aliran hukum ortodoks yang sedang diterapkan saat itu, gerakan tersebut yang kemudian melahirkan *Critical Legal Studies* itu.¹³⁶

Menurut Munir Fuady,¹³⁷ CLS memiliki beberapa pikiran pokok, yaitu:

1. Pemikiran bahwa struktur hukum lebih merupakan pemihakan apakah kepada kepentingan pribadi atau kepada kepentingan orang lain.
2. Pemikiran bahwa aturan hukum lebih merupakan pemihakan pada kekuasaan dan kekayaan, dengan menindas kaum miskin, kaum tertekan, kelas pekerja, wanita, dan golongan minoritas.
3. Pemikiran bahwa hukum bukan merupakan penyelesaian yang baik atas sengketa hukum yang ada.

¹³⁶ Munir Fuady, *Filsafat dan Teori Hukum Postmodern* (Cet 1 Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2005), 128- 129.

¹³⁷ Munir Fuady, *Filsafat dan Teori Hukum Postmodern* (Cet 1 Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2005), 137

4. Logika dan struktur hukum memihak pada kepentingan kelas yang berkuasa.
5. Hukum melegitimasi dan melanggengkan ketidakadilan dalam masyarakat, yaitu ketidakadilan dalam bidang ekonomi, politik, kebudayaan dan *social- psychology*.
6. Hukum identik dengan politik sehingga hukum tidak pernah netral atau bebas nilai.
7. Penalaran hukum dikembangkan atas dasar hubungan kekuasaan yang tidak simetris dalam masyarakat.
8. Para pengikut aliran CLS menggunakan hukum sebagai alat untuk menghilangkan dominasi hierarkis secara terstruktur dalam masyarakat yang sudah maju.

Menurut penulis, hukum progresif juga berbagi pemikiran dengan mazhab utilitarianisme dengan tokoh utamanya yaitu Jeremy Bentham, John Stuart Mill dan Rudolf Von Jhering.

Aliran ini meletakkan kemanfaatan sebagai tujuan utama hukum. Kemanfaatan di sini diartikan sebagai kebahagiaan (*happines*). Jadi, baik buruk atau adil tidaknya suatu hukum, bergantung kepada apakah hukum itu memberikan kebahagiaan kepada manusia.¹³⁸

¹³⁸ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok- pokok Filsafat Hukum*(Cet 7 Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008), 117

Dalam kesimpulannya, Mahmud Kusuma,¹³⁹ mengatakan bahwa keterkaitan antara paradigma hukum progresif dengan Charles Sampford adalah terletak pada anggapan bahwa struktur hukum adalah cair. Begitu pula dengan pemikiran hukum responsif dari Nonet dan Selznick yang mengatakan tujuan hukum yang berada di luar dirinya. Paradigma hukum progresif ingin menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat.

Cara pandang yang serupa dengan hukum progresif juga muncul dari *Legal Realism* dan *Freirechtslehre* yang sama-sama memberikan porsi peranan yang besar kepada pengadilan (hakim) untuk mencapai tujuan-tujuan sosial yang tidak hanya terfokus pada undang-undang saja. Pandangan yang sama juga diperlihatkan oleh Roscoe Pound yang menganjurkan untuk mempelajari hukum sebagai suatu proses, yang sebenarnya juga menjadi landasan berpikir hukum progresif.

Menurut Mahmud Kusuma, orientasi tersebut dilanjutkan dengan pemikiran Heck yang mengatakan bahwa hakim tidak bisa dibiarkan hanya untuk melakukan konstruksi logis dalam membuat putusan. Kemudian hukum progresif berjalan seiring dengan pemikiran Roberto M. Unger adalah terletak pada substansi kritiknya terhadap tipe hukum liberal yang bebas nilai.¹⁴⁰ dan juga sejalan dengan aliran utilitarianisme, hukum untuk kebahagiaan manusia.

¹³⁹ Mahmud, Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif (Terapi Paradigmatik bagi Lemahnya Hukum di Indonesia)*. Cet I (Yogyakarta : Antony Lib, 2009), h. 64

¹⁴⁰ Mahmud, Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif (Terapi Paradigmatik bagi Lemahnya Hukum di Indonesia)*. Cet I (Yogyakarta : Antony Lib, 2009), h. 64

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Eksistensi Asas *Ultra Petitum Partium* dalam Sistem Hukum di Indonesia

Sejarah membuktikan bahwa hukum perdata yang saat ini berlaku di Indonesia, tidak lepas dari sejarah hukum perdata Eropa. Bermula di benua Eropa, terutama Eropa kontinental berlaku hukum perdata Romawi, disamping adanya hukum tertulis dan hukum kebiasaan setempat. Diterimanya hukum perdata Romawi pada waktu itu sebagai hukum asli dari negara-negara Eropa, oleh karena keadaan hukum Eropa kacau balau, dimana tiap-tiap daerah selain mempunyai peraturan-peraturan sendiri, juga peraturan setiap daerah itu berbeda-beda.

Belanda sebagai negara yang pernah menjajah Indonesia selama kurang lebih tiga setengah abad, juga memberlakukan produk hukum mereka di Indonesia berdasarkan asas konkordansi, yang mana Belanda juga negara yang masuk dalam kategori Eropa kontinental, sehingga sistem hukum yang ada di Indonesia masih merupakan sistem hukum warisan dari Belanda yakni sistem hukum *civil law*.

Asas *ultra petitum partium* yang termaktub dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg merupakan asas yang terdapat didalam sistem hukum perdata warisan Belanda. Asas hukum yang telah didefinisikan oleh banyak pakar hukum merupakan dasar, pondasi, dan landasan dari terbentuknya suatu peraturan hukum. Sehingga asas hukum diartikan aturan dasar dan prinsip-prinsip hukum yang abstrak dan umumnya melatarbelakangi peraturan konkret dan pelaksanaan hukum. Peraturan konkret seperti undang-undang tidak boleh bertentangan dengan asas hukum, begitu pula dalam sistem hukum.

Asas *ultra petitum partium* adalah larangan kepada hakim untuk memberikan putusan tentang hal-hal yang tidak dituntut atau meluluskan lebih dari yang dituntut.¹ Keberlakuan asas *ultra petitum partium* ini termaktub dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg. Asas ini sangat berkaitan dengan asas hakim yang bersifat pasif, yaitu dimana kepasifan hakim dalam menjalankan fungsinya untuk menyelesaikan setiap perkara yang sedang dihadapinya hakim tidak boleh menambah atau mengurangi luas pokok sengketa yang diajukan oleh para pihak, dalam arti bahwa ruang lingkup atau luas pokok sengketa yang diajukan kepadanya untuk diperiksa ditentukan oleh para pihak yang berperkara, bukan oleh hakim.

Sifat kepasifan hakim dapat dilihat dari dua dimensi² yang *pertama*, ditinjau dari visi inisiatif datangnya perkara, maka ada atau tidak adanya gugatan tergantung pada para pihak yang berkepentingan yang merasa dan dirasa bahwa

¹ Soepomo, *Hukum Acara Pengadilan Negeri*, (Jakarta 2002), h.20

² Sudikno, Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta : Liberty 1999), h.11

hak nya telah dilanggar oleh orang lain. *Kedua* ditinjau dari visi luas pokok sengketa, ruang lingkup gugatan serta kelanjutan pokok perkara maka hanya para pihak yang berhak untuk menentukan sehingga hakim hanya bertitik tolak pada peristiwa yang diajukan oleh para pihak.

Dalam prakteknya, ternyata sifat hakim yang pasif ini khususnya terhadap asas *ultra petitem partium* yang diatur dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg, dalam hal ini sudah mengalami pergeseran, karena dalam mengadili suatu perkara hakim sudah melakukan banyak terobosan dalam rangka proses penemuan hukum, hakim tidak lagi hanya menjadi corong dari undang-undang (*la bouce dela loe*), berdasarkan kekuasaan yang dimilikinya hakim dapat melakukan penemuan hukum yang sesuai dengan nilai keadilan yang ada dan hidup dimasyarakat, sehingga dalam pelaksanaannya hakim tidak terpaku pada bunyi teks dari undang-undang.

