

JUDGE MADE LAW:
FUNGSI DAN PERANAN HAKIM
DALAM PENEGAKAN HUKUM DI INDONESIA

Moh. Imron Rosyadi

STAI Taswirul Afkar Surabaya

imronros@gmail.com

Abstrak: Salah satu fungsi dari hukum ialah sebagai alat untuk melindungi kepentingan manusia. Adapun upaya yang harus dilakukan untuk melindungi kepentingan manusia adalah penegakan hukum. Ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan dalam penegakan hukum (untuk mewujudkan fungsi dan tujuan hukum) yaitu : kepastian hukum (*rechtsicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeit*). Hukum yang hanya dipahami sebagai seperangkat pasal-pasal (peraturan hukum), suatu saat akan mengalami stagnasi karena keadaan (obyek hukum) yang terus berubah dan berkembang. Sedangkan kita sadar bahwa peraturan perundang-undangan, tidak mungkin dapat mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada kalanya peraturan perundang-undangan tersebut belum mengatur tentang peristiwa (kasus) yang sedang terjadi atau ketentuan tentang peristiwa (kasus) tersebut sudah ada, akan tetapi tidak jelas sehingga membutuhkan penafsiran oleh hakim. Hakim tidak boleh menanggukhan atau menolak menjatuhkan putusan atas sebuah kasus pelanggaran yang terjadi, dengan alasan karena peraturan hukumnya belum ada atau tidak jelas. Hasil penemuan hukum oleh hakim, merupakan produk hukum yang mempunyai kekuatan mengikat dan menjadi sumber hukum. Keputusan hakim itulah, kemudian disebut dengan yurisprudensi, *case law* atau *Judge Made Law*. berdasarkan premis-premis diatas, tulisan ini bertujuan untuk mengetahui kedudukan *Judge Made Law* dalam sistem hukum di Indonesia, peranan hakim dalam pembentukan hukum (landasan pemikiran serta urgensinya) dan sebab-sebab hakim mengikuti keputusan hakim lain dan dalam situasi apa, seorang hakim tidak harus mengikuti keputusan hakim yang terdahulu dengan memaparkan teori-teori atau pendapat para ahli serta relevansinya dengan perkembangan persoalan hukum yang muncul dimasyarakat.

Kata kunci: Hukum, Hakim dan Undang-Undang.

Pendahuluan

Hakim sering dihadapkan pada peristiwa atau konflik konkrit (masalah hukum), yang harus dipecahkannya. Ia harus menguasai peristiwa atau konflik itu dalam arti memahami dan mengerti duduk perkaranya dan kemudian menerapkan hukumnya. Dengan pengetahuan yang telah diperolehnya, hakim harus menguasai kemampuan untuk memecahkan masalah-masalah hukum (*the power of solving legal problems*). Adapun kemampuan untuk memecahkan masalah-masalah hukum ini, meliputi kemampuan untuk :

1. Memutuskan masalah-masalah hukum (*legal problem identification*)
2. Memecahkan masalah-masalah hukum (*legal problem solving*)
3. Mengambil keputusan (*decision making*).

Dalam kehidupan bermasyarakat, selalu diperlukan sistem hukum untuk mengatur kehidupan agar menjadi harmonis dan teratur. Penegakan dan penerapan hukum seringkali menghadapi kendala berkaitan dengan perkembangan masyarakat. Perumusan peraturan perundang-undangan sering kali membutuhkan waktu yang lama sehingga pada saat peraturan perundang-undangan itu dinyatakan berlaku, hal-hal atau keadaan yang akan diatur oleh peraturan tersebut sudah mengalami perubahan.

Kekosongan hukum dapat terjadi karena hal-hal atau keadaan yang terjadi (peristiwa hukum) belum diatur dalam peraturan perundang-undangan atau sekalipun telah diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan namun tidak jelas atau bahkan tidak lengkap. Perkembangan masyarakat yang lebih cepat dari perkembangan aturan perundang-undangan, menyebabkan penegak atau aparat hukum harus berusaha (melakukan interpretasi) agar hukum dapat berjalan dan sesuai dengan perkembangan masyarakat. Dalam kenyataan, hukum atau peraturan perundang-undangan yang dibuat, tidak mencakup

seluruh perkara yang timbul dalam masyarakat, sehingga menyulitkan penegak hukum untuk menyelesaikan perkara tersebut.

Asas legalitas yang kerap dianggap sebagai asas yang memberikan kepastian hukum, dihadapkan pada realita bahwa rasa keadilan masyarakat tidak dapat dipenuhi oleh asas ini karena masyarakat yang terus berkembang. Perubahan yang terjadi dalam masyarakat tersebut menjadi masalah, berkaitan dengan hal-hal yang tidak (belum) diatur dalam peraturan perundang-undangan, karena tidak mungkin suatu peraturan perundang-undangan dapat mengatur segala kehidupan manusia secara tuntas sehingga pada suatu saat, peraturan perundang-undangan tidak dapat memberikan jawaban atau putusan hukum atas peristiwa atau kejadian yang sedang terjadi ditengah masyarakat.¹

Dampak kekosongan hukum yang disebabkan adanya hal-hal atau keadaan yang tidak (belum) diatur, akan dapat mengakibatkan terjadinya ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) atau ketidakpastian peraturan perundang-undangan di masyarakat yang berimplikasi pada munculnya kekacauan hukum (*rechtsverwarring*). Upaya yang dapat dilakukan dalam mengatasi terjadinya kevakuman hukum adalah penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim yaitu dengan melakukan interpretasi atau penafsiran terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku secara positif. Hasil penemuan hukum oleh hakim, merupakan produk hukum yang mempunyai kekuatan hukum mengikat dan

¹ Peraturan perundang-undangan (hukum positif) yang berlaku dalam suatu negara, merupakan sistem yang formal, yang tentunya agak sulit untuk mengubah atau mencabutnya dalam waktu singkat, walaupun sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat yang harus diatur oleh peraturan perundang-undangan tersebut.

menjadi sumber hukum.² Keputusan hakim itulah, kemudian disebut dengan yurisprudensi, *case law* atau *Judge Made Law*.

Penemuan hukum diartikan sebagai sebuah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas hukum lainnya terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit (upaya konkretisasi peraturan hukum yang bersifat umum dan abstrak, berdasarkan peristiwa yang real terjadi). Hakim harus menyesuaikan undang-undang dengan hal-hal yang konkrit, oleh karena peraturan-peraturan yang ada, tidak dapat mencakup segala peristiwa yang timbul dalam masyarakat.

Penemuan Hukum

Hakim selalu dihadapkan pada peristiwa atau konflik (masalah hukum) konkret yang harus dipecahkannya dan dicarikan hukumnya. Dalam menghadapi dan memecahkan konflik (masalah hukum) diperlukan upaya penemuan hukum. Oleh karena itu, penemuan hukum selalu berhubungan dengan peristiwa konkret.

Penemuan hukum adalah kegiatan atau usaha menemukan hukum suatu perkara karena hukumnya tidak jelas (tidak lengkap) atau proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya, yang diberi tugas untuk menerapkan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum dan proses konkretisasi peraturan hukum yang bersifat umum, dengan mengingat akan peristiwa konkret tertentu.

