

Dr. TAMI RUSLI, S.H., M.Hum.

PENGANTAR ILMU HUKUM



Hak cipta pada penulis
Hak penerbitan pada penerbit
Tidak boleh diproduksi sebagian atau seluruhnya dalam bentuk apapun
Tanpa izin tertulis dari pengarang dan/atau penerbit

Kutipan Pasal 72 :

Sanksi pelanggaran Undang-undang Hak Cipta (UU No. 10 Tahun 2012)

1. Barang siapa dengan sengaja dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) atau Pasal (49) ayat (1) dan ayat (2) dipidana dengan pidana penjara masing-masing paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan atau denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah)
2. Barang siapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu Ciptaan atau hasil barang hasil pelanggaran Hak Cipta atau Hak Terkait sebagaimana dimaksud ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah)

PENGANTAR ILMU HUKUM

Dr. Tami Rusli SH. MHum.

Editor :

DR. Zainab Ompu Jainah, S.H. M.H.



Perpustakaan Nasional RI:
Katalog Dalam Terbitan (KDT)

PENGANTAR ILMU HUKUM

Penulis:

Dr. TAMI RUSLI, S.H., M.Hum.

Editor:

DR. Zainab Ompu Jainah, S.H. M.H.

Desain Cover & Layout

Team Aura Creative

Penerbit

**Universitas Bandar Lampung
(UBL) Press**

Jl. Zainal Abidin Pagar Alam No.26,
Labuhan Ratu, Kedaton, Kota Bandar
Lampung, Lampung 35142

xiv + 296 hal : 15,5 x 23 cm

Cetakan, September 2017

Hak Cipta dilindungi Undang-undang

KATA SAMBUTAN

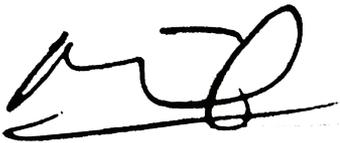
Saya menyampaikan selamat atas terbitnya karya saudara Dr. Tami Rusli, SH., M.Hum. Karya ini diperlukan bagi mahasiswa hukum yang ingin mempelajari ilmu hukum.

Pengantar ilmu hukum merupakan mata kuliah dasar yang harus ditempuh setiap mahasiswa hukum yang akan mempelajari tentang hukum. Karena pengantar ilmu hukum memberikan dan menanamkan pengertian dasar mengenai persoalan hukum yang jelas mengenai sendi utama ilmu hukum.

Oleh karena itu, saya menyambut baik penerbitan buku ini yang semula merupakan buah pikiran sebagai pengembangan konsep bahan ajar dari penulis yang dikembangkan dengan melakukan penelitian untuk menyesuaikan data yang valid. Dengan ketekunan dan kemauan yang keras akhirnya penulis dapat mewujudkannya dalam bentuk buku.

Semoga karya ini merupakan karya yang berkelanjutan yang berguna bagi kemajuan ilmu hukum, untuk memberikan cakrawala pandang, terutama bagi mahasiswa, para praktisi, akademisi, pemerintah.

Bandar Lampung, Agustus 2017



Prof. Dr. Muhammad Akib, S.H., M.Hum.

KATA PENGANTAR

Buku yang berjudul “Pengantar Ilmu Hukum” ini hadir sebagai upaya memberikan warna baru dari referensi-referensi ilmu hukum yang sudah ada. Pengantar Ilmu Hukum (PIH) merupakan mata kuliah wajib di perguruan tinggi yang mempelajari hukum dan referensi wajib bagi siapapun yang ingin mempelajari ilmu hukum. PIH memberikan dan menanamkan pengertian dasar mengenai persoalan hukum dan PIH juga memberikan pokok-pokok dan dasar-dasar yang jelas mengenai sendi utama ilmu hukum.

Gagasan untuk menyusun sebuah tulisan dengan fokus kajian hukum itu tidak mudah, pertama karena terbatasnya akses kepada sumber-sumber orisinal. Kedua, keluasan dan kedalaman objek kajiannya. Oleh karena itu dapat dipahami kalau mahasiswa tidak mempunyai pengetahuan dasar yang memadai pengantar ilmu hukumnya, niscaya akan mengalami banyak kesulitan untuk mempelajari dan memahami ilmu pengetahuan bidang-bidang hukum yang bersifat khusus pada semester-semester selanjutnya.

Maka bagaimanapun juga, setiap mahasiswa mutlak harus menguasai materi pengantar ilmu hukum tersebut. Untuk itu tidak mungkin mahasiswa tanpa upaya aktif, baik untuk menelusuri sumber-sumber informasi yang relevan maupun mempelajari ataupun menelaahnya.

Ada semacam harapan, bahwa tulisan ini merupakan satu dari sekian banyak tulisan mengenai hukum yang mencoba untuk melakukan proses pemaknaan kembali terhadap bagian-bagian tertentu yang terkadang dilupakan bahkan disisihkan.

Dalam kesempatan ini, penulis menghaturkan terima kasih yang tidak terhingga kepada kedua orang tuaku yang sangat saya hormati dan cintai, yaitu ibunda Ratu Dandian dan ayahanda Raden Rusli (Alm) yang telah mendidik dan membesarkanku dengan limpahan kasih sayang. Demikian pula ucapan terima kasih yang tulus saya sampaikan kepada istri tercinta Linda Fanheti, SE., MM. Serta anak-anakku tersayang: Tandaditya Ariefandra Airlangga, SP, Muhammad Farizky dan Putri Abistha, atas segala pengorbanan yang telah diberikan selama dalam penulisan ini.

Akhir kata penulis sampaikan terima kasih kepada semua pihak yang telah membantu terwujudnya penerbitan buku ini, semoga Allah SWT membalas segala kebaikannya, "tak ada gading yang tak retak", namun semoga buku ini dapat memberikan sumbangan pemikiran bagi perkembangan ilmu hukum. Amiin.

Bandar lampung, Agustus 2017

Dr.Tami Rusli, S.H., M.Hum.

DAFTAR ISI

KATA SAMBUTAN.....	v
KATA PENGANTAR	vii
DAFTAR ISI.....	ix

BAB I. PENGERTIAN HUKUM DAN ANEKA ARTI HUKUM

A. Pendahuluan	1
1. Pengertian dan Definisi Hukum	10
2. Dasar Psikologis dari Hukum.....	12
3. Hakekat Hukum.....	15
B. Aneka Arti Hukum.....	16
1. Hukum Sebagai Ketentuan/Keputusan Penguasa....	17
2. Hukum Sebagai Petugas (hukum)	17
3. Hukum Sebagai Tata Hukum	17
4. Hukum Sebagai Perikelakuan Yang Ajeg atau Sikap Tindak Yang Teratur	17
5. Hukum Sebagai Kaedah	17
6. Hukum Sebagai Jalinan Nilai-Nilai.....	18
7. Hukum dalam Arti Ilmu Hukum	19
8. Hukum dalam Arti Disiplin Hukum.....	19

BAB II. KAEDAH-KAEDAH SOSIAL DAN KAEDAH HUKUM

A. Pendahuluan	20
1. Kaedah Keagamaan.....	23
2. Kaedah Kesusilaan.....	24
3. Kaedah Kesopanan.....	25
4. Kaedah Hukum.....	29
B. Hubungan Kaedah Hukum dan Kaedah Sosial Lain nya	32
1. Das Sollen-Das Sein.....	33
2. Hukum Dan Kekuasaan	37
3. Eigenrichting	38

**BAB III. TUJUAN, CIRI DAN SIFAT SERTA FUNGSI HUKUM
DALAM MASYARAKAT**

A. Tujuan Hukum	44
1. Teori Hukum Barat	46
2. Ajaran Hukum Modern	47
3. Teori Hukum timur	49
B. Ciri dan Sifat Hukum	50
1. Ciri-Ciri Hukum	50
2. Sifat Hukum	50
C. Fungsi Hukum	51
1. Fungsi Hukum sebagai <i>a tool of social control</i>	51
2. Fungsi Hukum sebagai <i>a tool of social engineerin</i> ..	53

BAB IV. PEMBAGIAN DAN PEMBEDAAN HUKUM

A. Pembagian Hukum	56
1. Menurut Sumbernya	56
2. Menurut Isinya	59
3. Menurut Kekuatan Mengikatnya/Sifatnya	61
4. Menurut dasar Pemeliharaannya atau Mempertahkannya	63
5. Menurut Wujudnya	63
6. Menurut Tempat Berlakunya	64
7. Menurut waktu Berlakunya	64
8. Menurut Bentuk	65
9. Menurut Penerapannya	66
B. Pembedaan Hukum	66
1. Antara Hukum Perdata dengan Hukum Pidana.	66
a. Pengertian Hukum Perdata	66
b. Pengertian Hukum Pidana	72
2. Antara Hukum Acara Perdata dengan Hukum Acara Pidana	80

BAB V. PERISTIWA HUKUM

A. Pendahuluan	83
B. Perbuatan Hukum	85
1. Perbuatan Subyek Hukum yang Merupakan Perbuatan Hukum	86
2. Perbuatan Subyek Hukum yang Bukan Perbuatan Hukum	86
a. Perbuatan Melawan Hukum	86

b. Perbuatan Suka Relu Untuk kepentingan Pihak Ketiga (<i>Zaakwaarneming</i>)	99
C. Akibat Hukum	100
D. Hak dan Kewajiban	100
1. Hak	100
2. Kewajiban.....	101

BAB VI. SUMBER HUKUM DAN HIERARKI PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN RI

A. Pengertian Sumber Hukum.....	103
1. Sumber Hukum Dalam Arti Sejarah.....	105
2. Sumber Hukum Dalam Arti Sosiologis.....	105
3. Sumber Hukum Dalam Arti Filsafat.....	105
4. Sumber Hukum Dalam Arti Formal.....	106
B. Macam-Macam Sumber Hukum.....	107
1. Sumber-Sumber Hukum Formal.....	109
a. Undang-undang.....	109
b. Kebiasaan (Custom).....	111
c. Keputusan Hakim Mahkamah Agung (Yurisprudensi).....	111
d. Traktat (Treaty).....	112
e. Pendapat Sarjana Hukum (Doktri).....	113
C. Hierarki Peraturan Perundang-Undangan RI.....	114
1. Hirarki Peraturan Perundang-undangan Menurut TAP MPRSNomor XX/MPRS/1966.....	114
2. Hirarki Peraturan Perundang-undangan Menurut TAP MPR Nomor. III/MPR/2000.....	119
3. Hierarki Menurut UU Nomor. 10 Tahun 2004.....	129
4. Hierarki Menurut UU Nomor. 12 Tahun 2011.....	132

BAB VII. SUBJEK DAN OBJEK HUKUM

A. Subjek Hukum.....	136
1. Pengertian Subjek Hukum.....	136
2. Macam Subjek Hukum.....	138
B. Objek Hukum.....	145
1. Pengertian Objek Hukum.....	145
2. Sistem Hukum Kebendaan.....	155

BAB VIII. SISTEM HUKUM

A. Pendahuluan	161
1. Sistem Hukum Eropa Kontinental	163
2. Sistem Hukum Anglo Saxon.....	164
3. Sistem Hukum Adat.....	166
4. Sistem Hukum Islam.....	167

BAB IX. ASAS-ASAS DASAR HUKUM

A. Pendahuluan	170
B. Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan	173
1. Undang-Undang Tidak Dapat Berlaku Surut (<i>Non-Retroaktif</i>).....	173
2. Undang-Undang Tidak Dapat Diganggu Gugat	173
3. Undang-Undang Yang Dibuat Oleh Penguasa Lebih Tinggi Mempunyai Kedudukan Yang Tinggi Pula (<i>Lex superior derogat legi inferiori</i>).....	174
4. Undang-Undang Yang Bersifat Khusus Akan Mengesampingkan Undang-undang Yang Bersifat Umum (<i>Lex specialis derogat legi generalis</i>).....	174
5. Undang-Undang yang Baru Mengalahkan Undang-undang Yang Lama (<i>Lex posterior derogat legi priori</i>).....	174
C. Asas Hukum Pembentukan Perjanjian	175
1. Asas Kebebasan Berkontrak	176
2. Asas Konsensualisme.....	185
3. Asas Pacta Sunt Servanda	194
4. Asas Itikad Baik	196
D. Asas Umum Hukum Kebendaan	200
1. Asas Absolut (<i>dewingenrecht</i>).....	200
2. Asas Dapat Dipindahtangankan	200
3. Asas <i>Individualiteit</i>	200
4. Asas <i>Totaliteit</i>	201
5. Asas Tidak Dapat Dipisahkan (<i>onsplitsbaarheid</i>)	201
6. Asas <i>Prioriteit</i>	201
7. Asas Percampuran (<i>Verminging</i>)	201
8. Asas Perlakuan yang Berlainan Terhadap Benda Bergerak dan Tidak Bergerak	202
9. Asas Publisitet.....	202

E. Asas Dasar Dalam Hukum Pidana	202
1. <i>Asas nullum delictum, nulla poena sine legepraevia poenali'</i> (Asas bahwa hukum pidana yang berlaku di negara kita itu merupakan suatuhukum yang tertulis)	203
2. Asas Undang-undang Tidak Berlaku Surut	204
3. Asas Penafsiran Secara Analogis.....	206

BAB X. PENEMUAN HUKUM DAN PEMBENTUKAN HUKUM SEBAGAI PENGISI RUANG KOSONG HUKUM

A. Metode Interpretasi Hukum	208
1. Penafsiran Menurut Arti Perkataan atau Istilah (Gramatikal)	211
2. Penafsiran Menurut Sejarah (<i>Historische Interpretatie</i>)..	212
3. Penafsiran Menurut Sistem yang Ada dalam Hukum (<i>Systematiache Interpretatie, Dogmatie Interpretatie</i>)	215
4. Penafsiran Sosiologis (<i>Teleologische Interpretatie/Sociologische Interpretatie</i>).....	217
5. Penafsiran Otentik (<i>Authentieke Interpretatie</i>)	219
6. Interpretasi Komparatif	219
7. Interpretasi Antisipatif atau Futuristik	220
8. Interpretasi Restriktif.....	220
9. Interpretasi Ekstensif.....	221
B. Metode Konstruksi Hukum	221
1. Prosedur Penemuan Hukum	226
2. Perkembangan Penemuan Hukum.....	229
3. Penemuan dan Pembentukan Hukum Oleh Hakim .	230
4. Gagasan Hukum Yang Progresif.....	235
a. Mahkamah Agung	239
b. Mahkamah Konstitusi	239
c. Komisi Yudisial.....	245
5. Pengisian Ruang Kosong Hukum	247

BAB XI. PELAKSANAAN DAN PENEGAKAN HUKUM

A. Arti Pelaksanaan Dan Penegakan Hukum	251
B. Aparat Penegak Hukum.....	254
C. Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum ..	261
1. Faktor Hukumnya Sendiri	262
2. Faktor Penegak Hukum	263
3. Faktor Sarana atau Fasilitas.....	269

4. Faktor Masyarakat.....	270
5. Faktor Kebudayaan.....	274

DAFTAR KEPUSTAKAAN.....	276
GLOSARIUM.....	286
DAFTAR SINGKATAN	290
INDEKS.....	292

BAB I

PENGERTIAN HUKUM DAN ANEKA ARTI HUKUM

A. Pendahuluan

Bagian pertama buku ini diawali dengan pertanyaan apakah hukum itu? Pertanyaan ini dimaksudkan untuk bersama-sama membahas dan mengkritisi konsep hukum yang telah dikemukakan sejak Socrates, Plato dan Aristoteles sampai pada generasi ahli filsafat hukum abad ke-20. Pertanyaan tentang apakah hukum dan konsep hukum penting dan relevan dari sisi teoritikal yang diajarkan kepada mahasiswa hukum di Indonesia selama ini kurang dipahami secara kritis oleh para mahasiswa kecuali menghafal semata-mata definisi tentang hukum tanpa mengkaitkannya kepada konteks situasi dan waktu ketika definisi tersebut disampaikan para ahli hukum, dan tidak juga dihubungkan dengan konteks situasi Indonesia.

Beberapa pemikir telah menempatkan pertanyaan ini sebagai kerangka filosofis di dalam banyak karya mereka. Mungkin kita bisa menyebutnya semacam keangdrungan, meski apabila ditelusuri lebih jauh cakupannya menjadi lebih luas dari sekedar itu. Kapan pertanyaan ini muncul? Tidak pernah dipersoalkan, namun jejaknya dapat dilacak jauh ke belakang. Pertanyaan ini sangat populer bagi filsuf, akademisi ataupun praktisi (profesional), meski bukan pertanyaan yang mudah dijawab.¹ Sejak Plato sampai Hart, dari Aristoteles hingga Dworkin, bahkan orang-orang Skandinavia dan semua ahli hukum lain mencoba (bekerja keras) menjawab persoalan ini, namun tetap tidak memperoleh jawaban memuaskan. Sulit untuk dihitung, berapa banyak literatur yang mencoba memecahkan persoalan ini.

Perlu cara untuk memandu seseorang agar memperoleh gambaran yang jelas tentang apa hukum itu. Ini bukan persoalan sederhana

¹Anthony Allots, *The Limits Of Law*, Butterworths, London, 1980, hlm. i-ii.

sebagaimana diyakini dan dibincangkan banyak orang,² namun merupakan sikap mempertanyakan ('penuh curiga') apa hukum itu. Nietzsche menyebutnya inilah '*the art of mistrust*',³ yaitu sikap menolak perspektif resmi. Seni kecurigaan ini mendorong seseorang untuk melihat tembus dan melakukan gerilya pemikiran (*under-ground*). Pada tataran itu, keragaman irasionalitas dan perbedaan pendapat akan memperoleh tempat, sehingga mampu mengarahkan analisis menjadi lebih tajam, sikap ini cukup bijaksana (berdampak positif), ketimbang menganggap hal di atas itu sebagai sesuatu yang merusak.

Ketegangan merupakan tahapan (menuju) kematangan, dapat membimbing sampai pada kerangka filosofis tertentu, yaitu menjawab hal mendasar dan bersifat abstrak, namun tetap pada kerangka teoretik yang dapat dipertanggungjawabkan. Filsafat dan teori hukum lazimnya mengajukan dan menjawab pertanyaan (abstrak) seperti demikian, misalnya apakah arti hukum? Apakah dasar dari peraturan-peraturan hukum? Bagaimanakah hakim memutus banyak kasus?. Apakah pengadilan itu?. Bagaimana hubungan hukum dan fenomena sosial seperti kebudayaan, ideologi, aktivitas ekonomi dan negara?. Apakah masyarakat yang berbeda jenis mempunyai hukum yang berbeda pula?. Mungkinkah terdapat suatu masyarakat tanpa hukum?. Bagaimanapun pertanyaan yang diajukan memiliki latar belakang dan tujuan tertentu. Bahkan menjadi pembenaran argumentasi keilmuan. Keragaman tidak harus membingungkan, paling tidak menurut perspektif tulisan ini, karena pada dasarnya argumentasi tertentu bertolak dari cara berfikir yang tidak seragam, dilatarbelakangi oleh pendidikan dan kehidupan sehari-hari yang berbeda pula.

Dilihat dari perkembangan aliran pemikiran (hukum), satu aliran pemikiran akan bergantung pada aliran lainnya, sebagai sandaran kritik untuk membangun kerangka teoretik berikutnya. Kita dapat mengambil contoh klasik, misalnya kritik positivisme terhadap aliran hukum alam, atau kritik kaum realis terhadap positivistik, demikian pula kritik postmodernis terhadap kemapanan modernisme. Itulah dialektika yang tidak dapat ditolak (*conditio sine quanon*). Positivisme hukum lahir sebagai sebuah dialektika, atau sebagai tesis atas standar keilmuan sebelumnya yakni universalitas

²Misalnya saja dijelaskan oleh Dworkin, bahwa hukum digambarkan sebagai perdebatan aparat peradilan dalam memecahkan kasus/persoalan tertentu. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

³Peter L. Berger, *Humanisme Sosiologi*, Inti Sarana Aksara, Jakarta, 1988. hlm. 47.

hukum alam. Demikian pula kaum realis-pragmatik menjadikan kaum positivis sebagai sandaran kritik dan pengembangan teori-teori mereka. Satu pemikiran atau aliran yang muncul kemudian tidaklah melenyapkan aliran/pemikiran yang sudah ada. Tetapi sebaliknya memperkaya khasanah keilmuan. Ilmu akan bergerak maju (*transform*). Munculnya aliran-pemikiran baru tidak otomatis bahwa aliran/pemikiran lama ditinggalkan. Aliran pemikiran lebih dari sekedar mode atau gaya dan selera berpakaian. Imre Lakatos memberikan penjelasan cukup tepat tentang fenomena itu, apa yang dijelaskannya mengenai program riset Lakatosian, yaitu kerumitan asumsi-asumsi yang membentuk bagian lain dari struktur teori⁴ merupakan gambaran pemikiran sebagaimana disebutkan di atas. Dalam program riset Lakatosian ada semacam 'sabuk pengaman' yang melindungi inti pemikiran sebuah teori (aliran), tetapi sekaligus juga memodifikasi. Ini semacam dialog teori, itu sebabnya mengapa satu teori (hasil pemikiran) tidak akan musnah dan hilang begitu saja ketika teori lain (baru) muncul. Kemunculan satu teori disusul teori lainnya pada dasarnya merupakan keragaman (kekayaan) dalam sebuah program riset.

Sulit untuk meramu seluruh ide yang berkembang dalam hukum, karena dua alasan; Pertama, hukum adalah objek kajian yang masih harus dikonstruksi (dibangun) sebagaimana kaum konstruktivis menjelaskan, diciptakan menurut istilah positivistik, atau menggunakan bahasa kaum hermenian 'ditafsirkan', sehingga dengan demikian cara pandang seseorang tentang hukum akan ditentukan oleh bagaimana orang tersebut mengkonstruksi, menciptakan atau menafsirkan mengenai apa yang disebut hukum itu. Ini merupakan argumentasi yang masuk akal yang didukung oleh periodisasi perkembangan aliran berbeda-beda. Kedua, satu pemikiran (aliran tertentu) akan memiliki latar belakang/sudut pandang yang berbeda dengan aliran (pemikiran) lain, ini merupakan ragam dari kelemahan dan keunggulan masing-masing. Kondisi ini pada dasarnya memberikan

⁴Lihat karyanya berjudul *Methodology of Scientific Research Programs*, di dalam karya Imre Lakatos and A. Musgrave, *Criticism and The Growth of Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge, 1974, hlm. 91-196, Lakatos mengembangkan pandangan tentang ilmu dan usaha mengadakan perbaikan terus menerus serta berusaha mengatasi segala tantangan Falsifikasionisme Popperian. Program riset Lakatosian adalah struktur yang memberikan bimbingan untuk riset dimasa depan dengan cara positif maupun negatif.

keleluasaan, karena hukum akan menjadi wilayah terbuka yang mungkin saja hasilnya lebih positif, baik dilihat dari sudut filosofis, metodologis juga kepentingan praktis. Kekhawatiran dan sikap was-was sangat tidak beralasan, hendaknya dibuang jauh-jauh karena dapat merusak dan mematikan kreativitas. Apabila keragaman diterima sebagai keindahan, perdebatan sebagai proses pendewasaan, kritik sebagai sanjungan, maka kita berada paling tidak pada tepi garis pencerahan.

Kembali pada persoalan utama, seberapa besar perhatian ilmuwan Untuk menjawab apakah hukum itu?. Dengan kata lain, seberapa penting lintas kajian yang telah dikembangkan bagi disiplin yang bernama hukum itu?. Gagasan bahwa hukum memiliki keterkaitan dengan budaya masyarakat sebagaimana dikatakan Yahezkel Dror⁵ atau sebagaimana dijelaskan Lawrence M. Friedman,⁶ meski bukan yang pertama, namun pandangan itu telah membuka celahkatupdari pendekatan hukum yang bersifat dogmatik (murni) menjadi *anthropos sentris*. Demikian pula Dicey, menjelaskan kaitan hukum dengan opini publik sebagaimana dikatakan, hukum harus dilaksanakan atas dasar kekuatan opini.⁷ Meski tidak berarti setiap hukum di setiap negara dengan sendirinya (pasti) merupakan perwujudan opini umum. Gagasan ini telah mengimbangi hegemoni penafsiran hukum yang selalu ada pada wilayah steril. Bisa jadi kekuatan opini akan berpusat pada beberapa orang yang memiliki kekuasaan, uang dan kesempatan, tetapi harus diyakini bahwa gagasan ini memberikan

⁵Yehezkiel Dior. *Law and Social Change*, in Joel S. Grossman and Mary H. Grossman, *Law and change in modern America*. Pacific Palisades. California; Goodyear Publishing inc... 1971. hlm 36-39. Pandangan Dior tentang hubungan hukum dan budaya ini lebih menitikberatkan kepada hubungan hukum dan perubahan sosial. Hukum merupakan suatu sub sistem di dalam kerangka keseluruhan budaya masyarakat. dan erat sekali kaitannya dengan proses, dengan pranata-pranata pembuatannya, penerapan dan pelaksanaannya.

⁶Lawrence M. Friedman, *Legal System, A social Science Perspective*. Russel Sage foundations, New York 1975. Lihat pandangannya tentang sistem hukum yang terdiri dari beberapa komponennya di mana salah satunya di sebut dengan komponen kultural.

⁷AV. Dicey, *Lectures on the Relations Between Law and Public Opinion in England During Nineteenth Century*, London Macmillan, 1905 yang diringkas oleh Vilhelm Aubert, dalam *Sod*, Middlesex; Penguin Books, 1973, hlm, 1-42.

ruang penafsiran lebih luas. Hal yang sama bisa kita lihat dalam analisis Trubek tentang keteduhan pasar dengan struktur hukum.⁸

Pandangan di atas tentu tidak dapat diterima begitu saja dengan keyakinan buta tanpa mempertanyakannya, apalagi di saat kemajuan dalam banyak hal menuntut kita untuk bersikap semakin kritis. Ini merupakan komitmen dasar, bahwa masyarakat ilmiah bukan pengidap sindroma 'scientism', yaitu sikap yang dapat menyeret seseorang ke luar dari komitmen (sikap) kritis, sebagai tolok ukur kreativitas keilmuan. Di antara masing-masing pandangan yang berlainan sebagaimana dijelaskan di atas bisa saja memperlihatkan hubungan paradigmatik, meski masih merupakan perdebatan, tetapi tidak mustahil akhirnya akan mengarah pada kompromis metodologi. Kebanyakan pemikir hukum telah melupakan soal ini, terlalu sibuk dengan hal yang bersifat teknis. Hukum dilihat sebagai mesin tua yang terus menerus direparasi dipreteli dan ditambah-sulam. Hukum akhirnya akan diterima begitu saja (*take for granted*) sebagai sesuatu yang sudah ada, bersifat permanen dan tentu saja hukum menjadi seperangkat teknologi, Sebuah mesin yang bergerak mekanis dan membosankan.

Kata 'hukum' digunakan banyak orang dalam cara yang sangat umum, sehingga mencakup seluruh pengalaman hukum, betapapun bervariasinya atau dalam konteksnya yang sederhana. Namun dari sudut pandang yang paling umum sekalipun, hukum mencakup banyak aktivitas dan ragam aspek kehidupan manusia. Penggunaannya merefleksikan terjadinya keragaman "permainan bahasa" (*language game*) sebagaimana dijelaskan dalam konsep Wittgensteinian dengan menempatkan penggunaan kata-kata dalam konteks interaksi manusia dan kehidupan sosial secara umum. Sebuah "permainan bahasa" meliputi penggunaan suatu kata dan kegiatannya oleh pembicara serta lain-lainnya yang menemani. Setiap *language game* menurut istilah Ludwig Wittgenstein dibedakan berdasarkan fungsinya dalam konteks sosial. Pada masing-masing makna hukum merupakan gambaran deskriptif yang digunakan untuk menunjuk beberapa ciri yang dirasakan atau ciri-ciri kehidupan sosial, tempat permainan bahasa tersebut berlangsung (Ciri-ciri ini bisa meliputi orang, objek, tindakan, gagasan-gagasan dalam lingkungan sosial)

⁸David M. Trubek. *Toward Social Theory*, the Yale Law Journal, No. 1. 1972, hlm, 24-34.

dari para peserta permainan bahasa tersebut. Gagasan ini kemudian berkembang lebih luas dan radikal dalam pandangan seperti filsuf W.V. Quine, seorang tokoh *neo-pragmatisme*, Saussure, seorang strukturalisme, dan Jacques Derrida, seorang Poststrukturalis, yang intinya mereka menghendaki agar bahasa tidak menjadi semacam pasung bagi kebebasan manusia.

Jangkauan permainan bahasa semacam ini, misalnya dari seorang anak kecil yang bertanya pada ayahnya, mengapa ia berhenti di lampu lalu lintas? Dan dikatakan, bahwa demikianlah "hukumnya" hingga dimainkan dalam ruangan legislatif, kantor polisi, kantor-kantor jaksa, pengadilan dan ruang-ruang seminar. Ciri-ciri yang dimainkan secara bersamaan itu tak ada satu ciri atau ciri kelompok yang akan selalu tampil. Tentu saja salah satu ciri tersebut dapat terpusat bagi seseorang, sementara tidak bagi yang lainnya (sanksi-sanksi dapat terpusat pada penggunaan kata "hukum" pidana dan kesepakatan-kesepakatan secara bebas dapat berpusat pada perlakuan dasar hukum internasional). Tidak ada kumpulan ciri khusus yang dapat digunakan bersama-sama melainkan hanya beberapa kata yang digunakan beberapa kali pada saat ciri tersebut dipertunjukkan. Dengan demikian akan terwujud suatu kesepakatan yang baik untuk menjaga kelancaran, kelancaran yang menjelaskan kesiap-siagaan kita dalam menggunakan kata-kata yang sama. Sebagaimana dikatakan Anthony Allots dalam gaya yang berbeda telah memberikan penjelasan yang sama mengenai permainan bahasa dalam penjelasan tentang hukum.