Aktifitas hakim dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara hakikatnya adalah merupakan proses penemuan hukum (*rechtsvinding*) terhadap suatu perkara yang sedang ditanganinya. Penemuan hukum ini dilakukan dalam upaya untuk mengisi ruang kosong antara norma dalam hukum positif dengan kenyataan. Kegiatan hakim seperti ini umum terjadi di semua pengadilan di dunia termasuk di Indonesia. Hakim seringkali berhadapan dengan kenyataan bahwa terhadap kasus-kasus yang ditanganinya ternyata tidak ada norma dalam peraturan perundang-undangan yang bisa secara pas diterapkan terhadap kasus tersebut. Kenyataannya, tidak semua kegiatan manusia diatur dalam hukum undang-undang, guna untuk mengisi kekosongan ini diperlukan peran hakim yang dapat

dilakukan melalui fungsi penemuan hukum, Dengan fungsi penemuan hukum ini maka kebenaran dan keadilan yang hidup dimasyarakat dapat diwujudkan

Dalam beberapa yurisprudensinya, Mahkamah Agung dapat dikatakan mempunyai sifat yang ganda dalam menjalankan fungsinya, dimana disatu sisi Mahkamah Agung tetap mempertahankan eksistensi dari ketentuan asas *ultra petitum partium* diatur dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg secara utuh, *zakelijk*³, baku, dan *letterlijk*⁴ akan tetapi disisi lain ketentuan pasal tersebut mengalami modifikasi, pergeseran dan perubahan pandangan, agar supaya hakim dalam melaksanakan tugas dan fungsinya dalam memutuskan sebuah perkara dapat bersifat lebih aktif.⁵

Berikut ini adalah contoh dari putusan yang bersifat *ultra petita* terkait dengan eksistensi keberlakuan asas tersebut dalam sistem hukum di Indonesia dan keberadaannya di dalam kehidupan masyarakat :

1. Putusan Pengadilan Agama Kabupaten Malang dengan Nomor perkara 4841/Pdt.G/2011/PA.Kab.Mlg, pada tanggal 07 Oktober 2011. Tentang pokok perkaranya adalah perkara cerai gugat antara ANISAH (nama samaran) melawan QOMAR (nama samaran) tentang duduk perkaranya dalam kasus ini adalah pengajuan cerai gugat dari pihak ANISAH kepada

³ Definisi *zakelijk* adalah sederhana, kesederhanaan, lihat dalam kamus elektronik bahasa Belanda-Indonesia dan Indonesia-Belanda v.2.2.0.

⁴ Definisi *letterlijk* adalah huruf, harfiah, arti atau makna kata (*word*), lihat dalam kamus elektronik bahasa Belanda-Indonesia dan Indonesia-Belanda v.2.2.0. Uthrecht memberikan penjelasan mengenai penafsiran menurut arti kata istilah (*taalkundige interpretasi*) yaitu kewajiban bagi hakim mencari arti kata dalam undang-undang dengan membuka kamus bahasa atau meminta keterangan ahli bahasa. Kalaupun belum cukup hakim harus mempelajari kata peraturan-peraturan yang lainnya. Lihat dalam Bambang, Sutiyoso, "*Penafsiran Hukum Penegak Hukum*" (Yogyakarta : UII Press, 2008) h. 84

⁵ Lilik Mulyadi, *Hukum Acara Perdata Menurut Teori dan Praktek Peradilan Indonesia*, (Jakarta: Djambatan, 2002), h.18

QOMAR, bahwa dalam kurun waktu menjalani kehidupan berumahtangga setelah adanya pernikahan di antara keduanya, sering terjadi perselisihan dan pertengkaran secara terus-menerus sehingga penggugat dan tergugat telah pisah ranjang, dan tidak terdapat hubungan yang harmonis, dan keduanya belum pernah melakukan hubungan suami istri (*qobla dukhul*) selama menjalani hidup berumahtangga, bahwa perselisihan dan pertengkaran tersebut berkelanjutan terus-menerus sehingga akhirnya tergugat pergi meninggalkan penggugat selama 3 (tiga) bulan hingga di daftarkannya surat gugatan ini dan selama itu sudah tidak ada hubungan lagi diantara keduanya, bahwa dalam gugatannya penggugat meminta hakim untuk menceraikan pernikahannya dengan tergugat, dan bersedia menanggung segala bentuk biaya yang terjadi akibat diajukannya perkara ini dan bersedia mengembalikan mahar yang telah diberikan oleh tergugat pada saat berlangsungnya akad pernikahan secara penuh sebesar Rp 426.000, dan dalam proses persidangan tersebut tergugat melakukan rekompensi terhadap penggugat, yakni tergugat bersedia menceraikan penggugat, asal penggugat bersedia mengganti uang ganti rugi yang sudah dikeluarkan oleh tergugat dalam acara resepsi pernikahan dan juga sebagai ganti rugi atas kekecewaan tergugat dan orang tua tergugat sebesar Rp 43.000.000,00. Dalam putusannya hakim memberikan putusan menolak seluruh rekompensi dari tergugat dan mengabulkan gugatan penggugat. Akan tetapi di sini hakim memberikan sebuah putusan lain yang tidak dicantumkan oleh kedua belah pihak baik

dalam gugatan primer maupun reconpensi dari tergugat, yakni putusannya berbunyi :

- Menghukum kepada penggugat untuk membayar/mengembalikan uang mahar kepada teergugat sebesar Rp 426.000,

Dasar hukum yang digunakan oleh hakim dalam menyelesaikan perkara ini adalah Al-Qur'an surat Al-Baqarah ayat 237, yang berbunyi :

وَإِنْ طَلَّقْتُمْ مِنْ بَيْنِ أَنْ تَمْسُوهُ وَوَدَّ فَرَضًا لَهَا فَرِيضَةُ مَا قَبْلَ ذَلِكَ بَلْ كَفَرْتُمْ إِذَا تَعَفَوْتُمْ عَنْ مَآذِنِكُمْ أُولَئِكَ عَدُوٌّ إِلَى اللَّهِ وَالَّذِينَ آمَنُوا هُمْ رِجَالٌ مَدِينُونَ لِمَا كَفَرُوا مِنْ قَبْلُ وَهُمْ فِي شَكٍّ ۚ

Artinya : “Jika kamu menceraikan isteri-isterimu sebelum kamu bercampur dengan mereka, padahal sesungguhnya kamu sudah menentukan maharnya, maka bayarlah seperdua dari mahar yang telah kamu tentukan itu, kecuali jika isteri-isterimu itu memaafkan atau dimaafkan oleh orang yang memegang ikatan nikah, dan pemaafan kamu itu lebih dekat kepada takwa. Dan janganlah kamu melupakan keutamaan di antara kamu. Sesungguhnya Allah Maha Melihat segala apa yang kamu kerjakan”

Dengan menyandarkan pada kesepakatan para ulama' tentang seorang istri yang bercerai dengan suaminya sebelum keduanya berhubungan badan (*qobla dukhul*), maka kepada istri dibebankan kewajiban untuk mengembalikan sedikitnya separoh dari mahar yang telah diterima. Dengan bersumber pada al-Fiqhul Islamy wa-adillatuhu, yang berbunyi :

اتفق الفقهاء على وجوب نصف المهر للزوجة بالفرقة قبل الدخول, سواء عند الشافعية
لحنابلة أكانت الفرقة طلاقاً أم فسخاً, (الفرقة الإسلامية وأدلتها) – (9 / 278)

Bahwa berdasarkan uraian dalam pertimbangan tersebut, maka berdasarkan pasal 41 huruf (cerai talak) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, tentang perkawinan, secara Ex Officio, Majelis Hakim menggunakan kekuasaannya untuk menghukum kepada penggugat untuk mengembalikan uang mahar sebesar Rp 426.000,- kepada tergugat.