Hukum atau *das Sollen* merupakan sesuatu yang abstrak. Hukum yang abstrak itu tidak dapat secara langsung diterapkan pada peristiwa yang konkret. Oleh karena itu, hukum harus dikonkretkan lebih dahulu dengan menghubungkan dan

² Penemuan hukum adalah proses konkretisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkrit (*das sein*) tertentu (Mertokusumo, 1996: 37).

menyesuaikan dengan peristiwa konkret untuk mencari peristiwa hukum dan kemudian hukum tersebut diterapkan.

Dalam menemukan hukum, ada beberapa hal yang harus diperhatikan dan dikuasai oleh hakim, yaitu:

1. Adanya tata urutan dalam sumber penemuan hukum (hirarki)
2. Sistem hukum
3. Metode penemuan hukum

Penemuan hukum dilakukan dengan membuktikan dan menentukan kualifikasi peristiwa konkret, dengan langkah-langkah penerapan sebagai berikut:

1. Menentukan/mengidentifikasi peristiwa konkret yang relevan
2. Mengkualifikasi peristiwa konkret. Peristiwa konkret harus diterjemahkan dalam bahasa hukum (yang dikualifikasi adalah peristiwa konkret, untuk dijadikan peristiwa hukum agar hukum dapat diterapkan).
3. Mencari atau menyeleksi (peraturan) hukum dari sumber-sumber hukum seperti undang-undang, hukum kebiasaan, yurisprudensi dan doktrin serta perilaku manusia.
4. Menganalisis atau menginterpretasi (peraturan) hukum tersebut.
5. Menerapkan peraturan hukum terhadap peristiwa hukum dengan menggunakan silogisme.
6. Mengevaluasi dan mempertimbangkan argumentasinya. Di sini harus diperhatikan *Idee des Rechts* yaitu unsur-unsur yang harus diperhatikan dalam menjatuhkan putusan yaitu putusan harus mengandung keadilan (*Gerechtigkeit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) dan kepastian hukum (*Rechtssicherheit*).

Ada beberapa aliran teori hukum, yang terkait dengan peranan hakim dalam menegakkan keadilan, yaitu :

1. Aliran legisme atau *legal positivism*. Hakim berperan hanya sebagai pelaksana peraturan perundang-undangan (*Wetstoepassing*).³
2. Aliran *Freie Rechtsbewegung*. Hakim bertugas untuk menciptakan hukum (*Rechtsscheping*) dan sama sekali tidak terikat undang-undang.
3. Aliran *Rechtswinding* (aliran yang berada ditengah, antara *legisme* dan *freie rechtsbewegung*). Hakim mempunyai kebebasan yang terikat (*Gebonden-Vrijheid*) atau keterikatan yang bebas (*Vrije-Gebondenheid*).

Dalam pasal 28 ayat 1 Undang Undang tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (No 4 tahun 2004 perubahan dari UU No 14 Tahun 1970 dan UU No 35 tahun 1999) secara jelas ditegaskan bahwa hakim dan juga semua penegak hukum dan keadilan "wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat". Ketentuan ini

³ Aliran Legisme ini berkembang di Eropa pada abad XIX, setelah Napoleon mengundangkan Civil Code-nya. Civil Code bukan saja dianggap sempurna, namun juga dianggap dapat menghasilkan kepastian dan kesatuan hukum. Kemudian berkembang pandangan bahwa undang-undang adalah esensi hukum itu sendiri, dimana hakim hanya mempunyai peran menerapkan peraturan perundang undangan dalam memberikan putusan hukum (Sutiyoso, 2006: 32).

Berbeda dengan sistem hukum diatas, dalam sistem hukum common law, hakim mempunyai peranan penting dan memiliki tempat yang istimewa. Common law ini berasal dari Inggris sejak abad ke-11 sebagai hukum kota. Mulai abad ke-16, aliran hukum ini menyebar ke luar, termasuk ke Amerika Serikat. Sistem ini mendasarkan pada ketentuan hukum yang lebih dulu (*judicial precedent*) yang berasal dari hukum tidak tertulis, bukan pada undang-undang. Common law pada umumnya lebih berupa asas-asas (bukan peraturan tertulis) yang umum dan komprehensif berdasarkan rasa keadilan, pertimbangan akal dan pendapat umum yang dapat diterima. Asas-asasnya ditentukan oleh kebutuhan-kebutuhan masyarakat dan dapat berubah sesuai dengan perubahan kebutuhan tersebut.

Sistem ini dekat dengan *customary law*, (di Negara kita, dikenal dengan Hukum Adat atau *adatrecht*) yang esensi sistemnya masih tetap melekat pada peran hakim. Hakim tidak hanya dituntut untuk menerapkan teks undang-undang secara harfiah saja, akan tetapi juga dituntut untuk mewujudkan rasa keadilan.

memberikan peluang yang besar kepada hakim untuk melakukan interpretasi (penemuan hukum) dan menuntut hakim untuk selalu aktif, proaktif dan juga progresif dalam rangka mewujudkan keadilan dan kepastian hukum.

Peraturan hukum itu bersifat abstrak dan pasif. Abstrak karena sangat umum sifatnya dan pasif karena tidak akan menimbulkan akibat hukum apabila tidak terjadi peristiwa konkrit.

Peraturan hukum yang abstrak dan pasif, agar dapat diterapkan terhadap peristiwa/kasus yang sedang terjadi, memerlukan interpretasi (penafsiran) sebagai salah satu metode penemuan hukum, dengan memberikan penjelasan mengenai teks peraturan perundang-undangan agar ruang lingkup kaedah tersebut, dapat diterapkan kepada peristiwanya.

Carl Von Savigny mengeluarkan statemen bahwa hukum itu tidak dibuat tapi ditemukan, disamping dia juga memberi batasan tentang penafsiran yaitu rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam undang-undang. Peluang rekonstruksi ini, bukan menggunakan metode penafsiran yang dapat dipergunakan semauanya (sekehendak hati), akan tetapi merupakan seluruh rangkaian aktifitas yang harus dilaksanakan untuk mencapai tujuan yaitu penafsiran undang-undang.⁴ Dalam hal bunyi atau kata-kata dalam perjanjian itu cukup jelas, maka tidak perlu dijelaskan dan tidak boleh ditafsirkan menyimpang dari bunyi (isi atau pasal) perjanjian, asas ini disebut “*Sens Clair*” sebagaimana yang tercantum dalam pasal 1342 KUH Perdata yang berbunyi “Apabila kata-kata dalam perjanjian itu tegas, maka tidak dibenarkan untuk menyimpang dari padanya dengan jalan penafsiran”.⁵

⁴ Manan, 2006: 41.

⁵ Perlu diketahui bahwa keputusan Hoge Raad tanggal 12 nopember 1900, *Weekblad Van Het Recht* (Belanda) Nr 7525, menyatakan kalau kata-kata undang-undang cukup jelas, maka hakim tidak boleh menyimpang dari kata-kata itu, walaupun kehendak sungguh-sungguh dari pembuat undang-undang berbeda dengan arti kata-kata itu (Utrech, 1989: 408).

Pada abad kedua puluh ini, terjadi pergeseran dalam metode pembelajaran hukum. Hukum tidak lagi dilihat sebagai suatu hal yang otonom dan independen, melainkan dipahami secara fungsional dan senantiasa mempunyai kaitan dengan bidang-bidang lain dalam masyarakat seperti politik, ekonomi, kultural.⁶

Hukum tidak hanya terletak diruang sidang. Hukum merupakan suatu kebijakan-kebijakan dari apa yang akan diputuskan dalam sidang. Undang-undang yang dibuat oleh badan pembuat undang-undang, bukanlah hukum, tetapi dianggap sebagai sumber hukum, karena makna serta dampak dari hukum itu, ditetapkan hanya pada saat hukum itu telah dipertimbangkan dalam kasus sebelum sidang dimulai, maka keputusan hakimlah yang merupakan hukum itu sendiri.