Apabila ditanyakan, apakah hukum itu? Sebuah jawaban yang bisa saja mengarah kepada pemahaman metafisis, sosial dan bahasa, yang seringkali di kacau-balaukan dan dicampur-aduk.⁹ Gaski yang menggunakan istilah "konsep kelompok" untuk kata-kata semacam itu¹⁰ dan Wittgenstein telah menciptakan istilah "persamaan keluarga" untuk penggunaan beberapa kata yang mempunyai kemiripan.¹¹ "Hukum", yang

⁹ Anthony Allots, 1980, *Op.cit.*

¹⁰Uraian tentang persoalan ini dapat ditelusuri lebih jauh dalam tulisan D. Gasking, Cluster; Australian Journal of Legal Pluralism, 38, 1960.

¹¹Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigation*, Blackwell, Oxford, 1958, hlm. 23. Suatu proses yang panjang, tapi tetap tidak mendalam, penggabungan ciri-ciri tersebut dalam hukum dalam banyak hal haruslah tertulis; berhubungan secara sosial; diciptakan oleh majelis rakyat disokong oleh paksaan-paksaan; diselenggarakan oleh pengadilan dan polisi; memiliki kekuatan moral; dipatuhi dan

digunakan dalam permainan bahasa yang berbeda akan mengacu pada beberapa di antara ciri-ciri ini (kalaupun secara keseluruhan sangat jarang terjadi). Permainan yang terdiri dari perbedaan pendapat mengenai penggunaan suatu istilah, akan lebih lazim di mana seseorang mencoba untuk menggunakan "hukum" untuk mengacu hanya pada sekelompok kecil di antara mereka. Dengan menyitir pendapat salah seorang ahli hukum, bahwa dalam salah satu pengertian hukum merupakan suatu kelompok kehidupan sosial yang dalam berbagai kombinasi disebut 'hukum' oleh anggota masyarakat. Pada beberapa kelompok masyarakat, daftar ciri-ciri tersebut ditambahkan dan dikurangi sehingga penggunaan katahukum antar masyarakat dapat saling menunjang.¹²

Seperi dituliskan sebelumnya, masing-masing permainan bahasa hanya memilih beberapa ciri hukum untuk diperagakan. Hal ini dikarenakan dalam tiap-tiap permainan bahasa merupakan suatu bagian yang berhubungan dengan hukum dan mempunyai arti penting bagi para pengguna bahasa tersebut. Sebenarnya, hal ini merupakan suatu kegiatan di mana para teoritikus bersatu dengan para audiensnya, tersentuh oleh hukum, mengarahkan dan memberikan dorongan praktis untuk memahami hukum dan mengajukan pertanyaan mengenai hal tersebut.

Di dalam penulisan buku ini layaknya suatu buku ajar (buku teks) bagi pendidikan hukum di Indonesia, secara hati-hati telah diusahakan menggunakan tata bahasa Indonesia yang baik dan benar, namun tidak terhindarkan tentu masih ada kekurangan di dalamnya, baik dalam tata cara penulisan maupun di dalam tata bahasa yang penulis pakai. Penulis berusaha menyajikan tulisan yang mudah dicerna oleh para mahasiswa. Isi dari buku ini sesungguhnya merupakan pintu masuk mahasiswa lebih jauh memperdalam teori hukum. Untuk tujuan tersebut, penulis sengaja menuliskan lengkap referensi penulisan buku ini. Buku ini memastikan bahwa hakikatnya ilmu pengetahuan adalah sumber pencerahan masyarakat kita pada umumnya, khususnya para mahasiswa hukum, yang di dalam

digunakan oleh hampir semua orang setiap saat; dapat dinyatakan dalam bentuk peraturan; sesuai dengan kandungan hukum dasar dan nilai-nilai anggota masyarakat yakni mengembangkannya secara umum, diumumkan dengan resmi, tidak perlu surut, jelas tidak bertentangan, tidak mengharuskan adanya tindakan-tindakan yang tidak masuk akal dan perubahan-perubahan yang terjadi.

¹²Charles Sampford, *The Dis-order of Law a Critique of Legal Theory*, Basil Blackwell, 1989.

keterbatasannya tengah berusaha mengejar ketertinggalan dari perkembangan pendidikan hukum di negara lain.

Kekuatan ilmu pengetahuan, khususnya ilmu hukum terletak pada sikap amanah dan keterbukaan kaum intelektual untuk membagi seluas-luasnya kepada sesama kita bukan sekedar menunjukkan takaran intelektualitas masing-masing secara individualistik.

Hukum merupakan skema yang dibuat untuk menata (perilaku) manusia, tetapi manusia itu sendiri cenderung terjatuh diluar skema yang diperuntukkan baginya. Ini disebabkan faktor pengalaman, pendidikan, tradisi, dan lain-lain yang mempengaruhi dan membentuk perilakunya.

Guna memberikan definisi tentang hukum secara benar dan dapat diterima oleh semua orang sangatlah sulit dan sampai sekarang pun belum ada yang mencapai kesempurnaan. Kesulitan itu muncul karena para pakar memaknai hukum dari sudut pandang yang berbeda-beda, sehingga hal ini memunculkan berbagai definisi hukum yang bila dilihat secara sepintas mempunyai makna yang berbeda-beda pula. Meskipun demikian definisi-definisi tersebut pada prinsipnya tetap sama.

Menurut John Austin, seorang ahli filsafat dari Inggris mengemukakan bahwa hukum merupakan perintah dari mereka yang memegang kekuasaan tertinggi atau dari yang memegang kedaulatan. Menurut Austin, hukum adalah yang dibebankan untuk mengatur makhluk berpikir, perintah mana dilakukan oleh makhluk berpikir yang memegang dan mempunyai kekuasaan. Jadi hukum didasarkan pada kekuasaan dari penguasa. Austin beranggapan bahwa hukum yang sebenarnya yaitu hukum yang dibuat oleh penguasa bagi pengikut-pengikutnya mengandung 4 (empat) unsur, yaitu perintah, sanksi, kewajiban dan kedaulatan.⁹

Hukum merupakan suatu alat bagi masyarakat untuk mencapai tujuannya, dimana hukum sebagai sarana untuk mengendalikan individu-individu, agar tujuannya sesuai dengan tujuan masyarakat dimana mereka menjadi warganya. Menurutnya hukum juga merupakan suatu alat yang dapat dipergunakan untuk melakukan perubahan-perubahan sosial. Hukum bila ditinjau dari sudut kefilosofan adalah mempelajari sebagian dari tingkah laku manusia, yaitu tingkah laku (atau perbuatan manusia) dalam kehidupan antar pribadi yang akibatnya diatur oleh hukum dengan menitikberatkan pada tujuan keserasian antara ketertiban dengan

⁹Fence M. Wantu Dkk, *Cara Cepat Belajar Hukum Acara Perdata*, Reviva Cendekia, Jakarta, 2010, hlm. 34.

kebebasan/ketenteraman dan dalam pergaulan hidup itu tercakup pula dalam aspek pemenuhan kedamaian.¹⁰

Berdasarkan beberapa pengertian tentang hukum dari para ahli hukum diatas maka diambil kesimpulan tentang pengertian hukum, yaitu: Perangkat kaidah dalam bentuk peraturan baik itu tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur tingkah laku manusia dalam masyarakat, berbangsa, dan bernegara yang dibuat oleh penguasa (pihak yang berwenang), bersifat memaksa dan mengikat, berisi larangan dan perintah/perintah yang wajib dipatuhi dan ada sanksi yang tegas dari pelanggarannya (pidana, perdata, administrasi) serta bertujuan mewujudkan keamanan, ketertiban, dan keadilan” .

Hal ini berarti hukum sebagai suatu kaidah, memuat petunjuk /pedoman dan merupakan salah satu dari jenis kaidah sosial. Kaidah sosial sendiri diartikan sebagai suatu pedoman, patokan, atau ukuran untuk berperilaku atau bersikap dalam kehidupan bersama ini. Jenis-jenis kaidah sosial, antara lain kaidah agama, kaidah kesopanan/adat, kaidah kesusilaan dan kaidah hukum. Suatu aturan hukum diusahakan berbentuk peraturan tertulis dalam hal ini bisa mencakup peraturan yang telah dikodifikasi maupun tidak dikodifikasikan.

Kodifikasi sendiri diartikan sebagai pembukuan bahan-bahan hukum tertentu secara sistematis dan lengkap di dalam suatu kitab dengan tujuan dan kesatuan, kepastian, dan penyederhanaan hukum. Hal ini dimaksudkan agar hukum itu memiliki jaminan kepastian hukum, serta harus dibuat oleh penguasa/pihak yang berwenang. Penguasa disini diartikan sebagai badan resmi yang berwajib bila peraturan itu tertulis dan kepala adat bila peraturan tidak tertulis. Peraturan tidak tertulis ini didasarkan pada hukum kebiasaan.¹¹

Berdasarkan uraian di atas, dapat diketahui bahwa hukum adalah peraturan yang berupa norma dan sanksi yang dibuat dengan tujuan untuk mengatur tingkah laku manusia, menjaga ketertiban, keadilan, mencegah terjadinya kekacauan. Hukum memiliki tugas untuk menjamin bahwa adanya kepastian hukum dalam masyarakat. Hukum merupakan kaidah yang hidup dalam masyarakat yang mempunyai sifat mengatur dan memaksa, hukum hidup dalam masyarakat yang dapat memaksa orang supaya mentaati tata tertib dalam masyarakat serta memberikan sanksi yang

¹⁰*Ibid*, hlm. 35.

¹¹*Ibid*, hlm. 4.

tegas (berupa hukuman) terhadap siapa saja yang melanggar dan tidak mentaatinya. Tujuan hukum itu sendiri adalah untuk menjamin kelangsungan keseimbangan dalam perhubungan antara anggota masyarakat.

1. Pengertian Dan Definisi Hukum

Definisi tentang Hukum, kata Mr. Dr. L.J. van Apeldoorn adalah sangat sulit untuk dibuat, karena tidak mungkin untuk mengadakannya yang sesuai dengan kenyataan. Hal ini menurut van Apeldorn karena semua sarjana hukum memberikan batasan hukum yang berlainan, sehingga menyebabkan hukum sulit untuk dirumuskan¹³. Kurang lebih 200 tahun yang lalu, Immanuel Kant pernah menulis sebagai berikut : "*Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht*" (masih juga para sarjana hukum mencari cari suatu definisi tentang hukum)¹⁴.

Selanjutnya Penulis-penulis Ilmu pengetahuan Hukum di Indonesia juga sependapat dengan Mr. Dr. L.J. van Apeldoorn, seperti Sudiman Kartohadiprojo, menulis sebagai berikut¹⁵ :

Jika kita menanyakan apakah yang dinamakan Hukum, maka kita akan menjumpai tidak adanya persamaan pendapat. Berbagai perumusan telah dikemukakan "

Beberapa definisi Hukum menurut para ahli sebagai berikut¹⁶:

Mr.E.M. Meyers menyatakan Dalam Bukunya yang berjudul "... *De Algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*" sebagai berikut :

Hukum ialah semua aturan yang mengandung pertimbangan kesusilaan, ditujukan kepada tingkah laku manusia dalam masyarakat, dan yang menjadi pedoman bagi Penguasa-Penguasa Negara dalam melakukan tugasnya.

Leon Duguitmenyatakan bahwa

Hukum ialah aturan tingkah laku para anggota masyarakat, aturan yang daya penggunaannya pada saat tertentu diindahkan oleh suatu masyarakat sebagai jaminan dari kepentingan bersama dan yang jika dilanggar menimbulkan reaksi bersama terhadap orang yang melakukan pelanggaran itu.

¹³. *Ibid*, hlm. 31.

¹⁴. *Ibid*,

¹⁵. *Ibid*,

¹⁶. *Ibid*.

Immanuel Kant

Hukum ialah keseluruhan syarat-syarat yang dengan ini kehendak bebas dari orang yang satu dapat menyesuaikan diri dengan kehendak bebas dari orang yang lain, menuruti peraturan hukum tentang kemerdekaan.

Dari beberapa definisi diatas, dapat dikatakan bahwa hukum itu sulit didefinisikan adalah karena hukum itu mempunyai segi dan bentuk yang sangat banyak sehingga tak mungkin tercakup keseluruhan segi dan bentuk hukum itu. Walaupun demikian, kita dapat mendefinisikan hukum bila terdapat unsur-unsur sebagai berikut:

1. Peraturan yang tertulis maupun tidak tertulis yang dibuat oleh pihak yang berwenang
2. Bersifat mengikat dan memaksa bagi subjeknya
3. Berisi tentang perintah dan larangan
4. Mempunyai sanksi yang tegas bagi yang melanggarnya

Utrecht dalam bukunya "*Pengantar Dalam Hukum Indonesia*" mencoba membuat suatu batasan sebagai pedoman bagi orang yang sedang mempelajari hukum. Utrecht memberikan batasan bahwa ". Hukum itu adalah himpunan peraturan-peraturan (perintah-perintah dan larangan-larangan) yang mengurus tata tertib suatu masyarakat dan karena itu harus ditaati oleh masyarakat itu"¹⁷. Para sarjana lain yang mencoba memberikan definisi¹⁸ :

a. S.M. Amin

Dalam buku "*Bertamasya ke Alam Hukum*" dirumuskan bahwa Hukum adalah "Kumpulan peraturan-peraturan yang terdiri dari norma dan sanksi-sanksi itu disebut hukum dan tujuan hukum itu adalah mengadakan ketatatertiban dalam pergaulan manusia, sehingga keamanan dan ketertiban terjaga".

b. J.C.T. Simorangkir dan Woerjono Sastropranoto

Dalam bukunya "*Pelajaran Hukum Indonesia*" merumuskan bahwa Hukum adalah peraturan-peraturan yang bersifat memaksa, yang menentukan tingkah laku manusia dalam lingkungan masyarakat yang dibuat oleh badan badan resmi yang berwajib, pelanggaran mana terhadap peraturan-peraturan tadi berakibatkan diambilnya tindakan, yaitu dengan hukum tertentu.

¹⁷. *Ibid*, hlm. 33.

¹⁸. *Ibid*.

c. M.H. Tirtaamidjaja

Dalam bukunya "*Pokok-pokok Hukum Perniagaan*" Ia merumuskan Hukum adalah semua aturan (norma) yang harus diturut dalam tingkah laku tindakan-tindakan dalam pergaulan hidup dengan ancaman mesti mengganti kerugian, jika melanggar aturan-aturan itu akan membahayakan diri sendiri atau harta, umpamanya orang akan kehilangan kemerdekaannya, didenda dan sebagainya.

Dari beberapa pengertian ahli hukum diatas, hukum meliputi berbagai peraturan yang menentukan dan mengatur perhubungan orang yang satu dengan yang lain, yakni peraturan hidup kemasyarakatan yang dinamakan Kaedah Hukum. Barangsiapa yang dengan sengaja melanggar sesuatu kaedah hukum akan dikenakan Sanksi (sebagai akibat pelanggaran kaedah hukum) yang bernama hukuman. Hukuman atau pidana itu bermacam-macam jenisnya, yang mana diatur dalam Pasal 10 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) sebagai berikut¹⁹:

a. *Pidana Pokok*, yang terdiri dari :

- 1) Pidana mati
- 2) Pidana penjara, dibagi menjadi;
 - Seumur hidup
 - Sementara (setinggi-tingginya 20 tahun dan sekurang-kurangnya satu tahun) atau pidana penjara selama waktu tertentu
- 3) Pidana kurungan, sekurang-kurangnya satu hari dan setinggi-tingginya satu tahun
- 4) Pidana denda (sebagai pengganti hukuman kurungan)
- 5) Pidana tutupan

b. *Pidana Tambahan*, yang terdiri dari :

- Pencabutan hak hak tertentu
- Perampasan (penyitaan) barang barang tertentu
- Pengumuman keputusan hakim

2. Dasar Psikologis dari Hukum

Hukum merupakan bagian integral dari kehidupan bersama. Kalau manusia hidup terisolir dari manusia lain, maka tidak akan terjadi sentuhan atau kontak, baik yang menyenangkan maupun yang merupakan konflik. Dalam keadaan semacam itu hukum tidak diperlukan.

¹⁹Lihat KUHP Pasal. 10

Seorang penghuni satu-satunya di sebuah pulau terpencil tidak terikat pada peraturan hukum. Ia hanya terikat pada kaedah kepercayaan dan kesusilaan. Baru apabila di atas pulau tersebut terjadi kontak antara dua orang manusia yang saling membutuhkan atau yang bertentangan kepentingannya, maka terjadilah hukum.²⁰ Tetapi keadaan semacam itu dalam kenyataannya dewasa ini dapatlah dikatakan tidak ada. Kenyataannya ialah bahwa manusia selalu hidup berdampingan dengan manusia lain dalam kehidupan bersama.

Di dalam masyarakat walau bagaimanapun primitifnya, manusia selalu menjadi subyek hukum, menjadi penyandang hak dan kewajiban.

Hukum mengatur dan menguasai manusia dalam kehidupan bersama. Sebagai konsekuensinya maka tata hukum bertitik tolak pada penghormatan dan perlindungan manusia. Penghormatan dan perlindungan manusia ini tidak lain merupakan pencerminan dari kepentingannya sendiri. Dalam penghormatan manusia ini terdapat penyetelanpersyaratan umum untuk berlakunya peraturan-peraturan hidup yang disediakan bagi manusia.²¹

Jadi hukum terdapat dalam masyarakat manusia. Dalam setiap masyarakat selalu ada sistem hukum, ada masyarakat ada hukum, *ubi societas ibi ius*.

Manusia adalah *zoon politikon* dan bahwa manusia dan masyarakat merupakan pengertian komplementer. Selaku makhluk sosial ia tidak dapat hidup seorang diri lepas dari masyarakat. ia harus hidup berkelompok, karena hidup berkelompok akan lebih menjamin terlindunginya kepentingan-kepentingannya. Manusia membutuhkan masyarakat oleh karena itu ia akan mempertahankan kelangsungan hidupnya pada masyarakat tempat ia hidup. Sebaliknya manusia perlu memenuhi kebutuhan atau kepentingan Individualnya. Ia harus mempertahankan diri memperjuangkan hidupnya. Oleh karena itu ia harus memikirkan dirinya sendiri.

Apa yang dikemukakan di atas tidak lain merupakan pencerminan manusia yang menginginkan kebutuhan dan kepentingannya dipenuhi. Dalam diri manusia terdapat tiga hasrat atau nafsu, yaitu hasrat yang

²⁰van Kan, *Inleiding tot de Rechtswetenschap*, sebagaimana dikutip dalam Sudikno Mertokusumo, *op. cit.*, hlm, 26.

²¹Lemaire, *Het Recht in Indonesie*, sebagaimana dikutip dalam Sudikno Merto kusumo, *Ibid.*, hlm, 27.

Individualism (*egaistis atau aromatis*), hasrat yang kolektivistis (transpersonal atau arganis) dan hasrat yang bersifat mengatur atau menjaga keseimbangan.²²

Sudah menjadi sifat pembawaan manusia bahwa ia mempunyai hasrat yang bersifat individualistis. Hal ini tampak pada hasratnya untuk berjuang memperjuangkan hidupnya. Perjuangan Untuk hidup adalah perjuangan akan pengakuan individualitasnya. Manusia dalam hidupnya selalu berusaha mempertahankan "aku"-nya. Yang menyebabkan manusia berusaha, bertindak atau berjuang adalah egoismenya, yaitu sifat individualistis pada diri manusia.

Di samping sifat yang individualistis pada diri manusia ada hasrat atau nafsu yang kolektivistis atau transpersonal. Hasrat ini menyebabkan manusia berusaha berhubungan dengan manusia lain membentuk kehidupan bersama, menghendaki ketertiban, kedamaian, persatuan, cinta kasih dan sebagainya, karena tidak menghendaki kepentingannya terganggu. Di sini manusia tidak mementingkan pribadinya, tetapi mementingkan masyarakat atau kepentingan umum. Hasrat kolektivistis ini bersifat pasif, tidak mendorong untuk bertindak.

Kedua hasrat tersebut di atas saling bertentangan dan bertolak belakang. Hidup ini akan selalu merupakan pertentangan terus menerus yang tajam antara dua hasrat tersebut apabila tidak ada hasrat yang ketiga pada diri manusia yang bersifat mengatur atau mengkompromikan. Kalau tidak ada fungsi yang bersifat mengatur atau menjaga keseimbangan ini kedua hasrat tersebut tidak dapat dikendalikan. Hasrat yang bersifat mengatur ini memberi arah kepada kedua hasrat itu. Fungsi mengatur ini bersifat stabil, ajeg dan mendamaikan, kedua hasrat lainnya itu dikompromikannya. Hasrat yang bersifat mengatur ini menciptakan keserasian dan bersifat sintesis. Fungsi mengatur ini harus dapat menunjukkan jalan yang dapat mempertemukan kedua hasrat itu di mana masing-masing dapat menemukan dirinya, yang satu tidak ditekan oleh yang lain.

Manusia adalah makhluk sosial. Hidup tanpa masyarakat tidak mungkin, karena hasrat kolektivistis dalam kesadaran kita tidak mungkin ditiadakan. Sebaliknya suatu masyarakat selalu terdiri dari individu. Suatu masyarakat yang anggota-anggotanya meniadakan "aku"-nya bukanlah

²²*Ibid*, hlm. 27.

suatu masyarakat dan tidak merupakan kenyataan. Pada suatu ketika titik beratnya terletak pada kolektivisme, tetapi pada saat lain titik berat terletak pada individualisme. Tidak pernah ada suatu masyarakat tanpa kekuatan yang bersifat individualistis, sebaliknya tidak ada individu yang tidak mempunyai hasrat kemasyarakatan. Masyarakat barat seperti amerika misalnya cenderung bersifat individualistis, sedangkan masyarakat uni sovyet cenderung bersifat kolektivistis. Masyarakat pancasila merupakan yang menginginkan keseimbangan, tidak lebih mementingkan individu dari pada masyarakat dan tidak pula lebih mementingkan masyarakat dari pada individu. Hasrat mengatur ini merupakan dasar psikologis dari hukum.²³

3. Hakekat Hukum

Kapankah pada hakekatnya hukum itu ada ? Apakah yang menyebabkan timbulnya hukum itu? Apakah Raison d'etre nya hukum itu?

Telah dikemukakan bahwa untuk timbulnya hukum ukuran-ukurannya harus ada kontak antara dua orang. Kontak ini dapat bersifat menyenangkan (misalnya kontak antara dua manusia yang berlainan jenis kelaminnya akan menimbulkan hukum perkawinan) dan kontak yang bersifat tidak menyenangkan yaitu yang bernilai sengketa atau perselisihan. Tetapi pada hakekatnya hukum baru ada, baru dipersoalkan apabila terjadi konflik kepentingan. Konflik kepentingan ini terjadi apabila dalam melaksanakan kepentingan atau memenuhi kebutuhan manusia merugikan orang lain. Manusia pada umumnya mencari benarnya sendiri. Kalau kepentingannya terganggu ia cenderung menyalahkan manusia lain, ia akan mempertengkarkan siapa yang salah, siapa yang melanggar, siapa yang berhak, apa hukumnya. Di sinilah baru dipersoalkan hukum. Hukum pada hakekatnya baru timbul (untuk dipermasalahkan) kalau terjadi pelanggaran kaedah hukum, konflik, kebatilan atau "tidak hukum" (*unlaw, onrecht*). Kalau segala berlangsung dengan tertib, lancar tanpa terjadinya konflik atau pelanggaran hukum, maka tidak akan ada orang mempersoalkan hukum. Baru kalau terjadi pelanggaran kaedah hukum, sengketa atau bentrokan, maka akan dipertanyakan ada hukumnya. siapa yang berhak siapa yang bersalah dan sebagainya.

Tentang kesadaran hukum misalnya baru dipermasalahkan dan banyak ditulis dalam surat kabar apabila justru terjadi ketidaksadaran hukum, pelanggaran hukum atau kebatilan. Kalau kesadaran hukum itu

²³*Ibid*, hlm, 32.

tinggi, kalau tidak banyak terjadi pelanggaran-pelanggaran hukum tidak akan banyak dipermasalahakan tentang kesadaran hukum. Oleh karena itu, menjawab pertanyaan tersebut di atas, maka hakekat hukum adalah konflik kepentingan manusia, *conflict of human interest*.²⁴

B. ANEKA ARTI HUKUM

Berikut akan dijelaskan, bahwa yang menjadi obyek buku ini adalah hukum sebagai kaedah. Hal itu berarti bahwa disamping hukum sebagai kaedah, akan dapat dijumpai hukum dalam pengertian lainnya. Akan tetapi perlu dicatat, bahwa hal ini bukanlah merupakan suatu usaha untuk merumuskan suatu definisi hukum, sebab sebagaimana dikatakan oleh van Apeldoorn (dengan menyebutkan pendapat Kant), definisi hukum masih dicari-cari dan belum didapatkan, oleh karena hukum mencakup aneka macam segi dan aspek, dan karena luasnya ruang lingkup hukum²⁵

Arti hukum dapat ditujukan pada cara-cara untuk merealisasikan hukum tersebut²⁶ dan juga pada pengertian yang diberikan oleh masyarakat. Di dalam hal ini akan diusahakan untuk menjelaskan pengertian yang diberikan oleh masyarakat, yaitu²⁷

1. hukum sebagai keputusan penguasa,
2. hukum sebagai petugas (hukum),
3. hukum sebagai tata hukum,.
4. hukum sebagai perikelakuan yang ajeg atau sikap tindak yang teratur,
5. hukum sebagai kaedah,
6. hukum sebagai jalinan nilai-nilai.
7. hukum sebagai ilmu pengetahuan,
8. hukum sebagai disiplin.

Mengemukakan pelbagai pengertian dari hukum sangatlah penting, agar supaya tidak terjadi kesimpang siuran didalam mengadakan studi terhadap hukum. Dengan demikian akan dapat difahami, misalnya, mengapa penguasa biasanya menekankan pada ketertiban, yaitu antara lain, karena hukum diartikannya sebagai tata hukum. Juga akan difahami mengapa fihak-fihak tertentu yang telah mendapatkan pendidikan (hukum) di negara-negara Anglo Saxon akan menekankan hukum sebagai proses,

²⁴Post, *An Introduction to the Law*, sebagaimana dikutip dalam Sudikno Merto kusumo, *Ibid*, hlm, 30.

²⁵LJ. van Apel Dorn, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Recht*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1966, hlm, 26 .

²⁶Paul Moedikdo, *Sociologie en Recht*, Boom, Meppel, 1972, hlm, 54.

²⁷Purnadi Purbacaraka, *Nilai-Nilai dan Konsepsi-Konsepsi Hukum yang Perlu dikuasai oleh Sarjana Hukum dalam Masa Pembangunan Dewasa Ini*, Semarang, Fakultas Hukum UNDIP, 1975, hlm, 32.

oleh karena hukum terutama dilihatnya sebagai rangkaian keputusan-keputusan penguasa (yaitu, hakim). Apabila perbedaan pengertian tersebut senantiasa diperhatikan dan dipakai sebagai pedoman, makakesimpang siuran maupun kesalahan fahaman sebanyak mungkin akan dapat dihindari didalam studi terhadap hukum, termasuk pula penterapannya.

1. Hukum dalam Arti Ketentuan atau Keputusan Penguasa

Disini hukum diartikan sebagai aturan yang dibuat oleh yang berwenang (penguasa) seperti UUD45, UU, Kepres, Kepmen, Perda Yurisprudensi.

2. Hukum dalam Arti Petugas

disini hukum dilihat dalam arti wujud fisik yang ditampilkan dalam gambaran orang-orang yang bertugas menegakkan hukum (polisi, jaksa, hakim, advokad, lembaga pemasyarakatan).

3. Hukum dalam Arti Tata Hukum

Hukum dalam arti tata hukum sering disebut dengan hukum positif yaitu hukum yang berlaku disuatu tempat dan waktu tertentu, baik itu hukum privat maupun hukum public.

4. Hukum dalam Arti Sikap Tindak Yang Teratur,

dalam arti ini bekerjanya hukum tidak tampak seperti dalam arti petugas polisi yang memeriksa orang yang mencuri, atau hakim yang mengadili melainkan ia hidup bersama dengan perilaku individu yang satu terhadap individu yang lain secara terbiasa dan senantiasa terasa wajar dan rasional.

Contoh :

Mahasiswa menyewa kamar, Kekampus naik becak, setiap semester membayar uang kuliah (disini timbul hak dan kewajiban para pihak).

Sehingga disini hukum bekerja mengatur sikap tindak warga masyarakat sedemikian rupa sehingga hukum terlihat sebagai sikap tindak yang nampak di dalam pergaulan sehari-hari dan ia merupakan suatu kebiasaan.

5. Hukum dalam Arti Sistem Kaedah

Kaedah adalah patoka atau pedoman untuk berperilaku dan bersikap tidak dalam pergaulan hidup.

Kaedah –kaedah ini antara lain :

- a. **Kaedah Agama** merupakan peraturan hidup yang diterima sebagai perintah, larangan dan anjuran yang datangnya dari Tuhan yang sifatnya universal,
ex : jangan berbuat riba.