Bahwa dalam putusan ini hakim memberikan putusan yang bersifat *ultra petita*, dikarenakan putusan yang dikeluarkan oleh hakim tidak mempunyai landasan hukum secara yuridis, baik dalam undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan ataupun dalam Kompilasi Hukum Islam, dikarenakan dalam Kompilasi Hukum Islam tidak mengatur tentang pengembalian mahar secara penuh dari pihak perempuan, dan juga putusan yang telah dikeluarkan oleh hakim terkait pengembalian mahar secara penuh oleh penggugat tidak terdapat di dalam dalih gugatan/tuntutan para pihak, baik didalam petitum primer ataupun juga dalam rekonpensi, sehingga putusan hakim ini dapat dikategorikan kedalam putusan yang bersifat *ultra petita*, karena hakim meluluskan atau mengabulkan lebih dari apa yang menjadi dalih tuntutan para pihak. Berdasarkan bunyi dari pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg adalah, “*ia tidak diizinkan menjatuhkan keputusan atas perkara yang tidak digugat, atau memberikan lebih dari pada yang digugat*. Sehingga jelas sekali bahwa di sini hakim berperan sebagai *judge made law*, karena hakim tidak terpaku pada teks peraturan perundang-undangan saja dalam menjalankan fungsinya untuk menyelesaikan

perkara yang sedang di hadapinya, hakim di sini berperan secara aktif dalam memberikan putusan yang mempunyai nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Selain memberikan ciri-ciri putusan yang bersifat *ultra petitum partium*, penulis di sini juga berupaya mengkorelasikan putusan hakim yang bersifat *ultra petitum partium* diatas dengan karakteristik putusan yang bersifat progresif. Dan putusan ini juga termasuk kedalam kategori karakteristik putusan yang bersifat progresif, karena berdasarkan karakteristik dari putusan hakim yang sesuai dengan metode penemuan hukum yang progresif sebagaimana yang dikemukakan oleh Ahmad Rifa'i adalah sebagai berikut :⁶

1. Putusan hakim tidak hanya semata mata bersifat legalistik, yakni hanya sekedar sebagai corong undang-undang (*la bouce de la loi*) meskipun memang seharusnya selalu harus legalistik karena putusannya tetap berpedoman pada peraturan perundang-undangan yang berlaku.
2. Putusan hakim tidak hanya sekedar memenuhi formalitas hukum atau sekedar memelihara ketertiban saja, tetapi putusan hakim harus berfungsi mendorong perbaikan dalam masyarakat dan membangun harmonisasi sosial dalam pergaulan.
3. Putusan hakim yang mempunyai visi pemikiran ke depan (*visioner*) yang mempunyai keberanian moral untuk melakukan terobosan hukum (*rule breaking*), di mana dalam hal suatu ketentuan undang-undang yang ada

⁶ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2010), h.137-138

bertentangan dengan kepentingan umum, kepatutan, peradaban, dan kemanusiaan, yakni nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, maka hakim bebas dan berwenang melakukan tindakan *contra legem*, yakni mengambil putusan yang bertentangan dengan pasal undang-undang yang bersangkutan dengan tujuan untuk mencapai kebenaran dan keadilan.

4. Putusan hukum yang memihak dan peka pada nasib dan keadaan bangsa dan negaranya, yang bertujuan pada peningkatan kesejahteraan untuk kemakmuran masyarakat serta membawa bangsa dan negara keluar dari keterpurukan dalam segala bidang kehidupan.

Peran hakim dalam membuat putusannya dalam perkara ini tidak bersifat legalistik dan tidak juga menjadi corong dari undang-undang (*la bouce de la loi*) bahkan hakim dalam membuat putusannya keluar atau menyimpang dari apa yang telah dibunyikan undang-undang, putusan yang dibuat oleh hakim Pengadilan Agama Kabupaten Malang ini tidak diatur dalam undang-undang ataupun Kompilasi Hukum Islam tentang pengembalian mahar secara penuh oleh pihak perempuan. Disini hakim berperan sebagai penemu hukum (*judge made law*) dengan menggunakan metode penemuan hukum yang visioner dan berani dalam melakukan suatu terobosan (*rule breaking*) dengan melihat perkembangan masyarakat ke depan, tetapi tetap berpedoman pada kebenaran dan keadilan. Sehingga keputusan yang dihasilkan adalah *contra legem*, yakni mengambil putusan yang bertentangan dengan undang-undang dengan tujuan untuk mencapai kebenaran dan keadilan.

Adanya putusan-putusan yang bersifat *ultra petitum partium* dan juga yang bersifat progresif ini dapat menjadi bukti bahwasannya tidak hanya hakim Pengadilan Umum ataupun hakim Mahkamah Konstitusi saja yang dapat melakukan terobosan-terobosan dalam membuat putusannya, akan tetapi hakim Pengadilan Agama pun dapat membuat hal yang sama. Untuk itu harapannya, dengan memenuhi berbagai kriteria tersebut diatas, hakim Pengadilan Agama dapat sekaligus meruntuhkan tesis Gunaryo yang mengatakan bahwa Peradilan Agama sebagai Peradilan *pupuk bawang*⁷ adalah tidak benar.

B. Tinjauan Hukum Progresif terhadap Asas *Ultra Petitum Partium* sebagai Sarana Hakim Melakukan Penemuan Hukum

Sebelum amandemen, naskah resmi UUD 1945 menyatakan bahwa Indonesia adalah negara yang berdasar atas hukum (*rechtsstaat*), tidak berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*).⁸ Maka secara Historis dan yuridis Indonesia adalah negara hukum yang cenderung menganut prinsip *rechtsstaat* dan telah dirumuskan secara tegas dalam konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950, terahir pasca amandemen dicantumkan Indonesia adalah negara hukum dalam pasal 1 ayat (3) UUD 1945.

⁷ Istilah "*pupuk bawang*" diambil dari ungkapan bahasa Jawa yang artinya kurang lebih "pihak yang berperan dan tidak penting". Istilah itu digunakan sehari hari sebagai sindiran atau ungkapan terhadap suatu pihak yang turut serta di dalam suatu kesatuan, namun keberadaan dan keikutsertaanya dalam kesatuan tersebut hanya sebagai pajangan yang tidak penting, atau yang paling tidak bisa melakukan apa apa yang konteks karya ini kata "*pupuk bawang*" adalah sebuah peyorasi. Lihat Achmad Gunaryo, *Pergumulan Politik & Hukum Islam*, (Semarang: Pustaka Pelajar, 2006).h. 1.

⁸ Jaenal Aripin, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Kencana 2008), h. 92

Perdebatan konsep negara hukum di Indonesia dikaitkan dengan Pancasila sebagai ideologi negara dan UUD 1945. UUD 1945 dalam perubahan ketiga pasal 1 disebutkan “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Gagasan tersebut merupakan satu dari tujuh pokok pikiran sistem pemerintahan negara Indonesia.⁹ Rumusan negara hukum sebagaimana dimuat dalam UUD 1945 pada perubahan ketiga tersebut, juga dipakai dalam konstitusi RIS, UUDS 1950, dan UUD 1945 sebelum adanya perubahan.

Sebagaimana sistem negara yang dianut oleh Indonesia, yaitu negara hukum yang berdasarkan Pancasila, yang bertujuan mencapai masyarakat yang adil, makmur, dan merata, baik dari segi materiil dan sprituil. Dalam kerangka befikir seperti inilah hukum dibentuk untuk mencapai keadilan sosial bagi seluruh warga negara di Indonesia. Dengan artian seluruh komponen proses hukum di Indonesia berorientasi pada keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Akibat tidak tercapainya keadilan yang diamantakan dalam Pancasila inilah yang melatarbelakangi lahirnya hukum Progresif sebagai wujud ketidakpuasan atas kualitas penegakan hukum di Indonesia.¹⁰ Dalam perspektif teori hukum progresif, hukum merupakan suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera, dan membuat manusia bahagia.¹¹ Hukum progresif

⁹ Ketujuh sistem pemerintahan negara Indonesia adalah (1) Negara Indonesia berdasar atas hukum (*Rechtsstaat*), (2) Sistem Pemerintahan Konstitusional, (3) Kekuasaan Negara yang tinggi ditangan MPR, (4) Presiden ialah penyelenggara pemerintahan negara yang tertinggi di bawahnya majelis, (5) Presiden tidak bertanggung jawab kepada DPR, (6) Menteri Negara ialah pembantu presiden, (7) Kekuasaan kepala negara tidak tak terbatas. Baca : Joeniarto, *Demokrasi dan Sistem Pemerintah Negara*, (Yogyakarta: Rineka Cipta, 1990), h.90

¹⁰ Matitah, *Mahkamah Konstitusi dari Negative Legislature ke Positive Legislature*. (Jakarta : Konpress, 2013), h. 36

¹¹ Satjipto, Rahardjo, *menggagas Hukum Progresif Indonesia*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2006), h.2

merupakan bagian dari proses pencarian kebenaran tidak pernah berhenti. Hukum progresif bertolak dari realita di kehidupan masyarakat tentang buruknya sistem penegakan hukum di Indonesia. Satjipto Rahardjo adalah penggagas dan pencetus terlahirnya hukum progresif di Indonesia, menurut Satjipto hukum progresif pada prinsipnya bertolak dari dua komponen dasar dalam hukum, yaitu Peraturan dan Perilaku (*rule and behavior*).