Melalui pendekatan yang fungsional, hukum menjadi satu sistem yang terkait dengan sistem lain di luar hukum. Dengan demikian, pasal-pasal yang ada dalam undang-undang tidak hanya dianggap sebagai pasal yang mati, akan tetapi hendaknya dilihat dan dipahami sebagai satu rumusan yang senantiasa dapat dijabarkan untuk mewujudkan kehendak dari undang-undang itu sendiri. Bahkan apabila hukum dilihat sebagai suatu sistem yang mempunyai tujuan tertentu, maka rumusan pasal-pasal yang ada, harus dilihat sebagai wahana untuk mewujudkan tujuan tersebut.

Apabila terjadi pertentangan antara kepastian hukum dengan keadilan dan kemanfaatan masyarakat, maka akan dikembalikan pada keadaan yang nyata terjadi dan apa yang dikehendaki oleh masyarakat. Pendekatan hukum yang fungsional, senantiasa mengukur norma hukum dengan mendasarkan pada efektivitasnya dan bagaimana bekerjanya hukum dalam masyarakat. Cara berpikir fungsional ini adalah berpikir dalam/berdasarkan kasus dan tidak semata-mata hanya mendasarkan pada suatu tatanan yang

⁶ Rahardjo, 1983 : 16

menghendaki *status quo*. Oleh karena itu, maka keadilan dan kemanfaatan sosial masyarakat akan selalu diutamakan. Dengan demikian, dalam penegakan hukum, rumusan undang-undang tidak hanya dipahami sebatas bunyi undang-undang dalam bentuk pasal-pasal.

Menurut Sudikno Mertokusumo ada beberapa istilah yang berkaitan dengan istilah “Penemuan Hukum”, yaitu ada yang mengartikannya sebagai “Pelaksanaan Hukum”,⁷ “Penerapan Hukum”,⁸ “Pembentukan Hukum”⁹ atau “Penciptaan Hukum”.¹⁰ Menurut beliau, dari ketiga istilah tersebut, istilah yang lebih tepat adalah Penemuan Hukum. Istilah itu juga sesuai dengan ketentuan Undang Undang Kekuasaan Kehakiman No 4 Tahun 2004.

Penemuan hukum, menurut Sudikno Mertokusumo ada dua jenis yaitu:

1. Penemuan Hukum Heteronom adalah jika dalam penemuan hukum hakim sepenuhnya tunduk pada undang-undang, hakim hanya mengkonstair bahwa undang-undang dapat diterapkan pada peristiwa konkritnya, kemudian hakim menerapkannya menurut bunyi undang-undang tersebut.
2. Penemuan Hukum Otonom adalah jika hakim dalam menjatuhkan putusannya, dibimbing oleh pandangan-pandangan, pemahaman, pengalaman dan pengamatan atau pikirannya sendiri. Jadi hakim memutus suatu perkara yang

⁷ Pelaksanaan hukum dapat diartikan menjalankan hukum tanpa adanya sengketa atau pelanggaran.

⁸ Penerapan hukum berarti menerapkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang bersifat abstrak terhadap peristiwa yang konkrit.

⁹ Pembentukan hukum adalah merumuskan peraturan-peraturan yang berlaku umum bagi setiap orang.

¹⁰ Mertokusumo, 1999: 36-37. Penciptaan hukum ini memberikan kesan bahwa hukum itu hanya semata peraturan tertulis saja, sehingga kalau tidak diatur dalam peraturan tertulis, maka kewajiban hakimlah untuk menciptakannya.

dihadapkan padanya menurut apresiasi pribadi, tanpa terikat mutlak kepada ketentuan undang-undang.¹¹

Yurisprudensi

Hukum mempunyai sumber formil dan sumber materiil. Adapun sumber-sumber hukum formil menurut Utrecht adalah :¹²

1. Undang-undang
2. Kebiasaan dan adat
3. Traktat
4. Yurisprudensi¹³
5. Doktrin (pendapat ahli hukum).

Yurisprudensi adalah keputusan hakim yang bisa dijadikan acuan bagi kasus serupa di masa yang akan datang. Secara umum yurisprudensi dilakukan karena belum ada ketentuan hukum yang pasti atau spesifik terhadap suatu kasus.¹⁴

Keputusan hakim yang memuat peraturan tersendiri, menjadi dasar keputusan bagi hakim berikutnya. Keputusan hakim tersebut menjadi sumber hukum (kaidah) bagi peradilan (*rechtpraak*) dan administrasi negara (tata usaha negara). Apabila keputusan hakim tersebut mendapat perhatian umum, maka akan menjadi sumber hukum bagi pergaulan umum (sumber yang memuat

¹¹ Mertokusumo, 1999: 37.

¹² Utrecht, 1989:85. Agama (hukum agama) juga dapat dimasukkan sebagai sumber hukum formil. Daerah (di Indonesia) yang pandangan hidup penduduknya sangat terikat oleh agama (seperti Aceh), sumber hukum ini menjadi penting sekali.

¹³ Menurut Van Apeldoorn, yurisprudensi ini bukanlah sumber hukum yang berdiri sendiri. Peraturan yang telah tercantum dalam keputusan hakim, maka (peraturan) itu menjadi bagian dari keyakinan hukum umum (yurisprudensi tetap), akan tetapi bukan karena keputusan hakim, melainkan peraturan tersebut menjadi hukum karena kebiasaan yaitu berdasarkan keyakinan hukum dari hakim (Utrecht, 1989: 163).

¹⁴ Putusan Hakim Pengadilan Negeri belum dapat dianggap sebagai suatu Yurisprudensi karena putusan tersebut belum mempunyai kekuatan hukum tetap (masih dapat dirubah putusannya dengan Putusan pengadilan yang lebih tinggi).

kaidah yang diterima sebagai hukum).¹⁵ Hukum yang termuat dalam keputusan hakim seperti ini, menjadi hukum yurisprudensi atau hukum keputusan atau juga bisa disebut hukum hakim.

Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia adalah putusan Majelis Hakim Agung di Mahkamah Agung Republik Indonesia yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, yang berisi kaidah hukum yang diberlakukan dalam memeriksa dan memutus perkara dalam lingkup Peradilan Pidana, Perdata, Tata Usaha Negara, Agama dan Niaga yang dikualifikasi. Yurisprudensi Mahkamah Agung RI yang telah dipergunakan sebagai acuan bagi para Hakim untuk memutus suatu perkara yang sama, menjadi sumber hukum yang memiliki kekuatan mengikat.¹⁶

Analisis

Berbicara hukum, sebenarnya kita sedang berbicara tentang sesuatu yang lebih luas, bukan hanya sekedar berbicara tentang undang-undang. Pembicaraan tentang hukum yang selalu diidentikkan dengan undang-undang, akan melahirkan ke-statis-an dalam hukum. Undang-undang tidak mungkin dapat mengatur segala kehidupan manusia secara tuntas, sehingga adakalanya undang-undang tersebut tidak jelas atau bahkan tidak lengkap.¹⁷ Oleh karena itu, peraturan hukum yang tidak ada, harus diadakan, yang tidak jelas, harus dijelaskan dan yang tidak lengkap, harus dilengkapi, dengan jalan penemuan hukum, agar aturan hukum tersebut dapat diterapkan terhadap peristiwa yang terjadi. Dengan

¹⁵ Keputusan seorang hakim tidak hanya dapat mempengaruhi keputusan hakim lain dan administrasi negara, akan tetapi juga dapat mempengaruhi pekerjaan yang bersangkutan dengan hukum seperti pengacara atau advokat (Utrecht, 1989: 85).