Hormati orang tuamu agar engkau selamat

Sanksi pelanggaran norma ini yaitu hukuman dari tuhan.

- b. **Kaedah Kesusilaan** merupakan kaedah kehidupan pribadi yang khusus menyangkut hati nurani individu dalam pergaulan hidupnya dengan sesama.

Sifatnya - *actual* artinya ketentuan yang menghendaki agar/ supaya setiap manusia memiliki hati nurani yang bersih, jangan irihati, berbuat tidak senonoh. Sifatnya *Fundamental*, merupakan pandangan bahwa seseorang harus bersih hatinya, berjiwa luhur.

Dengan demikian norma ini dapat menetapkan baik buruknya perbuatan manusia dalam masyarakat, sehingga setiap anggota masyarakat akan berusaha mentaati aturan hidup seperti ini.

Sanksi norma ini menimbulkan perasaan cemas / kesal hati

- c. **Kaedah Kesopanan** merupakan peraturan hidup yang muncul dari pergaulan segolongan manusia. Peraturan ini harus diikuti dan di taati sebagai pedoman yang mengatur tingkah laku manusia yang satu terhadap manusia yang lain.

Sifat norma ini berlaku hanya bagi golongan masyarakat tertentu saja.

Apa yang dianggap sopan bagi segolongan masyarakat, mungkin bagi golongan lain tidak demikian.

Ex : makan tidak bersuara atau berdecap.

- d. **Kaedah Hukum** merupakan peraturan yang dibuat oleh penguasa Negara yang isinya mengikat setiap orang yang dalam pelaksanaannya dapat dipaksakan oleh alat perlengkapan Negara.

Contoh: 1. Pasal 1243 KUHPerdata tentang wanprestasi, 1131

KUHPerdata tentang Harta Debitur menjadi Jaminan hutang.

2. Pasal 362 KUHP tentang pencurian.

3. Pasal 7 (1) UU No 1/1995 jo N040/2007 tentang Perseroan Terbatas.

Jadi keistimewaan norma ini terletak pada sifatnya yang memaksa dengan sanksinya yang berupa ancaman hukuman.

6. Hukum dalam Arti Jalinan Nilai

Artinya hukum bertujuan menserasikan nilai-nilai objektif yang universal tentang baik dan buruk, tentang patut dan tidak patut demi terwujudnya nilai-nilai keadilan dalam hubungan antara individu ditengah pergaulan hidupnya.

7. Hukum dalam Arti Ilmu Hukum

Yaitu ilmu yang menelaah hukum sebagai suatu kaedah. (hukum dilihat sebagai ilmu pengetahuan) merupakan karya manusia yang berusaha mencari kebenaran tentang sesuatu. **ciri-ciri**: sistematis, metodis, logis, empiris, umum dan akumulatif.

Sehingga sebagai ilmu pengetahuan ilmu hukum dengan ciri-cirinya berusaha mempelajari sistematik hukum dan kaedah-kaedah seperti Rumusan hukum, cara terbentuknya hukum.

8. Hukum dalam Arti Disiplin Hukum

Suatu disiplin adalah system ajaran mengenai kenyataan atau gejala-gejala yang dihadapi dalam masyarakat. Sebagai suatu system ajaran, maka disiplin hukum mencakup antara lain :Ajaran yang menentukan apakah yang seyogyanya atau seharusnya dilakukanyang senyatanya dalam hidup.

KAEDAH-KAEDAH SOSIAL DAN KAEDAH HUKUM

A. Pendahuluan

Manusia sebagai makhluk sosial dalam kehidupannya mempunyai banyak kebutuhan, agar dapat memenuhi kebutuhan-kebutuhannya dengan aman, tentram dan damai tanpa gangguan, maka bagi setiap manusia perlu adanya suatu aturan. Aturan itu lazim disebut Kaedah (berasal dari bahasa Arab) atau Norma (berasal dari bahasa Latin). Kaedah-kaedah atau Norma-norma itu mempunyai tiga macam isi, dan ditinjau dari segi isinya kaedah hukum dapat dibagi menjadi tiga.

Ada kaedah hukum yang berisi **perintah**, yang mau tidak mau harus dijalankan atau ditaati seperti misalnya ketentuan dalam Pasal 1 UU Nomor. 1 Tahun 1974 yang menentukan, bahwa perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga yang berbahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa.

Di samping itu ada kaedah hukum yang berisi **larangan** yang tercantum dalam Pasal 8 UU Nomor. 1 Tahun 1974 mengenai larangan perkawinan antara dua orang laki-laki dan perempuan dalam keadaan tertentu.

Yang ketiga adalah kaedah hukum yang berisi **perkenan** misalnya, apa yang ditentukan dalam Pasal 29 UU Nomor, 1 Tahun 1974 mengenai perjanjian perkawinan, misalnya pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan kedua pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pengawas pencatat perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut. Kaedah hukum yang berisi perkenan hanya mengikat sepanjang para pihak yang bersangkutan tidak menentukan lain dalam perjanjian. Fungsi kaedah hukum ini adalah untuk mengisi kekosongan dalam peraturan yang dibuat oleh para pihak.

Guna kaedah itu ialah untuk memberi petunjuk kepada manusia bagaimana seorang harus bertindak dalam masyarakat serta perbuatan-perbuatan mana yang harus dijalankan dan perbuatan-perbuatan mana pula yang harus dihindari. Kaedah-kaedah itu dapat dipertahankan dengan sanksi-sanksi, yaitu ancaman hukuman terhadap siapa saja yang melanggarnya. Sanksi itu merupakan suatu pengukuh terhadap berlakunya kaedah-kaedah tadi dan merupakan reaksi terhadap perbuatan yang melanggar kaedah.

Pada dasarnya manusia bersifat individualistis, dimana akan mementingkan dirinya sendiri dan mengabaikan kepentingan orang lain. Dimana hal ini dapat menimbulkan pertikaian. Jika keadaan masyarakat terus menerus demikian, maka tidak dapatlah dikatakan bahwa ada penghidupan yang teratur dalam masyarakat itu. Tetapi di dunia ini manusia terikat oleh peraturan hidup yang disebut norma yang disertai sanksi yang berbeda tergantung pelanggaran yang dia lakukan. Sebagai contoh peraturan hidup misalnya:

- a. Orang yang tahu aturan tidak akan berbicara sambil mengisap rokok di hadapan orang yang harus/pantas dihormati.
- b. Seorang tamu yang hendak pulang, harus diantarkan sampai di ambang pintu.
- c. Seorang penjual diharuskan menyerahkan barang yang telah terjual kepada pembelinya.
- d. Orang yang mencuri barang milik orang lain harus dihukum.

Kehidupan manusia didalam pergaulan masyarakat diliputi oleh norma-norma, yaitu peraturan hidup yang mempengaruhi tingkah laku manusia di dalam masyarakat. Sejak masa kecilnya manusia merasakan adanya peraturan-peraturan hidup yang membatasi sepak terjangnya. Pada permulaan yang dialami hanyalah peraturan-peraturan hidup yang berlaku dalam lingkungan keluarga yang dikenalnya, kemudian juga yang berlaku dalam masyarakat. Yang dirasakan paling nyata ialah peraturan-peraturan hidup yang berlaku dalam suatu negara.

Akan tetapi dengan adanya norma-norma itu dirasakan pula oleh adanya penghargaan dan perlindungan terhadap dirinya dan kepentingan-kepentingannya. Demikianlah norma-norma itu mempunyai tujuan supaya kepentingan masing-masing warga masyarakat dan ketentraman dalam masyarakat terpelihara dan terjamin.

Dilihat dari kerangka uraian diatas, tingkah laku kita sehari-hari sebetulnya tidak mengandung kebebasan yang penuh. Tingkah laku kita diikat atau didisiplinkan oleh petunjuk-petunjuk tersebut. Perbuatan-perbuatan kita sehari hari sebetulnya merupakan usaha untuk memenuhi petunjuk-petunjuk yang terkandung dalam norma-norma sosial. Kita tentunya enggan sekali untuk menyimpang dari norma-norma tersebut, sekalipun mungkin perbuatan itu sangat menguntungkan diri kita sendiri. Dilihat dari kacamata ini, tingkah laku kita berusaha untuk memenuhi harapan-harapan yang terkandung dalam norma-norma sosial itu.

Oleh karena itu petunjuk-petunjuk yang terkandung dalam norma sosial juga disebut suatu sistem harapan-harapan. Sekarang kita bisa mengatakan secara lebih tajam, bahwa tingkah laku kita sehari-hari adalah jawaban kita terhadap sistem harapan-harapan tersebut dalam bentuk penampilan-penampilan. Semakin sesuai penampilan-penampilan para anggota masyarakat dengan harapan-harapan itu, semakin tinggi pula tingkat ketertiban yang ada dalam masyarakat.

Dalam hal ini manusia membutuhkan aturan, tata pergaulan, sehingga mereka dapat hidup dalam suasana yang harmonis. Uraian tersebut menunjukkan arti pentingnya norma-norma sosial dalam kehidupan masyarakat. Dengan demikian, ada hubungan antara interaksi sosial dengan norma sosial.

Norma lahir karena adanya interaksi sosial dalam masyarakat. Masyarakat yang berinteraksi membutuhkan aturan main, tata pergaulan yang dapat mengatur mereka untuk mencapai suasana yang diharapkan, yaitu tertib dan teratur. Untuk mencapainya, maka dibentuklah norma sebagai pedoman yang dapat digunakan untuk mengatur pola perilaku dan tata kelakuan yang akhirnya disepakati bersama oleh anggota kelompok masyarakat tersebut.

Dalam masyarakat yang teratur, ada suatu badan resmi yang berkuasa untuk menghukum orang-orang yang melanggar peraturan-peraturan hidup seperti disebutkan dalam contoh di atas. Oleh karena itu setiap anggota masyarakat akan berusaha untuk mentaati peraturan-peraturan hidup yang seperti itu. Peraturan-peraturan hidup yang demikian itu disebut peraturan hukum atau norma hukum. Norma hukum disertai sanksi berupa hukuman yang sifatnya memaksa, jika peraturan hidup itu dilanggar. Sanksi hukum dapat berupa pidana penjara (hukuman badan) atau penggantian kerugian (pidana denda).

Untuk melindungi kepentingan manusia di dalam masyarakat terdapat beberapa kaedah sosial. Semula beberapa kaedah tersebut tidak dibedakan, baru setelah melalui proses yang lama manusia membedakan kaedah-kaedah tersebut.

Tata kaedah tersebut terdiri dari kaedah keagamaan, kaedah kesusilaan, kaedah kesopanan dan kaedah hukum, yang dapat dikelompokkan seperti berikut :

1. tata kaedah dengan aspek kehidupan pribadi yang dibagi lebih lanjut menjadi:
 - a. kaedah keagamaan atau kepercayaan
 - b. kaedah kesusilaan
2. tata kaedah dengan aspek kehidupan antar pribadi yang dibagi lebih lanjut menjadi :
 - a. kaedah kesopanan atau adat
 - b. kaedah hukum.²⁸

1. Kaedah Keagamaan

Kaedah keagamaan ialah peraturan hidup yang diterima sebagai perintah-perintah, larangan-larangan, dan anjuran-anjuran yang berasal dari Tuhan. Para pemeluk agama mengakui dan berkeyakinan, bahwa peraturan-peraturan hidup itu berasal dari Tuhan dan merupakan tuntutan hidup ke arah jalan yang benar. Kaedah keagamaan itu bersifat umum dan universal (sedunia) serta berlaku bagi seluruh golongan manusia di dunia.

Kaedah keagamaan atau kepercayaan ditujukan kepada kehidupan beriman. Kaedah ini ditujukan terhadap kewajiban manusia kepada Tuhan dan kepada dirinya sendiri. Sumber atau asal kaedah ini adalah ajaran-ajaran kepercayaan atau agama yang oleh pengikut-pengikutnya dianggap sebagai perintah Tuhan.

Tuhanlah yang mengancam pelanggaran-pelanggaran kaedah keagamaan atau kepercayaan itu dengan sanksi.

Ketentuan-ketentuan di bawah ini yang oleh para pengikut atau pemeluknya dianggap sebagai perintah Tuhan, merupakan kaedah keagamaan.

²⁸Purnadi Purbacaraka & Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung, 1982, hlm. 16.

Dan janganlah kamu mendekati zina; sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk (Surat Al Isra' ayat 32)

Dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah, (membunuhnya), melainkan dengan suatu (alasan) yang benar; Dan barang siapa dibunuh secara zalim, maka sesungguhnya Kami telah memberi kekuasaan kepada ahli warisnya tetapi janganlah ahli waris itu melampaui batas dalam membunuh, karena sesungguhnya ia adalah orang yang mendapat pertolongan. (Surat Al Isra' ayat 33)

Janganlah kamu membunuh (Kitab Keluaran 20 : 13)

Janganlah kamu berbuat zina (Kitab Keluaran 20 : 14)

Adapun pegangan untuk berbuat kirti, ialah jangan durhaka terhadap sahabat. Durhaka ialah menginginkan kecelakaan (kematian). Jangan durhaka terhadap orang yang dipercaya serta yang percaya kepada dirimu. Juga jangan durhaka terhadap yang memberi penghidupan padamu. Pun jangan durhaka terhadap orang yang bersewaka (meminta perlindungan) padamu, karena KRTAGHNA (pengkhianatan) namanya dosa yang demikian, tak akan menemui kebahagiaan buat selama-lamanya. (Sloka 327 Sarasamuchaya).

Kaedah keagamaan atau kepercayaan ini bertujuan penyempurnaan manusia oleh karena kaedah ini ditujukan kepada umat manusia dan melarang manusia melakukan perbuatan jahat.

Dengan demikian tidak dikehendaki adanya penjahat-penjahat. Kaedah keagamaan atau kepercayaan ini tidak ditujukan kepada sikap lahir, tetapi kepada sikap batin manusia. Diharapkan dari manusia bahwa sikap batinnya sesuai dengan isi kaedah keagamaan atau kepercayaan. Kaedah keagamaan atau kepercayaan ini hanyalah membebani manusia dengan kewajiban-kewajiban semata-mata dan tidak memberi hak. Adanya hanya menunaikan kewajiban, mentaati dan melaksanakan kaedah keagamaan atau kepercayaan.

2. Kaedah kesusilaan

Kaedah kesusilaan ialah peraturan hidup yang dianggap sebagai suara hati sanubari manusia. Peraturan-peraturan hidup ini berupa bisikan kalbu atau suara batin yang diakui dan diinsyafi oleh setiap orang sebagai pedoman dalam sikap dan perbuatannya. Kesusilaan memberikan peraturan-peraturan agar menjadi manusia yang sempurna. Hasil daripada perintah dan larangan yang timbul dari Kaedah kesusilaan itu pada manusia

bergantung pada pribadi orang-orang. Kaedah-kaedah kesusilaan itu dapat juga menetapkan baik-buruknya suatu perbuatan manusia dan turut pula memelihara ketertiban manusia dalam masyarakat. Kaedah kesusilaan ini pun bersifat umum dan universal, dapat diterima oleh seluruh umat manusia.

Kaedah kesusilaan berhubungan dengan manusia sebagai individu karena menyangkut kehidupan pribadi manusia. Sebagai pendukung kaedah kesusilaan adalah nurani individu dan bukan manusia sebagai makhluk sosial atau sebagai anggota masyarakat yang terorganisir.²⁹ Kaedah ini dapat melengkapi ketidak seimbangan hidup pribadi mencegah kegelisahan diri sendiri.³⁰

Kaedah kesusilaan ini ditujukan kepada umat manusia agar terbentuk kebaikan akhlak pribadi guna penyempurnaan manusia dan melarang manusia melakukan perbuatan jahat. Membunuh, berzinah, mencuri dan sebagainya tidak hanya dilarang oleh kaedah kepercayaan atau keagamaan saja, tetapi dirasakan juga sebagai bertentangan dengan (kaedah) kesusilaan dalam setiap hati nurani manusia. Kaedah kesusilaan hanya membebani manusia dengan kewajiban-kewajiban saja.

Asal atau sumber kaedah kesusilaan adalah dari manusia sendiri, jadi bersifat otonom dan tidak ditujukan kepada sikap lahir, tetapi ditujukan kepada sikap batin manusia juga. Batinnya sendirilah yang mengancam perbuatan yang melanggar kaedah kesusilaan dengan sanksi. Tidak ada kekuasaan di luar dirinya yang memaksakan sanksi itu. Kalau terjadi pelanggaran kaedah kesusilaan, misalnya pencurian atau penipuan, maka akan timbullah dalam hati nurani si pelanggar rasa penyesalan, rasa malu, takut, merasa bersalah sebagai sanksi atau reaksi terhadap pelanggaran kaedah kesusilaan tersebut.

3. Kaedah Kesopanan, TataKrama atau Adat

Kaedah Kesopanan adalah peraturan hidup yang timbul dari pergaulan hidup segolongan manusia. Peraturan ini diikuti dan ditaati sebagai pedoman tingkah laku manusia dalam pergaulan lingkungannya. Segolongan manusia tertentu dapat menetapkan apa yang boleh dan apa

²⁹ Zevenbergen Mr. Willem, *Formale Encyclopaedie der Recht Sweten Schap*, Gebr. Belinfante s'Gravenhage, sebagaimana ditulis dalam Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, 1925, hlm. 7.

³⁰ Purnadi Purbacaraka & Soerjono Soekanto, *op. cit.* hlm. 24.

yang tidak boleh dilakukan oleh seseorang dalam masyarakat. Berlakunya norma ini dalam lingkup yang lebih terbatas tidak berlaku secara universal, melainkan hanya pada masyarakat tertentu saja. Apayang dianggap sopan bagi golongan tertentu mungkin dianggap tidak bagi golongan masyarakat lain.

Kaedah Kesopanan,didasarkan atas kebiasaan, kepatutan atau kepantasan yang berlaku dalam masyarakat.

Kaedah Kesopanan,ditujukan kepada sikap lahir pelakunya yang konkrit demi penyempurnaan atau ketertiban masyarakat dan bertujuan menciptakan perdamaian, tata tertib atau membuat "sedap" lalu lintas antar manusia yang bersifat lahiriah.³¹ Sopan santun lebih mementingkan yang lahir atau yang formal; pergaulan, pakaian, bahasa. Bahkan tidak hanya ditujukan kepada sikap lahir saja, tetapi seringkali sudah puas dengan sikap semu atau pura-pura saja, jadi tidak semata-mata menghendaki sikap batin. Sopan santun menyentuh manusia tidak semata-mata sebagai individu, tetapi sebagai makhluk sosial, jadi menyentuh kehidupan bersama. "Ta' tahu sopan santun, ta' tahu adat", kata-kata ini dilemparkan dalam pergaulan sebagai celaan terhadap pelanggar kaedah kesopanan. Kaedah kesopanan menentukan perbuatan atau sikap lahir kita, misalnya berpakaian rapi (sopan) kalau mertamu, makan dengan sendok dan garpu bagi golongan tertentu, tidak "antob" atau "glegeken" (mengeluarkan suara dari mulut) sewaktu makan, tidak kentut di muka umum. Sopan santun menghendaki agar dua orang yang sudah saling mengenal saling menegur atau menganggukkan kepala apabila bertemu di jalan, sekalipun dalam hati mereka saling membenci. Mendahulukan anak-anak dan wanita dalam keadaan tertentu merupakan sikap sopan ini lazim disebut unggah-ungguh atau *etiquette*, yaitu kebiasaan dalam pergaulan. Kebiasaan-kebiasaan tertentu dalam berpakaian merupakan kaedah sopan santun juga tidaklah sopan misalnya apabila kita menghadiri peringatan hari ulang tahun teman hanya dengan menggunakan singlet dan sandal jepit saja.

Beda kesopanan dalam pergaulan (*etiquette*) dengan fashion atau mode terletak pada sifat perubahannya. Mode mengalami perubahan yang lebih cepat. 'Gelung cioda' yang lahir di zaman pendudukan Jepang, baju "you can see", rok 'new look' misalnya tidak pernah kita jumpai lagi, tetapi

³¹*Ibid*, hlm, 26.

bahwa orang saling menegur apabila bertemu di jalan kalau saling mengenal, sampai sekarang masih tetap berlaku.

Kaedah kesopanan membebani manusia dengan kewajiban-kewajiban saja. Kita wajib bersikap ramah terhadap tamu yang datang di rumah kita, walaupun datangnya pada waktu biasanya orang tidur. Seseorang tidak dapat menuntut agar membalas tegurannya karena ia sudah lebih dulu menegurnya. Seorang wanita yang tidak mendapatkan tempat duduk dalam bis kota yang penuh sesak tidak dapat menuntut agar seorang penumpang pria menyerahkan tempat duduknya kepada wanita tersebut.

Kekuasaan masyarakat secara tidak resmih yang mengancam dengan sanksi bila kaedah kesopanan itu dilanggar. Yang memaksakan kepada kita adalah kekuasaan di luar diri kita (heteronom). Sanksi ini yang dapat berupa teguran, cemoohan, celaan, pengucilan dan sebagainya tidak dilakukan oleh masyarakat secara terorganisir, tetapi oleh setiap orang secara terpisah yang menghendaki memberi sanksi: ada yang menegurnya. ada yang melototi, ada pula yang menutup pintu rumahnya apabila orang yang tidak sopan itu lewat dan sebagainya. Daerah berlakunya kaedah sopan santun itu sempit, terbatas secara lokal atau pribadi. Sopan santun di suatu daerah tidak sama dengan di daerah lain. Berbeda lapisan masyarakat berbeda pula sopan santunnya.

Setiap pelanggaran ketiga norma atau kaedah tersebut di atas akan terkena sanksi. Sanksi tidak lain merupakan reaksi. akibat atau konsekuensi pelanggaran kaedah sosial.

Sanksi dalam arti luas dapat bersifat menyenangkan atau positif, yang berupa penghargaan (ganjaran) seperti respek (rasa hormat), simpati. pemberian penghargaan seperti satya lencana, bintang dan sebagainya dan yang bersifat tidak menyenangkan atau negatif berupa hukuman seperti sikap antipati, celaan atau pidana.

Yang dimaksudkan dengan sanksi lazimnya adalah yang bersifat negatif. Dengan ancaman hukuman hendak dicegah oleh masyarakat penyimpangan atau pelanggaran kaedah sosial. Sedangkan penghargaan digunakan untuk mendorong atau merangsang agar setiap orang mentaati atau mematuhi kaedah.

Pada hakekatnya sanksi bertujuan untuk memulihkan keseimbangan tatanan masyarakat, yang telah terganggu oleh pelanggaran-pelanggaran kaedah, dalam keadaan semula.

Sebagai perlindungan kepentingan manusia kaedah keagamaan atau kepercayaan, kaedah kesusilaan dan kaedah kesopanan atau adat dirasakan belum cukup memuaskan, sebab :

- a. masih banyak kepentingan-kepentingan manusia lainnya yang memerlukan perlindungan, tetapi belum mendapat perlindungan dari ketiga kaedah sosial tersebut.
- b. kepentingan-kepentingan manusia yang telah mendapat perlindungan dari ketiga kaedah sosial tersebut belum cukup terlindungi, karena dalam hal terjadi pelanggaran kaedah-kaedah tersebut reaksi atau sanksinya dirasakan belum cukup memuaskan.

Kaedah keagamaan atau kepercayaan tidaklah memberi sanksi yang dapat dirasakan secara langsung di dunia ini. Kalau kaedah kesusilaan dilanggar hanyalah akan menimbulkan rasa malu, rasa takut, rasa bersalah atau penyesalan saja pada si pelaku. Kalau ada seorang pembunuh tidak ditangkap dan diadili, tetapi masih berkeliaran, masyarakat akan merasa tidak aman, meskipun si pembunuh itu dicekam oleh rasa penyesalan yang sangat mendalam dan dirasakan sebagai suatu penderitaan sebagai akibat pelanggaran yang dibuatnya. Kalau kaedah kesopanan dilanggar atau diabaikan hanyalah menimbulkan celaan, umpatan atau cemoohan saja. Sanksi inipun dirasakan masih kurang cukup memuaskan, karena dikhawatirkan pelaku pelanggaran akan mengulangi perbuatannya lagi karena sanksinya dirasakan terlalu ringan.

Bagi ketiga kaedah sosial tersebut sanksinya tidak dirasakan secara langsung di dunia ini dengan cukup memuaskan, sehingga masih dirasakan kurang cukup memberi jaminan perlindungan kepentingan manusia dan tidak cukup untuk menjamin terpeliharanya kepentingan-kepentingan dalam pergaulan masyarakat. Ini tidak berarti bahwa ketiga kaedah tersebut tidak mempunyai manfaat ketiga kaedah sosial tersebut mempunyai peranan dan kegunaannya di dalam masyarakat. Ketiga macam kaedah itu tidak mempunyai sanksi yang tegas, jika salah satu dari peraturannya dilanggar.

Jadi kepentingan manusia di dalam masyarakat dirasakan belum cukup terlindungi oleh ketiga kaedah sosial tersebut di atas. Oleh karena itu diperlukan perlindungan kepentingan atau kaedah sosial lain yang melindungi lebih lanjut secara lebih memuaskan kepentingan-kepentingan manusia yang sudah mendapat perlindungan dari kaedah sosial yang telah

disebutkan dan melindungi kepentingan-kepentingan manusia yang belum mendapat perlindungan dari kaedah-kaedah sosial tadi. Oleh karena itu dibutuhkan sebuah kaedah yang tegas bagi yang melanggarnya, yakni kaedah hukum

4. Kaedah Hukum

Telah diketahui bahwa di samping kaedah keagamaan atau kepercayaan, kaedah kesusilaan dan kaedah kesopanan masih diperlukan kaedah hukum. Kaedah hukum ini melindungi lebih lanjut kepentingan-kepentingan manusia yang sudah mendapat perlindungan dari ketiga kaedah lainnya dan melindungi kepentingan-kepentingan manusia yang belum mendapat perlindungan dari ketiga kaedah tadi.

Kaedah hukum ditujukan terutama kepada pelakunya yang konkrit, yaitu si pelaku pelanggaran yang nyata-nyata berbuat, bukan untuk penyempurnaan manusia, melainkan untuk ketertiban masyarakat agar masyarakat tertib, agar jangan sampai jatuh korban kejahatan, agar tidak terjadi kejahatan.

Peraturan-peraturan yang timbul dari kaedah hukum, dibuat oleh penguasa negara. Isinya mengikat setiap orang dan pelaksanaannya dapat dipertahankan dengan segala paksaan oleh alat-alat negara, misalnya:

- a. Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa perempuan bukan istrinya bersetubuh dengan dia, dihukum, karena memperkosa dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun berdasarkan Pasal 285 KUHPidana. (Kaedah Hukum Pidana)
- b. Orang yang tidak memenuhi suatu perikatan yang diadakan, diwajibkan mengganti kerugian atau pidana denda (Kaedah Hukum Perdata).
- c. Suatu Perseroan Terbatas harus didirikan dengan akte notaris dan disetujui oleh Kementerian Hukum dan HAM dan memenuhi syarat-syarat untuk mendirikan perseroan dagang (Kaedah Hukum Dagang).
- d. Tiap-tiap perikatan untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu, apabila si berutang tidak memenuhi kewajibannya, mendapatkan penyelesaian dalam kewajiban memberikan pergantian biaya, rugi, dan bunga. Berdasarkan Pasal 1293 KUHPerdata (Kaedah Hukum Perdata)

- e. Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya (Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (Kaedah Hukum Agama)

Berdasarkan contoh di atas, bahwa sanksi dari kaedah hukum adalah secara tegas dapat dipaksakan oleh aparat negara sehingga kaedah hukum diharapkan dapat menjamin terciptanya ketertiban dan keadilan dalam masyarakat. Sebagaimana yang menjadi isi dari kaedah hukum, diantaranya sebagai berikut:

- (a) Kaedah hukum yang berisi perintah (*gebod*), yaitu kaedah hukum yang berisi perintah harus ditaati, misalnya perintah bagi kedua orang tua agar memelihara dan mendidik anak-anaknya dengan sebaik-baiknya (Pasal 45 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan)
- (b) Kaedah hukum yang berisi larangan (*verbod*), yaitu kaedah hukum yang memuat larangan untuk melakukan sesuatu dengan ancaman sanksi apabila melanggarnya, seperti larangan mencuri di dalam Pasal 362 KUHPidana tentang pencurian.
- (c) Kaedah hukum yang isinya membolehkan (*mogen*), yaitu kaedah hukum yang memuat hal-hal yang boleh dilakukan, tetapi boleh pula tidak dilakukan. Misalnya ketentuan Pasal 29 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, bahwa calon suami istri yang akan menikah dapat mengadakan perjanjian tertulis, baik sebelum maupun setelah pernikahan, asalkan tidak melanggar batas-batas hukum, agama, dan kesusilaan.³²

Dengan demikian bila dilihat isinya, maka kaedah hukum bertujuan untuk mencapai kedamaian dalam pergaulan manusia melalui keseimbangan antara hak dan kewajiban baik dari intern maupun dari ekstern subjek hukum tersebut. Hal ini dilandasi nilai fundamental daripada kaedah hukum adalah memelihara perdamaian hidup bersama, dan nilai aktualnya adalah siapa membeli harus membayar. Nilai-nilai yang fundamental adalah nilai yang bersifat universal, dan menjadi dasar dari kaidah yang bersangkutan, dan nilai aktual merupakan perwujudan dari nilai fundamental dalam sikap tindak/perilaku manusia secara nyata. Sedangkan terkait penataan dan sanksi terhadap pelanggaran peraturan

³².Marwan Mas,*Pengantar Ilmu Hukum*. Ghalia Indonesia, Jakarta, 2004, hlm. 51.

hukum bersifat *heteronom*, dimana kaedah hukum dapat dipaksakan oleh kekuasaan negara. Keistimewaan kaedah hukum justru terletak dalam sifatnya yang memaksa, dengan sanksinya yang tegas berupa ancaman hukuman.