Menurut teori hukum Progresif, Manusia berada diatas hukum. Hukum hanya menjadi sarana menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia, hukum tidak lagi dipandang sebagai suatu dokumen yang absolut dan ada secara otonom. Hukum progresif juga membuat pandangan manusia terhadap pentingnya melakukan perubahan-perubahan kepada hukum sebagai aturan yang menciptakan kesejahteraan kepada manusia. Keikutsertaan Masyarakat dalam pembuatan hukum, diharapkan dapat menjadi kekuatan kontrol (*agent of social control*) dan kekuatan penyeimbang antara kepentingan pemerintah dan masyarakat. Perubahan hukum dalam masyarakat sangat dipengaruhi oleh perubahan yang ada di masyarakat itu juga, sehingga perubahan dibidang hukum dapat mempengaruhi perkembangan dalam masyarakat. Menurut Brian Z. Tamanaha, hukum dan masyarakat memiliki bingkai yang disebut “*The Law Society Framework*” yang memiliki karakteristik hubungan tertentu.¹² Hubungan tersebut ditunjukkan dengan dua komponen dasar, komponen yang pertama yaitu ide yang menyatakan bahwa hukum adalah cerminan masyarakat, dan ide yang menyatakan bahwa fungsi

¹² Matitah, *Mahkamah Konstitusi dari Negative Legislature ke Positive Legislature*. (Jakarta : Konpress, 2013), h. 46

hukum adalah mempertahankan “*social order*”. Komponen yang kedua adalah komponen kedua terdiri dari *custom/consonent*, *morality/reason*, dan *positive law*.

Di Indonesia sendiri implementasi dari Hukum Progresif tidak terlihat begitu signifikan, peran masyarakat dalam membentuk suatu produk hukum sangat terbatas, terlihat dari begitu banyaknya aturan-aturan yang masih banyak menguntungkan pihak-pihak tertentu saja dan malah merugikan kepentingan masyarakat. Buruknya produk perundang-undangan yang diciptakan para legislator. Seperti yang disampaikan oleh Mantan Ketua Mahkamah konstitusi Prof. Mahfud MD bahwa dari 480 Gugatan pada Tahun 2012, 27 Persen gugatan diterima oleh Mahkamah Konstitusi.¹³ Ini memperlihatkan kualitas peraturan perundang-undangan kita yang masih jauh dari baik, terutama untuk kepentingan masyarakat Indonesia.

Dalam hal ini, produk hukum haruslah diperuntukkan untuk melayani masyarakat bukan sebaliknya, karena manusia menghendaki dan membutuhkan, maka hukum akan berubah. Hukum dimungkinkan untuk diubah karena hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat. Hukum sebagai kaidah sosial, tidak lepas dari nilai (*value*) yang berlaku dalam masyarakat bahkan dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Adalah kenyataan bahwa kaidah hukum tidak mungkin dilepaskan dari hal-hal yang diaturnya sehingga jika hal-hal yang seyogyanya diatur tadi mengalami

¹³ <http://www.tempo.co/read/news/2012/08/16/063423930/Ketua-MK-Akui-Jumlah-Gugatan-UU-Meningkat>. Di akses Pada hari Rabu 8 April 2015 jam 08.55 WIB

perubahan, tentu hukum perlu dirubah agar dapat menyesuaikan dan sekaligus efektif, hukum akan eksis di masyarakat manakala pembaharuan hukum sesuai dengan harapan, struktur sosial dan budaya masyarakat.

Hukum dalam arti luas meliputi keseluruhan aturan normatif yang mengatur dan menjadi pedoman perilaku dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara dengan didukung oleh sistem sanksi tertentu terhadap setiap penyimpangan tertentu.¹⁴ Bentuk-bentuk aturan normatif seperti itu tumbuh sendiri dalam pergaulan hidup bermasyarakat dan bernegara ataupun sengaja dibuat menurut prosedur-prosedur yang ditentukan dalam sistem organisasi kekuasaan dalam masyarakat yang bersangkutan.

Kehadiran hukum seringkali diasumsikan dapat memberikan suatu keadilan, bahkan penyelesaian sengketa melalui jalur hukum dianggap jalan terakhir menuju keadilan. Sehingga, untuk mencapai keadilan masyarakat kerap kali harus dihadapkan kepada sistem peradilan. Buruknya sistem peradilan di Indonesia menyebabkan keresahan di dalam masyarakat mengenai rasa keadilan dalam putusan yang di keluarkan oleh lembaga-lembaga peradilan kita, sehingga banyak yang berpandangan bahwa harus ada reformasi dalam sistem penegakan hukum kita.

Reformasi dari sistem penegakan hukum ini menciptakan suatu pandangan baru terhadap hukum, dimana hukum dipandang harus memenuhi rasa keadilan yang diinginkan masyarakat. Dengan artian bahwa hukum yang baik adalah hukum yang pro terhadap kepentingan rakyat bukan yang sebaliknya, sifat

¹⁴ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*. (Jakarta: Konpress, 2006), h. 3.

hukum seperti yang dimaksud adalah hukum yang Progresif.

Hukum Progresif sesuai dengan Falsafah bangsa Indonesia, bahwa negara hukum yang dianut harus berdasarkan Pancasila yang lebih menekankan kepada substansi bukan pada prosedur semata. Di dalam negara hukum Pancasila yang diunggulkan adalah “olah hati nurani” untuk mencapai keadilan. Oleh karena itu, Negara hukum Pancasila bercirikan *rule of moral* atau *rule of justice*. Negara hukum Indonesia juga harus didasarkan pada posisi dasar manusia di dalam hukum dalam konteks sosiologis Indonesia. Semua instrumen hukum harus menempatkan manusia sebagai pusat orientasinya. Hukum tidak dapat ditegakkan hanya dengan menerapkan peraturan begitu saja, tetapi juga harus menimbang nilai dan cita-cita yang ingin diwujudkan oleh hukum, yang tidak mudah dibaca dalam peraturan.

Hukum Progresif memiliki kesamaan dengan *sociological jurisprudence* dalam hal titik berat studi hukum yang tidak hanya melihat hukum sebagai sesuatu yang tertulis, tetapi juga melihat bekerjanya hukum dan akibat dari penegakkan hukum. Namun, bekerjanya hukum dalam hukum progresif tidak hanya dimaknai secara empiris, yaitu yang terjadi di masyarakat, tetapi juga bekerjanya hukum dalam pengertian penemuan hukum yang harus keluar dari logika hukum semata serta menggunakan pendekatan yang menembus norma dan situasi yang ada sehingga diperlukan pendekatan transenden dan spiritual dalam penemuan hukum.

Pada pasal 10 Undang-Undang nomor 48 tahun 2009 disebutkan “Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas,

melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya.” Dan pasal yang mengakomodir hakim dalam melakukan penemuan hukum yang bermuatan keadilan terdapat pada pasal 5 ayat (1) Undang-Undang nomor 48 tahun 2009 menyebutkan “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.”

Sama halnya dengan paradigma hukum progresif, dalam Islam orientasi dari sebuah hukum adalah kemaslahatan atau kebaikan dan kesejahteraan umat manusia baik di dunia maupun diakhirat. Melalui *Maqasid Al-Syariah* lah *Syari’* memberikan maksud dan tujuan dari diberlakukannya hukum *Syariah*. Sebagaimana yang telah diulas, Abdul Muqsit Ghazali mendefinisikan *maqashid al syari’ah* sebagai sumber dari segala sumber dalam Islam, termasuk sumber dari Al Qur’an itu sendiri. Oleh karena itu, apabila ada ketentuan di dalam Al Qur’an maupun Hadits yang bertentangan secara substantif terhadap *maqashid al syari’ah*, maka ketentuan tersebut mesti direformasi. Ketentuan tersebut harus batal atau dibatalkan demi logika *maqashid al syari’ah*.¹⁵

Untuk mencapai nilai yang terkandung dalam *maqashid al syari’ah*, maka digunakanlah metode penemuan hukum Islam yaitu *ijtihad*. *Ijtihad* digunakan untuk mengetahui maksud dan tujuan dari diberlakukannya hukum *Syari’ah* oleh *Syari’* melalui teks-teks al-Qur’an dan as-Sunnah. Ketika suatu aturan *syari’ah* didasarkan pada implikasi yang luas dari sebuah teks al-Qur’an dan as-Sunnah, yang itu berbeda dengan aturan langsung dari teks yang jelas dan