¹⁶ Masalah yang sering dijadikan contoh dalam 'dasar-dasar ilmu hukum' adalah yurisprudensi mengenai pencurian arus listrik.

¹⁷ Menurut Jakob Sumardjo, dalam bahasa jawa, terdapat sedikitnya 15 makna pencurian. Ini berarti bahwa bagi komunitas jawa, pasa 362 KHUPidana mengandung cacat, karena tidak mungkin mampu merumuskan ke 15 jenis pencurian tersebut kedalam satu kalimat (Susanto, 2005, 4).

penemuan hukum, kita berharap setiap putusan hakim mengandung aspek keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan.

Hukum (*rechtsvinding*) merupakan proses pembentukan hukum dalam upaya menerapkan peraturan hukum (yang bersifat umum) terhadap peristiwanya, berdasarkan kaidah-kaidah atau metode-metode tertentu, seperti interpretasi, argumentasi atau penalaran (*redenering*), konstruksi hukum dan lain-lain. Kaidah-kaidah dan metode-metode tersebut, digunakan agar penerapan aturan hukum terhadap peristiwanya tersebut, dapat dilakukan secara tepat dan relevan menurut hukum sehingga hasil yang diperoleh dari proses tersebut, juga dapat diterima dan dipertanggungjawabkan dalam ilmu hukum. Penemuan hukum ini, dapat diartikan sebagai proses konkretisasi peraturan (*das sollen*) ke dalam peristiwa konkret tertentu (*das sein*).¹⁸

Ada dua pandangan besar yang dianut oleh para hakim di Indonesia. Pertama, adalah pandangan normatif dogmatis dan yang kedua adalah pandangan yang kritis fungsional. Pandangan normatif dogmatis mempunyai pengaruh yang sangat besar dewasa ini. Dalam pandangan ini, penggarapan hukum dilakukan dengan telaah undang-undang, yurisprudensi maupun literatur hukum *ansich*. Dalam pandangan kaum legalitas ini, pembabaran hukum dan keadilan adalah identik dengan undang-undang. Dengan demikian hakim hanyalah corong undang-undang (peraturan yang sudah dikodifikasikan).¹⁹ Dasar bagi hakim dalam memutuskan

¹⁸ John Chipman Gray menyatakan bahwa undang-undang yang dibuat oleh badan pembuat undang-undang, bukanlah hukum, akan tetapi dianggap sebagai sumber hukum, karena makna serta dampak dari hukum itu, ditetapkan hanya pada saat hukum itu telah dipertimbangkan dalam kasus sebelum sidang dimulai, maka menurutnya bahwa keputusan hakimlah yang merupakan hukum itu sendiri. Cotterell, 1992: 28.

¹⁹ Kodifikasi merupakan salah satu ciri dari perkembangan hukum pada abad 19, yang beranggapan bahwa legislatif telah mengatur sesuatu yang akan datang, sehingga tidak ada kekosongan (*leemte*) atau cacat. Dengan demikian, penafsiran dianggap sebagai sesuatu yang berlebihan dan tidak diperlukan. Memang, Undang-undang sebagai produk manusia, selalu mempunyai kelemahan

perkara, hanyalah apa (ketentuan pasal-pasal) yang menjadi bunyi undang-undang tersebut. Bagi masyarakat yang sudah maju dan berkembang, pandangan ini akan mempunyai banyak tantangan. Dalam prakteknya akan mudah terjadi diskrepansi (ketidakcocokan) antara hukum dengan kenyataan yang berlaku di masyarakat karena hanya menitikberatkan pada tercapainya kepastian hukum.

Pandangan normatif dogmatis diatas didasarkan pada pasal 20 AB²⁰ bahwa hakim harus mengadili menurut undang-undang dan pasal 21 AB bahwa hakim dilarang membuat *arrets de reglement*. *Arrets de reglement* adalah keputusan pengadilan perancis (yang bernama parlement) pada zaman sebelum revolusi Perancis (1789-1795) yang biasanya berlaku sebagai peraturan umum. Dasar pasal 20 AB adalah pandangan aliran legisme dan terpengaruh oleh ajaran trias politica montesquieu yaitu pemisahan antara lembaga legislatif, eksekutif, dan yudikatif.²¹ Menurut ajaran ini, bahwa hanya lembaga legislatif saja, yang dapat membuat peraturan dan menurut Montesquieu bahwa hakim menjadi mulut yang mengucapkan undang-undang (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*).²²

(kekurangan), akan tetapi kelemahan (kekurangan) tersebut harus dikembalikan kepada legislatif dan bukan menjadi tugas hakim untuk melakukan interpretasi dalam rangka menutupi kekurangan (kelemahan) undang-undang tersebut.

²⁰ AB adalah ketentuan umum tentang peraturan perundang-undangan untuk Indonesia, yang diundangkan pada tanggal 30 April 1847 Staatblad Nomor 23 tahun 1847.

²¹ Kata-kata montesquieu yang terkenal adalah “*Les judges de la nation ne sont que les bouches, qui prononcent les paroles de la loi, des entres inanimés, qui n'en peuvent moderer ni la force ni la rigueur* “. Pemisahan tersebut menentukan batas yang tegas bagi penegakan hukum sehingga tidak boleh (sama sekali) memasuki ranah hukum.

²² Sanusi, 1984: 86-87. Bahwa undang-undang atau produk hukum ini (AB) adalah berisi ketentuan ketentuan pokok tentang peraturan perundang undangan di Indonesia yang merupakan warisan Belanda. Pemikiran hukum yang dipakai adalah terinspirasi oleh doktrin civil law yang berkembang di Eropa. Diantara ciri-ciri dari civil law atau hukum Eropa Kontinental ini adalah hukum merupakan peraturan perundang undangan produk legislatif. Sistem hukum ini,

Sedangkan pandangan kritis fungsional ini, didasarkan pada pasal 28 ayat 1 UU No. 4 Tahun 2004 yang menyebutkan bahwa : “Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup didalam masyarakat”. Artinya seorang hakim harus memiliki kemampuan dan keaktifan untuk menemukan hukum (*Rechtsvinding*). Yang dimaksud dengan *Rechtsvinding* adalah proses pembentukan hukum oleh hakim (aparatus penegak hukum lainnya) dalam menerapkan peraturan hukum terhadap peristiwa hukum yang konkrit. Hasil penemuan hukum tersebut menjadi dasar baginya untuk mengambil keputusan.²³

Berdasarkan Pasal 22 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesia; Stb. 1847 : 23*)²⁴ dan UU No. 4 Tahun 2004 (pokok-pokok kekuasaan Kehakiman) seorang hakim tidak boleh

tidak menempatkan pengadilan pada posisi yang penting dan tidak menjadikan keputusan hakim sebagai sumber yang pertama tapi hanya dianggap sebagai keterangan hukum.