Isi kaedah hukum itu ditujukan kepada sikap lahir manusia. Kaedah hukum mengutamakan perbuatan lahir. Pada hakikatnya apa yang dibatin, apa yang difikirkan manusia tidak menjadi soal, asal lahirnya ia tidak melanggar kaedah hukum. Apakah seseorang dalam mematuhi peraturan lalu lintas (misalnya berhenti pada waktu lampu lalu lintas menyala merah) sambil menggerutu karena ia tergesa-gesa mau pergi kuliah, tidaklah penting bagi hukum. Yang penting ialah bahwa lahirnya, apa yang tampak dari luar, ia patuh pada peraturan lalu lintas. Mengkhayalkan atau mengangan-angankan untuk memiliki sebuah pesawat hand phone yang ditempatkan di etalage dengan jalan mencuri, dalam batinnya ingin memukul temannya: "perbuatan-perbuatan" itu semuanya tidak dikenakan sanksi, "pemikirnya" tidak dapat dihukum. Orang tidak akan dihukum atau diberi sanksi hukum hanya karena apa yang difikirkan atau dibatinnya. Tidak seorangpun dapat dihukum karena apa yang difikirkan atau dibatinnya (*cogitationis poenam nemo patitur*). Memang benar bahwa hukum pada hakekatnya tidak memperhatikan sikap batin manusia dalam arti bahwa hukum tidak memberi pedoman tentang bagaimana seyogyanya batin manusia itu. Tetapi ada kalanya setelah terjadi suatu perbuatan lahir yang relevan bagi hukum kemudian hukum mencampuri batin manusia juga dengan misalnya memasalahkan ada/tidaknya kesengajaan, perencanaan, iktikad baik/buruk dan sebagainya. Pengertian-pengertian kesengajaan, iktikad baik itu berhubungan dengan batin manusia dan tidak akan tampak dari lahir. Dapat dikemukakan sebagai contoh misalnya dalam hal pembunuhan. Kalau seseorang secara lahiriah telah terbukti membunuh, masih dipersoalkan apakah ada kesengajaan atau tidak, direncanakan atau tidak.

Kaedah hukum berasal dari luar diri manusia. Kaedah hukum berasal dari kekuasaan luar diri manusia yang memaksakan kepada kita (heteronom). Masyarakatlah secara resmi diberi kuasa untuk memberi sanksi atau menjatuhkan hukuman. Dalam hal ini pengadilanlah sebagai lembaga yang mewakili masyarakat, menjatuhkan hukuman.

Kalau kaedah keagamaan atau kepercayaan, kesusilaan dan kesopanan hanya membebani manusia dengan kewajiban-kewajiban

sajamaka kaedah hukum kecuali membebani manusia dengan kewajibanjuga memberi hak.Kaedah hukum itu bersifat nomatif dan atributif.

B. Hubungan Kaedah Hukum dan Kaedah Sosial Lainnya

Kaedah hukum dapat dibedakan dari kaedah keagamaan atau kepercayaan, kaedah kesusilaan dan kesopanan, tetapi tidak dapat dipisahkan, sebab meskipun ada perbedaannya ada pula titik temunya. Terdapat hubungan yang erat sekali antara keempat-empatnya. Isi masing-masing kaedah saling mempengaruhi satu sama lain, kadang-kadang saling memperkuat.

Antara kaedah keagamaan atau kepercayaan dan hukum banyak titik temunya. Pasal 29 UUD misalnya menjamin kebebasan beragama bagi setiap penduduk. Pembunuhan, pencurian, perzinahan tidak dibenarkan oleh kedua kaedah itu.

Batas yang tajam tidak dapat ditarik antara kaedah kesusilaan dan kaedah hukum. Hukum positif kita memperhatikan pengertian-pengertian tentang kesusilaan seperti iktikad baik (Pasal. 1338, 1363 KUHPerdara), bersikap seperti kepala somah yang baik (Pasal. 1560 KUHPerdara), kelayakan dan kepatutan. Pasal 1337 KUHPerdara menentukan bahwa 'kausa' tidak dibolehkan apabila dilarang oleh undang-undang atau bertentangan dengan adat kebiasaan atau ketertiban umum, sedangkan Pasal 23 AB menentukan bahwa suatu perbuatan atau perjanjian tidak dapat meniadakan kekuatan undang-undang yang berhubungan dengan ketertiban umum atau kesusilaan.

Kesusilaan sering melarang beberapa perbuatan tertentu yang oleh hukum sama sekali tidak dihiraukan, seperti misalnya berbohong, kumpul kebo atau hidup bersama tanpa nikah.

Sebaliknya kadang-kadang hukum membolehkan apa yang dilarang oleh kesusilaan. Contohnya: 1. A menggugat B yang hutang uang kepadanya, tetapi tidak melunasinya. Hakim dalam putusannya menolak gugatan A, karena dianggap tidak terbukti. Menurut hukum karena gugatan A ditolak oleh pengadilan, maka B tidak perlu memenuhi kewajibannya melunasi hutangnya kepada A. Apabila gugatan ditolak oleh pengadilan, maka menurut hukum tergugat tidak ada kewajiban apa-apa terhadap penggugat. Tetapi kesusilaan tidak membebaskan orang yang hutang dari kewajibannya melunasi hutangnya. 2. C mengadakan perjanjian dengan D, sehingga dari perjanjian itu timbullah kewajiban pada D terhadap C. Akan

tetapi perjanjian itu tidak memenuhi syarat-syarat formal yang telah ditentukan oleh hukum. Kesusilaan mewajibkan D untuk memenuhi perjanjian, menurut hukum tidak. 3. Memungut bunga tinggi itu tidak susila, menurut hukum dimungkinkan, kecuali kalau menjadi mata pencaharian. 4. Lembaga kadaluwarsa sering bertentangan dengan kesusilaan. Bagi hukum kadaluwarsa ini tujuannya adalah untuk menjamin kepastian hukum.

Hukum itu sebagian besar merupakan peraturan kesusilaan yang oleh penguasa diberi sanksi hukum, perbuatan-perbuatan pidana yang diatur dalam KUHP hampir seluruhnya merupakan perbuatan-perbuatan yang berasal dari kaedah kesusilaan atau keagamaan atau kepercayaan.

Hukum menuntut legalitas, yang berarti bahwa yang dituntut adalah pelaksanaan atau pentaatan kaedah semata-mata; sedangkan kesusilaan menuntut moralitas, yang berarti bahwa yang dituntut adalah perbuatan yang didorong oleh rasa wajib.

Batas antara sopan santun dan hukum itu selalu berubah, bergeser, sebagai contoh misalnya dapat disebutkan pertunangan yang dulu merupakan lembaga hukum, sekarang hanya merupakan kesopanan atau adat kebiasaan saja.³³

Ada kalanya kaedah kesopanan dibrantas oleh kaedah hukum, tetapi ada kalanya diakui. Kaedah kesopanan dapat menjadi kaedah hukum karena masyarakat menganggapnya atau mengakuinya sebagai peraturan tentang perilaku manusia yang seyogyanya dilakukan.

3. Das Sollen-Das Sein

Kaedah hukum merupakan ketentuan atau pedoman tentang apa yang seyogyanya atau seharusnya dilakukan. Pada hakekatnya kaedah hukum merupakan perumusan pendapat atau pandangan tentang bagaimana seharusnya atau seyogyanya seseorang ber tingkah laku. Sebagai pedoman kaedah hukum bersifat umum dan pasif.

Kaedah hukum berisi kenyataan normatif (apayang seyogyanya dilakukan): *das Sollen* dan bukan berisi kenyataan alamiah atau peristiwa konkrit *das Sein*. Barangsiapa mencuri harus dihukum, barangsiapa membeli sesuatu harus membayar, merupakan *das Sollen*, suatu kenyataan normatif dan bukan menyatakan sesuatu yang terjadi secara nyata,

³³van Apeldoorn, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*, Zwolle, 195, Sebagaimana dikutip dalam Sudikno Mertokusumo, *op. cit*, hlm. 15.

melainkan apa yang seharusnya atau seyogyanya terjadi. Kalau nyata-nyata telah terjadi seseorang mencuri, kalau nyata-nyata telah terjadi seseorang membeli sesuatu tidak membayar, barulah terjadi kenyataan alamiah, barulah terjadi peristiwa konkrit *das Sein*.

Dalam hukum yang penting bukanlah apa yang terjadi, tetapi apa yang seharusnya terjadi. Di dalam undang-undang tidak dapat dibaca bahwa siapa yang mencuri sungguh-sungguh dihukum, tetapi siapa yang mencuri harus dihukum. Ketentuan yang berbunyi "barangsiapa yang mencuri harus dihukum" tidak berarti bahwa telah terjadi pencurian dan pencurinya dihukum, tetapi barangsiapa mencuri harus dihukum. Persyaratannya (mencuri) menyangkut peristiwa (*Sein*), sedangkan kesimpulannya (dihukum) menyangkut keharusan (*Sollen*). Sebagai syarat harus terjadi peristiwa konkrit terlebih dahulu. Oleh karena telah terjadi peristiwa maka sesuai bunyi kaedahnya harus ada akibatnya. Dihukumnya pencuri bukanlah merupakan akibat pencurian. Orang tidak dihukum karena (sebagai akibat) mencuri, tetapi pencuri harus dihukum berdasarkan undang-undang yang melarangnya. Di sini tidak berlaku hukum sebab akibat.³⁴ Kaedah hukum itu bersifat memerintah, mengharuskan atau preskriptif.

Telah dikemukakan bahwa kaedah hukum itu bersifat pasif. Agar kaedah hukum itu tidak berfungsi pasif, agar kaedah hukum itu aktif atau hidup, diperlukan "rangsangan". Rangsangan untuk mengaktifkan kaedah hukum adalah peristiwa konkrit (*das Sein*). Dengan terjadinya peristiwa konkrit tertentu kaedah hukum baru dapat aktif, karena lalu dapat diterapkan pada peristiwa konkrit tersebut. Selama tidak terjadi peristiwa konkrit tertentu maka kaedah hukum itu hanya merupakan pedoman pasif belaka. Jadi kaedah hukum memerlukan terjadinya peristiwa konkrit. *Das Sollen* memerlukan *das Sein*. Peristiwa konkrit merupakan aktivator yang diperlukan untuk dapat membuat aktif kaedah hukum.³⁵

Karena kaedah hukumlah peristiwa konkrit itu menjadi peristiwa hukum. Peristiwa hukum adalah peristiwa yang relevan bagi hukum, peristiwa yang oleh hukum dihubungkan dengan akibat hukum atau

³⁴Algra, *Rechtsaangvang*, 1975, Sebagaimana dikutip dalam Sudikno Mertokusumo, *Ibid*, hlm. 17.

³⁵Algra & K. van Duyvendijk, *Rechtsaangvang*, 1981 Sebagaimana dikutip dalam Sudikno Mertokusumo, *Ibid*, hlm. 17.

peristiwa yang oleh hukum dihubungkan dengan timbulnya atau lenyapnya hak dan kewajiban.

Suatu peristiwa konkrit tidak mungkin dengan sendirinya menjadi peristiwa hukum. Suatu peristiwa hukum tidak mungkin terjadi tanpa adanya kaedah hukum. Peristiwa hukum tidak dapat dikonstruir tanpa menggunakan kaedah hukum. Peristiwa hukum itu diciptakan oleh kaedah hukum. Sebaliknya kaedah hukum itu dalam proses terjadinya dipengaruhi oleh peristiwa-peristiwa konkrit.

Apakah suatu peristiwa itu peristiwa hukum, itu tergantung pada adanya kaedah hukum. Kaedah hukum itu mengkualifisir suatu aspek dari suatu peristiwa menjadi peristiwa hukum. Apakah suatu aspek dari kenyataan itu dapat berlaku sebagai peristiwa hukum tergantung pada kaedah hukum yang bersangkutan, yaitu dapat diterapkan dalam situasi yang konkrit. Sebagai contoh: peristiwa tidur sebagai peristiwa fisik bukanlah merupakan peristiwa hukum. Tetapi tidur merupakan peristiwa hukum apabila terjadi pada seorang penjaga malam, pada saat ia seharusnya keliling mengadakan ronda dan terjadi pencurian. Peristiwa tidur dalam hal ini dapat mengakibatkan dipecatnya penjaga malam tersebut.³⁶

Merokok merupakan peristiwa konkrit, tetapi kalau ada orang merokok di dekat pompa bensin yang ada papan larangan merokok dan kemudian terjadi kebakaran yang disebabkan oleh rokok orang tersebut, maka merokok menjadi peristiwa hukum yang dapat menyebabkan si perokok dihukum.

Peristiwa konkrit (*das Sein*) untuk menjadi peristiwa hukum memerlukan *das Sollen*. Kalau di atas dikatakan bahwa *Sollen* memerlukan *Sein*, maka di sini *Sein* memerlukan *Sollen*, jadi saling ada hubungannya antara *Sollen-Sein* dan *Sein-Sollen*.

Lazimnya yang dianggap merupakan beda yang menonjol antara kaedah hukum dengan kaedah sosial lainnya ialah sanksinya. Sanksi terhadap pelanggaran kaedah hukum dapat dipaksakan, dapat dilaksanakan di luar kemauan yang bersangkutan, bersifat memaksa. Pelaksanaan atau penegakan kaedah hukum itu dapat dipaksakan dengan alat-alat ekstern. Kaedah hukum "Siapa yang berhutang harus melunasi hutangnya" dapat dipaksakan karena yang menghutangkan dapat menggugat yang berhutang dan setelah dijatuhkan putusan dapat minta dilaksanakannya putusan

³⁶ Alsra & H.C.J.G. Janssen, *Ibid*, hlm, 18.

tersebut dengan mengadakan penyitaan terhadap harta kekayaan yang berhutang dan kemudian dijual. Penjualan dan penyitaan ini di luar kemauan yang bersangkutan. Kalau ada seorang mencuri dan kemudian ia dijatuhi hukuman penjara, maka ia dapat dipaksakan (di luar kemauannya) untuk dimasukkan dalam penjara.

Kalau dikatakan bahwa sanksi pada kaedah hukum itu bersifat memaksa atau menekan ini tidak berarti bahwa sanksi terhadap pelanggaran kaedah sosial lainnya sama sekali tidak bersifat memaksa atau menekan. Memang benar bahwa pada umumnya seseorang misalnya tidak dapat dipaksakan untuk memakai dasi atau sepatu kalau masuk kantor. Tetapi dalam lingkungan tertentu dalam kehidupan bersama sanksi pelanggaran kaedah kesopanan walaupun dikatakan hanya berupa peringatan atau teguran saja, akan dirasakan sebagai tekanan atau paksaan juga. Orang akan merasa tidak tenang kalau melanggarnya.

Dalam upacara bendera misalnya semua karyawan berseragam Korpri. Kalau ada seorang karyawan yang tidak berseragam Korpri, maka ia akan merasa kikuk atau tidak tenang.

Ketaatan pada kaedah hukum bukan semata-matadidasarkan pada sanksi yang bersifat memaksa, tetapi karena didorong oleh alasan kesusilaan atau kepercayaan.

Sanksi itu baru dikenakan apabila terjadi pelanggaran kaedah hukum. Kalau tidak terjadi pelanggaran kaedah hukum maka sanksi tidak diterapkan. Jadi sanksi hanyalah merupakan akibat dan tidak merupakan ciri hakiki hukum.

Tidak setiap kaedah hukum disertai dengan sanksi. Kaedah hukum tanpa sanksi ini disebut *lex imperfecta*. Ketentuan yang tercantum dalam Pasal 298 KUHPerdara misalnya, yaitu bahwaseoranganak berapapun umurnya wajib menghormati dan menyegani orang tuanya, merupakan *lex imperfecta*. Ketentuan ini tidak ada sanksinya.

Tidak semua pelanggaran kaedah dapat dipaksakan sanksinya. Beberapa kewajiban tidak dapat dituntut pemenuhannya menurut hukum secara paksa. Ini terjadi misalnya dengan kewajiban yang berhubungan dengan apa yang dinamakan perikatan alamiah (*obligatio 'naturalu, naluurlilke verbintenis*), suatu perikatan yang tidak ada akibat hukumnya. Jadi ada perikatan yang mempunyai akibat hukum, yang disebut perikatan perdata (*obbligatio civilis*). yang apabila tidak dipenuhi dapat diajukan ke pengadilan dan perikatan yang tidak mempunyai akibat hukum atau disebut

juga perikatan alamiah. Adapun yang dimaksudkan dengan perikatan pada umumnya adalah hubungan hukum dalam hukum harta kekayaan yang menimbulkan hak bagi pihak yang satu atas suatu prestasi dari pihak yang lain, sedang pihak yang lain wajib melakukan prestasi untuk pihak satunya. Jadi perikatan alamiah adalah perikatan yang boleh dikatakan tidak sempurna, yang tidak dapat dipaksakan pelaksanaannya menurut hukum. Ini terjadi misalnya pada kewajiban yang timbul dari perjanjian mengenai permainan dan pertaruhan, yang lebih dikenal dengan perjudian. Tidaklah mungkin untuk menagih hutang yang timbul dari permainan dan pertaruhan. Siapa yang secara sukarela melunasi hutang semacam itu tidak dapat menuntut kembali apa yang telah dibayarkan itu. Membayar hutang yang timbul dalam permainan dan pertaruhan ini dianggap sebagai memenuhi perikatan alamiah.

Oleh karena itu agar jangan sampai menderita kerugian, maka pengusaha perjudian seperti *roulette* misalnya mengadakan peraturan-peraturan untuk melindungi dirinya. Sebelum mulai dengan permainannya pemain *roulette* di kasino harus membeli "*fiche*" atau "*coin*" dengan uang tunai lebih dulu. Kalau tidak demikian mereka yang kalah main tidak dapat dituntut untuk membayar kekalahannya yang terhutang.

Sekalipun pada umumnya kaedah hukum itu disertai sanksi namun tidak terhadap semua pelanggaran kaedah hukum dikenakan sanksi.

4. Hukum dan Kekuasaan

Yang dapat memberi atau memaksakan sanksi terhadap pelanggaran kaedah hukum adalah penguasa, karena penegakan hukum dalam hal ada pelanggaran adalah monopoli penguasa. Penguasa mempunyai kekuasaan untuk memaksakan sanksi terhadap pelanggaran kaedah hukum. Hakekat kekuasaan tidak lain adalah kemampuan seseorang untuk memaksakan kehendaknya kepada orang lain.

Hukum ada karena kekuasaan yang sah. Kekuasaan yang sahlah yang menciptakan hukum. Ketentuan-ketentuan yang tidak berdasarkan kekuasaan yang sah pada dasarnya bukanlah hukum. Jadi hukum bersumber pada kekuasaan yang sah.

Di dalam sejarah tidak jarang kita jumpai hukum yang tidak bersumber pada kekuasaan yang sah atau kekuasaan yang menurut hukum yang berlaku sesungguhnya tidak berwenang. Revolusi misalnya merupakan kekuasaan yang tidak sah (*coup de'etat*) dan sering merupakan kekerasan atau kekuatan fisik. Kekuatan fisik ini seringkali menghapus

hukum yang lama dan menciptakan hukum baru. Revolusi baru menciptakan hukum kalau revolusi itu mendapat dukungan dari rakyat dan berhasil. Kalau tidak berhasil maka revolusi tidak merupakan sumber hukum. Dalam UU Nomor. 19 Tahun 1964 revolusi disebut sebagai sumber hukum. Jadi hukum dapat pula bersumber pada kekuatan fisik, tetapi kekuatan fisik bukan merupakan unsur hukum.

Sebaliknya hukum itu sendiri pada hakekatnya adalah kekuasaan. Hukum itu mengatur, mengusahakan ketertiban dan membatasi ruang gerak individu. Tidak mungkin hukum menjalankan fungsinya itu kalau tidak merupakan kekuasaan. Hukum adalah kekuasaan, kekuasaan yang mengusahakan ketertiban.

Kalau dikatakan bahwa hukum itu kekuasaan tidak berarti bahwa kekuasaan itu hukum. Sebagai contoh misalnya seorang pencuri menguasai barang curian, ia mempunyai kekuasaan atas barang curiannya. Ini tidak berarti bahwa hubungannya dengan barang curian itu dilindungi hukum, ia tidak mempunyai hak atas barang curian tersebut.

5. *Eigenrichting* (Aksi Sepihak)

Telah diketengahkan di muka bahwa pelaksanaan sanksi adalah monopoli penguasa. Perorangan tidak diperkenankan melaksanakan sanksi untuk menegakkan hukum. Memukul orang yang telah mengingkari janji atau menipu diri kita, menyekap seseorang yang tidak mau melunasi hutang, mencurispada motor milik sendiri dari pencurinya, itu semuanya merupakan tindakan menghakimi sendiri, aksi sepihak atau "*eigenrichting*". Tindakan menghakimi sendiri tidak lain merupakan tindakan untuk melaksanakan hak menurut kehendak sendiri yang bersifat sewenang-wenang, tanpa persetujuan pihak lain yang berkepentingan. Pada hakekatnya tindakan menghakimi sendiri ini merupakan pelaksanaan sanksi oleh perorangan.

Tindakan menghakimi sendiri ini dilarang dan pada umumnya merupakan perbuatan pidana, tetapi tidak selalu demikian. Dalam perdata tindakan menghakimi sendiri yang dibolehkan menebang atau memotong dahan pohon milik tetangga yang menjulur ke pekarangannya setelah tetangga itu diminta untuk memotongnya tetapi menolak, asal yang memotong dahan itu tidak menginjak pekarangan tetangga yang bersangkutan. Pada hakekatnya tindakan ini merupakan '*eigenrichting*', tetapi dibolehkan.

Setiap pelanggaran kaedah hukum pada dasarnya harus dikenakan sanksi, setiap pembunuhan, setiap pencurian harus ditindak, pelakunya harus dihukum. Tetapi ada perbuatan-perbuatan tertentu yang pada hakekatnya merupakan pelanggaran kaedah hukum, akan tetapi tidak dikenakan sanksi. Pelanggarnya tidak dihukum. Kalau terhadap pelanggaran-pelanggaran kaedah hukum tertentu ini pelakunya dihukum justru akan menimbulkan keresahan di dalam masyarakat, karena dirasakan kurang layak dan atau mengganggu keseimbangan di dalam masyarakat. Dirasakan kurang layak karena dalam hal ini si pelaku atau pelanggar dalam keadaan terdesak dan tidak sempat minta pengadilan untuk melindungi atau membela kepentingannya. Ia terpaksa melakukannya atau melanggar dari pada ia sendiri yang menjadi korban. Akan tetapi tindakan itu hanya dapat dilakukan apabila tidak ada upaya lain. Dalam hal ini tidak boleh ada hubungan yang timpang atau tidak seimbang antara penyerangan dan usaha atau niat pembelaannya. Usaha pembelaan yang sifatnya kuat atau besar tidak boleh berhadapan dengan penyerangan yang sifatnya hanya ringan atau kecil. Tidak dibenarkan misalnya memasang aliran listrik dengan tegangan tinggi pada pagar yang mengelilingi rumah untuk mencegah masuknya pencuri.

Demikian pola tidak dibenarkan seorang penghuni rumah yang menunggu masuknya pencuri lewat jendela, kemudian setelah pencuri menongkolkan kepalanya di jendela disiramnya dengan asam belerang. Disini hubungan antara pembelaan untuk mencegah masuknya pencuri dengan penyerangan oleh pencuri tidak seimbang.

Jadi ada pelanggaran kaedah-kaedah hukum tertentu yang tidak dikenakan sanksi. Ini merupakan penyimpangan atau pengecualian. Pelanggaran-pelanggaran ini merupakan perbuatan-perbuatan yang dilakukan dalam keadaan tertentu. Perbuatan-perbuatan ini dapat dikelompokkan menjadi dua kelompok.

Pertama: ialah perbuatan yang pada hakekatnya muatan pelanggaran kaedah hukum, tetapi tidak dikenakan sanksi karena dibenarkan atau mempunyai dasar pembenaran (*rechtvaardigheidsgrond*). Di sini perbuatan yang pada hakekatnya melanggar kaedah hukum dihalalkan. Termasuk perbuatan ini ialah keadaan darurat, pembelaan terpaksa, melaksanakan ketentuan undang-undang dan melaksanakan perintah jabatan.

Keadaan darurat (*noodtoestand*) merupakan konflik kepentingan hukum atau konflik antara kepentingan hukum dan kewajiban hukum di mana kepentingan yang kecil harus dikorbankan terhadap kepentingan yang lebih besar. Keadaan darurat ini dapat menjadi dasar untuk menghapus hukuman. Contoh klasik dari keadaan darurat ini ialah keadaan di mana dua orang yang terapung di tengah laut berpegangan sebilah papan kayu berebut untuk mempertahankan hidupnya masing-masing dengan berusaha menyingkirkan lawannya. Kalau kedua-duanya tetap berpegangan papan kayu tersebut maka kedua-duanya akan mati tenggelam. Yang berhasil hidup mencapai daratan, meskipun menyebabkan matinya yang lain tidak akan dihukum. Di tengah laut ia tidak sempat minta pengadilan, ia terdesak oleh keadaan. Keadaan tertentu ini membenarkan perbuatannya.

Contoh lain mengenai keadaan darurat misalnya seperti berikut. Adiet yang hendak menolong Faris, yang tersekap dalam toko milik Faris yang sedang terbakar, dengan memecahkan kaca etalage toko tersebut untuk memasuki toko karena semua pintu terkunci pada hakekatnya melakukan pengrusakan, tetapi keadaannya memaksa Adiet berbuat demikian, sehingga ia tidak dapat dihukum karena perbuatannya itu.

Untuk adanya keadaan darurat perbuatan yang dilakukan itu harus sungguh-sungguh dalam keadaan terpaksa untuk membela diri. Alasan keadaan terpaksa atau daya paksa tidak dapat diterima jika keadaan yang memaksa yang diajukan, oleh undang-undang sudah diperhitungkan terlebih dahulu.³⁷ Demikian pula apabila seorang pengendara sepeda yang cacat badan tidak dapat memberikan perubahan arah maka hal tersebut bukan merupakan daya paksa, ia seharusnya tidak naik sepeda.³⁸

Pembelaan Terpaksa atau pembelaan dalam keadaan darurat (*noodweer*) merupakan alasan untuk dibebaskan dari hukuman karena melakukan pembelaan diri, kehormatan atau barang secara terpaksa terhadap serangan yang mendadak dan melanggar hukum (Pasal 49 KUHP). Di sini orang terpaksa membela diri secara mati-matian karena dalam keadaan terdesak. Contoh pembelaan terpaksa ini misalnya, seseorang yang kepergok seorang pencuri di pekarangannya pada tengah malam terpaksa berkelahi dan terpaksa membela diri mati-matian yang akhirnya mengakibatkan matinya pencuri. Si pembunuh pencuri tidak dapat

³⁷HR 18 Januari 1949, Soenarto Soerodibroto, *KUHP dilengkapi arrest Hoge Raad*.

³⁸HR 29 Juni 1939, *Ibid*.

dihukum. Ia dibenarkan membela dirinyamati-matian, meskipun menyebabkan matinya si pencuri.

Pada kedua perbuatan tersebut di atas, yaitu keadaan darurat dan pembelaan terpaksa, si pelaku atau pelanggar tidak sempat lagi minta pengadilan untuk melindungi atau membela kepentingannya, sehingga terpaksa melanggar.

Dalam pembelaan darurat harus ada serangan yang langsung dan bersifat melawan hukum, kalau tidak maka tidak mungkin adanya pembelaan terpaksa.³⁹ Bagi hakim cukup dengan membuktikan ada tidaknya penyerangan.⁴⁰

Barang siapa yang melaksanakan ketentuan undang-undang tidak dapat dihukum (Pasal 50 KUHP). Ketentuan undang-undang menghalalkan perbuatan yang berdasarkan atas ketentuan undang-undang tersebut. Melaksanakan undang-undang tidak hanya terbatas pada melakukan perbuatan yang diperintahkan undang-undang saja, akan tetapi meliputi juga perbuatan-perbuatan yang dilakukan atas wewenang yang diberikan oleh undang-undang. Jadi apa yang telah diharuskan oleh undang-undang tidak mungkin untuk diancam hukuman dengan undang-undang lain. Termasuk undang-undang lain juga peraturan daerah. Sebagai contoh misalnya, pada pengosongan suatu rumah juru sita dapat meletakkan perabot rumah tangga di jalan, sekalipun ada larangan Pemerintah Daerah untuk meletakkan barang-barang di jalan umum.⁴¹

Contoh lain ialah perbuatan yang pada hakekatnya merupakan pelanggaran kaedah hukum, tetapi tidak dikenakan sanksi karena si pelaku pelanggaran dibebaskan dari kesalahan (*schuldopheff-ingsgrod*). Perbuatan ini terjadi karena apa yang dinamakan *overmacht* atau keadaan memaksa, yaitu keadaan atau kekuatan di luar kemampuan manusia (Pasal 48 KUHP). Seorang kasir bank yang menyerahkan uang kas karena ia ditodong untuk menyerahkannya menghadapi *force majeure*. Ia tidak mungkin mengadakan perlawanan, karena serangannya atau ancamannya terlalu kuat.