¹⁵Abdul Muqsih Ghazali, *Islam Negara & Civil Society: Gerakan dan Pemikiran Islam Kontemporer* (Jakarta: Paramadina, 2005), h. 356.

terinci, maka teks dan aturan *syari'ah* itu harus dihubungkan melalui penalaran hukum. Menurut Abdullah Ahmad an-Na'im, bahwa bagaimanapun juga sulit dibayangkan menerapkan hukum-hukum yang sudah jelas dan terperinci yang terdapat di dalam teks-teks al-Qur'an atau as-Sunnah tanpa memerlukan *ijtihad* untuk interpretasi dan menerapkannya dalam suatu situasi yang konkrit.¹⁶

Hadits Nabi Muhammad yang diriwayatkan oleh Imam Bukhari dan Imam Muslim dan selain keduanya mengatakan : “*Jika seorang hakim memutuskan hukum dengan ber ijtihad dan kemudian benar maka ia mendapat dua pahala, dan jika memutuskan hukum dengan ber ijtihad dan kemudian salah maka ia mendapat satu pahala.*” Hadits ini ternyata belum cukup untuk membuka pintu *ijtihad* dan menetapkan kebolehamnya. Padahal hadits ini sangat menekankan pentingnya *ijtihad*. Ini adalah jaminan bahwa seorang *mujtahid* berhak untuk salah, dan kesalahan ini tidak membuatnya mendapat siksa dan hukuman. Disamping itu, ini adalah bukti akan kuatnya dorongan untuk berfikir, meneliti, dan memajukan ilmu pengetahuan.¹⁷

Fleksibilitas perkembangan pemikiran hukum Islam di Indonesia sangat relevan dengan memperkenalkan etos progresivisme dalam dinamika dan kristalisasi hukum Islam. Implikasi dari corak pemikiran progresif ini adalah pembebasan manusia dari hal-hal yang bersifat mitologis, pasif maupun agresif-

¹⁶ Abdullah Ahmad an-Na'im, *Dekonstruksi Syari'ah Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia dan Hubungan Internasional dalam Islam*, (Yogyakarta: LkiS, 1997), h. 54

¹⁷ Ahmad Al-Raysuni, Muhammad Jamal Barut, *Ijtihad antara teks, realitas, dan kemaslahatan social*, (Jakarta: Erlangga, 2002), h. 1

konservatif. Atas dasar etos progresif ini, diakui kapasitas manusia yang memiliki segenap kebebasan (*free will, free act*).

Dalam gagasan pembaruan pemikiran Hukum Islam di Indonesia, secara substantif, ada perbedaan pokok antara ajaran Islam yang bersifat *qath'i* (yang absolut) dan *zhanni* (yang relatif). Distingui antara *qath'i* dengan *zhanni* begitu ditekankan, karena dalam hal inilah ruang untuk berijtihad itu terbuka. Perbedaan ini, menuntut sikap toleran dalam menerima pluralitas aliran pemikiran keagamaan. Porsi ini merupakan *kavling* penafsiran sekaligus ruang ijtihad, dengan pemfungsian rasio secara optimal.¹⁸

Dalam hubungan ini dengan wacana Islam progresif, epistemologi *fiqh* merupakan tema penting yang menarik untuk dikaji lebih spesifik mengingat pola pikir *fiqh-oriented* telah “menyejarah” dan hampir dominan di semua negara muslim. Ada dua alasan mengapa *fiqh* begitu dominan. *Pertama*, Islam mempunyai ajaran yang menuntut tindakan praktis berkenaan dengan norma perilaku dan aturan peribadatan yang secara lahiriah harus bisa diukur. *Kedua*, kebutuhan ulama dan umara dalam mengendalikan atau membimbing umat Islam dalam perilaku sosial dan politik. Dominasi pola pikir *fiqh-oriented* ini kemudian menjadi salah satu unsur kelemahan umat Islam dalam memahami masalah berpindahannya “agama yang benar” kepada “ortodoksi ideologi”. Atas dasar ini, sangat disesalkan lahirnya pembakuan dan pembukuan ajaran agama yang

¹⁸ Madjid, Nurcholish, "*Konsep Keadilan dalam Al-Qur' n dan Kemungkinan Perwujudannya dalam Konteks Zaman Modern*", (Jakarta : Paramadina, 1997) h. 35

dianggap standar sehingga menyebabkan lahirnya kejumudan atau reifikasi ajaran Islam.

Menurut al-Syatibi, antara *ijtihad* dengan *maqasyid al-syari'at* tidak dapat dipisahkan. *Ijtihad* pada intinya adalah upaya penggalian hukum *syara'* secara optimal. Upaya penggalian hukum *syara'* itu berhasil apabila seorang *mujtahid* dapat memahami *maqasyid al-syari'at*.¹⁹ Oleh karenanya pengetahuan tentang *maqasyid al-syari'at* adalah salah satu syarat yang dimiliki oleh seorang *mujtahid*.

Mengenai kedudukan *ijtihad*, apakah merupakan sumber hukum Islam ataukah sebagai metode penetapan hukum Islam, maka ada dua pandangan mengenai hal tersebut. Ada kelompok yang berpandangan bahwa *ijtihad* adalah sumber hukum Islam berdasar atas hadits dari Muadz bin Jabal. Hadits ini dipahami oleh kelompok lain yang berpandangan bahwa *ijtihad* adalah metode penetapan hukum Islam, sebab hadits tersebut mengisyaratkan bahwa sumber utama *fiqih* adalah al-Qur'an dan as-Sunnah. Jika tidak terdapat dalam kedua sumber tersebut, baru digunakan *ijtihad* dengan tetap merujuk kepada kedua sumber dimaksud. *Ijtihad* adalah merupakan kegiatan yang tidak mudah, karena memerlukan analisis yang tajam terhadap nash serta jiwa yang terkandung di dalamnya dengan memperhatikan aspek kaedah kebahasaan dan tujuan umum disyariatkannya hukum Islam (*maqasyid al-syari'at*).

¹⁹ Asafri Jaya Bakri, *Konsep Maqashid Syari'ah menurut al-Syatibi*, (Jakarta: P.T. Raja grafindo Persada, 1996), h. 71

Disamping pemahaman tentang *ijtihad* tersebut diatas, disini perlu kiranya penulis sampaikan karakteristik kesamaan hukum progresif dengan *ijtihad* sebagai metode penemuan hukum dalam Islam, padanan hukum ini masih belum menjadi pembicaraan ramai masyarakat umum, baik praktisi maupun akademisi; hanya berada pada tataran teori belum merambah kedunia *legal practice* karena hukum dinegara kita yang masih menganut eropa kontinental atau *anglo saxon*; artinya masih ada kebakuan hukum lama yang belum mampu atau terkesan dogma terhadap perubahan baru dengan mempertahankan model lama yang sebenarnya sudah usang dan tidak memiliki humanisme dalam ber hukum. Padahal seperti yang dikatakan oleh Sajtipto Rahadjo bahwa “kehadiran hukum adalah untuk manusia” artinya hadirnya hukum untuk menjawab persoalan-persoalan di dalam kehidupan manusia yang selalu mengalami perubahan dari masa ke masa.

Berikut tabel perbandingan antara *Ijtihad* dengan *Hukum Progresif* yang bertujuan keadilan dan ketertiban ditengah-tengah masyarakat, sebagai berikut :

Tabel 2

Perbandingan kerangka berfikir antara Ijtihad dan Hukum Progresif

NO	IJTIHAD	HUKUM PROGRESIF
1	Berlandaskan Al-Qur'an dan Hadits sebagai landasan.	Berlandaskan hati nurani
2	Menggunakan pendekatan akal (<i>Ra'yu</i>)	Dijalankan dengan kecerdasan intelektual
3	Ijtihad bersifat dinamis	Responsif, tanggap terhadap isu-isu sosial yang hadir dimasyarakat.
4	Hasilnya bersifat relatif, temporal dan lokalitas	Masih berproses, artinya hukum bukanlah sesuatu yang final, terus berubah menjadi lebih baik
5	Ijtihad tidak bisa dinilai benar atau salah, karena kebenaran mutlak milik Allah	Adanya peran masyarakat dalam pembuatan hukum

Dengan melihat keterangan diatas, dapat diambil kesimpulan bahwa perbandingan antara konteks ijtihad dan hukum progresif memiliki haluan kerangka berfikir yang sama, yaitu dengan adanya usaha merelevansikan teori hukum dengan kondisi zaman.