Civil law berawal dari hukum Romawi Jerman yang berkembang di Eropa sejak abad 12. Pertumbuhan hukum Romawi di Jerman dikembangkan oleh alumni beberapa universitas di Eropa yang berkiblat pada *Corpus Iuris Civilis* yang dibuat pada masa Kaisar Iustianus. Kemudian hukum Romawi Jerman ini disebut dengan istilah *civil law* (disamping ada pula yang menyebutnya dengan sistem hukum Eropa Kontinental). Sistem hukum Romawi Jerman ini berkembang pertama kali di negara Eropa Barat adalah di Perancis, kemudian diikuti oleh Belanda, Belgia, Italia, Spanyol, Portugis, Amerika Latin dan termasuk Indonesia yang dibawa oleh Belanda.

Kemudian (disamping hukum Romawi) Perancis memberlakukan unifikasi hukum yang dibuat oleh Napoleon Bonaparte, yang intinya adalah hukum Jerman. Code civil Perancis (juga disebut Code Napoleon) selesai dan diberlakukan pada tanggal 21 Maret 1804, dan sejak tahun 1811-1838 code civil Perancis diberlakukan juga di Belanda karena waktu itu Belanda menjadi jajahan Perancis. Ketika Belanda lepas dari Perancis, code civil tersebut ditiru oleh Belanda dalam menyusun hukum perdata (BW) untuk daerah jajahannya di Asia dan Hindia Belanda yang lain.

²³ Mertokusumo, 1999: 47.

²⁴ AB adalah ketentuan umum tentang peraturan perundang-undangan di Indonesia, yang diundangkan pada tanggal 30 April 1847 staatblad no. 23 tahun 1847.

menanggihkan atau menolak memeriksa perkara dengan dalih undang undang tidak sempurna atau tidak adanya aturan hukum. Dalam kondisi undang undang tidak lengkap atau tidak jelas, seorang hakim harus melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Kalau dalam Pasal 22 A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesia; Stb. 1847 : 23*), dinyatakan bahwa hakim dapat dituntut dengan alasan karena menolak mengadili, sedangkan dalam UU No. 4 Tahun 2004 (pokok-pokok kekuasaan kehakiman) tidak ada pernyataan secara tegas bahwa hakim dapat dituntut dengan alasan karena menolak mengadili.

Peranan hakim dalam menemukan hukum merupakan hal yang menjadi sebuah tuntutan dalam merespon perkembangan kasus-kasus hukum yang terjadi dimasyarakat. Prinsip-prinsip inilah yang menjadi salah satu doktrin dari sistem hukum yang bercorak *common law*.

Common law,²⁵ berkembang di Inggris pada abad XI, yang dikenal juga *Un-Written Law*.²⁶ *Common law* juga dikenal dengan sebutan Anglo Saxon atau Anglo Amerika.²⁷

Diantara ciri-ciri *common law* adalah masih menundukkan diri berdasarkan adat kebiasaan dan menjadikan keputusan pengadilan sebagai sumber yang sangat penting.²⁸

²⁵Dalam sistem common law, hakim menerapkan prinsip “membuat hukum sendiri” dengan mempertimbangkan kasus-kasus dan fakta-fakta sebelumnya, yang sering disebut dengan *case law* atau *judge made law*. Dalam sistem hukum common law, hakim berfungsi sebagai legislatif (Haveman, 2002: 36).

²⁶ Meskipun Inggris pernah dijajah oleh bangsa Romawi dan bangsa Normandia (penganut hukum Romawi) akan tetapi Inggris telah mempunyai hukum yang kuat sehingga mampu menangkal pengaruh hukum Romawi dalam sistem hukumnya.

²⁷ Sebutan Anglo Saxon berasal dari adat istiadat suku Anglo dan Saxon yang menjadi penduduk Inggris dan disebut juga dengan Anglo Amerika karena hukum yang berlaku di Amerika mempunyai latar belakang yang sama dengan hukum yang berlaku di Inggris. Hukum ini dibawa oleh imigran Inggris ke Amerika pada abad 16-17 (setelah Amerika merdeka, para imigran menghendaki common law diberlakukan di Amerika).

Sistem hukum *common law* memposisikan hakim berfungsi sebagai legislatif (hukum lebih banyak bersumber pada keputusan-keputusan hakim). Dalam perkembangan berikutnya, karena sistem yurisprudensi dianggap lambat dalam mengantisipasi perkembangan hukum (karena menunggu adanya kasus atau perkara yang diajukan ke pengadilan), maka muncul cara pembentukan hukum melalui parlemen (*written law* atau undang-undang). Sehingga di Inggris, hukum tidak hanya ada dalam keputusan hakim saja, akan tetapi juga didalam undang-undang yang dibuat oleh parlemen, ditambah lagi kebijakan pemerintah (yang didasarkan pada hukum yang berlaku) dan juga kebiasaan-kebiasaan yang diakui (baik oleh pengadilan maupun lembaga negara lain).²⁹

Menurut Friedman bahwa perubahan hukum dapat terjadi dalam tiga unsur yaitu :

1. Struktur hukum, yang berbicara tentang bagaimana pola hukum itu dijalankan sesuai dengan ketentuan formalnya. Struktur ini menunjukkan bagaimana pengadilan, pembuat hukum dan proses hukum berjalan atau dijalankan.
2. Substansi hukum yaitu peraturan yang digunakan oleh pelaku hukum dalam melaksanakan perbuatan yang berhubungan hukum.
3. Kultur hukum. Apabila masyarakat memilih pengadilan sebagai jalan untuk menyelesaikan kasusnya, berarti masyarakat tersebut mempunyai persepsi yang positif terhadap pengadilan.³⁰

²⁸ Di Inggris, Yurisprudensi merupakan cara pembentukan hukum yang dianggap penting. Yurisprudensi di Inggris terikat dengan asas *stare decisis* yaitu suatu asas yang menyatakan bahwa keputusan hakim yang terdahulu mengikat kepada keputusan hakim berikutnya (keputusan hakim terdahulu harus diikuti oleh hakim berikutnya yang memutuskan dalam suatu kasus atau perkara yang sama).

²⁹ Manan, 2006, 39-40.

³⁰ Friedman, 1975, 6-9.

Dalam memutuskan perkara yang sedang dihadapi, upaya yang dilakukan oleh hakim untuk menemukan hukumnya adalah dengan mengolah sumber-sumber hukum yang secara hirarkis dimulai dari hukum tertulis (peraturan perundang-undangan) sebagai sumber utama, kemudian hukum tidak tertulis, yurisprudensi, perjanjian internasional kemudian doktrin dan ilmu pengetahuan.

Upaya penerapan peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh hakim untuk menyelesaikan perkara (kasus) yang dihadapinya adalah sebagai berikut :

1. Hakim hanya merujuk dan menerapkan materi peraturan perundang-undangan, apabila materi perundang-undangan yang mengatur tentang kasus (perkara) yang sedang dihadapinya tersebut, telah ada dan jelas.
2. Hakim melakukan interpretasi hukum apabila materi dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang kasus (perkara) yang sedang dihadapinya, telah ada akan tetapi tidak jelas.
3. Hakim melakukan penalaran logis dalam menemukan hukum, apabila materi dalam peraturan perundang-undangan tersebut, belum mengatur tentang kasus (perkara) yang sedang dihadapinya.

Dalam sistem hukum itu, ada tiga komponen yang saling mempengaruhi, yaitu :

1. Substansi hukum (*substance*).
2. Peraturan perundang-undangan.
3. Struktur hukum (*structure*) yakni aparat penegak hukum dan budaya hukum (*legal culture*).³¹

³¹ Hukum tersebut efektif mewujudkan “tujuan hukum” (keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum) apabila ketiga komponen hukum bersinergi positif.