Demikian pula seorang polisi yang telah memasukkan seorang terdakwa dalam tempat tahanan dengan iktikad baik karena mengira

³⁹HR 4 Mei 1936, *Ibid*.

⁴⁰HR 24 Maret 1930, *Ibid*.

⁴¹HR 30 Jan. 1928. Mr. J.M. van Bemmelen, *Arreten over Strafrecht*

atasannya telah memberi perintah, telah berbuat sesuai dengan kedudukannya sebagai bawahan.⁴²

Melaksanakan perintah jabatan dari kekuasaan yang berwenang untuk memerintahkan tidak dapat dihukum (Pasal 51 KUHP). Membunuh orang itu dilarang oleh undang-undang dan diancam dengan hukuman. Akan tetapi kalau ada seorang prajurit dalam suatu operasi militer atas perintah komandannya menembak mati seseorang ia tidak dihukum, karena ia harus mentaati perintah atasannya.

Contoh mengenai melaksanakan perintah jabatan lainnya misalnya, suatu tabrakan terjadi antara dua truk besar di jalan raya di dalam kota. Dua truk itu menutupi jalan sehingga lalu lintas macet. Untuk melancarkan lalu lintas polisi lalu lintas yang ada di tempat tersebut mempersilakan kendaraan-kendaraan meneruskan perjalanannya dengan memasuki jalan yang ada rambu lalu lintasnya "dilarang memasuki jalan ini". Meskipun kendaraan-kendaraan yang memasuki jalan yang terlarang itu pada hakekatnya melanggar peraturan lalu lintas, namun oleh karena atas perintah polisi, pengendaranya tidak dapat dihukum.

Contoh lain misalnya, seorang polisi mengawal seorang tahanan, yang telah berulang kali melakukan pembunuhan, dari penjara ke gedung pengadilan negeri. Di perjalanan tahanan tersebut melarikan diri. Polisi pengawal setelah beberapa kali menembak ke atas sebagai peringatan dan penjahat tidak juga mau menyerah sehingga ia menembak tahanan tersebut yang mengakibatkan matinya. Walaupun polisi tidak dibenarkan menembak mati seorang tahanan, namun dalam hal ini dibenarkan.

Keadaan darurat atau *noodtoestand* merupakan salah satu bentuk force majeure.

Alasan pemaaf merupakan suatu alasan dimana seseorang melakukan perbuatan pidana tetapi tidak dapat dipidana karena memang terpengaruh terhadap apa yang ditentukan dalam Pasal 44 KUHPidana karena memang ia tidak mampu bertanggung jawab.

Pasal 44 ayat (1)

Barang siapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggung-jawabkan padanya, disebabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya (*gebrekkige ontwikkeling*) atau terganggu karena penyakit (*ziekelijke storing*), tidak dipidana.

⁴²HR 17 Januari 1916, Soenarto S, *Ibid*

Dalam ilmu hukum pidana kedua alasan yang menyebabkan pelanggar kaedah hukum tidak dikenakan sanksi yaitu alasan pembenar (*rechtvaardigingsgrond*) dan alasan pelepas unsur kesalahan (*schulduitsluitingsgrond*) disebut *fait d'excuse* (alasan pemaaf, *strafuitsluitingsgrond*).

Jadi ada dua penyimpangan dari kaedah, yaitu penyimpangan yang merupakan pengecualian dan yang merupakan penyelewengan atau pelanggaran. Yang dimaksudkan dengan penyimpangan yang merupakan pengecualian ialah bahwa penyimpangan itu tidak dikenakan sanksi. Penyimpangan itu pada hakekatnya merupakan pelanggaran kaedah, tetapi dikecualikan dari pelanggaran lain karena tidak dikenakan sanksi.

TUJUAN, CIRI DAN SIFAT SERTA FUNGSI HUKUM DALAM MASYARAKAT

A. Tujuan Hukum

Pengkajian mengenai tujuan dan fungsi hukum dalam masyarakat tentu tidak terlepas dari konteks kajian tentang hukum dan pembangunan. Penelusuran tentang tujuan dan fungsi hukum biasanya ditemukan dalam konsepsi hukum itu sendiri. Sehubungan dengan itu, tepat yang dikemukakan Mochtar Kusumaatmadja bahwa⁴³: Fungsi atau tujuan hukum itu sebenarnya sudah terkandung dalam batasan pengertian atau defenisinya. Salah satu fungsi terpenting dari hukum adalah tercapainya keteraturan dalam kehidupan manusia di dalam masyarakat. Fungsi hukum menjamin keteraturan dan ketertiban demikian pentingnya sehingga ada orang yang menamakan fungsi hukum ini dengan tujuan hukum.

Apakah yang merupakan tujuan hukum? Dalam fungsinya sebagai perlindungan kepentingan manusia hukum mempunyai tujuan. Hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Adapun tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Dengan tercapainya ketertiban di dalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia akan terlindungi.⁴⁴

Beberapa pendapat para ahli hukum mendefinisikan tujuan hukum, diantaranya adalah:

- 1) Subekti, dalam bukunya yang berjudul *"Dasar-dasar Hukum Dan Pengadilan"* mengatakan bahwa hukum itu mengabdikan pada tujuan Negara yang dalam pokoknya ialah mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan pada rakyatnya.

⁴³ Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum, Buku I*, Alumni, Bandung, 2000, hlm, 49.

⁴⁴ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2003, hlm, 77.

- 2) L.] Van Apeldoorn, dalam bukunya yang berjudul *"Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht"* mengatakan bahwa tujuan hukum ialah mengatur pergaulan hidup manusia secara damai. Hukum menghendaki perdamaian.
- 3) Geny, dalam *"Sciene et technique en droit prive positif,"* mengajarkan bahwa hukum bertujuan semata-mata untuk mencapai keadilan disebutkannya "kepentingan daya guna dan kemanfaatan."
- 4) Jeremy Bentham, dalam bukunya *"Introducion to the moral and legislation"* berpendapat bahwa hukum bertujuan untuk mewujudkan semata-mata apa yang berfaedah bagi orang. Karena apa yang berfaedah bagi orang yang satu, mungkin merugikan orang lain, maka menurut teori utilitis tujuan hukum ialah menjamin adanya kebahagiaan sebanyak-banyaknya pada orang sebanyak-banyaknya.
- 5) Mr. J. Van Kan, dalam bukunya *"Inleiding tot de reschtsweetenschap"* menulis antara lain sebagai berikut jadi terdapat kaedah-kaedah kesusilaan kesopanan, yang semuanya bersama-sama ikut berusaha dalam penyelenggaraan dan perlindungan kepentingan-kepentingan orang dalam masyarakat.

Selanjutnya, untuk mempertegas definisi ini, Achmad Ali mengemukakan bahwa persoalan tujuan hukum dapat dikaji melalui tiga sudut pandang, masing-masing:⁴⁵

1. Dari sudut pandang ilmu hukum positif-normatif atau yuridis dogmatik, di mana tujuan hukum dititik-beratkan pada segi kepastian hukumnya.
2. Dari sudut pandang filsafat hukum, di mana tujuan hukum dititik-beratkan pada segi keadilan.
3. Dari sudut pandang sosiologi hukum, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kemanfaatannya.

Achmad Ali mengklasifikasikan tujuan hukum dalam 3 (tiga) kategori, yakni: a) Teori tujuan hukum Barat, b) Teori tujuan hukum Timur, c) Teori tujuan hukum Islam.

⁴⁵Achmad Ali, *Mengungkap Tabir Hukum, Suatu Kajian Filosofi dan Sosiologi*, Gunung Agung, Jakarta, 2002, hlm, 38.

1. Teori Hukum Barat

Tujuan hukum Barat, dapat diklasifikasikan ke dalam dua kelompok ajaran, yaitu:⁴⁶ Ajaran Konvensional (klasik) dan Ajaran Modern.

a) Ajaran Konvensional (klasik)

Ketiga ajaran konvensional itu dapat kita namakan ajaran yang ekstrem karena ketiga-tiganya menganggap tujuan hukum hanya semata-mata satu tujuan saja.

- 1) Ajaran etis yang menganggap bahwa pada dasarnya tujuan hukum adalah semata-mata untuk mencapai keadilan,
- 2) Ajaran utilitis yang menganggap bahwa pada dasarnya tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan warga,
- 3) Ajaran normatif-dogmatik yang menganggap bahwa pada dasarnya tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kepastian hukum.

1) Teori Etis

Faham etis berpendapat bahwa hukum bertujuan untuk mencapai keadilan. Isi hukum, semata-mata, ditentukan oleh kesadaran etis manusia tentang apa yang adil dan apa yang tidak adil. Keyakinan etis manusia tentang adil dan yang tidak adil, merupakan landasan berpijak aliran etis tentang tujuan hukum.⁴⁷

Dalam konteks ini, Aristoteles berpendapat bahwa hukum mempunyai tugas suci, yakni memberi kepada setiap orang apa yang berhak diterimanya (*Rhetorica dan Ethica Nicomachea*). Atas dasar itu, Aristoteles membedakan atas:⁴⁸

1. Keadilan Komutatif, yaitu keadilan dengan cara memberikan kepada setiap orang, sama banyaknya, tanpa memperhitungkan jasa-jasa perorangan.
2. Keadilan Distributif, yaitu tipe keadilan dengan cara memberikan kepada setiap orang dengan mengingat jasa-jasa perseorangan; didasarkan pada keseimbangan.

⁴⁶Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum dan Teori Peradilan*, (Jakarta: Kencana, 2012), 212. Lihat pula Dudu Duswara Machmudin, *Pengantar Ilmu Hukum Sebuah Sketsa*, Refika Aditama, Bandung: 2010, hlm, 23.

⁴⁷Rachmad Baro. *op. cit.*, hlm, 121, Lihat pula Dudu Dursawa Machmudin, *op.cit.*, hlm. 23-24.

⁴⁸*Ibid*,

2) Teori Utilitas

Teori ini disebut juga teori Eudaeministis, yang mengajarkan bahwa hukum bertujuan memberikan manfaat kepada masyarakat. Penganutnya, antara lain, Jeremy Bentham, John Austin.

Jeremy Bentham, adalah penganut paling radikal aliran ini. Doktrin Bentham yang sangat terkenal, adalah bahwa hukum bertujuan memberikan manfaat sebesar-besarnya kepada sebanyak mungkin orang (*the greatest happiness for the greatest numbers*).⁴⁹

3) Teori Normatifdogmatik

Aliran ini bersumber dari pemikiran positivistic di dunia hukum, yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri, karena bagi penganut pemikiran ini, hukum lain hanya kumpulan aturan. Tujuan hukum tidak lain dari sekadar menjamin terwujudnya kepastian hukum.⁵⁰

Menurut ajaran ini, hukum dimaksudkan untuk menjamin kepastian hukum; kepastian tentang hak dan kewajiban, di mana kepastian hukum ini, akan menciptakan ketertiban.⁵¹

2. Ajaran Modern

Berbeda dengan ketiga ajaran yang konvensional di atas yang sangat ekstrem dan menganggap tujuan hukum hanya salah satu di antara keadilan, kemanfaatan dan kepastian; maka dua ajaran yang modern lebih moderat, dengan menerima ketiga-tiganya menjadi tujuan hukum, tetapi dengan prioritas tertentu. Persolan prioritas inilah yang kemudian membedakan antara ajaran prioritas baku dan ajaran prioritas kasuistik.⁵²

a) Ajaran Prioritas Baku

Gustav Radbruch, seorang filosof hukum Jerman mengajarkan konsep tiga ide unsur dasar hukum, yang oleh sebagian pakar diidentikkan juga sebagai tiga tujuan hukum. Dengan lain perkataan, tujuan hukum adalah:⁵³

1. Keadilan
2. Kemanfaatan
3. Kepastian Hukum

⁴⁹*Ibid*

⁵⁰Ahmad Ali. *op.cit.* hlm,82.

⁵¹Rachmad Baro. *op.cit.* hlm, 125.

⁵²Ahmad Ali. *op. cit.* hlm, 83.

⁵³*Ibid*

Bagi Radbruch, ketiga unsur itu merupakan tujuan hukum secara bersama-sama, yaitu: keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.

Namun demikian, timbul pertanyaan, apakah ini tidak menimbulkan masalah dalam kenyataan? Seperti kita ketahui, di dalam kenyataannya seringkali antara kepastian hukum terjadi benturan atau ketegangan dengan keadilan; atau benturan antara kepastian dengan kemanfaatan, atau antara keadilan dan kemanfaatan. Radbruch menyadari hal tersebut. Sebagai contoh, dalam kasus-kasus hukum tertentu, kalau hakim menginginkan keputusannya "adil" (menurut persepsi keadilan yang dianut oleh hakim tersebut tentunya) bagi si penggugat atau si tergugat atau bagi si terdakwa, maka akibatnya sering merugikan kemanfaatan bagi masyarakat luas dipuaskan, maka perasaan keadilan bagi orang tertentu terpaksa di "korban"kan.⁵⁴

Radbruch mengajarkan bahwa kita harus menggunakan asas prioritas dimana prioritas pertama selalu "keadilan", barulah "kemanfaatan", dan terakhir barulah "kepastian". Jadi asas prioritas yang ditawarkan Radbruch merupakan asas prioritas baku, di mana yang prioritas nomor satu selalu keadilan, kemudian kemanfaatan, dan terakhir barulah kepastian.

Berdasarkan ajaran "prioritas baku" dari Radbruch ini, "keadilan" harus selalu diprioritaskan. Ketika hakim harus memilih antara keadilan, demikian juga ketika hakim harus memilih antara kemanfaatan dan kepastian, maka pilihan harus pada kemanfaatan.⁵⁵

b) Ajaran Prioritas yang Kasuistis

Pada mulanya, ajaran "prioritas baku" dari Gustav Radbruch dirasakan jauh lebih maju dan arif, ketimbang "ajaran ekstrem" yaitu ajaran etis, utilitis dan normatif-dogmatik, tetapi lama kelamaan, karena semakin kompleksnya kehidupan manusia di era multi modem, pilihan prioritas yang sudah dibakukan seperti ajaran Radbruch, kadang-kadang justru bertentangan dengan kebutuhan hukum dalam kasus-kasus tertentu. Sebab adakalanya untuk suatu kasus memang yang tepat adalah "keadilan" yang diprioritaskan ketimbang "kemanfaatan" dan "kepastian", tetapi ada kalanya tidak mesti demikian. Mungkin untuk kasus-kasus lain justru kebutuhan menuntut kemanfaatanlah yang diprioritaskan ketimbang keadilan dan kepastian. Dan mungkin dalam kasus lain lagi justru "kepastian" yang harus diprioritaskan ketimbang "keadilan" dan

⁵⁴*Ibid*

⁵⁵*Ibid*

kemanfaatan". Akhirnya muncullah ajaran yang paling maju yang dapat kita namakan "prioritas yang kasuistis".

Hingga saat ini, perkembangan teori tujuan hukum masih terus berlangsung. Beberapa contoh dari perkembangan teori tujuan hukum yang dapat dipakai untuk mendalami makna sebenarnya dari tujuan hukum antara lain:

- 1) Betapapun, tujuan hukum adalah untuk menciptakan damai sejahtera dalam hidup bermasyarakat. Oleh karena itulah perlu dirujuk pandangan Ulpianus yang menyatakan: "perintah hukum adalah: hidup jujur, tidak merugikan sesama manusia, dan setiap orang mendapatkan bagiannya."⁵⁶
- 2) Dalam perbincangan mengenai tujuan hukum ini, perlu juga dikemukakan pendapat Bellefroid yang menyatakan hukum berusaha untuk memenuhi kebutuhan jasmani, kejiwaan, dan rohani masyarakatnya, atau juga meningkatkan kepribadian individu-individu dalam hidup bermasyarakat.

3. Teori Hukum Timur

Berbeda dengan tujuan hukum barat yang menempatkan kepastian hukum sebagai muara, tujuan hukum Timur menekankan pada keharmonisan dan kedamaian. Tujuan hukum timur masih menggunakan kultur hukum asli, semisal hukum Jepang. Para penegak hukum di Jepang lebih berorientasi pada tujuan hukum yang harmonis, bukan kepastian hukum. Tujuan hukum di Jepang adalah heiwa/heion (kedamaian) atau Chiang hanji (keadilan dari perdamaian) bagi masyarakat.⁵⁷

Oleh karena itu, bukan fenomena yang aneh jika pengadilan Jepang dalam putusannya, sering mengabaikan ketentuan formal, demi mewujudkan kedamaian dalam masyarakat. Bahkan perkara-perkara yang tidak berat, seperti pencurian dapat dilakukan perdamaian antara pencuri dengan korban yang dirugikan (Jepang: dorobo) secara resmi di kepolisian dengan menandatangani formulir resmi perdamaian.

Dalam perkara perjanjian atau kontrak baku misalnya juga dapat di kesampingkan demi terwujudnya perdamaian. Oleh karena itu, Merryl Dean, penulis *japanese Legal System* (2002), mengemukakan bahwa, *the problem for anyone wishing to study the japanese legal systems is the*

⁵⁶Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009, hlm, 162.

⁵⁷Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum*. Hlm, 214.

struggle to understanding the difference between what is seen and unseen; said and unsaid. More over, as a result... " (kesulitan yang dihadapi bagi seorang yang ingin melakukan kajian terhadap sistem hukum Jepang, adalah diuntut upaya keras untuk memahami perbedaan antara apa yang terlihat dan apa yang tidak terlihat, apa yang dituangkan dalam tulisan atau yang tidak di tuangkan, bahkan lebih dari hal itu.⁵⁸

B. Ciri dan Sifat Hukum

1. Ciri-ciri Hukum

Untuk dapat mengenal hukum juga harus dapat mengenal ciri-ciri hukum yaitu:

1. Adanya perintah dan/atau larangan
2. Perintah dan/atau larangan itu harus patuh ditaati setiap orang.

Setiap orang wajib bertindak sedemikian rupa dalam masyarakat, sehingga tata-tertib dalam masyarakat itu tetap terpeliharadengan sebaik-baiknya. Oleh karena itulah hukum meliputi pelbagai peraturan yang menentukan dan mengatur perhubungan orang yang satu dengan yang lain, yakni peraturan-peraturan hidup masyarakat yang dinamakan kaidah hukum.⁵⁹

Barang siapa yang dengan sengaja melanggar sesuatu kaidah hukum akan dikenakan sanksi (sebagai akibat pelanggaran kaidah hukum) yang berupa hukuman.

2. Sifat Hukum

Bahwa agar tata-tertib dalam masyarakat itu tetap terpelihara, maka haruslah kaidah-kaidah hukum itu ditaati. Akan tetapi tidaklah semua orang mau mentaati kaidah-kaidah hukum itu; dan agar supaya sesuatu peraturan hidup kemasyarakatan benar-benar dipatuhi kemasyarakatan itu hams diperlengkapi dengan unsur memaksa.“?

Dengan demikian hukum itu mempunyai sifat mengatur dan memaksa. Ia merupakan peraturan-peraturan hidup kemasyarakatan yang dapat memaksa orang supaya mentaati tata-tertib dalam masya. rakat serta memberikan sanksi yang tegas (berupa hukuman) terhadap siapa yang tidak mau patuh mentaatinya.

⁵⁸*Ibid*, hlm, 215.

⁵⁹Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Jakarta, Balai Pustaka, Jakarta, 1999, hlm, 39.

C. Fungsi Hukum

Untuk mencapai tujuannya, hukum harus difungsikan menurut fungsi-fungsi tertentu. Apakah fungsi dari hukum?. Fungsi hukum itu luas, tergantung tujuan-tujuan hukum umum dan tujuan-tujuan yang spesifik yang ingin dicapai. Tujuan umum dari hukum telah kita bicarakan di atas, dan apapun dari hukum, seyogianya dilaksanakan dalam rangka pencapaian tujuan tersebut.

Menurut Lawrence M. Friedmann, dalam bukunya "*Law and Society an Introduction*", fungsi hukum adalah:

- a. pengawasan/pengendalian sosial (*social control*);
- b. penyelesaian sengketa (*dispute settlement*);
- c. rekayasa sosial (*social engineering*).

Berkaitan dengan fungsi hukum, Muchtar Kusumaatmadja, mengajukan konsepsi hukum sebagai sarana pembaruan masyarakat, yang secara singkat dapat dikemukakan pokok-pokok pikiran beliau, bahwa fungsi hukum di dalam pembangunan sebagai sarana Pembaruan masyarakat. Hal ini didasarkan pada anggapan bahwa adanya keteraturan atau ketertiban dalam usaha pembangunan atau Pembaruan merupakan suatu yang dianggap penting dan sangat diperlukan. Di samping itu, hukum sebagai tata kaedah dapat beri fungsi untuk menyalurkan arah kegiatan warga masyarakat ke tujuan yang dikehendaki oleh pembangunan atau pembaruan. Kedua fungsitersebut diharapkan dapat dilakukan oleh hukum di samping fungsinya yang tradisional, yakni untuk menjamin adanya kepastian dan ketertiban.

Theo Huijbers, menyatakan bahwa fungsi hukum ialah memelihara kepentingan umum dalam masyarakat, menjaga hak-hak manusia, mewujudkan keadilan dalam hidup bersama. Sedangkan dalam pandangan Peters, yang menyatakan bahwa fungsi hukum itu dapat ditinjau dari tiga perspektif:

1. Perspektif kontrol sosial daripada hukum. Tinjauan ini disebut tinjauan dari sudut pandang seorang polisi terhadap hukum (*the policing view of the law*).
2. Perspektif *social engineering*, merupakan tinjauan yang dipergunakan oleh para penguasa (*the official perspective of the law*), dan karena pusat perhatian adalah apa yang diperbuat oleh penguasa dengan hukum.

3. Perspektif emansipasi masyarakat daripada hukum. Perspektif ini merupakan tinjauan dari bawah terhadap hukum (*the bottoms up view of the law*) dan dapat pula disebut perspektif konsumen (*the consumers perspective of the law*).

Joseph Raz melihat fungsi hukum sebagai fungsi sosial, yang dibedakannya ke dalam:⁶⁰

1. Fungsi Langsung
2. Fungsi tidak Langsung

a) Fungsi Langsung:

Fungsi langsung yang bersifat primer, mencakup:

- a. Pencegahan perbuatan tertentu dan mendorong dilakukannya perbuatan tertentu,
- b. Penyediaan fasilitas bagi rencana-rencana privat,
- c. Penyediaan servis dan pembagian kembali barang-barang,
- d. Penyelesaian perselisihan di luar jalur reguler

b) Fungsi tidak Langsung:

Termasuk di dalam fungsi hukum yang tidak langsung ini adalah memperkuat atau memperlemah kecenderungan untuk menghargai nilai-nilai moral tertentu, sebagai contoh:

- a. Kesucian hidup,
- b. Memperkuat atau memperlemah penghargaan terhadap otoritas umum,
- c. Mempengaruhi perasaan kesatuan nasional

Selain cara pandangan yang digunakan Raz, kita juga dapat membedakan fungsi hukum dengan pembedaan berikut ini:⁶¹

1. Fungsi Hukum sebagai "a tool of social control"

Fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial dapat diterangkan sebagai fungsi hukum untuk menetapkan tingkah laku mana yang dianggap merupakan penyimpangan terhadap aturan hukum, dan apa sanksi atau tindakan yang dilakukan oleh hukum jika terjadi penyimpangan tersebut⁶².

Menurut Achmad Ali hukum sebagai pengendalian sosial dapat diartikan sebagai berikut.⁶³

⁶⁰ Ahmad Ali, *op.cit.* hlm, 86.

⁶¹ *Ibid*

⁶² Ahmad Ali, *op.cit.* hlm, 89.

⁶³ *Ibid*

1. Fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial, tidaklah sendirian di dalam masyarakat, melainkan menjalankan fungsi itu bersama-sama dengan pranata-pranata sosial lainnya yang juga melakukan fungsi pengendalian sosial.
2. Fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial merupakan fungsi "pasif" di sini artinya hukum yang menyesuaikan diri dengan kenyataan masyarakat.
3. Fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial, dapat dijalankan oleh suatu kekuasaan terpusat yang dewasa ini berwujud kekuasaan negara, yang dilaksanakan oleh "the ruling class" tertentu atau suatu "elit". Hukum biasanya berwujud hukum tertulis atau perundang-undangan.
4. Fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial, dapat juga dijalankan sendiri "dari bawah" oleh masyarakat itu sendiri. Hukumnya biasa terwujud tidak tertulis atau hukum kebiasaan.

Terlaksananya atau tidak terlaksananya fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial, ditentukan oleh dua hal:

- a. Faktor aturan hukumnya sendiri
- b. Faktor pelaksana (orang) hukumnya.

2, Fungsi Hukum sebagai "a tool of social engineering"

Konsep hukum sebagai "*a tool of social engineering*" selama ini dianggap sebagai suatu konsep yang netral, yang dicetuskan oleh Roscoe Pound.

Konsep "*a tool of social engineering*" ini biasa diperhadapkan dengan konsep hukum yang lain, antara lain konsep yang diajarkan oleh aliran historis dari Friederich Karl von Savigny. Aliran Historisnya Savigny berpendapat bahwa hukum merupakan ekspresi dari kesadaran hukum, dari "*volksgeist*", dari jiwa rakyat. Hukum pada awalnya lahir dari kebiasaan dan kesadaran hukum masyarakat kemudian dari putusan hakim, tetapi bagaimanapun juga diciptakan oleh kekuatan ketentuan dari dalam yang bekerja secara diam-diam, dan tidak oleh kemauan sendiri legislative. Konsep hukum aliran historis ini, jika dikaitkan dengan masyarakat-masyarakat yang masih sederhana, memang masih tepat, karena dalam masyarakat yang masih sederhana tidak terdapat peranan legislatif seperti

pada masyarakat modern dewasa ini, Peranan hukum kebiasaanlah yang menonjol pada masyarakat sederhana.⁶⁴

Berhadapan dengan konsep aliran historis ini, maka Roscoe Pound mengemukakan konsep "*a tool of social engineering*" yang memberikan dasar bagi kemungkinan digunakannya hukum secara sadar untuk mengadakan perubahan masyarakat.

Roscoe Pound sendiri memberikan gambaran tentang apa yang sebenarnya diinginkan dan apa yang tidak diinginkan oleh penggunaan hukum sebagai "alat rekayasa sosial" sebagai berikut:⁶⁵

1. Mempelajari efek sosial yang nyata dari lembaga-lembaga serta ajaran-ajaran hukum
2. Melakukan studi sosiologis dalam rangka mempersiapkan perundang-undangan. Membuat undang-undang dengan cara membanding-bandingkan selama ini dianggap sebagai cara yang bijaksana. Namun demikian adalah tidak cukup jika kita hanya membanding-bandingkan satu peraturan dengan yang lain. Hal yang lebih penting lagi adalah untuk mempelajari bagaimana ia beroperasi di masyarakat serta efek yang ditimbulkannya, apabila ada, untuk kemudian dijalankan.
3. Melakukan studi tentang bagaimana membuat peraturan-peraturan hukum menjadi efektif. Selama ini tampaknya orang menganggap, bahwa apabila peraturan sudah dibuat, maka ia akan bekerja dengan sendirinya. Suatu studi yang serius tentang bagaimana membuat peraturan-peraturan perundang-undangan serta keputusan-keputusan pengadilan yang demikian banyak itu menjadi efektif, merupakan suatu keharusan
4. Memperhatikan sejarah hukum, yaitu bahwa studi itu tidak hanya mengenai bagaimana ajaran-ajaran itu terbentuk dan mengenai bagaimana ajaran-ajaran itu berkembang yang kesemuanya dipandang sekadar sebagai bahan kajian hukum, melainkan tentang efek sosial apa yang ditimbulkan oleh ajaran-ajaran hukum itu pada masa lalu dan bagaimana hukum pada masa lalu itu tumbuh dari kondisi sosial, ekonomi dan psikologis, bagaimana ia menyesuaikan diri kepada semuanya itu, dan seberapa jauh kita

⁶⁴*Ibid*, hlm, 290.

⁶⁵*Ibid*, hlm, 91.

dapat mendasarkan atau mengabaikan hukum guna mencapai hasil yang kita inginkan.

Ditambahkan lagi oleh Roscoe Pound Juris yang beraliransosiologis melihat hukum sebagai suatu lembaga sosial yang dapat disempurnakan melalui usaha-usaha manusia yang dilakukan secara cendekia, dan menganggap sebagai kewajiban mereka untuk menemukan cara-cara yang paling baik bagi memajukan dan mengarahkan usaha itu. Pada akhirnya, semua tuntutan tersebut di atas hanyalah sarana-sarana untuk mencapai suatu tujuan, yaitu tentang bagaimana mengusahakannya secara lebih efektif agar tercapai tujuan-tujuan hukum itu.

PEMBAGIAN DAN PEMBEDAAN HUKUM**A. Pembagian Hukum**

Hukum dapat dibedakan atas beberapa macam menurut cara pembagiannya, yaitu menurut sumbernya, isinya, kekuatan mengikatnya, dasar pemeliharannya, keadaannya, tempat berlakunya, bentuknya penerapannya, dan sebagainya.

1. Menurut Sumbernya

Sumber hukum merupakan segala apa yang menimbulkan aturan-aturan yang mempunyai kekuatan yang bersifat memaksa, yaitu aturan-aturan yang apabila di langgar akan dikenakan sanksi yang tegas.