Hakim dalam melaksanakan tugasnya dapat melakukan penafsiran terhadap undang-undang, dikarenakan undang-undang tidak mengakomodir semua permasalahan yang ada didalam masyarakat, sehingga keadilan tidak dapat diambil hanya dari teks-teks undang-undang semata. Sebagai penafsir, tentunya hakim dalam bekerjanya menemui banyak hal dalam mengadili, dan menimbulkan akibat yang berbeda dengan undang-undang yang diterapkan atas suatu perkara tertentu.

Ultra petitum partium menjadi kontroversial dalam keberlakuannya di masyarakat, karena dalam ketentuan peraturan yang mengaturnya, *ultra petitum partium* tidak diperbolehkan oleh undang-undang, yakni pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg. Dalam hukum, banyak segi yang tidak menyekat secara mutlak berlakunya sesuatu hanya dalam satu bidang hukum tertentu. Bisa saja, apa yang berlaku dalam satu bidang hukum diberlakukan juga dalam bidang hukum lain asal diatur dalam Undang-Undang.

Dari Penjelasan diatas dapat ditarik kesimpulan bahwa penafsiran atas undang-undang yang akan diterapkan terhadap suatu perkara yang sedang dihadapi oleh seorang hakim adalah merupakan kewenangan dari hakim itu sendiri, berdasarkan undang-undang kekuasaan kehakiman tersebut, sehingga dalam berproses melakukan penemuan hukum tadi, hakim akan menemukan sebuah produk putusan baru yang ketentuannya belum diatur dalam undang-undang, demi

tercapai hukum yang berkeadilan sesuai amanat Pancasila.

Dan dikaji dari perspektif hukum progresif bahwa *ultra petita* tidak merupakan suatu pelanggaran hukum sepanjang putusan *ultra petita tersebut* adalah untuk memenuhi rasa keadilan yang ada di masyarakat. Karena menurut hukum progresif tujuan berhukum adalah untuk keadilan, karena hukum sudah bermetamorfosis, dari yang dulunya berbentuk kebiasaan antar manusia yang kemudian dinamakan hukum sekarang berganti dengan teks yang terskema, sebagaimana hukum dijumpai dalam teks atau perundang-undangan atau hukum yang dirumuskan dengan sengaja secara rasional. Disini menunjukkan bahwa hukum sudah mengalami pergeseran bentuk, dari hukum yang muncul secara serta-merta (*Interactional Law*) menjadi hukum yang di buat dan diundangkan (*Legislated Law*).

Sejak hukum diubah dari bentuk kebiasaan menjadi ke dalam bentuk teks, maka secara otomatis yang mengambil peranan utama disini adalah bahasa. Tanpa disadari atau tidak, cara berhukum kita pun sudah mengalami pergeseran. Cara berhukum sekarang sudah terskema kedalam teks-teks. Pergeseran cara berhukum tersebut juga dapat dimaknai sebagai sebuah perkembangan dari sesuatu yang utuh menjadi sesuatu yang di reduksi. Karena hukum yang awalnya adalah sebuah kebiasaan yang kemudian direduksi kedalam teks-teks yang terskema. Dan dikarenakan Teori hukum progresif dalam melihat hukum tidak hanya menggunakan aspek kacamata hukum itu sendiri, melainkan juga dari aspek tujuan sosial yang ingin dicapai. Maka konsekuensinya adalah hakim diberi kebebasan yang tinggi untuk membuat putusan dalam setiap perkara yang

dihadipanya yang mencerminkan keadilan dalam masyarakat.

Masalah penemuan hukum dalam kaitannya dengan tugas hakim, akan muncul pada saat hakim melakukan pemeriksaan perkara hingga menjatuhkan putusan. Hakim dalam menjalankan tugas dan wewenangnya memeriksa, mengadili, dan kemungkinan menjatuhkan harus didasarkan pada hukum yang berlaku dan juga berdasarkan kenyakinannya, bukan hanya berdasarkan logika hukum semata. Ada 3 (tiga) yang menjadi pedoman bagi hakim dalam menghadapi suatu perkara, sebagaimana dikemukakan oleh Purwoto S. Gandasubrata, yaitu sebagai berikut.²⁰

- 1) Dalam suatu perkara yang hukum atau undang-undangnya sudah jelas, hakim hanya menerapkan hukumnya atau dalam hal ini hakim bertindak sebagai corong undang-undang (*la bouche de la loi*).
- 2) Dalam suatu perkara yang hukum atau undang-undangnya tidak atau belum jelas, maka hakim harus menafsirkan hukum atau undang-undang melalui cara-cara atau metode penafsiran yang berlaku dalam ilmu hukum.
- 3) Dalam suatu perkara dimana terjadi pelanggaran atau penerapan hukumnya bertentangan dengan undang-undang yang berlaku, maka hakim akan menggunakan hak mengujinya berupa *formale toetsingrecht* atau *materieletoetsingrecht*, yang biasanya dilakukan oleh *judex juris* terhadap perkara yang diputus oleh *judex facti*.

²⁰ Dikemukakan oleh H. R. Purwoto S. Gandasubrata, dalam Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2010), h.46

Menurut Bagir Manan, rumusan undang-undang yang bersifat umum tidak pernah menampung secara pasti setiap peristiwa hukum. Hakimlah yang berperan menghubungkan atau menyambungkan peristiwa hukum yang konkret dengan ketentuan hukum yang abstrak. Sudah menjadi pekerjaan sehari-hari hakim memberikan penafsiran atau konstruksi hukum suatu ketentuan hukum dengan peristiwa konkret.²¹

Oleh karena itu, hakim dalam melaksanakan tugasnya tersebut, bukan hanya sebagai corong undang-undang semata, melainkan selalu berusaha untuk melakukan penemuan hukum, dengan selalu menafsirkan suatu ketentuan undang-undang dengan cara menghubungkan peristiwa atau fakta-fakta hukum yang terjadi dipersidangan diterapkan dengan ketentuan undang-undang.

Apabila berpijak pada paradigma hukum yang konservatif, maka dalam penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim ini, terlihat bahwa hakim hanya mengkonstatir bahwa undang-undang dapat diterapkan pada peristiwanya, kemudian hakim menerapkannya menurut bunyi undang-undang. Dengan demikian, penemuan hukum dalam hal ini, tidak lain hanya merupakan penerapan undang-undang yang terjadi secara terpaksa atau *sillogisme*.²² Jadi, dalam hal ini hakim tidak menemukan hukum baru, dan hanya sekedar menerapkan undang-undang atau hakim merupakan corong dari undang-undang saja. Dalam paradigma hukum yang konservatif, sebagaimana telah dijelaskan diatas, hukum dan

²¹ Bagir Manan, *Suatu Tinjauan terhadap Kekuasaan Kehakiman dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004*, (Jakarta : Mahkamah Agung, 2005), h. 209

²² Sudikno, Mertokusumo dan A. Pitlot, *bab-bab tentang penemuan hukum*, (Bandung : citra aditya bakti, 1993) h. 6

peradilan hanyalah untuk mencegah kemerosotan moral dan nilai-nilai, sedangkan dalam paradigma penemuan hukum yang progresif, hukum dan peradilan merupakan alat untuk melakukan perubahan sosial.

Penemuan hukum yang progresif, berangkat dari konsep hukum progresif, bahwa hukum itu adalah untuk manusia, yang didalamnya termasuk nilai-nilai akan kebenaran dan keadilan yang menjadi titik pemahasan hukum, sehingga faktor etika dan moralitas tidak terlepas dari pembahasan tersebut. Jadi, penemuan hukum yang progresif secara tegas mengaitkan faktor hukum, kemanusiaan, dan moralitas, sehingga penemuan hukum yang dilakukan hakim dalam kerangka menjalankan tugas yustisialnya, yang pada akhirnya hakim akan menjatuhkan putusannya.