Dengan demikian, fungsi hakim adalah menerapkan ketentuan hukum yang sudah diatur dalam peraturan perundang-undangan atau melengkapi ketentuan-ketentuan hukum dan membuat hukum baru (*creation of new law*) dengan cara melakukan pembentukan hukum (*rechtsvorming*) atau penemuan hukum (*rechtsvinding*), untuk mengisi kevakuman hukum dan menghindari tidak terselesaikannya suatu perkara (kasus) yang disebabkan karena ketentuan hukumnya sudah ada, akan tetapi belum jelas atau belum adanya ketentuan hukum sama sekali (dalam kasus *in konkretto*).

Studi mengenai analisis terhadap teknik atau metode (prosedur) penemuan hukum oleh hakim dalam proses pengambilan keputusan, kiranya tepat didekati melalui pendekatan teori “sistem hukum” sebagaimana dikemukakan oleh Lawrence M. Friedman yakni: *Substance of the rule, legal structure dan legal culture*,³² dan teori “penegakan hukum” sebagaimana yang dikemukakan oleh Soerjono Soekanto³³ yaitu:

1. Materi hukum dan undang-undang.
2. Penegak hukum.
3. Sarana dan fasilitas.
4. Masyarakat, yakni lingkungan di mana hukum tersebut berlaku.
5. Budaya masyarakat.

Tuntunan yang sangat besar dari peran yang dimiliki oleh hakim dalam penegakan hukum di Indonesia, juga dapat dipengaruhi oleh adanya beberapa variabel sosiologis ketika menyelesaikan sebuah perkara, diantaranya yaitu :

1. Bagaimana cara-cara kasus sampai di pengadilan. Masuknya perkara ke pengadilan bukanlah kegiatan hakim, melainkan

³² Friedman., 1975, 11

³³ Soekanto, 1993, 5

kegiatan para pihak (perdata) dan instansi kepolisian dan kejaksaan (pidana). Dengan demikian hakim menerima perkara yang sudah setengah jadi. Kelengkapan data, kejujuran dalam pembuatan BAP dan kejelasan surat dakwaan, memberikan kontribusi yang besar bagi kualitas putusan hakim. Boleh jadi seorang terdakwa yang sudah tampak nyata bersalah melakukan perkosaan dan pembunuhan misalnya, dapat divonis bebas oleh hakim karena ketidaklengkapan bukti dan kecurangan dalam menyusun BAP.

2. Kemampuan hakim (sumber-sumber teori dan pengetahuan). Kemampuan hakim yang terkait dengan pendidikan dan kursus-kursus yang pernah diikuti akan memberikan warna dalam putusannya. Kemampuan hakim ini terlihat nyata pada segi pertimbangan hukum yang menjadi dasar putusan. Dalam suasana global dan teknologi yang supra canggih seperti sekarang ini, kemampuan hakim benar-benar diuji. Banyak delik-delik baru seperti penyalahgunaan ecstasy, kejahatan dalam corporate banking, persekongkolan penetapan harga (*price fixing conspiracy*) yang belum tentu konstruksi hukumnya dipahami oleh hakim.
3. Atribut pribadi hakim. Bagaimana pengadilan menjalankan fungsinya, tidak dapat dilepaskan dari faktor manusianya. Hakim akan menjadi penentu proses hukum di pengadilan secara optimal. Di Indonesia pengkajian terhadap atribut hakim ini belum berkembang. Belum banyak kajian yang meneliti tingkat keimanan (religiusitas), latar belakang sosial, pendidikan, keluarga serta hal-hal konkret yang terjadi pada hakim sebelum memutuskan perkara.
4. Sosialisasi profesi hakim. Kebebasan berpikir yang dimiliki hakim saat ini, jauh berkurang apabila dibandingkan dengan

keadaan sistem hukum yang belum se-formal dan se-birokratis sekarang ini. Ketidakbebasan berpikir ini adalah bahwa para hakim sudah terbelenggu dengan acuan, konsep, konstruksi hukum yang harus dikuasai sebelum ia menjalani profesinya. Pendidikan sebagai salah satu unsur dalam sosialisasi hakim, akan menentukan kerangka berpikir, asas-asas hukum dan sebagainya, yang akan digunakan dalam pengambilan keputusannya.

5. Godaan dan tekanan dalam kehidupan hakim. Tekanan keadaan terhadap hakim ini, terjadi karena ia hidup di tengah-tengah masyarakat. Godaan terhadap keadaan perekonomian keluarga yang lebih baik, tekanan psikososial dan pemberitaan media massa terhadap kasus yang diperiksanya, akan dapat mempengaruhi putusan hakim. Karena adanya struktur sosial tertentu ini, maka tugas dan pekerjaan hakim dalam kesehariannya, akan selalu dilingkupi oleh harapan serta tuntutan anggota masyarakat yang berada disekitar tempat hakim bertugas.

Kelima variabel sosiologis di atas, terakumulasi dan melekat dalam pribadi hakim. Gambaran pembuatan putusan hakim sebagai kerja yuridis (yakni menerapkan undang-undang saja) bukanlah gambaran utuh tentang tugas dan pekerjaan hakim. Dengan demikian, bekerjanya hukum di pengadilan bukanlah proses yuridis semata, melainkan suatu proses sosial yang lebih besar.

Dalam amar putusan yang telah dikeluarkan hakim untuk menyelesaikan setiap kasus, harus mencerminkan tiga asas (yang menjadi unsur penegakan hukum) yaitu :

1. Kepastian hukum (*Rechtssicherheit*).
2. Kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*).

3. Keadilan (*Gerechtigkeit*).³⁴

Keputusan hakim yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap, menjadi rujukan oleh hakim berikutnya (atau hakim yang kedudukannya lebih rendah) dalam memutuskan perkara yang sama. Keputusan hakim ini disebut yurisprudensi. Ada dua macam yurisprudensi yaitu yurisprudensi tetap dan tidak tetap. Diantara sebab seorang hakim mengikuti pendapat hakim lain adalah :

1. Sebab psikologis, seorang hakim mengikuti keputusan hakim lain yang lebih tinggi kedudukannya (Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung). Mahkamah Agung mempunyai fungsi untuk melakukan pengawasan tertinggi dibidang peradilan di Indonesia. Dalam tingkat kasasi keputusan Mahkamah Agung mempengaruhi perjalan peradilan di Indonesia.³⁵
2. Sebab praktis, yaitu apabila seorang hakim memberikan keputusan yang berbeda dengan keputusan hakim yang lebih kedudukannya. maka pihak yang tidak menerima keputusan hakim tersebut, meminta perkaranya untuk diajukan kepada hakim yang lebih tinggi kedudukannya (tingkat banding atau kasasi).
3. Sebab persesuaian pendapat. Hakim mengikuti keputusan hakim lain karena ia menyetujui keputusan hakim tersebut.³⁶

³⁴ Hakim harus memberikan proporsi yang seimbang diantara ketiga unsur tersebut. Hakim tidak boleh mengutamakan salah satu unsur saja, sedangkan dua unsur penegakan hukum yang lainnya, dikorbankan atau diabaikan.