Sumber hukum ini dapat di tinjau dari dua segi :

- a. Segi Materiel
 - b. Segi Formil
- a. Segi materiel ini dapat di tinjau lagi dari berbagai sudut :
 - 1). Dari sudut ekonomi misalnya mengatakan bahwa kebutuhan-kebutuhan ekonomi dalam masyarakat itu yang menyebabkan timbulnya hukum.
 - 2). Dari sudut sosiologi misalnya mengatakan bahwa peristiwa-peristiwa yang terjadi dalam masyarakat itu yang menyebabkan timbulnya hukum.
 - 3). Dari sudut sejarah misalnya mengatakan bagaimana cara terbentuknya aturan hukum itu.
- b. Dari segi Formil dibedakan antara lain:
 - 1). Hukum undang-undang ialah hukum yang tercantum dalam peraturan perundang-undangan;
 - 2). Hukum kebiasaan dan hukum adat ialah hukum yang terdapat dalam kebiasaan dan adat-istiadat;
 - 3). Hukum traktat ialah hukum yang ditetapkan oleh dua atau beberapa negara yang mengadakan perjanjian bilateral ataupun multilateral;
 - 4). Hukum yurisprudensi ialah hukum yang terbentuk karena putusan pengadilan; dan

- 5). Hukum ilmu (doktrin) ialah hukum yang dibuat oleh ilmu hukum. yaitu hukum yang terdapat dalam pandangan ahli-ahli hukum yang terkenal dan sangat berpengaruh.

1) Undang-Undang

Merupakan peraturan Negara yang mempunyai kekuatan hukum yang mengikat, di adakan dan di pelihara oleh Negara.

Menurut **Buys** Undang-Undang mempunyai dua arti yaitu:

- a. Undang-undang dalam arti formal

Yaitu keputusan pemerintah yang merupakan undang-undang karena cara pembuatannya. (dibuat oleh pemerintah bersama dengan DPR)

- b. Undang-undang dalam arti materiel

Yaitu setiap putusan pemerintah yang menurut isinya mengikat setiap penduduk/orang.

a) Syarat-syarat Berlakunya Undang-undang.

Harus diundangkan dalam lembaran Negara oleh menteri/ sekretaris negara. Tanggal berlakunya sesuai dengan tanggal yang ada dalam undang-undang, jika tidak ditentukan maka tanggal berlakunya di mulai 30 hari sejak diundangkan dalam LN (untuk jawa dan madura), 100 hari (untuk luar jawa dan madura).

Setelah syarat ini dipenuhi maka berlakulah suatu *fictie hukum* yaitu setiap orang dianggap telah mengetahui adanya suatu undang-undang atau peraturan hukum.

b) Berakhirnya Kekuatan Berlakunya Undang-undang

1. Jangka waktu berlakunya yang ditetapkan dalam undang-undang sudah lampau.
2. Hal atau keadaan untuk mana undang-undang diadakan sudah tidak ada lagi
3. Undang-undang itu dengan tegas di cabut oleh instansi yang membuatnya.
4. Telah ada undang-undang yang baru yang isinya bertentangan dengan undang-undang yang telah terlebih dahulu diberlakukan.

Sementara itu yang dimaksud Lembaran Negara merupakan suatu lembaran (kertas) tempat mengundang/mengumumkan semua peraturan Negara dan pemerintah agar sah berlaku. Sedangkan Tambahan Berita Negara merupakan suatu penerbitan resmi Departement kehakiman yang memuat hal-hal yang berhubungan dengan peraturan-peraturan Negara dan pemerintah dan memuat surat-surat yang di anggap perlu. Misal penerbitan

akta pendirian perusahaan dan pendirian perusahaan persekutuan (Firma, CV, PT, Yayasan dan Koperasi).

2). Kebiasaan

Merupakan perbuatan manusia yang dilakukan secara berulang-ulang dalam hal yang sama. Pasal 15 AB menyebutkan bahwa kebiasaan tidaklah menimbulkan hukum hanya apabila undang-undang menunjuknya untuk diperlakukan sebagai hukum.

Pasal 1339 KUHPerdara

Bahwa persetujuan tidak hanya mengikat terhadap apa yang telah diperjanjikan tetapi juga segala sesuatu yang diwajibkan oleh kebiasaan.

Pasal 1917 KUHPerdara

Kekuasaan hakim hanya berlaku tentang hal-hal yang diputuskan dalam putusan itu.

3). Yurisprudensi

Merupakan putusan hakim mahkamah agung yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht*).

Sebagai sumber hukum putusan hakim mahkamah agung yang terdahulu yang sering diikuti dan dijadikan dasar keputusan hakim kemudian (PT, PN) dalam menyelesaikan kasus/perkara yang hampir sama.

Dasar hukumnya :

Pasal 21 AB

Yurisprudensi juga diakui sebagai sumber hukum formal, dimana seorang Hakim tidak dapat memberi keputusan yang akan berlaku sebagai peraturan umum.

Pasal 22 AB

Hakim yang menolak untuk menyelesaikan suatu perkara dengan alasan bahwa peraturan perundang-undangan yang bersangkutan tidak menyebutkan, tidak jelas atau tidak lengkap, maka ia dapat dituntut untuk dihukum karena menolak untuk mengadili (*asas Curia ius novit*). Berdasarkan Pasal 22 AB tersebut jelaslah bahwa hakim wajib menyelesaikan masalah yang diajukan padanya karena hakim mempunyai hak atau kewenangan untuk mencari dan atas pertimbangan sendiri membentuk atau membuat undang-undang, sehingga disini jelaslah bahwa penemuan hakim dijadikan pengisi kekosongan hukum.

Pasal 5 (1)

Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang.

Pasal 20 AB

Hakim mengadili menurut undang-undang.

Pasal 28 (1)

Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

4). Traktat(Perjanjian Internasional)

Yaitu hukum yang ditetapkan oleh negara-negara di dalam suatu perjanjian antara Negara. Atau dengan kata lain traktat merupakan perjanjian antar Negara yang melibatkan kepentingan dua atau lebih negara.

Macamnya:

- a. Perjanjian Bilateral merupakan perjanjian yang menyangkut kepentingan dua Negara, misalnya perjanjian RRI dengan RRC tentang kewarganegaraan.
- b. Perjanjian Multilateral merupakan perjanjian yang dibuat menyangkut kepentingan dua Negara atau lebih, misalnya NATO.
- c. Kolektif/Terbuka yaitu perjanjian/traktat multi dimensi dimana ia memberikan kesempatan kepada Negara yang pada permulaan perjanjian di buat tidak ikut serta mengadakannya, misalnya PBB dimana Indonesia menjadi anggotanya yang ke 60 pada 28-9-1950.

5). Doktrin (pendapat para sarjana)

yaitu hukum yang berasal dari pendapat para ahli hukum

2. Menurut isinya

Menurut isinya. hukum dapat dibedakan atas:

- a. Hukum privat ialah hukum yang mengatur hubungan-hubungan hukum yang menyangkut kepentingan pribadi.
- b. Hukum publik ialah hukum yang mengatur hubungan-hubungan hukum yang menyangkut kepentingan umum;

Antara hukum privat dan hukum publik sesungguhnya tidak dapat dipisahkan secara tegas satu sama lain karena segala hubungan hukum dalam masyarakat selalu dapat dikatakan termasuk hukum privat dan hukum publik. Perbedaannya terletak pada titik berat kepentingan yang diatur. Hukum privat titik beratnya mengatur kepentingan perorangan sedangkan hukum publik titik beratnya mengatur kepentingan masyarakat (umum).⁶⁶

⁶⁶Wirjono Prodjodikoro. *Asas-asas Hukum Perdata*. Sumur Bandung, Bandung, 1996, hlm, 9.

Bidang hukum yang termasuk hukum privat adalah hukum perdata, hukum dagang, hukum perselisihan nasional (hukum antartata hukum), dan hukum perdata internasional. Sedangkan bidang hukum yang termasuk hukum publik adalah hukum tata negara, hukum administrasi negara, hukum pidana, dan hukum internasional.

- 1). Hukum Tata Negara, yaitu hukum yang mengatur bentuk dan susunan pemerintahan suatu negara serta hubungan kekuasaan antara alat-alat perlengkapan satu sama lain.
- 2). Hukum Administrasi Negara, yaitu hukum yang mengatur cara-cara menjalankan tugas (hak dan kewajiban) dari kekuasaan alat-alat perlengkapan negara.
- 3). Hukum Pidana, yaitu hukum yang mengatur perbuatan yang dilarang dan memberikan pidana kepada yang melanggarnya.
- 4). Hukum Internasional, terdiri dari :
 - a). Hukum Perdata Internasional, yaitu hukum yang mengatur hubungan antara warga suatu negara dengan warga negara lain dalam hubungan internasional.
 - b). Hukum Publik Internasional, yaitu hukum yang mengatur hubungan antara Negara yang satu dengan negara yang lain dalam hubungan internasional.

Namun, Utrecht menganggap "hukum pidana" mempunyai kedudukan istimewa, yang harus diberi tempat tersendiri di luar kelompok hukum publik dan hukum privat. Utrecht melihat hukum pidana sebagai suatu hukum sanksi istimewa (*bijzonder sanctierecht*). Hukum pidana memberi suatu sanksi istimewa baik pelanggaran hukum privat maupun atas pelanggaran hukum publik. Hukum pidana melindungi kepentingan yang diselenggarakan oleh peraturan-peraturan hukum privat maupun peraturan-peraturan hukum publik. Hukum pidana melindungi kedua macam kepentingan itu dengan membuat sanksi istimewa. Sanksi istimewa ini perlu, kata Utrecht, oleh karena kadang-kadang perlu diadakan tindakan pemerintah yang lebih keras.⁶⁷

Ditinjau dari segi isinya itu sendiri baik hukum privat maupun hukum publik, kaedah hukum dapat dibagi menjadi tiga.

Ada kaedah hukum yang berisi **perintah**, yang mau tidak mau harus dijalankan atau ditaati seperti misalnya ketentuan dalam Pasal 1 UU Nomor.

⁶⁷Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, 1964, hlm, 99.

1 Tahun 1974 yang menentukan, bahwa perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga yang berbahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa.

Di samping itu ada kaedah hukum yang berisi **larangan** yang tercantum dalam Pasal 8 UU Nomor. 1 Tahun 1974 mengenai larangan perkawinan antara dua orang laki-laki dan perempuan dalam keadaan tertentu.

Yang ketiga adalah kaedah hukum yang berisi **perkenan** misalnya, apa yang ditentukan dalam Pasal 29 UU Nomor, 1 Tahun 1974 mengenai perjanjian perkawinan, misalnya pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan kedua pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pengawas pencatat perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut. Kaedah hukum yang berisi perkenan hanya mengikat sepanjang para pihak yang bersangkutan tidak menentukan lain dalam perjanjian. Fungsi kaedah hukum ini adalah untuk mengisi kekosongan dalam peraturan yang dibuat oleh para pihak.

3. Menurut Kekuatan Mengikatnya/Sifatnya

Ditinjau dari sifatnya ada dua macam kaedah hukum, yaitu kaedah hukum yang *imperatif* dan kaedah hukum yang *fakultatif*.

Kaedah hukum itu *imperatif* apabila kaedah hukum itu bersifat a priori harus ditaati, bersifat mengikat atau memaksa. Apabila seseorang hendak melakukan perbuatan tertentu (x misalnya), maka ia harus mentaati kaedah-kaedah hukum yang mengatur perbuatan x, ia harus menerapkan kaedah hukum yang mengatur pada perbuatan x. Pasal 1332 KUHPerdara merupakan contoh ketentuan yang bersifat imperatif, yang isinya seperti berikut “hanya barang yang dapat diperdagangkan saja yang menjadi objek persetujuan.

Kaedah hukum itu *fakultatif* apabila kaedah hukum itu tidak secara a priori mengikat. Kaedah hukum *fakultatif* ini sifatnya hanya melengkapi, subsidair atau *dispositif*. Kalau seseorang hendak melakukan perbuatan tertentu (misalnya perbuatan x), ia bebas untuk menggunakan atau tidak menggunakan kaedah hukum yang mengatur perbuatan x itu. Akan tetapi kalau ia menggunakannya ia terikat, misalnya ketentuan Pasal 1477 KUHPerdara yang menentukan bahwa “penyerahan harus dilakukan ditempat barang yang dijual itu berada pada waktu penjualan, jika tentang

hal itu tidak diadakan persetujuan lain”. Pasal 1581 KUHPerdara Sipenyewa yang tidak memperlengkapi sebuah rumah yang di sewa, dengan perabot rumah secukupnya dapat dipaksa untuk mengosongkan rumah itu, kecuali apabila ia memberikan cukup jaminan untuk pembayaran uang sewa.

Kaedah hukum yang isinya perintah dan larangan bersifat *imperatif*. sedangkan yang isinya perkenan bersifat *fakultatif*. Kapankah suatu kaedah hukum itu bersifat imperatif atau memaksa ?

Pasal 23 AB menentukan bahwa undang-undang yang berhubungan dengan ketertiban umum atau kesusilaan tidak dapat diadadakan atau dikalahkan oleh suatu perbuatan atau perjanjian. Ini berarti bahwa kaedah hukum yang berhubungan dengan ketertiban umum dan juga yang berhubungan dengan kesusilaan bersifat imperatif.

Hukum memaksa (*hukum imperatif, dwingend recht*) ialah peraturan hukum yang tidak boleh dikesampingkan atau disimpangi oleh orang-orang yang berkepentingan. Peraturan hukum mana mau tidak mau harus ditaati oleh orang-orang yang berkepentingan, yang apabila dilanggar akan dikenakan sanksi hukum. Ini berarti bahwa kaidah hukum yang memaksa ini berisi ketentuan hukum yang dalam situasi apapun tidak dapat dikesampingkan baik itu berdasarkan undang-undang maupun berdasarkan perjanjian yang dibuat para pihak. Aturan hukum yang bersifat memaksa ini pada dasarnya terdapat di dalam aturan hukum publik atau aturan hukum pidana. Tetapi tidak menutup kemungkinan di dalam ketentuan hukum perdata juga masih dapat ditemukan aturan-aturan hukum yang bersifat memaksa ini, seperti yang terdapat dalam Pasal 1332, 1320 KUHPerdara.

Pasal 362 KUHPidana

Barang siapa mengambil barang sesuatu, yang seluruhnya atau sebahagian kepunyaan orang lain, dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum, diancam karena pencurian, dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau denda paling banyak enam puluh rupiah. 1320 (4) KUHPerdara tentang syarat sahnya suatu perjanjian yang menyangkut tentang kehalalan barang sebagai objek dalam perjanjian, kehalalan yang dimaksud adalah barang tersebut tidak dilarang oleh undang-undang, ketertiban umum atau kesusilaan.

4. Menurut Dasar Pemeliharaannya atau Mempertahankannya

Menurut dasar pemeliharaannya atau mempertahankannya, hukum dapat dibedakan atas dua macam, yaitu:

- a. Hukum materiil ialah hukum yang mengatur isi daripada hubungan-hubungan hukum (*rechtsverhouding*, *rechtsbetrekking*) dalam masyarakat. Hubungan-hubungan hukum dalam lapangan perdata diatur oleh hukum perdata dan hubungan-hubungan hukum dalam lapangan hukum publik diatur oleh hukum publik. Dalam Hukum Materiil ditetapkan sikap tindak yang diharuskan (*gebot*) yang dilarang (*ferbot*) dan yang dibolehkan (*mogen*). Dengan demikian, Hukum Materiil menimbulkan hak dan kewajiban dalam hukum. Contoh dari hukum materiil yakni ketentuan-ketentuan hukum yang terdapat didalam KUHPidana, KUHPerdata, KUHDagang, Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Menteri, Keputusan Presiden, Peraturan Daerah, dan lain-lain, dengan demikian hukum materiil adalah membicarakan isi dari aturan hukum.
- b. Hukum formil ialah hukum yang mengatur tentang bagaimana caranya mempertahankan, menegakkan, melaksanakan aturan-aturan hukum materiil serta bagaimana cara meminta pertanggungjawaban hukum terhadap si pelanggar hukum apabila hak seseorang telah dilanggar oleh orang lain. Hukum formil ini sering disebut hukum acara, yang terdiri atas hukum acara perdata, hukum acara pidana, hukum acara peradilan agama, hukum acara peradilan anak, hukum acara peradilan militer dan hukumacara peradilan tata usaha negara.

Hukum materiil sering juga disebut "hukum substantif", sedangkan hukum formil sering juga disebut "hukum ajektif".

5. Menurut Wujudnya

Menurut wujudnya, hukum dapat dibedakan atas dua macam yaitu:

- a. Hukum objektif ialah segala macam hukum yang ada dalam suatu negara yang berlaku umum dan tidak dimaksudkan untuk mengatur sikap tindak orang tertentu saja. Hukum ini hanya menyebut peraturan hukum saja yang mengatur hubungan-hubungan hukum.
- b. Hukum subjektif ialah peraturan hukum (hukum objektif) yang dihubungkan dengan seseorang tertentu dan dengan demikian menimbulkan hak dan kewajiban. Hukum subjektif timbul jika hukum objektif beraksi karena adanya hubungan hukum. Hubungan hukum yang diatur hukum objektif menimbulkan hak pada satu pihak dan

kewajiban pada pihak lain. Namun, pada umumnya hukum subjektif ini hanya disebut 'hak' saja tidak termasuk kewajiban, sehingga hanya bersifat sepihak. Jadi pengertian hukum obyektif tidak sama dengan hukum subyektif, walaupun keduanya tidak dapat dipisahkan satu sama lainnya. Artinya, dalam suatu peristiwa hukum, hubungan hukum, atau perbuatan hukum, hampir selalu terlihat adanya hal-hal sebagai berikut:

- 1). Hukum Obyektif sebagai kaidah yang bersifat dan berlaku umum;
- 2). Hukum Subyektif dalam wujud hak dan kewajiban yang terbit bagi seorang tertentu atau lebih yang terlibat dalam suatu peristiwa hukum, perbuatan hukum, dan hubungan hukum yang memang telah diatur oleh hukum obyektif.⁶⁸

6. Menurut Tempat Berlakunya

Menurut tempat berlakunya, hukum dapat dibedakan atas:

- a. Hukum nasional, yaitu hukum yang berlaku di wilayah satu negara saja.
- b. Hukum internasional. yaitu hukum yang berlaku di wilayah berbagai negara.
- c. Hukum Asing, yaitu hukum yang berlaku dalam negara lain.
- d. Hukum Gereja, yaitu kumpulan norma-norma yang ditetapkan oleh gereja untuk para anggota-anggotanya.

7. Menurut Waktu Berlakunya

Menurut waktu berlakunya, hukum dapat dibedakan atas:

- a. *Ius constitutum* (hukum positif) ialah hukum yang berlaku dalam suatu negara pada saat sekarang, hukum yang berlaku sekarang ini di Indonesia dinamakan *ius constitutum* atau sering disebut 'tata hukum' Indonesia. Contoh hukum positif yaitu KUHPidana, KUHPdata, KUHDagang, KUHPAP serta seluruh peraturan perundang-undangan yang berlaku sekarang berdasarkan tata urutan peraturan perundang-undangan yang di atur dalam undang-undang nomor 12 tahun 2011 tentang hirarkie peraturan perundang-undangan.
- b. *Ius constituendum* ialah hukum yang diharapkan atau dicita- citakan berlaku pada waktu yang akan datang. *Ius constituendum* masih belum menjadi kaedah dalam bentuk formil (undang-undang atau bentuk lainnya). Contoh dari hukum yang dicita-citakan, biasanya

⁶⁸C. S. T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1979, hlm, 73.

masih dalam bentuk konsep atau rancangan. Misalnya Rancangan Hukum Pidana Nasional yang sampai sekarang masih tersusun dan belum berlaku, Rancangan peraturan daerah;

- c. *Ius Naturale* (Hukum Alam), Aturan hukum ini sifatnya sangat universal yaitu hukum yang dianggap berlaku tanpa mengenal batas ruang dan waktu. Berlakunya sepanjang masa, dimanapun, dan terhadap siapapun.

8. Menurut Bentuknya

Menurut bentuknya, hukum dapat dibedakan atas:

- a. Hukum tertulis (*geschreven recht*) ialah hukum sebagaimana tercantum dalam peraturan perundang-undangan.

Hukum tertulis terbagi lagi atas:

1). Hukum tertulis yang dikodifikasikan.

Kodifikasi ialah pembukuan jenis-jenis hukum tertentu dalam kitab undang-undang secara sistematis dan lengkap. Unsur-unsur kodifikasi ialah jenis-jenis hukum tertentu (misalnya Hukum Perdata); sistematis; dan lengkap. Adapun tujuan kodifikasi daripada hukum tertulis adalah untuk memperoleh kepastian hukum, penyederhanaan hukum, dan kesatuan hukum.

Contoh Kodifikasi Hukum:

1. Kitab Undang-Undang Hukum Sipil/KUHPerdata(1 Mei 1848).
 - I. Tentang Orang
 - II. Tentang Benda
 - III. Tentang Perikatan
 - IV. Tentang Daluarsa
2. Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (1 Mei 1848).
 - I . Dagang pada umumnya
 - II.Hak dan Kewajiban yang terbit dari pelayaran
 - III. Kepailitan
3. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (1 Januari 1918).
 - I . Aturan Umum
 - II. Kejahatan
 - III. Pelanggaran
- b. Hukum tak tertulis (*ongeschraven recht*) ialah hukum yang hidup dalam masyarakat, meskipun tidak tertulis, tetapi ditaati dalam pergaulan hukum di masyarakat. Mengenai hukum tak tertulis ini, ada kemungkinan hukum tersebut betul-betul tak tertulis, dan ada

pula hukum tak tertulis yang tercatat (artinya. mungkin dicatat oleh pemimpin-pemimpin formal dan informal atau oleh sarjana atas dasar penelitiannya)⁶⁹.

9. Menurut Penerapannya

Menurut penerapannya. hukum dapat dibedakan atas:

- a. Hukum *in abstracto* ialah semua peraturan hukum yang berlaku pada suatu negara yang belum diterapkan terhadap sesuatu kasus oleh pengadilan.
- b. Hukum *in concreto* ialah peraturan hukum yang berlaku pada suatu negara yang telah diterapkan oleh pengadilan terhadap sesuatu kasus yang terjadi dalam masyarakat.

Kalau hukum *in abstracto* berlaku umum. sedangkan hukum *in concreto* hanya berlaku terhadap pihak-pihak yang berperkara saja. Hukum *in concreto* termuat dalam peraturan perundangundangan serta bentuk-bentuk formil lainnya, sedangkan hukum *in concreto* termuat dalam putusan pengadilan.

B. Pembedaan Hukum

1. Antara Hukum Perdata(privat) dengan Hukum Pidana(publik)

a. Pengertian Hukum Perdata

Sebagai makhluk sosial setiap manusia selalu mengadakan hubungan dengan manusia lain. Hubungan itu terjadi sejak manusia dilahirkan sampai meninggal dunia. Timbulnya hubungan antar manusia secara kodrati artinya makhluk hidup sebagai manusia itu dikodratkan untuk selalu hidup bersama. Melaksanakan kodrat hidup sebagai proses kehidupan manusia yang terjadi dilakukan sejak lahir sampai meninggal dunia. Bagi setiap manusia dikodratkan memiliki kekayaan diperoleh selama hidupnya yang akan diberikan kepada yang berhak untuk melanjutkan kalau telah meninggal dunia.¹⁴

Manusia dikodratkan untuk selalu hidup bersama demi hidupnya, menimbulkan satu jenis hukum yang ketentuannya mengatur tentang kehidupan itu dan dinamakan hukum perdata (*privat recht*).¹⁵

⁶⁹Pumadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto. *Aneka Cara Pembedaan Hukum*, Alumni, Bandung, 1980, hlm, 36.

¹⁴ Kartini Muljadi, *Perikatan Pada Umumnya*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm, 1.

¹⁵*Ibid*, hlm, 1.

Perkataan hukum perdata dalam arti luas meliputi ketentuan-ketentuan dalam hukum perdata materiil yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan. Hukum perdata materiil ini sering juga disebut “hukum sipil”, tetapi karena kata “sipil” lazim digunakan sebagai lawan dari kata “militer”, sebaiknya terhadap pemakaian istilah kita gunakan “hukum perdata” saja. Perkataan hukum perdata ada juga yang memberikan dalam arti sempit yaitu lawan dari hukum dagang. Sebenarnya kalau dilihat dari skematik lamayang dimaksud hukum perdata itu terdiri dari hukum sipil dan hukum dagang kurang dapat memberikan suatu kesatuan sistem keperdataan, karena pembagian itu hanya berdasar kepada pembagian undang-undang hukum perdata Belanda sebagai akibat dari sejarah pengkodifikasian sampai ada 2 (dua) kitab undang-undang hukum dalam satu sistem kaidah hukum perdata.¹⁶

Kalau dilihat dari kenyataan yang ada, maka sebenarnya hukum perdata di Indonesia terdiri dari: Pertama, hukum perdata adat yaitu ketentuan-ketentuan hukum yang mengatur hubungan antar individu dalam masyarakat adat yang berkaitan dengan kepentingan perseorangan. Masyarakat yang dimaksud disini adalah kelompok sosial bangsa Indonesia. Ketentuan-ketentuan hukum perdata adat ini pada umumnya tidak tertulis dan berlaku secara turun menurun dalam kehidupan masyarakat adat. Kedua, hukum perdata Eropa yaitu ketentuan-ketentuan hukum yang mengatur hubungan hukum yang menyangkut mengenai kepentingan orang-orang Eropa dan orang-orang yang diberlakukan ketentuan itu. Ketiga, bagian hukum perdata yang bersifat nasional yaitu bidang-bidang hukum perdata sebagai hasil produk nasional. Bagian hukum perdata nasional yang dibuat itu misalnya hukum perkawinan yang tertuang dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Hukum Agraria yang tertuang dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960.¹⁷

Hukum Perdata di Indonesia berasal dan bahasa Belanda yaitu *Burgerlijk Recht*, bersumber pada *Burgerlijk Wetboek (BW)*, yang di Indonesia dikenal dengan istilah Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPperdata). Hukum Perdata Indonesia yang bersumber pada KUHPperdata ialah Hukum Perdata tertulis yang sudah dikodifikasikan pada Tanggal 1 Mei 1848. Dalam perkembangannya banyak Hukum Perdata yang pengaturannya berada di luar KUHPperdata, yaitu di berbagai

¹⁶*Ibid*, hlm, 2.

¹⁷*Ibid*, hlm, 2-3.

peraturan perundang-undangan yang dibuat setelah adanya pengkodifikasian.

Hukum perdata semula berasal dari bangsa Romawi yaitu lebih kurang 50 SM pada masa pemerintahan Yulius Caesar berkuasa di Eropa Barat yang sejak waktu itu hukum Romawi diberlakukan di Perancis walaupun bercampur dengan hukum asli yang sudah ada sebelum orang Romawi menguasai Galis (Perancis). Keadaan seperti ini terus berlangsung sampai pada masa pemerintahan Louis XV yaitu dengan diawalinya usaha kearah adanya kesatuan hukum yang kemudian menghasilkan suatu kodifikasi yang diberi nama "*Code Civil Des Francois*" pada 21 Maret 1804 yang kemudian pada 1807 diundangkan kembali menjadi "*Code Napoleon*". Kodifikasi ini sangat berbau Romawi tetapi para penyusunnya banyak juga memasukkan kedalamnya unsur-unsur hukum asli yaitu hukum adat Perancis Kuno (hukum Jerman) yang telah berlaku di Eropa Barat sebelum orang-orang Romawi menguasai Perancis. Sebagai campuran ketiga di dalam isi *Code Civil* itu adalah hukum gereja atau hukum Katolik yang didukung oleh gereja Roma Katolik ketika itu. Pada Tahun 1811, Belanda di jajah oleh Perancis dan seluruh *Code Civil* yang memuat ketiga unsur yaitu hukum Romawi, Hukum German dan hukum Gereja diberlakukan di negeri Belanda dan oleh karena Indonesia pada waktu itu merupakan jajahan Belanda maka hukum perdata Belanda yang sebagian besar berdasarkan pada *Code Civil* itu diberlakukan pula untuk Indonesia sejak 1 Januari 1848 dengan Staatsblad Tahun 1847 Nomor 23. Namun demikian, hukum perdata di Indonesia agak berlainan dengan hukum perdata yang berlaku di negeri Belanda apalagi jika dibandingkan dengan *Code Civil* Perancis, hanya asas-asasnya banyak diambil dari *Code Civil*. Berlakunya hukum perdata Belanda tersebut di Indonesia bertalian erat dengan politik hukum pemerintah Hindia Belanda yang membagi penduduk Hindia Belanda menjadi 3 (tiga) golongan yaitu:

1. Golongan Eropa yaitu semua orang Belanda, orang yang berasal dari Eropa, orang Jepang, orang yang hukum keluarganya berdasarkan azas-azas yang sama dengan hukum Belanda beserta anak keturunan mereka;
2. Golongan Timur Asing Tionghoa dan Timur Asing bukan Tionghoa misalnya orang Arab, India dan Pakistan;
3. Mereka yang telah meleburkan diri dan menyesuaikan hidupnya dengan golongan Bumi Putera.