Putusan hakim merupakan mahkota dan puncak dari suatu perkara yang sedang diperiksa dan diadili oleh hakim tersebut. Oleh karena itu, tentu saja hakim dalam membuat putusan harus memperhatikan segala aspek di dalamnya, mulai dari perlunya kehati-hatian, dihindari sedikit mungkin ketidakcermatan, baik yang bersifat formal maupun materiil sampai dengan adanya kecakapan teknik membuatnya. Jika hal-hal negatif tersebut dapat dihindari, tentu saja diharapkan dalam diri hakim hendaknya lahir, tumbuh, dan berkembang adanya sikap kepuasan moral jika kemudian putusan yang dibuatnya itu dapat menjadi tolak ukur untuk perkara yang sama, atau dapat menjadi bahan referensi bagi kalangan teoritis maupun praktisi hukum serta kepuasan nurani tersendiri jika putusannya dikuatkan dan tidak dibatalkan pengadilan yang lebih tinggi.

Tugas yustisial dari hakim adalah memeriksa, mengadili, dan kemudian menjatuhkan putusan atas suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, dan yang pertama-tama menjadi pedoman bagi hakim dalam hal ini adalah peraturan perundang-undangan. Tugas yustisial tersebut, termasuk pula di dalamnya adalah tugas hakim dalam melakukan penemuan hukum melalui putusan-putusannya. Metode penemuan hukum yang umumnya dilakukan oleh hakim, sebagaimana dijelaskan adalah metode interpretasi dan konstruksi hukum. Di samping ada metode hermeneutika hukum yang dianggap sebagai metode baru dalam penemuan hukum.

Metode interpretasi hukum dilakukan dalam hal peraturannya sudah ada, tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkret, atau mengandung arti pemecahan atau penguraian akan suatu makna ganda, norma yang kabur (*vague normen*), konflik norma hukum (*antinomy normen*) dan ketidakpastian dari suatu peraturan perundang-undangan. Interpretasi terhadap teks peraturan undang-undangannya pun masih tetap berpegang pada bunyi teks tersebut. Tujuannya tidak lain adalah mencari serta menemukan suatu hal yang menjadi maksud para pembuatnya

Sedangkan konstruksi hukum dilakukan apabila tidak diketemukan ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada masalah hukum yang dihadapi, atau dalam hal peraturannya memang tidak ada, jadi terdapat kekosongan hukum (*Recht vacuum*) atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*). Untuk mengisi kekosongan hukum/undang-undang inilah, biasanya

hakim menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks undang-undang, dimana hakim tidak lagi berpegang pada bunyi teks tersebut.

Putusan hakim yang progresif adalah putusan yang berani keluar dari tawanan undang-undang atau melakukan tindakan *contra legem*. Berpegang dengan keberlakuan pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 menyatakan bahwa : “*Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*”. Adapun penjelasan dari pasal tersebut adalah , “*ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat*”.

Ketentuan tersebut memberikan makna bahwa hakim sebagai perumus dan penggali dari nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, harus terjun ketengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan, dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, sehingga dalam menghadapi suatu perkara atau kasus yang masuk pada suatu ketentuan undang-undang, dan ternyata hakim mencermati ketentuan undang-undang tersebut ternyata tidak sejalan dengan nilai-nilai kebenaran, keadilan, maupun moralitas dan etika, maka hakim dapat mengenyampingkan ketentuan dalam undang-undang tersebut, dan menjatuhkan putusan yang sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam dimasyarakat.

Metode penemuan hukum yang sesuai dengan karakteristik penemuan hukum yang progresif adalah metode penemuan hukum yang visioner dan berani

dalam melakukan suatu terobosan (*rule breaking*) dengan melihat perkembangan masyarakat ke depan, tetapi tetap berpedoman pada kebenaran dan keadilan serta memihak dan peka pada nasib dan keadaan bangsa dan negaranya, sehingga dapat membawa kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat dan juga dapat membawa bangsa dan negara keluar dari keterpurukan dan ketidakstabilan sosial.



BAB IV

PENUTUP

A. KESIMPULAN

1. Asas *ultra petitum partium* adalah pembatasan terhadap kewenangan hakim dalam menjalankan tugasnya untuk memberikan putusan tentang hal-hal yang tidak dituntut atau meluluskan lebih dari yang dituntut. Keberlakuan asas *ultra petitum partium* ini termaktub dalam pasal 178 ayat (3) HIR dan pasal 189 ayat (3) RBg. Dan eksistensinya di dalam kehidupan masyarakat dapat direpresentasikan melalui beberapa putusan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung, yakni salah satunya adalah putusan yang dikeluarkan oleh Pengadilan Agama Kabupaten Malang Nomor 4841/Pdt.G/2011/PA.Kab.Mlg.
2. Progresifitas dari aparaturnya penegak hukum dalam memaknai undang-undang, dalam hal ini hakim, dapat dilihat dari produk putusan yang

dihasilkan dalam menyelesaikan perkara yang dihadapinya, dalam hal ini hukum progresif menilai bahwa putusan yang bersifat *ultra petitem partium* atau dengan kata lain hakim memberikan putusan yang melebihi dari apa yang menjadi dalih gugatan, merupakan langkah atau terobosan terbaru dalam dunia hukum di indonesia.

Karena menurut hukum progresif hukum ada untuk manusia dan membahagiakan manusia, dalam proses penemuan hukumnya hakim dalam pandangan hukum progresif diberikan keleluasaan dalam memaknai undang-undang, karena hukum progresif memandang hukum yang sudah direduksi menjadi sebuah susunan kata-kata yang berupa teks undang-undang tersebut tidak bisa merepresentasikan keadilan yang hidup dalam masyarakat, sesuai dengan amanat Pancasila dan juga pasal 5 ayat (1) Undang-Undang nomor 48 tahun 2009 menyebutkan “*Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.*”

B. SARAN

Bagi para aparaturnya penegak hukum, khususnya dalam hal ini hakim-hakim yang berada dibawah naungan Mahkamah Agung ataupun Mahkamah Konstitusi, baik kiranya dalam menghasilkan sebuah produk putusan harus melihat dari segala aspek, tidak hanya aspek legalitas dan normatifitas dari hukum itu sendiri, dikarenakan undang-undang sendiri adalah produk dari legislator yang penuh dengan intervensi dari berbagai pihak. Setiap putusan

yang dihasilkan dari penemuan hukum perlu diketahui bersama alur kerangka berfikirnya agar tidak terjadi ketimpangan di tengah-tengah masyarakat. Kerangka berfikir demikian kiranya harus menjunjung tinggi hukum dan keadilan yang hidup di dalam masyarakat. Progresifitas, kematangan pertimbangan dan keberanian dari hakim dalam memutus perkara yang bersifat *ultra petitem partium* patut dijadikan contoh, karena hakim tersebut dalam melakukan sebuah penemuan hukum melihat benar aspek keadilan dan tidak menjadi corong dari undang-undang semata, yang hanya menyampaikan apa yang menjadi isi dan teks dari undang-undang tersebut.

DAFTAR PUSTAKA

A. BUKU

- Abidin, Andi Zaenal. *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*. Bandung : Alumni, 1984.
- Abu Zahrah, Muhammad, *Tarikh al- Madzahib al- Islamiyyah*, Juz. II, Mesir : Dar al- Fikr al- 'Arabi, t.t.
- Amirudin dan Asikin, Zainal. *Pengantar Metode Penelitian Hukum*. Cet. III. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006.
- An-Na'im, Abdullah Ahmad. *Dekonstruksi Syari'ah Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia dan Hubungan Internasional dalam Islam*. Yogyakarta: LKIS, 1997.
- Ardhiwisastra, Yudha Bhakti. *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*. Bandung : Alumni, 2000.
- Asshiddiqie, Jimly. *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*. Jakarta: Konpress, 2006.
- Ali, Achmad. *Menguak Tabir Hukum*. Bogor : Ghalia Indonesia, 2001.
- Ali, Achmad. *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*. Jakarta: Chandra Pratama, 2002.
- Ali, Achmad. *Keterpurukan Hukum di Indonesia*, cet II. Bogor : Ghalia, 2005.
- Ali, Muhammad Daud. *Hukum Islam*. Jakarta : PT.Raja Grafindo Persada, 2007.
- Arikunto, Suharsimi. *Prosedur Penelitian, : Suatu Pendekatan Praktek*. Jakarta: Rieneka Cipta, 2002.
- Aripin, Jaenal. *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*. Jakarta: Kencana 2008.
- Auda, Jasser. *Maqashid al Syari'ah as Philosophy of Islamic Law A System Approach*. International Institute of Islamic Thought (IIIT), 2008.
- Bakri, Asafri Jaya. *Konsep Maqashid Syari'ah menurut al- Syatibi*. Jakarta: P.T. Raja grafindo Persada, 1996.