³⁵ Di Indonesia, hakim tidak terikat oleh keputusan-keputusan hakim yang telah ada, akan tetapi dalam praktek peradilan (sebagaimana praktek peradilan dinegara-negara Eropa), hakim yang lebih rendah kedudukannya sangat memperhatikan keputusan-keputusan hakim yang lebih tinggi (sehubungan dengan adanya kemungkinan permohonan banding atau kasasi). Oleh karena itu, yurisprudensi dari hakim atasan, merupakan sumber untuk menemukan hukum obyektif yang harus dilakukan oleh hakim (Utrecht, 1989:163-164).

³⁶ Utrecht, 1989:122-123.

Meskipun hakim mengikuti prinsip *the doctrine of precedent* (*stare decisis*), akan tetapi dalam menerapkan prinsip tersebut harus menggunakan pertimbangan-pertimbangan sebagai berikut :

1. Bahwa setiap perkara itu bersifat *einmalig* yaitu suatu peristiwa hanya terjadi satu kali (yang meliputi seluruh kriteria, sifat, bentuk, latar belakang terjadinya peristiwa dan lain-lain) dan tidak mungkin sama persis dengan kasus (perkara) yang sudah ada. Dalam hal ini, hakim diwajibkan mengikuti *doctrine of precedent*³⁷ hanya pada hal-hal yang berhubungan dengan produk perkara (*ratio decidendi*), sedangkan hal-hal yang bersifat tambahan atau ilustrasi (*obiter dicta*) hakim dapat mengesampingkannya dan hakim menilai berdasarkan persepsi (keyakinannya).³⁸
2. Aspek rasionalitas (*reasonables*), hakim melihat keputusan hakim yang terdahulu (yurisprudensi) dengan memperhatikan fakta-fakta yang terjadi, dalam kaitannya untuk memberikan keadilan hukum. Kalau yurisprudensi tersebut tidak rasional, maka hakim tidak wajib mengikuti.³⁹

³⁷ Hukum precedent dinegara-negara Anglo Saxon adalah hasil penemuan hukum yang otonom sepanjang pembentukan peraturan dan penerapannya dilakukan oleh hakim berdasarkan hati nurani dan sekaligus juga bersifat *heteronom* karena hakim terikat kepada keputusan-keputusan terdahulu (faktor-faktor diluar diri hakim). Sedangkan hukum *kontinental* seperti di Indonesia mengenal penemuan hukum yang heteronom sepanjang hakim terikat kepada undang-undang. Akan tetapi penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim tersebut, juga mempunyai unsur-unsur otonom yang kuat karena hakim harus menjelaskan atau melengkapi undang-undang menurut pandangannya sendiri.

³⁸ Sebagai contoh, ada beberapa disparitas keputusan hakim dalam memutuskan perkara (perkara yang relatif dianggap sama) yang terjadi di Indonesia, dari 85 perkara (dengan terdakwa sopir dalam kasus perkara lalulintas yang menyebabkan korban meninggal) pada tahun 1977-1978, telah terjadi disparitas (keputusan yang bervariasi) antara vonis 6 bulan 15 hari hingga 48 bulan (Rahayu, 2005: 38-39).

³⁹ Manan., 2006, 40.

3. Menurut Pasal 1917 KUHPerdata bahwa keputusan hakim hanya berlaku terhadap kedua belah pihak yang berperkara.

Dalam hal terjadi pelanggaran hukum, seorang hakim tidak boleh menolak atau menagguhkan menjatuhkan putusan dengan alasan hukumnya tidak jelas atau tidak ada. Suatu contoh dalam realitas saat ini adalah teknologi internet. Begitu banyak kejahatan yang dapat terjadi melalui media ini. Ketika kejahatan tersebut terjadi (jika para hakim hanya mendasarkan putusan pada undang-undang) maka akan sangat banyak pelaku kejahatan dunia cyber yang akan lepas begitu saja. Dan ini berarti bahwa sebelum lahirnya undang-undang tentang cyber telah terjadi kekosongan dalam hukum.⁴⁰

Yurisprudensi Belanda⁴¹ yang diikuti di Indonesia karena asas konkordansi, pada tanggal 23 Mei 1921 pengadilan tertinggi di Belanda memutuskan bahwa pencurian tenaga alam seperti tenaga listrik dapat juga dihukum berdasarkan pasal 362 KUHPidana (pasal pencurian) karena termasuk perbuatan mengambil barang milik orang lain dengan cara melawan hukum.⁴²

Dalam contoh kasus lain yang menunjukkan pentingnya kretifitas hakim dalam menemukan hukum adalah berapa banyak penafsiran yang dapat diberikan untuk kata “barang” dalam pasal

⁴⁰ Jangankan aturan yang belum ada, menafsirkan yang sudah ada pun, sebenarnya merupakan hal yang sulit.

⁴¹ Dalam yurisprudensi Belanda juga ditemukan pula keputusan *Hoge raad* Belanda pada tanggal 16 Januari 1999 tentang *onrechtmatige* (perbuatan melawan hukum). Konsep yang lama mengatakan bahwa untuk bisa disebut perbuatan melawan hukum adalah harus peraturan yang dilanggar, sedangkan konsep yang baru menyatakan bahwa perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan dan kepatutan dalam masyarakat juga dapat disebut perbuatan melawan hukum (Susanto, 2005: 9).

⁴² Perlu diketahui bahwa keputusan Hoge Raad tanggal 12 nopember 1900, *Weekblad Van Het Recht* (Belanda) Nr 7525, menyatakan kalau kata-kata undang-undang cukup jelas, maka hakim tidak boleh menyimpang dari kata-kata itu, walaupun kehendak sungguh-sungguh dari pembuat undang-undang berbeda dengan arti kata-kata itu (Utrecht, 1989: 408).

362 KUHP. Apabila hakim tidak peka terhadap perkembangan kejahatan yang terjadi (yang harus direspon dengan upaya melakukan penemuan hukum), maka banyak para pencuri yang melakukan pencurian melalui transfer ke dalam rekening atau kasus-kasus lain, akan lolos dari jeratan hukum (yang semakin hari semakin menuntut kreatifitas dari para hakim demi terwujudnya hukum sebagai alat kontrol dan rekayasa sosial).⁴³

Sebagaimana juga dalam kasus yang terjadi pada PT.Telkom, bahwa di Indonesia, *Voice over Internet Protocol* (VoIP) menjadi teknologi yang dilematis. Meski bisa membantu menurunkan biaya telekomunikasi suara, pemanfaatan VoIP dalam bisnis ternyata dianggap melanggar hukum.

Bagi beberapa pihak, kasus tersebut tak memiliki dasar hukum yang kuat. Oleh karena itu, ada baiknya kalau kasus itu tetap diajukan terus ke pengadilan, hingga kemudian diputuskan 'tak bersalah' oleh hakim. Keputusan dalam kasus inilah, yang nanti akan diharapkan menjadi yurisprudensi bagi kasus-kasus serupa di masa datang.⁴⁴

Pengaturan *traffic inbound* VoIP masih berada pada peraturan teknis yang termaktub dalam Keputusan Menteri Perhubungan No 21 tahun 2001 dan No 2 Tahun 2003, dan tidak terdapat pada undang-undang maupun Peraturan Pemerintah. Jika peraturannya hanya pada tingkatan Keputusan Menteri, maka kasus tersebut

⁴³ Kemampuan untuk memecahkan masalah-masalah hukum ini, meliputi kemampuan untuk :

- a. Memutuskan masalah-masalah hukum (*legal problem identification*).
- b. Memecahkan masalah-masalah hukum (*legal problem solving*).
- c. Mengambil keputusan (*decision making*).