Penggolongan tersebut diatur dalam Pasal 163 IS (*Indische Staatsregeling*) yang sampai sekarang masih tetap berlaku berdasarkan ketentuan Pasal 2 Aturan Peralihan Undang-undang Dasar 1945.¹⁸

Menurut R. Subekti mengatakan bahwa pengertian Hukum Perdata dalam arti luas meliputi semua hukum privat materiil, yaitu segala hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan. Selanjutnya menurut beliau, perkataan Hukum Perdata adakalanya dipakai dalam arti yang sempit, sebagai lawan dan Hukum Dagang. Hukum Perdata merupakan keseluruhan peraturan yang mempelajari hubungan antara orang yang satu dengan lainnya dalam hubungan keluarga dan dalam pergaulan masyarakat. Dalam hubungan keluarga melahirkan Hukum tentang Orang dan Hukum Keluarga, sedangkan dalam pergaulan masyarakat melahirkan Hukum Benda dan Hukum Perikatan.¹⁹

Menurut Wirjono Prodjodikoro, Hukum Perdata adalah segala peraturan hukum yang mengatur hubungan hukum antara orang yang satu dan orang yang lain. Berdasarkan pengertian yang dikemukakan oleh para ahli tersebut di atas, maka ada beberapa unsur dan pengertian Hukum Perdata yaitu adanya peraturan hukum, hubungan hukum dan orang. Peraturan hukum artinya serangkaian ketentuan mengenai ketertiban baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis yang mempunyai sanksi yang tegas terhadap pelanggarnya, hukum Perdata menentukan, bahwa di dalam hubungan, orang harus menundukkan diri kepada apa saja dan aturan-aturan apa saja yang harus mereka indahkan. Di samping itu Hukum Perdata memberi wewenang di satu pihak dan dilain pihak membebaskan kewajiban. Dalam hal ini yang dimaksud dengan “hukum” adalah keseluruhan aturan-aturan, sedangkan “hak” ialah wewenang yang timbul dari aturan-aturan itu.²⁰

Berdasarkan uraian di atas, dapat diketahui bahwa pengertian hukum perdata adalah keseluruhan kaidah-kaidah hukum, baik itu yang tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur hubungan antara subjek hukum satu dengan subjek hukum yang lain dalam hubungan kekeluargaan dan di dalam pergaulan kemasyarakatan.

¹⁸ R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 2003, hlm, 34-35.

¹⁹ *Ibid*, hlm, 10.

²⁰ Wirjono Projodikoro, *Azas-Azas Hukum Perdata*, Sumur Bandung, Bandung, 1993, hlm, 9.

Manusia mempunyai hak yang sifatnya alamiah atas produk olahpikir manusia, baik material maupun immaterial yang berasal dari kerja intelektualnya dan harus diakui kepemilikannya. Jika konsep pemikiran yang demikian ini diterapkan, dapat dikatakan bahwa teori tersebut di atas merupakan landasan yang paling hakiki yang dimiliki seseorang yang karena kerja intelektualnya atau karena oleh pikirannya menghasilkan ciptaan-ciptaan⁷⁰.

Konsep-konsep pemikiran seperti dikemukakan oleh para pakar hukum tersebut di atas sebenarnya adalah sejalan dengan pemikiran Thomas Aquinas, seorang ulama Katolik dan filsuf. Thomas Aquinas, sebagaimana dikutip oleh W. Friedman⁷¹, mendefinisikan hukum sebagai "ketentuan akal untuk kebaikan umum, yang dibuat oleh orang yang mengurus masyarakat dan menyebarkanluaskannya". Dalam kaitan pemikiran Thomas Aquinas itu, selanjutnya W. Friedmann mengatakan bahwa hukum alam adalah bagian dari hukum Tuhan, bagian yang diungkapkan dalam pikiran alam. Manusia, sebagai mahluk yang berakal, menerapkan bagian dari hukum Tuhan ini terhadap kehidupan manusia, karenanya ia dapat membedakan yang baik dan yang buruk. Hal tersebut berasal dari prinsip-prinsip hukum abadi, sebagaimana terungkap dalam hukum alam, yang merupakan sumber dari semua hukum manusia.

Definisi tentang Hukum, kata Mr. Dr. L.J. van Apeldoorn adalah sangat sulit untuk dibuat, karena tidak mungkin untuk mengadakannya yang sesuai dengan kenyataan. Hal ini menurut van Apeldorn karena semua sarjana hukum memberikan batasan hukum yang berlainan, sehingga menyebabkan hukum sulit untuk dirumuskan⁷². Kurang lebih 200 tahun yang lalu, Immanuel Kant pernah menulis sebagai berikut : "*Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht*" (masih juga para sarjana hukum mencari cari suatu definisi tentang hukum)⁷³.

⁷⁰Eddy Damian,*Hukum Hak Cipta*, Edisi Kedua, Cetakan 3, Penerbit Alumni, Bandung, 2009. Hlm, 27-28

⁷¹W. Friedman,*Teori dan Filsafat Hukum, Telaah Kritis atas Teori-teori Hukum* (Susunan I), Penerbit CV. Rajawali, Jakarta, 1990, hlm, 62

⁷². *Ibid*, hlm, 31.

⁷³. *Ibid*.

Selanjutnya Penulis-penulis Ilmu pengetahuan Hukum di Indonesia juga sependapat dengan Mr. Dr. L.J. van Apeldoorn, seperti Sudiman Kartohadiprojo, menulis sebagai berikut⁷⁴ :

"Jika kita menanyakan apakah yang dinamakan Hukum, maka kita akan menjumpai tidak adanya persamaan pendapat, berbagai perumusan telah dikemukakan ".

Beberapa definisi Hukum menurut para ahli sebagai berikut⁷⁵:

Mr.E.M. Meyers menyatakan Dalam Bukunya yang berjudul "... *De Algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*" sebagai berikut :

Hukum ialah semua aturan yang mengandung pertimbangan kesusilaan, ditujukan kepada tingkah laku manusia dalam masyarakat, dan yang menjadi pedoman bagi Penguasa-Penguasa Negara dalam melakukan tugasnya.

Leon Duguit

Hukum ialah aturan tingkah laku para anggota masyarakat, aturan yang daya penggunaannya pada saat tertentu diindahkan oleh suatu masyarakat sebagai jaminan dari kepentingan bersama dan yang jika dilanggar menimbulkan reaksi bersama terhadap orang yang melakukan pelanggaran itu.

Immanuel Kant

Hukum ialah keseluruhan syarat-syarat yang dengan ini kehendak bebas dari orang yang satu dapat menyesuaikan diri dengan kehendak bebas dari orang yang lain, menuruti peraturan hukum tentang kemerdekaan.

Dari beberapa definisi diatas, dapat dikatakan bahwa hukum itu sulit didefinisikan adalah karena hukum itu mempunyai segi dan bentuk yang sangat banyak sehingga tak mungkin tercakup keseluruhan segi dan bentuk hukum itu. Walaupun demikian, kita dapat mendefinisikan hukum bila terdapat unsur-unsur sebagai berikut:

1. Peraturan yang tertulis maupun tidak tertulis yang dibuat oleh pihak yang berwenang
2. Bersifat mengikat dan memaksa bagi subjeknya
3. Berisi tentang perintah dan larangan
4. Mempunyai sanksi yang tegas bagi yang melanggarnya

⁷⁴*Ibid.*

⁷⁵*Ibid.*

b. Pengertian Hukum Pidana

Ada kesukaran untuk memberikan suatu batasan yang dapat mencakup seluruh isi/aspek dari pengertian hukum pidana. Karena isi hukum pidana itu sangatlah luas dan mencakup banyak segi, yang tidak mungkin untuk dimuatkan dalam suatu batasan dengan suatu kalimat tertentu. Dalam memberikan batasan dengan tentang pengertian hukum pidana, biasanya hanya melihatnya dari satu atau beberapa sisi saja, dan oleh karenanya selalu ada sisi atau aspek tertentu dari hukum pidana yang lain tidak masuk, dan berada di luarnya.

Tentang bagaimana luasnya isi hukum pidana itu, akan lebih jelas kiranya mempelajari rumusan hukum pidana dari beberapa sarjana di bawah ini.

Mezger, Hukum Pidana yaitu aturan hukum, yang mengikatkan kepada suatu perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu dan menimbulkan suatu akibat yang berupa pidana.

Simons, menyatakan bahwa Hukum Pidana adalah keseluruhan larangan atau perintah yang oleh negara diancam dengan nestapa yaitu suatu pidana apabila tidak ditaati, dengan syarat-syarat tertentu dan memberikan dasar untuk penjatuhan dan penerapan pidana.

Menurut van Hamel, menyatakan Hukum Pidana yaitu keseluruhan dasar dan aturan yg dianut oleh negara dalam kewajibannya untuk menegakkan hukum, yakni dengan melarang apa yang bertentangan dengan hukum (*onrecht*) dan mengenakan suatu nestapa (penderitaan) kepada yg melanggar larangan itu.

Dari beberapa pendapat di atas dapat disimpulkan bahwa hukum pidana yaitu keseluruhan peraturan yang memuat dan mengatur tentang:

1. Perbuatan yang dilarang dan yang diwajibkan (yang dimuat dalam KUHP Buku II Tentang Kejahatan dan Buku III Tentang Pelanggaran);
2. Syarat-syarat untuk dapat dijatuhi pidana; (yang dimuat dalam Buku I KUHP);
3. Sanksi Pidananya (yang terdapat dalam Pasal-Pasal dalam Buku II KUHP).

1. Jenis- Jenis Hukum Pidana

Hukum Pidana dapat dibagi menjadi Hukum Pidana Materiil dan Hukum Pidana Formil.

- a. Hukum Pidana Materiil yaitu:

Memuat aturan-aturan yang menetapkan dan merumuskan perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana, aturan-aturan yang memuat syarat-

syarat untuk dapat menjatuhkan pidana dan ketentuan mengenai pidana. Hukum Pidana Materiil ini diatur dalam KUHP.

b. Hukum Pidana Formil yaitu:

Mengatur bagaimana negara dengan perantara alat perengkapannya melaksanakan haknya untuk mengenakan pidana. Hukum Pidana Formil bisa juga disebut Hukum Acara Pidana yang dimuat dalam Undang-Undang Nomor.8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

Selain itu, Hukum Pidana juga dapat dibagi lagi menjadi Hukum Pidana Umum dan Hukum Pidana Khusus.

a. Hukum Pidana Umum yaitu :

Memuat aturan-aturan hukum pidana yang berlaku bagi setiap orang, misalnya KUHP, Undang-Undang Lalu Lintas (UULL), dll.

b. Hukum Pidana Khusus, yaitu :

Memuat aturan-aturan hukum pidana yg menyimpang dari hukum pidana umum, ialah mengenai golongan-golongan tertentu atau berkenaan dengan jenis-jenis perbuatan tertentu, misalnya:

- 1) Hukum Pidana Militer;
- 2) Hukum Pidana Fiskal;
- 3) Hukum Pidana Ekonomi;
- 4) Hukum Pidana Korupsi, dll.

2. Pengertian Pidana

Memperjelas pengertian mengenai pidana maka penulis akan menguraikan beberapa pengertian-pengertian atau batasan-batasan pidana itu sendiri yang dikemukakan oleh beberapa sarjana diantaranya, yaitu :

Menurut Soedarto, pidana adalah nestapa yang diberikan oleh Negara kepada seseorang yang melakukan pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang (hukum pidana), sengaja agar dirasakan nestapa, pemberian nestapa atau penderitaan yang sengaja dikenakan kepada seseorang pelanggar undang-undang tidak lain dimaksudkan agar orang itu jera. Hukum pidana sengaja mengenakan penderitaan dalam mempertahankan norma-norma yang diakui oleh hukum. Sanksi yang tajam inilah yang membedakan dengan hukum-hukum yang lain. Ialah sebabnya hukum pidana harus dianggap sebagai sarana terakhir apabila sanksi-sanksi atau upaya-upaya pada bidang lain tidak memadai.⁴²

⁴² Niniek Suparni, *Eksistensi Pidana Denda dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan*, Sinar Grafika, Jakarta, 1993, hlm, 11.

Sementara itu Roeslan Saleh mengatakan bahwa pidana adalah reaksi-reaksi atas delik yang berwujud nestapa yang sengaja ditempatkan Negara pada pembuat delik. Pengertian pidana menurut Soedarto, yaitu pidana berwujud suatu nestapa, diberikan oleh Negara, kepada para pelanggar, reaksi-reaksi atas delik dapat memberikan reaksinya atau imbalannya pada pelanggar, yaitu berupa ancaman hukuman atau pidana.⁴³

Menurut Van Hamel, yang dikutip dan diterjemahkan oleh P.A.F. Lamintang, pidana menurut hukum positif dewasa ini adalah: Suatu penderitaan yang bersifat khusus, yang telah dijatuhkan oleh kekuasaan untuk menjatuhkan pidana atas nama Negara sebagai penanggungjawab dari ketertiban umum bagi seorang pelanggar, yakni karena semata-mata karena orang tersebut telah melanggar suatu peraturan hukum yang ditegakkan oleh pemerintah.⁴⁴

Menurut Simons, pidana atau straf adalah suatu penderitaan yang oleh undang-undang pidana telah dikaitkan dengan pelanggaran terhadap suatu norma, yang dengan putusan hakim telah dijatuhkan bagi seseorang yang bersalah.⁴⁵

Menurut Algra-Jessen, Pidana adalah alat yang digunakan oleh penguasa atau hakim untuk meningkatkan mereka yang telah melakukan suatu perbuatan yang tidak dapat dibenarkan. Reaksi dari penguasa tersebut telah mencabut kembali sebagian dari perlindungan yang seharusnya dinikmati oleh terpidana atas nyawa, kebebasan dan harta benda, yaitu seandainya ia tidak melakukan tindak pidana.⁴⁶

Berdasarkan beberapa pengertian yang telah dikemukakan diatas maka yang dimaksud dengan pidana itu adalah : penderitaan, reaksi atas delik, siksaan dan sebagai alat Negara dari Negara atau penguasa yang dilimpahkan kepada pelanggar hukum pidana. Antara pidana dan pidanaan tidaklah sama, pidana masih bersifat abstrak sedangkan pidanaan bersifat kongkrit. Penghukuman dalam hal ini mempunyai makna sama dengan “*sentence atau veroordeling*”.

⁴³*Ibid*, hlm, 11-12.

⁴⁴P.A.F. Lamintang, *Hukum Penitentier Indonesia*, Armico, Bandung, 1984, hlm, 34.

⁴⁵*Ibid*, hlm, 35.

⁴⁶*Ibid*, hlm, 35-36.

Berbicara definisi pidana diatas, tidak terlepas dari pengertian pidana itu sendiri, dimana salah satu definisi pidana adalah mengenai jenis-jenis pidana. Jenis-jenis pidana terdapat dalam Pasal 10 KUHP yaitu :

a. Pidana Pokok, terdiri dari :

1) Pidana Mati;

Menurut R. Soesilo dalam bukunya Bambang Waluyo, mengatakan bahwa pidana mati merupakan suatu reaksi atas delik yang dijatuhkan berdasarkan vonis hakim melalui proses persidangan atas terbuktinya suatu perbuatan pidana yang dilakukan oleh seseorang secara terencana. Penerapan pidana mati dalam praktik sering menimbulkan perdebatan diantara yang setuju dan tidak setuju. Pidana mati ini adalah puncaknya dari segala hukuman, terutama di dalam abad-abad terakhir telah banyak dipersoalkan di antara golongan yang setuju dan tidak setuju terhadap pidana mati ini. Salah satu yang dirasakan orang terhadap pidana mati ini ialah sifatnya yang mutlak, sifatnya yang tidak dapat memungkinkan mengadakan perbaikan atau perubahan. Apabila pidana mati itu dijalankan, hakim sebagai manusia yang tidak luput dari kekeliruan dan meskipun didalam suatu perkara nampaknya pemeriksaan dan bukti-bukti menunjuk kepada kesalahan terdakwa, akan tetapi karena kebenaran itu hanya pada Tuhan, tidaklah mustahil hakim itu, walupun dengan segala kejujuran, kekeliruan didalam pandangan dan pendapatnya.⁴⁷

2) Pidana Penjara;

Pidana penjara adalah untuk sepanjang hidup atau sementara waktu (Pasal 12 KUHP). Lamanya hukuman penjara untuk sementara waktu berkisar antara 1 (satu) hari sedikit-dikitnya dan 15 (lima belas) tahun berturut-turut paling lama. Akan tetapi dalam beberapa hal lamanya hukuman penjara sementara itu dapat ditetapkan sampai 20 (dua puluh) tahun berturut-turut. Yaitu jikalau untuk suatu kejahatan disediakannya hukuman yang dapat dipilih oleh hakim diantaranya:

- a) Hukuman mati, hukuman penjara seumur hidup, dan penjara untuk sementara waktu;

⁴⁷Bambang Waluyo, *Pidana dan Pemidanaan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm. 13.

- b) Hukuman penjara seumur hidup, dan hukuman penjara untuk sementara waktu;
 - c) Terjadi gabungan peristiwa pidana;
 - d) Terjadi peristiwa pengulangan peristiwa pidana;
 - e) Terjadi perbuatan kejahatan seperti dimaksud dalam Pasal 52 KUHP, jumlah hukuman menjadi lebih dari 15 (lima belas) tahun. Akan tetapi, bagaimanapun juga hukuman penjara sementara waktu tidak boleh melebihi 20 (dua puluh) tahun. Hal ini sesuai dengan Pasal 12 ayat (4) KUHP. Pidana penjara tersebut juga pidana hilang kemerdekaannya. Tidak hanya itu, tapi narapidana juga kehilangan hak-hak tertentu, diantaranya:
 - a) Hak untuk memilih dan dipilih;
 - b) Hak untuk memangku jabatan politik;
 - c) Hak untuk bekerja diperusahaan;
 - d) Hak untuk mendapatkan perizinan tertentu;
 - e) Hak untuk mengadakan asuransi hidup;
 - f) Hak untuk kawin, dan lain-lain.
- 3) Pidana Kurungan;

Pidana kurungan seperti halnya dengan pidana penjara, maka dengan pidana kurungan pun, terpidana selama menjalani hukumannya, kehilangan kemerdekaannya. Menurut Pasal 18 KUHP, lamanya pidana kurungan berkisar antara 1 (satu) hari sedikit-dikitnya dan 1 (satu) tahun paling lama. Pidana kurungan ini mempunyai banyak kesamaan dengan pidana penjara. Di dalam beberapa hal, (*samenloop*, *residive*, dan pemberatan karena jabatan) pidana kurungan itu dapat dikenakan lebih lama, yaitu 1 (satu) tahun 4 (empat) bulan (Pasal 18 Ayat (2) KUHP). Pidana kurungan dianggap lebih ringan daripada pidana penjara dan hanya diancam bagi peristiwa yang ringan sifatnya seperti di dalam kejahatan yang tidak disengaja dan di dalam hal pelanggaran.

4) Pidana Denda

Beberapa pelanggaran dianggap kurang cukup dengan ancaman pidana denda. Walaupun sifatnya pidana ini ditujukan pada orang yang bersalah, akan tetapi berlainan dengan pidana lainnya, yang tidak dapat dijalankan dan diderita orang yang dikenai pidana. Maka di dalam hal pidana denda tidak dapat dihilangkan kemungkinan, bahwa pidana itu dibayar oleh pihak ketiga.

Berbeda dengan pidana lain, maka di dalam pidana denda, pidana itu dapat dirubah menjadi kurungan sebagai gantinya. Yang dikenakan pidana dapat memilih, membayar denda atau kurungan sebagai gantinya. Dalam undang-undang tidak ditentukan maksimum umum besarnya denda yang harus dibayar. Yang ada ialah minimum umum yang semula 25 sen, kemudian diubah dengan Undang-Undang Nomor 18 Perpu Tahun 1960 (LN 1960 Nomor. 52) menjadi 15 (lima belas) kali lipat. Lamanya pidana kurungan pengganti denda ditentukan secara kasus demi kasus dengan putusan hakim, minimum umum 1 (satu) hari dan maksimum 6 (enam) bulan (Pasal 30 ayat (3) KUHP). Maksimum ini dapat dinaikkan menjadi 8 bulan dalam hal gabungan (*concursum*) *resedive*, dan delik jabatan menurut Pasal 52 dan 52 bis (Pasal 30 ayat (5) KUHP). Kurungan itu dapat saja dihentikan segera, setelah si terhukum membayar dendanya. Jangka waktu membayar denda ditentukan oleh jaksa yang mengeksekusinya, dimulai dengan waktu 2 bulan dan diperpanjang menjadi 1 (satu) tahun.

b. Pidana Tambahan terdiri dari :

1) Pencabutan hak-hak tertentu;

Pencabutan segala hak yang mempunyai atau diperoleh orang sebagai warga disebut "*Burgerlijke dood*", tidak diperkenankan oleh undang-undang sementara (Pasal 15 ayat (2) KUHP). Hak-hak yang dapat dicabut oleh keputusan, dimuat dalam Pasal 35 KUHP, yaitu :

Ke-1 Hak memegang jabatan pada umumnya atau jabatan tertentu;

Ke-2 Hak memasuki angkatan bersenjata;

Ke-3 Hak memilih dan dipilih dalam pemilihan yang diadakan berdasarkan aturan-aturan umum;

Ke-4 Hak menjadi penasihat (*raadsman*) atau pengurus menurut hukum (*gerechtelijke bewindvoerder*), hak menjadi wali, wali pengawas, pengampu atau pengampu pengawas, atas orang yang bukan anaknya sendiri;

Ke-5 Hak menjalankan kekuasaan bapak, menjalankan perwalian atau pengampuan atas anak sendiri;

Ke-6 Hak menjalankan pencaharian (*beroep*) yang tertentu.

Untuk berapa lamanya hakim dapat menetapkan berlakunya pencabutan hak-hak tersebut, hal ini dijelaskan dalam Pasal 38 KUHP, yaitu :

Ke-1 Dalam hal pidana atau mati, lamanya pencabutan seumur hidup;

Ke-2 Dalam halnya pidana penjara untuk waktu tertentu atau kurungan, lamanya pencabutan paling sedikit 2 (dua) tahun dan paling banyak 5 (lima) tahun lebih lama dari pidana pokoknya;

Ke-3 Dalam hal denda lamanya pencabutan paling sedikit 2 (dua) tahun dan paling banyak 5 (lima) tahun.

2) Perampasan Barang-Barang Tertentu;

Perampasan merupakan pidana kekayaan, seperti juga halnya dengan pidana benda.

Pasal 39 KUHP,

(1) Barang-barang kepunyaan terpidana yang diperoleh dari hasil kejahatan atau sengaja dipergunakan untuk melakukan kejahatan, dapat dirampas;

(2) Barang-barang yang sengaja digunakan dalam melakukan kejahatan.

Jika barang itu tidak diserahkan atau harganya tidak dibayar, maka harus diganti dengan kurungan. Lamanya kurungan ini 1 (satu) hari paling sedikit dan 6 (enam) bulan paling lama. Jika barang itu dipunyai bersama, dalam keadaan ini, perampasan tidak dapat dilakukan karena sebagian barang kepunyaan orang lain akan terampas pula.

3) Pengumuman Putusan Hakim

Di dalam Pasal 43 KUHP, ditentukan bahwa apabila hakim memerintahkan supaya putusan diumumkan berdasarkan kitab undang-undang ini atau aturan lain. Maka harus ditetapkan pula bagaimana cara melaksanakan perintah atas biaya terpidana. Pidana tambahan berupa pengumuman keputusan hakim hanya dapat dijatuhkan dalam hal-hal yang ditentukan oleh undang-undang. Terhadap orang-orang yang melakukan peristiwa pidana sebelum berusia 16 (enam belas) tahun, hukuman pengumuman tidak boleh dikenakan.

Berdasarkan uraian diatas, mengenai pengertian jenis-jenis pidana dapat diketahui bahwa hukum pidana itu adalah sanksi. Dengan sanksi, dimaksudkan untuk menguatkan apa yang telah dilarang atau yang diperintahkan oleh ketentuan hukum. Terhadap orang yang melawan ketentuan hukum, diambil tindakan sebagaimana yang ditetapkan dalam peraturan yang bersangkutan. Jenis pidana tercantum di dalam Pasal 10 KUHP. Pidana ini juga berlaku bagi delik yang tercantum di luar KUHP, kecuali ketentuan undang-undang itu menyimpang. Jenis pidana ini dibedakan antara pidana pokok dan pidana tambahan. Pidana tambahan hanya dijatuhkan jika pidana pokok dijatuhkan.

Berdasarkan pengertian hukum perdata dan hukum pidana di atas, dapat dibedakan antara kedua aturan hukum tersebut. Perbedaan tersebut dapat dilihat dari beberapa sudut/segi antara lain:

1. Dari Segi Isi,

- a. Hukum perdata mengatur hubungan hukum antara orang yang satu dengan orang yang lain dengan menitik beratkan kepada kepentingan perseorangan.
- b. Hukum pidana mengatur hubungan hukum yang terjadi antara warga masyarakat dengan Negara dengan menitik beratkan kepada kepentingan Negara.

2. Dari Segi Pelaksanaannya,

- a. Pelanggaran terhadap norma hukum perdata baru dapat di ambil tindakan oleh aparat pemerintah setelah ada pengaduan dari orang yang berkentingan yang menderita kerugian.
- b. Pelanggaran terhadap norma hukum pidana pada umumnya segera diambil tindakan oleh aparat penegak hukum tanpa ada pengaduan dari pihak yang dirugikan, sedangkan korban cukup melaporkan dan menjadi saksi terhadap tindak pidana yang terjadi dan yang menjadi penuntut umum adalah jaksa. Kecuali dalam tindak pidana pengaduan.

Misal: pencurian dalam keluarga (267 KUHP), Perzinahan (284 KUHP). Perbedaanya dengan perdata boleh memilih siapa yang harus di selesaikan, sedangkan pidana tidak boleh memilih (semua harus diselesaikan).Persamaannya sama-sama dapat diselesaikan setelah ada pengaduan dari pihak yang dirugikan.

Dari apa yang telah diuraikan diatas pada dasrnya, antara kedua aturan hukum tersebut dapat dilihat persamaan dan perbedaan.

Persamaan:

1. keduanya merupakan norma hukum yang mengatur kehidupan manusia;
2. keduanya mempunyai sanksi hukum yang dapat dikenakan pelanggarannya;
3. keduanya tetap tunduk pada pengecualiaan apabila dalam keadaan terpaksa

Perbedaan:

1. Hukum Privat mengutamakan kepentingan individu sedangkan Hukum Publik mengutamakan kepentingan umum
2. Hukum Privat mengatur hal ihwal yang bersifat khusus, Hukum Publik mengatur hal ihwal yang bersifat umum
3. Hukum Privat dipertahankan oleh individu, Hukum Publik dipertahankan oleh Negara melalui jaksa
4. Hukum Privat asas damai diutamakan, hakim yang mengupayakan hukum publik, Tidak mengenal asas perdamaian
5. Hukum Privat setiap saat gugatan penggugat dapat ditarik kembali, Hukum Publik tidak dapat dicabut kembali kecuali dalam perkara aduan
6. Hukum Privat sanksinya berbentuk perdata, Hukum Publik sanksinya umum berupa hukuman badan.

3. Dari segi Penafsiran,

- a. Hukum perdata memperbolehkan melakukan penafsiran terhadap isi Undang-undang hukum perdata ex itikat baik,
- b. Hukum pidana hanya memperbolehkan melakukan penafsiran menurut arti kata dalam undang-undang pidana itu sendiri ex malam (Pasal 98 KUHP).

2. Antara Hukum Acara Perdata Dengan Hukum Acara Pidana

Hukum acara perdata adalah hukum yang mengatur bagaimana cara-cara memelihara dan mempertahankan hukum perdata materiel yaitu hukum yang memuat aturan-aturan yang mengatur kepentingan-kepentingan dan hubungan-hubungan yang berwujud perintah dan larangan-larangan.

Hukum acara pidana adalah hukum yang mengatur bagaimana cara-cara memelihara dan mempertahankan hukum pidana materiel.

1. Dari segi mengadili,

- a. Hukum acara perdata mengatur cara-cara mengadili perkara perdata di muka pengadilan perdata oleh hakim perdata.
 - b. Hukum acara pidana mengatur cara-cara mengadili perkara pidana di muka pengadilan pidana oleh hakim pidana. Lihat proses hukumnya tersangka pada polisi, terdakwa pada jaksa dan terpidana pada hakim.
2. Dari segi inisiatif berperkara (pelaksanaan),
- a. Hukum acara perdata inisiatif berperkara datangnya dari pihak yang berkepentingan atau yang dirugikan. Pihak yang dirugikan mengajukan perkaranya ke pengadilan untuk memperoleh penyelesaian berupa pemulihan, penggantian kerugian, dan menghentikan perbuatan yang merugikan.
 - b. Hukum acara pidana. Inisiatif berperkara datang dari pihak penguasa negara/pemerintah melalui penegak hukum, yaitu polisi yang berwenang melakukan penyelidikan dan penyidikan, Jaksa berwenang melakukan penuntutan di muka pengadilan, Hakim memeriksa dan memutus perkara.
3. Dari segi penuntutan,
- a. Hukum acara perdata. Pihak yang mengajukan perkara ke pengadilan disebut Penggugat, sedangkan pihak yang digugat penggugat atau yang menjadi lawan penggugat disebut Tergugat.
 - b. Hukum acara pidana. Pihak yang mengajukan perkara ke pengadilan disebut Jaksa, Polisi melakukan penyidikan untuk memenuhi syarat agar supaya perkaranya dapat diteruskan ke Jaksa (Penuntut Umum) guna dilakukan penuntutan. Sementara itu pihak yang diduga melakukan kejahatan atau tindak pidana disebut Tersangka, apabila Jaksa Penuntut Umum mengajukan perkara ke pengadilan setelah memenuhi unsur-unsur penuntutan maka si tersangka tadi berubah statusnya menjadi Terdakwa. Dan apabila hakim pengadilan memutuskan bahwa terdakwa terbukti bersalah melakukan tindak pidana yang didakwakan maka si terdakwa tersebut berubah statusnya menjadi terpidana.
4. Dari segi alat bukti,
- a. Hukum acara perdata mengenal alat bukti al: tulisan, saksi, persangkaan, pengakuan dan sumpah (Pasal 164 HIR/284

RBG/ 1866 BW). Tulisan, pengakuan dan sumpah ini merupakan alat bukti yang sempurna artinya dengan mengajukan alat bukti tersebut sudah cukup untuk memastikan kebenaran suatu peristiwa.