- Darmodiharjo, Darji dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*. Cet 7. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Cet. II. Jakarta: Balai Pustaka, 1989.
- Fuad, Mahsun. *Hukum Islam Indonesia; Sari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris*. Yogyakarta : LKIS, 2005.
- Fuady, Munir. *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*. Bandung : Citra Aditya Bakti, 2008.
- Fuady, Munir. *Filsafat dan Teori Hukum Postmodern*. Cet 1. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2005.
- Al Ghazali. *al Mustashfa min 'Ilm al Ushul*. jilid I. Beirut : Dar al Kutub al 'Ilmiyyah, 1983.
- Ghazali, Abdul Muqsih. *Islam Negara & Civil Society: Gerakan dan Pemikiran Islam Kontemporer*. Jakarta: Paramadina, 2005.
- Gunaryo, Achmad. *Pergumulan Politik & Hukum Islam*. Semarang: Pustaka Pelajar, 2006.
- Hamidi, Jazim. *Hermeneutika Hukum*. Malang : UB Press, 2001.
- Harahap, Yahya. *Hukum Acara Perdata*. Jakarta: Sinar Grafika, 2005.
- Harahap, Yahya. *Kedudukan Kewenangan dan Hukum Acara Peradilan Agama*, Cet. II. Jakarta: PT Garuda Metro Politan Press, 1993.
- Harahap, Yahya. *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*. Jakarta: Sinar Grafika, 2008.
- Ibrahim, Jhonny. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. Malang : BanyuMedia, 2005.
- Idris, Abdul Fatah. *Istinbath Hukum Ibnu Qayyim*. Semarang: Pustaka Zaman, 2007.
- Joeniarto, *Demokrasi dan Sistem Pemerintah Negara*. Yogyakarta: Rineka Cipta, 1990.
- Kamil, Achmad dan Fauzan, M. *Kaidah-kaidah Hukum Yuroisprudensi*. Jakarta : Prenada Media, 2004.
- Kamus Elektronik Bahasa Belanda-Indonesia dan Indonesia-Belanda v.2.2.0.

- Khallaf, 'Abd al Wahab. *'Ilmu Ushul al Fiqh, al Majlis al A'la al Indunisi li al Da'wah al Islamiyah*. Jakarta, 1972.
- Kusuma, Mahmud. *Menyelami Semangat Hukum Progresif (Terapi Paradigmatik bagi Lemahnya Hukum di Indonesia)*. Cet I. Yogyakarta : Antony Lib, 2009.
- Manan, Abdul. *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006.
- Manan, Bagir. *Suatu Tinjauan terhadap Kekuasaan Kehakiman dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004*. Jakarta : Mahkamah Agung, 2005.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana, 2005.
- Mas, Marwan. *Pengantar Ilmu Hukum*. Cet I. Bogor : Ghalia Indonesia 2011.
- Matitah, *Mahkamah Konstitusi dari Negative Legislature ke Positive Legislature*. Jakarta : Konpress, 2013.
- Mawardi, Ahmad Imam. *Fiqh Minorotas*. Yogyakarta: LKIS, 2010.
- Mertokusumo, Sudikno. *Hukum Acara Perdata Indonesia*. Yogyakarta: Liberty, 1993.
- Mertokusumo, Sudikno. *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cet 5. Yogyakarta : Liberty, 2007.
- Mertokusumo, Sudikno dan Pitlot, A. *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*. Bandung : citra aditya bakti, 1993.
- Moerod, Pontang. *Pembentukan Hukum Melalui Putusan Pengadilan dalam Perkara Pidana*. Bandung : Alumni, 2005.
- Muhammad Jamal. *Ijtihad Antara Teks, Realitas, dan Kemaslahatan Social*. Jakarta: Erlangga, 2002.
- Muhammad Thahir bin Asyur, *Maqashid al-Syari'ah al-Islamiyyah*. Malaysia: Dar al-Fajr, 1999, hal. 180
- Mujahidin, A M. *Hukum Progresif : Jalan Keluar dari Keterpurukan Hukum di Indonesia*. Jakarta : Ikahi, 2007.
- Mulyadi, Lilik. *Hukum Acara Perdata Menurut Teori dan Praktek Peradilan Indonesia*. Jakarta: Djembatan, 2002.
- Munawwir, Ahmad Warson. *al-Munawwir Kamus Arab-Indonesia Terlengkap*. Surabaya: Pustaka Progresif, 1997.

- Muttaqien, Raisul. *Hukum Responsif*. Cet 2. Bandung : Nusamedia, 2008.
- Prasetyo, Teguh dan Halim, Abdul. *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum (studi pemikiran ahli hukum sepanjang zaman)*. Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2007.
- Qorib, Ahmad. *Ushul Fikih 2*. Cet. II. Jakarta: PT. Nimas Multima, 1997.
- Rahardjo, Satjipto. *Penegakan Hukum Progresif*. Jakarta : Kompas, 2010.
- Rahardjo, Satjipto. *Penegakan Hukum Progresif (tinjauan sosiologis)*. Yogyakarta : Genta Publishing, 2009.
- Rahardjo, Satjipto. *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*. Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2006.
- Rahardjo, Satjipto. *Hukum dalam Jagat Ketertiban*. Jakarta : UKI Press, 2006.
- Rahardjo, Satjipto. *Biarkan Hukum Mengalir*. Jakarta : Kompas, 2008.
- Rahardjo, Satjipto. *Lapisan-lapisan dalam Studi Hukum* cet 1. Malang : Banyumedia Publishing, 2009.
- Rahardjo, Satjipto. *Hukum dan Perilaku*, cet I. Jakarta : Kompas, 2009.
- Rahardjo, Satjipto. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta : Kompas, 2007.
- Ranuhandoko, I.P.M. *Terminologi Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika, 2000.
- al Rasyuni, Ahmad. *Imam al Syatibi's Theory of The Higher Objectives and Intens of Islamic Law*. International Institute of Islamic Thought; 1st edition, 2005.
- Rifai, Ahmad. *Penemuan Hukum Oleh Hakim Perspektif Hukum Progresif*. Jakarta : Sinar Grafika, 2010.
- Sahrani, Martinus dan Gunawan, Ilham. *Kamus Hukum*. cet 1. Jakarta : Restu Agung, 2002.
- Saifullah, *Refleksi Sosiologi Hukum* cet 1 Bandung : PT.Refika Aditama, 2007.
- Salman, H.R. Otje. *Filsafat Hukum. (Perkembangan dan Dinamika Masalah)*. Cet I. Bandung : PT. Refika Aditama, 2009.
- Shidharta, B. Arief. *Peranan Praktisi Hukum dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*. Bandung : Unpad, 1999.

Sianturi, S.R. *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Jakarta : 1986.

Soemitro, Ronny Hanitijo. *Metode Penelitian Hukum dan Jurimetri*. Jakarta : Ghalia Indonesia, 1988.

Soepomo. *Hukum Acara Pengadilan Negeri*. Jakarta 2002.

Soesilo, R. *RIB/HIR dengan Penjelasan*. Bogor : Politeia, 1995.

Sutiyoso, Bambang. "*Penafsiran Hukum Penegak Hukum*". Yogyakarta : UII Press, 2008.

Sutiyoso, Bambang. *Metode Penemuan Hukum*. Yogyakarta : UII Press, 2009.

Sutiyoso, Bambang. *Metode Penemuan Hukum*. Cet 2. Yogyakarta : UII Press 2007.

Syamsuddin, Amir. "*Penemuan Hukum Ataukah Perilaku Chaos?*" Kompas, Sabtu, 5 Januari 2008.

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

Waluyo, Bambang. *Penelitian Hukum Dalam Praktek*. Cet II. Jakarta : Sinar Grafika, 2002.

Zuhriah, Erfaniah. *Peradilan Agama Indonesia Sejarah Pemikiran dan Realita*. Malang : UIN Malang PRESS, 2009.

B. UNDANG-UNDANG

Undang-Undang RI, Nomor 48 Tahun 2009, Tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 1, Jakarta 2009

C. INTERNET

[http://www.tempo.co/read/news/2012/08/16/063423930/Ketua-MK-Akui-Jumlah-Gugatan-UU-Meningkat.](http://www.tempo.co/read/news/2012/08/16/063423930/Ketua-MK-Akui-Jumlah-Gugatan-UU-Meningkat)