⁴⁴ Contoh kasus tersebut merupakan intisari diskusi 'Legalitas Bisnis VoIP di Indonesia' yang digelar **detikINET**, Rabu malam (26/04/2006). Diskusi dihadiri Heru Nugroho (salah satu Ketua Mastel), Juni Soehardjo (Mastel), Retno S. Renggana (Sekretaris Jendral Mastel), Bambang Soesijanto (Telkom), Sammy Pangerapan (Pebisnis VoIP), Freddy Harris (Pakar Hukum), Supto Anggoro (APJII), Roy Suryo (Pengamat Telematika), dan Wigiantoro (Pengamat Telematika).

(VoIP) tak bisa dipidanakan, melainkan hanya berupa sanksi administratif saja.

Sedangkan disisi lain, dalam menyikapi kasus VoIP ini, penegak hukum bisa juga mengambil sudut pandang lain dalam kasus ini, yaitu korupsi, dengan dasar hukum UU no.31 tahun 1999 jo UU no.20 tahun 2001, dengan tuduhan menggunakan jasa dari perusahaan yang merugikan negara (akan tetapi tuduhan itu yang menjadi dasar hukumnya, maka pihak penegak hukum harus bisa mengajukan bukti terjadinya kerugian yang dialami oleh negara.⁴⁵

Penutup

Judge Made Law adalah hukum hakim atau keputusan hakim dalam memvonis suatu perkara hukum yang dihadapkan kepadanya, yang dalam istilah lain disebut juga dengan *case law* atau *Judge Made Law*. Keputusan hakim yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap, menjadi rujukan oleh hakim berikutnya (atau hakim yang kedudukannya lebih rendah) dalam memutuskan perkara yang sama. Keputusan hakim ini disebut yurisprudensi. Ada dua macam yurisprudensi yaitu yurisprudensi tetap dan tidak tetap.

Dalam sistem hukum di Indonesia (berdasarkan UU No. 4 Tahun 2004 tentang pokok-pokok kekuasaan kehakiman) hakim mempunyai peranan yang besar dalam menemukan hukum (karena undang-undang tidak sempurna dan tidak mungkin mengatur seluruh kehidupan manusia secara tuntas). Hakim berfungsi sebagai legislatif (hukum lebih banyak bersumber pada keputusan-keputusan hakim).

Sebab-sebab hakim mengikuti pendapat hakim lain antara lain adalah: Sebab psikologis, sebab praktis, dan sebab persesuaian pendapat.

⁴⁵ Yurisprudensi seakan-akan jadi harapan terakhir untuk meniadakan resah tersebut.

Dalam hal seorang hakim mengikuti keputusan hakim lain, harus diperhatikan juga prinsip-prinsip sebagai berikut :

- a. Bahwa setiap perkara itu bersifat *einmalig*.
- b. Aspek rasionalitas (*reasonable*).
- c. Menurut Pasal 1917 KUHPerdara bahwa keputusan hakim hanya berlaku terhadap kedua belah pihak yang berperkara.

Prinsip-prinsip tersebut menjadi pertimbangan hakim dalam merujuk pada keputusan hakim yang terdahulu. Apabila keputusan hakim yang terdahulu, dinilai tidak dapat diterapkan dalam kasus yang terjadi saat ini, maka hakim yang sekarang tidak harus mengikuti keputusan hakim yang terdahulu atau keputusan hakim yang lebih tinggi kedudukannya.

Hukum tidak akan berjalan dengan baik tanpa ijtihad hakim, kemudian muncul persoalan yang berkaitan dengan penafsiran hukum dan pembentukan hukum. Pendapat yang memosisikan penafsiran hukum berada dibawah pembentukan hukum menyatakan bahwa teks hukum merupakan dogma (penafsiran hukum tidak boleh melampaui kewenangan pembuat hukum dan tidak boleh ada sesuatu yang baru selain undang-undang yang sudah ditetapkan).⁴⁶ Sementara itu, ada pula pandangan yang menyatakan bahwa, undang-undang adalah hanya sebagai pedoman atau sumber, sedangkan yang dimaksud hukum oleh kelompok ini, adalah institusi yang berkembang dalam masyarakat.⁴⁷

Proses peradilan merupakan suatu silogisme. Undang-undang merupakan premis mayor, peristiwa kongkrit adalah premis minor, sedangkan putusan hakim adalah konklusi (kesimpulan yang suatu saat juga harus berdasarkan interpretasi logis demi mewujudkan keadilan).

⁴⁶ Ini adalah Pendapat aliran *begriffsjurisprudenz* dan *legal positivism*.

⁴⁷Ini merupakan pandangan *Freirechtslehre* dan aliran realisme Amerika dan Skandinavia (Susanto, 2005: 6-8).

Bahwa sebenarnya hukum yang dihasilkan hakim tidak sama dengan produk legislatif. Hukum yang dihasilkan oleh hakim, tidak diundangkan dalam Lembaran Negara (LN). Keputusan hakim tidak berlaku bagi masyarakat umum dan hanya berlaku bagi pihak-pihak yang berperkara. Hal ini sesuai pasal 1917 (2) KUH Perdata yang menentukan “bahwa kekuasaan keputusan hakim hanya berlaku tentang hal-hal yang diputuskan dalam keputusan tersebut”.

Secara sosiologis, struktur pengadilan beserta hakim-hakimnya, tidak dapat dilepaskan dari struktur sosial masyarakatnya. Dengan adanya penilaian dari masyarakat mengenai output pengadilan berarti telah terjadi persinggungan antara lembaga peradilan dengan masyarakat di mana lingkungan peradilan itu berada. Implikasi dari penilaian masyarakat terhadap putusan pengadilan tersebut mengandung makna, bahwa pengadilan bukanlah lembaga yang terisolir dari masyarakatnya. Pengadilan tidak boleh memalingkan muka dari rasa keadilan dan nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang. Para hakim senantiasa dituntut untuk menggali dan memahami hukum yang hidup dalam masyarakatnya.

Daftar Pustaka

Roger Cotterell, *The Sociology of Law; An Introduction*, London, Butterworths, 1992.

- Lawrence M. Friedman, *The Legal System, A Social Science perspective*, New York, Russel Sage Foundation, 1975.
- Roelof Haveman, *The Legality of Adat Criminal Law*, Jakarta, Tatanusa, 2002.
- C.S.T Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Jakarta, Balai Pustaka, 1989.
- Abdul Manan, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Jakarta, Kencana, 2006.
- Sudikno Merto Kusumo, *Mengenal Hukum*, Jogyakarta, Liberty, 1999.
- Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bhakti, 1996.
- Yusti Probowati Rahayu, *Di Balik putusan Hakim, Kajian Psikologi Hukum Dalam Perkara Pidana*, tt, Srikandi, 2005.
- Ahmad Sanusi, *Pengantar ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Bandung, Tarsito, 1984.
- Anthon Freddy Susanto, *Semiotika Hukum, Dari Dekonstruksi Teks Menuju progresivitas Makna*, Bandung, Refika Aditama, 2005.
- Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti dan Berkeadilan*, Yogyakarta, UII Press, 2006.
- Moh. Saleh Djinjang, Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Jakarta, Sinar harapan, 1989.
- L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, Pradnya Paramita, 2004.
- Wasis S.P, *Pengantar Ilmu Hukum*, Malang, UMM Press, 2002.