- b. Hukum acara pidana mengenal alat bukti al : Keterangan saksi, Keterangan ahli, Surat, Petunjuk, Keterangan terdakwa (184 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP).
5. Dari segi penarikan kembali perkara
 - a. Hukum acara perdata sebelum ada putusan hakim , para pihak dapat menarik kembali perkaranya. Hakim selalu mengajurkan untuk menyelesaikan sengketa para pihak secara damai untuk mengakhiri perkara.
 - b. Hukum acara pidana,tidak dibolehkan dilakukan perdamaian. Sekali diproses untuk dituntut di muka pengadilan harus diselesaikan sampai ada keputusan hakim. (tidak dapat ditarik kembali, sehingga ada keputusan hakim).
6. Dari segi kedudukan para pihak,
 - a. Hukum acara perdata para pihak mempunyai kedudukan yang sama dan hakim bersifat pasif yaitu hanya menilai berdasarkan alat bukti yang ada (tertulis) sebagai dasar keputusannya.
 - b. Hukum acara pidana jaksa lebih tinggi kedudukannya dari terdakwa dan hakim bersifat aktif yaitu memberi penilaian menurut keyakinan, perasaan keadilan hakim sendiri di samping alat-alat bukti sebagai dasar keputusannya.
7. Dari segi sanksi macam hukuman,
 - a. Hukum acara perdata tergugat yang terbukti bersalah di hukum memenuhi kewajiban/prestasi, yaitu memberi sesuatu, melakukan sesuatu dan tidak melakukan sesuatu.
 - b. Hukum acara pidana terdakwa yang terbukti kesalahannya dibebankan kepadanya berupa hukuman badan seperti di hukum mati, seumur hidup, penjara, kurungan atau denda atau ditambah dengan hukuman tambahan berupa pencabutan hak-hak tertentu.
8. Dari segi Banding,
 - a. Hukum acara perdata mengenal istilah apel,
 - b. Hukum acara pidana mengenal istilah revisi.

A. Pendahuluan

Pengertian peristiwa dalam Bahasa Indonesia peristiwa diartikan sesuatu kejadian, dimana peristiwa hukum dapat diartikan kejadian yang menimbulkan suatu adanya hukum dapat berlaku atau kejadian yang berhubungan dengan hukum. Aturan hukum terdiri dari peristiwa dan akibat yang oleh aturan hukum tersebut dihubungkan. Peristiwa demikian disebut sebagai peristiwa hukum dan akibat yang ditimbulkan dari peristiwa tersebut sebagai akibat hukum.⁷⁶

Sedangkan Menurut Van Apeldoorn, peristiwa hukum ialah suatu peristiwa yang didasarkan hukum menimbulkan atau menghapuskan hak. Dengan pengertian yang lebih mudah dipahami peristiwa hukum atau kejadian hukum atau *rechtsfeit* adalah peristiwa kemasyarakatan yang akibatnya diatur oleh hukum. Peristiwa hukum ini adalah kejadian dalam masyarakat yang menggerakkan suatu peraturan hukum tertentu sehingga ketentuan-ketentuan yang tercantum didalamnya lalu diwujudkan.

Secara lebih terperinci kita bisa mengatakan sebagai berikut: Apabila dalam masyarakat timbul suatu peristiwa, sedang peristiwa itu sesuai dengan yang dilukiskan dalam peraturan hukum, maka peraturan itu pun lalu dikenakan kepada peristiwa tersebut.⁷⁷

Contoh kejadian yang dapat dikategorikan peristiwa hukum yakni sebagai berikut: hubungan seorang pria wanita secara resmi yang terikat dalam suatu perkawinan. Peristiwa perkawinan ini akan menimbulkan akibat yang diatur oleh hukum, yakni hukum perkawinan. Misalnya timbul hak dan kewajiban bagi suami isteri. Perhatikan Pasal 31 ayat (2) Undang-undang Nomor 1 Tahu 1974 tentang perkawinan, “Masing-masing pihak

⁷⁶Pipin Syarifin dan Zarkasy Chumaidy, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bandung: Pustaka Setia, 1998, hlm, 72.

⁷⁷Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2012, hlm, 35.

berhak untuk melakukan perbuatan hukum.” Sedangkan Pasal 34 ayat (2) menetapkan, “Istri wajib mengatur rumah tangga sebaik-baiknya”.⁷⁸

Contoh lainnya tentang peristiwa kematian seseorang. Peristiwa kematian seseorang secara wajar dalam hukum perdata akan menimbulkan berbagai akibat yang diatur oleh hukum. Misalnya penetapan waris dan ahli waris. Perhatikan Pasal 830 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Pewarisan hanya berlangsung karena kematian”. Sedangkan apabila kematian itu akibat pembunuhan, maka dalam pidana akan timbul akibat hukum bagi si pembunuh, yaitu ia harus mempertanggung jawabkan perbuatannya itu. Perhatikan Pasal 338 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, “Barang siapa dengang sengaja menghilangkan jiwa orang lain, maka terancam hukuman maksimal lima belas tahun penjara.

Contoh lain; peristiwa transaksi jual beli barang. Pada peristiwa inipun terdapat akibat yang diatur oleh hukum, yaitu timbulnya hak dan kewajiban. Perhatikan Pasal 1457 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Disebutkan bahwa; Jual beli adalah suatu persetujuan, dengan mana pihak yang satu mengikatkan pada dirinya untuk menyerahkan suatu kebendaan dan pihak yang lain untuk membayar harga yang telah dijanjikan.

Bila dilihat dari beberapa uraian contoh diatas, peristiwa hukum dapat digolongkan atau dibagi dalam dua jenis, yaitu⁷⁹:

1. Peristiwa hukum karena perbuatan subyek hukum
Peristiwa hukum karena perbuatan subyek hukum adalah semua perbuatan yang dilakukan manusia atau badan hukum yang dapat menimbulkan akibat hukum. Misalnya peristiwa pembuatan surat wasiat dan peristiwa tentang penghibahan barang.
2. Peristiwa hukum yang bukan perbuatan subyek hukum
Peristiwa hukum yang bukan perbuatan subyek hukum adalah semua peristiwa hukum yang tidak timbul karena perbuatan subyek hukum, akan tetapi apabila terjadi dapat menimbulkan akibat-akibat hukum tertentu. Misal kelahiran seorang bayi, kematian seseorang, dan kadaluarsa (*aquisitief* yaitu kadaluarsa yang menimbulkan hak dan *extinctief* yaitu kadaluarsa yang melenyapkan kewajiban).

⁷⁸Dudu Duwara Machmudin, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bandung: Refika Aditama, 2013, hlm, 40.

⁷⁹Pipin Syarifin dan Zarkasy Chumaidy, *Op. Cit.*, hlm, 74.

B. Perbuatan Hukum

Perbuatan subyek hukum baik orang maupun badan hukum, dalam suatu peristiwa yang terjadi akan menimbulkan perbuatan hukum. Adapun pengertian Perbuatan hukum adalah setiap perbuatan manusia yang dilakukan dengan sengaja untuk menimbulkan hak dan kewajiban. Perbuatan hukum merupakan perbuatan subyek hukum yang akibat hukumnya dikehendaki pelaku.⁸⁰ Selain itu Logemann juga berpendapat; “..perbuatan hukum itu perbuatan yang bermaksud menimbulkan kewajiban hukum (melenyapkan atau mengubah kewajiban hukum).”

Dengan kata lain perbuatan hukum dapat diberikan definisi segala sesuatu perbuatan manusia yang sengaja dilakukan untuk menimbulkan hak dan kewajiban. Jadi suatu perbuatan yang akibatnya tidak dikehendaki oleh pelaku bukan termasuk perbuatan hukum. Untuk itu, Perbuatan hukum dapat dibedakan menjadi dua macam, yakni:⁸¹

Secara garis besar, perbuatan hukum ada 2 macam yakni :

a) Perbuatan hukum yang bersegi satu (*eenzijdig*)

Adalah setiap perbuatan yang berakibat hukum (*rechtsgevolg*) dan akibat hukum ditimbulkan oleh kehendak satu subyek hukum, yakni satu pihak saja (yang telah melakukan perbuatan itu). Misalnya, perbuatan hukum yang disebut dalam Pasal 132 KUHPerdara (hak seorang istri untuk melepaskan haknya atas barang yang merupakan kepunyaan suami istri berdua setelah mereka kawin, harta *gono-gini*).

b) Perbuatan hukum yang bersegi dua (*tweezijdig*).

Setiap perbuatan yang akibat hukumnya ditimbulkan oleh kehendak dua subyek hukum, yaitu dua pihak atau lebih. Setiap perbuatan hukum yang bersegi dua merupakan perjanjian (*overeenkomst*) seperti yang tercantum dalam Pasal 1313 KUHPerdara “Perjanjian itu suatu perbuatan yang menyebabkan satu orang (subyek hukum) atau lebih mengikat dirinya pada seorang (subyek hukum) lain atau lebih”.

Dalam hal ini, perbuatan subyek hukum dapat di bedakan menjadi dua yakni :

⁸⁰Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika, 2011, hlm, 191.

⁸¹*Ibid.*, hlm, 292

1. Perbuatan Subyek Hukum yang Merupakan Perbuatan Hukum.

Perbuatan subyek hukum yang merupakan perbuatan hukum adalah perbuatannya subyek hukum yang akibat hukumnya dikehendaki pelaku. Jadi unsur kehendak merupakan unsur esensial dari perbuatan tersebut. Contoh perbuatan jual beli, perjanjian sewa menyewa, perjanjian pinjam meminjam dan lain sebagainya.

2. Perbuatan Subyek Hukum yang Bukan Perbuatan Hukum.

Perbuatan subyek hukum yang bukan perbuatan hukum adalah perbuatan subyek hukum yang akibat hukumnya tidak dikehendaki oleh pelaku. Perbuatan-perbuatan yang dimaksud seperti: Perbuatan melawan hukum (*Onrechmatigedaad*), perwakilan sukarela (*Zaakwaarneming*), Pemberian Kusasa (*Lastgeving*).

a. Perbuatan Melawan Hukum (*Onrechmatigedaad*).

Burgerlijk Wetboek Nederlands-Indie (BW Indonesia) atau kemudian dikenal dengan Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata.) adalah bagian dari sistem hukum perdata di Indonesia. Dengan asas konkordansi (*concordantie*), yaitu kaidah hukum yang berlaku di negeri Belanda akan berlaku di negara jajahannya, BW Indonesia kemudian berlaku di Indonesia. Namun, ruang lingkup berlakunya tidak secara menyeluruh, artinya hanya berlaku bagi sebagian golongan saja yaitu Golongan Eropa, Tiong Hoa, Arab, dan Timur Asing lainnya, serta Bumiputera yang menundukkan diri dengan sukarela.⁸²

Kitab Undang-undang Hukum Perdata yang digunakan hingga saat ini, sejatinya merupakan terjemahan dari *Burgerlijk Wetboek* tersebut. Pada awalnya, Kitab yang beredar di masyarakat ini masih merupakan terjemahan yang dilakukan oleh R. Subekti, Guru Besar dari Fakultas Hukum Universitas Diponegoro. Namun sekarang, di masyarakat sudah muncul beberapa versi terjemahan lainnya.

⁸²Hal tersebut terjadi dengan berlakunya Stb. 1855:2 tentang *Wet op de Staatsinrichting van Nederlandsch Indie (IS)*. Pasal 131 IS menetapkan pembedaan penduduk Indonesia ke dalam 3 (tiga) macam golongan: golongan Eropa Timur Asing dan Bumiputera. Pasal 163 IS membedakan hukum yang berlaku bagi golongan Eropa dan Timur Asing di satu pihak dengan hukum yang berlaku bagi golongan Bumiputera di lain pihak: golongan Eropa dan Timur Asing tunduk kepada BW Indonesia dan golongan Bumiputera tunduk pada hukumnya masing-masing, kecuali menundukkan diri dengan sukarela terhadap BW Indonesia.

1) Istilah *Onrechtmatige Daad*

Studi dan penelitian atas lebih dari satu sistem hukum dari negara yang berbeda lazimnya akan menghadapkan penelitiannya dengan persoalan untuk menemukan padanan kata atau istilah (*terms*) yang mampu mencakup kenyataan atau fakta dalam sistem yang akan diteliti. Hal semacam ini juga sangat disadari oleh Karen Vandekerckhove yang secara komprehensif melakukan penelitian tentang *piercing the corporate veil* dengan melakukan studi perbandingan hukum di beberapa negara. Menurutnya, “*Many concepts are difficult to translate, because the translation risks not representing exactly the reality covered by the term in its national system*” (Banyak konsep-konsep yang sulit untuk diterjemahkan, karena penerjemahan suatu istilah dalam suatu bahasa atau disiplin tertentu ke dalam bahasa atau disiplin lainnya, memiliki risiko terjemahan yang tidak mewakili kenyataan sebenarnya yang dimaksud oleh suatu istilah dalam sistem nasionalnya).⁸³ Rupanya, keadaan sebagaimana dialami oleh *Vandekerckhove* juga dialami oleh para ahli hukum Indonesia di masa lampau, ketika mereka hendak menterjemahkan kata atau istilah hukum *onrechtmatige daad* di dalam BW ke dalam bahasa Indonesia.

Dalam BW Indonesia (KUHPerdata), perihal *onrechtmatige daad* diatur melalui Pasal 1365. R. Subekti⁸⁴ menerjemahkan pasal tersebut sebagai berikut,

Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.

Berdasarkan teks terjemahan tersebut dapat dicatat bahwa R. Subekti memilih kata perbuatan melanggar hukum sebagai terjemahan dari istilah *onrechtmatige daad*.

Menarik untuk dicatat disini adalah perihal penerjemahan istilah *onrechtmatige daad* ke dalam bahasa Indonesia tampaknya dipahami dan diterjemahkan secara beragam oleh beberapa ahli hukum. R. Subekti dalam Pasal 1365 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, yang merupakan terjemahan *Burgerlijk Wetboek* Indonesia, menyebut sebagai perbuatan

⁸³Karen Vandekerckhove, *Piercing the Corporate Veil*, Netherlands:Wolters Kluwer, 2007, hlm, 29.

⁸⁴R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, Kitab Undang-undang Hukum Perdata-*Burgerlijk Wetboek*, Cetakan Kesembilan belas, Pradnya Paramita, Jakarta, 1985, hlm, 310.

melanggar hukum.⁸⁵ M.A. Mugni Djojodirdjo menerjemahkan *onrechtmatige daad* dengan perbuatan melawan hukum. Adapun R. Wirjono Prodjodikoro berpendapat terjemahan perbuatan melanggar hukum lebih tepat mengingat perkataan perbuatan melawan hukum merupakan istilah yang lebih bersifat teknis yuridis yang arti sebenarnya secara tepat hanya mungkin didapatkan dari peninjauan tujuan dari Pasal 1365 BW.⁸⁶ Utrecht menerjemahkannya dengan perbuatan yang bertentangan dengan asas-asas hukum,⁸⁷ sedangkan Sudiman Kartohadiprodo menggunakan istilah tindakan melawan hukum.⁸⁸ Di samping itu, R. Setiawan sependapat dengan M.A. Mugni Djojodirdjo dengan pertimbangan bahwa pada istilah melawan melekat kedua sifat aktif dan pasif. Artinya, apabila perbuatan itu dilakukan seseorang dengan sengaja, dan menimbulkan kerugian kepada orang lain, di sini pelakunya secara sengaja melakukan gerakan, dengannya menunjukkan sifat aktif dari kata melawan itu. Sebaliknya, apabila pelakunya dengan sengaja diam saja, sedangkan ia mengetahui bahwa ia harus melakukan suatu perbuatan dan ia juga tahu dengan diamnya itu akan mengakibatkan kerugian kepada orang lain, maka hal ini sekaligus menunjukkan sifat pasif dari kata melawan itu.⁸⁹

Terjemahan ini menjadi semakin penting apabila tulisan tersebut merupakan suatu produk perundang-undangan yang dari segi bahasa pun sudah memiliki karakteristik bahasa tersendiri yang berbeda dengan penggunaan bahasa yang sama pada bidang yang berbeda. Misalnya, dalam bidang ilmu hukum terdapat istilah-istilah baku yang menjadi istilah hukum (*legal term*) yang sangat mungkin akan memiliki makna yang berbeda

⁸⁵R. Subekti, *loc cit.*

⁸⁶R. Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perdata*, Cetakan Kelima, Sumur Bandung, Bandung, 1966, hlm, 45, dikutip dalam Rachmat Setiawan, *Tinjauan Elementer Perbuatan Melanggar Hukum*, Cetakan Pertama, Binacipta, Bandung, 1991, hlm, 5.

⁸⁷E. Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Cetakan Keempat, PT. Penerbit dan Balai Buku Ikhtiar, Jakarta, 1964, hlm, 255, dikutip dalam Rachmat Setiawan, *Tinjauan Elementer Perbuatan Melanggar Hukum*, Cetakan Pertama, Binacipta, Bandung: 1991, hlm, 5.

⁸⁸Sudiman Kartohadiprodo, *Pengantar Tata Hukum di Indonesia*, Cetakan Kelima, PT. Jakarta Pembangunan Jakarta, 1967, hlm, 100, dikutip dalam Rachmat Setiawan, *Tinjauan Elementer Perbuatan Melanggar Hukum*, Cetakan Pertama, Binacipta, Bandung, 1991, hlm, 5.

⁸⁹Rachmat Setiawan, *Tinjauan ...*, *op. cit.* hlm. 5-6. Bandingkan pula dengan M.A. Moegni Djojodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1979, hlm, 13.

apabila istilah tersebut digunakan dalam bidang lain atau bidang yang bersifat umum.

Tanpa mengurangi penghormatan atas penerjemahan yang telah dilakukan oleh para ahli hukum di masa lalu, terdapatnya perbedaan dan perdebatan dalam hal penerjemahan istilah *onrechtmatige daad*, sebagaimana dipaparkan di atas, menjadi sisi menarik dan penting bagi penulis untuk melakukan pelacakan (ulang) makna tersebut. Tujuannya semata-mata untuk memperoleh kembali dasar-dasar yang akurat dan valid atas penerjemahan istilah *onrechtmatige daad* dalam bahasa Indonesia, agar penulis dapat lebih memahami alasan-alasan yang mendasari argumentasi para ahli hukum yang telah menerjemahkan istilah tersebut di masa lampau.

Di dalam Kamus Belanda-Indonesia ditemukan beberapa kata yang berkaitan dengan perbuatan melawan hukum: *onrechtmatig* (*adj*) *een onrechtmatige daad* perbuatan yang melawan/melanggar hukum.⁹⁰ *Onrechtmatigheid* (*n*) (*het onrechtmatige zijn*) sifat melanggar hukum⁹¹ dan *onrechtmatigheid* (*n*) (*iets onrechtmatigs zijn*) pelanggaran hukum.⁹²

Penulis juga melacak kata *onrechtmatige daad* dalam Kamus Belanda-Inggris dan ditemukan beberapa terjemahan sebagai berikut: *onrechtmatig* (*tegen de wet*): *unlawful, illegal; (ten onrechte) wrongful, unjust; onrechtmatige daad* (*jur*) *tort*.⁹³ *Sedangkan onrechtmatigheid* (*tegen de wet*) *unlawfulness, illegality; (ten onrechte) wrongfulness, unjustness*.⁹⁴

Berdasarkan penelusuran makna istilah *onrechtmatige daad* dan mencermati penerjemahan yang sudah dilakukan oleh para ahli hukum Indonesia beserta alasan-alasannya, maka dapat disimpulkan bahwa *onrechtmatige daad* merupakan suatu perbuatan yang bertentangan dengan hukum. Perbuatan tersebut dapat berupa suatu tindakan secara aktif maupun pasif. Tindakan aktif yang bertentangan dengan hukum tersebut dapat berupa tindakan yang dilarang oleh hukum. Tindakan pasif yang bertentangan dengan hukum dapat berupa sikap tidak melaksanakan hal yang diperintahkan oleh hukum.

⁹⁰Susi Moeimam dan Hein Steinhauer, *Nederlands-Indonesisch Woordenboek*, Leiden – Nederlands: KITLV Uitgeverij, 2004, hlm, 640.

⁹¹*Ibid.*

⁹²*Ibid.*

⁹³W. Martin and G.A.J. Tops, *Groot Woordenboek Nederlands-Engels*, Cetakan Kedua, Utrecht-Nederland: Van Dale Lexicografie bv, 1991, hlm, 943.

⁹⁴*Ibid.*

2) Kedudukan, Ruang Lingkup, Pengaturan Umum dan Pengertian tentang Perbuatan Melawan Hukum

Di dalam ranah hukum perdata, Buku Kedua Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata) mengatur berbagai hal yang berkaitan dengan perikatan (*overeenkomst*). Perikatan yang dilakukan oleh masyarakat dapat berasal dari dua sumber yaitu perjanjian dan undang-undang. Perikatan-perikatan yang berasal dari perjanjian diatur dalam Bab Kedua Bagian Kesatu sampai Bagian Ketiga dan mulai Pasal 1313 sampai dengan Pasal 1337 KUHPerdata. Sedangkan perikatan-perikatan yang berasal dari undang-undang diatur dalam Bab Ketiga mulai Pasal 1352 sampai dengan Pasal 1380 KUHPerdata.

Pasal 1352 KUHPerdata.

Perikatan-perikatan yang dilahirkan demi undang-undang, timbul dari undang-undang sahaja, atau dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang.⁹⁵

Dari Pasal ini dapat diketahui bahwa dalam hal suatu perikatan yang dilahirkan dari undang-undang, maka terdapat dua macam perikatan yaitu yang timbul semata-mata karena sudah ditentukan oleh undang-undang saja, dan yang timbul sebagai akibat dari perbuatan orang lain. Selanjutnya Pasal 1353 KUHPerdata. menguraikan bahwa perikatan yang dilahirkan dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang, maka perikatan tersebut dapat merupakan perikatan yang muncul karena ‘perbuatan yang halal’ (yang menurut hukum) atau perikatan yang muncul karena perbuatan melanggar/melawan hukum seseorang. Dengan demikian, kedudukan perbuatan melawan hukum dalam hukum perdata tergolong dalam perikatan yang lahir dari undang-undang, dan secara lebih khusus, merupakan perikatan yang timbul sebagai akibat perbuatan orang yang berupa perbuatan melawan hukum.

Perbuatan melawan hukum diatur dalam Pasal 1365 KUHPerdata. sebagaimana berikut:

Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.

Apabila menyimak susunan kata-kata (*wording*) dari pasal tersebut, dapat disimpulkan bahwa Pasal 1365 KUHPerdata. tidak memberikan

⁹⁵R. Subekti, *op cit*, hlm, 309.

definisi tentang perbuatan melawan hukum itu sendiri. Yang termaktub di dalam pasal tersebut justru menggambarkan akibat dari perbuatan tersebut, yakni membawa kerugian kepada pihak lain. Di samping itu, pasal ini juga menetapkan konsekuensi hukum yang harus dilakukan oleh pelakunya yaitu mengganti kerugian tersebut.

Selanjutnya disebutkan dalam Pasal 1366 KUHPerdara. bahwa, Setiap orang bertanggung jawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena kelalaian atau kurang hati-hatinya.

R. Setiawan berpendapat bahwa rumusan Pasal 1366 KUHPerdara di atas mengaburkan makna yang sudah diuraikan dalam Pasal 1365 KUHPerdara. Menurutnya, unsur kesalahan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1365 KUHPerdara. semestinya sudah mencakup kelalaian yang dicantumkan dalam Pasal 1366 KUHPerdara.⁹⁶ Akan tetapi, R. Setiawan juga mencoba memahami maksud dari pembentuk undang-undang mencantumkan kedua pasal tersebut. Dalam pemahamannya, penggunaan kata kelalaian dalam Pasal 1366 KUHPerdara., sebenarnya menunjukkan bahwa pembentuk undang-undang membedakan dua macam perbuatan melawan hukum. Yang pertama adalah yang tercantum dalam Pasal 1366 KUHPerdara. yaitu tidak berbuat, sedangkan perbuatan melawan hukum lainnya adalah yang tercantum dalam Pasal 1365 KUHPerdara. sebagai berbuat.⁹⁷ Jadi dapat dipahami bahwa dalam konteks perbuatan melawan hukum, yang dimaksud dengan perbuatannya meliputi perbuatan yang bersifat aktif dan perbuatan yang bersifat pasif.

Dalam sejarah perkembangannya, pemahaman dan penafsiran terhadap perbuatan melawan hukum mengalami evolusi. Dari pemahaman yang ditafsirkan secara sempit sampai pada pemahaman yang ditafsirkan secara luas. Terutama setelah munculnya Arrest Hoge Raad 31 Januari 1919 yang dengan munculnya Arrest ini, perdebatan perihal kategori perbuatan di dalam Pasal 1365 dan Pasal 1366 KUHPerdara. tidak perlu dilanjutkan lagi.⁹⁸

Penjabaran lebih rinci atas kasus yang diputus dalam Arrest klasik dan monumental itu, sebagaimana telah diuraikan secara singkat pada pembahasan PMH di Belanda, adalah sebagai berikut:

⁹⁶Rachmat Setiawan, *op cit.*, hlm, 6.

⁹⁷*Ibid.*

⁹⁸*Ibid.*

Tersebutlah dua orang pengusaha percetakan yaitu Lindenbaum dan Cohen. Perusahaan Lindenbaum terhitung maju di jamannya. Cohen membujuk seorang pegawai Lindenbaum untuk membocorkan rahasia perusahaan Lindenbaum, terutama untuk membuka informasi tentang daftar nama para langganan dan daftar harga produk perusahaan Lindenbaum. Ketika hal ini berjalan mulus, tampaklah akibat dari perbuatan tersebut; perusahaan Lindenbaum mulai mundur, sebaliknya perusahaan Cohen menjadi maju. Pengkhianatan yang telah dilakukan pegawai Lindenbaum akhirnya diketahui oleh Lindenbaum dan tentu saja Lindenbaum merasa dirugikan. Kemudian Lindenbaum pun mengajukan gugatan terhadap Cohen ke Arrondissement Rechtbank Amsterdam berdasarkan perbuatan melawan hukum Pasal 1401 BW Nederlands dan menuntut ganti atas kerugian yang telah dideritanya. Di Pengadilan tingkat pertama tersebut, Cohen kalah tetapi kemudian menang di tingkat Banding (Gerechtshof) dengan alasan bahwa perbuatan Cohen tidak dilarang oleh undang-undang. Namun kemudian, Pengadilan tingkat Kasasi (Hoge Raad) membenarkan gugatan Lindenbaum dengan pertimbangan bahwa Gerechtshof menafsirkan perbuatan melawan hukum sebagai melawan undang-undang semata. Penafsiran tersebut tidak beralasan, karena makna melawan hukum adalah tidak sama dengan melawan undang-undang. Hoge Raad berpendapat, “Perbuatan melawan hukum harus diartikan sebagai berbuat atau tidak berbuat yang memperkosa hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat atau kesusilaan atau kepatutan dalam masyarakat, baik terhadap diri atau benda orang lain.”⁹⁹

Dengan demikian, dapat dijelaskan bahwa Arrest 1919 menguraikan penafsiran luas tentang PMH bahwa suatu perbuatan tergolong perbuatan melawan hukum apabila:

1. Melanggar hak orang lain; atau
2. Bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat; atau
3. Bertentangan dengan kesusilaan yang baik; atau
4. Bertentangan dengan kepatutan yang terdapat dalam masyarakat terhadap diri atau barang orang lain.¹⁰⁰

Menurut Rosa Agustina, rumusan norma Pasal 1365 KUH Perdata lebih merupakan struktur norma daripada substansi ketentuan Pasal 1365

⁹⁹*Ibid.*

¹⁰⁰*Ibid.*, hlm, 12.

KUHPerdata Yang senantiasa memerlukan materialisasi di luar KUH Perdata.¹⁰¹

Melanggar hak orang lain artinya melanggar hak subyektif orang lain. Menurut Meiyers, sebagaimana dikutip oleh R. Setiawan, hak subyektif ini menunjuk kepada suatu hak yang diberikan oleh hukum kepada seseorang secara khusus untuk melindungi kepentingannya. Hak-hak subyektif tersebut dan yang diakui oleh yurisprudensi adalah hak-hak pribadi seperti hak atas kebebasan, nama baik dan kehormatan, dan hak-hak harta kekayaan.¹⁰²

Bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat dimaksudkan bertentangan dengan kewajiban menurut hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Dalam putusannya, Hoge Raad menafsirkan kewajiban hukum tersebut sebagai kewajiban menurut undang-undang. Jadi perbuatan melawan hukum diartikan, antara lain, berbuat atau tidak berbuat yang melanggar suatu kewajiban yang telah diatur oleh undang-undang. Undang-undang yang dilanggar tidak hanya undang-undang dalam arti formal akan tetapi juga peraturan hukum yang dikeluarkan oleh pemerintah. Termasuk di dalamnya adalah perbuatan pidana, misalnya pencurian, penggelapan, penipuan dan pengrusakan. Oleh karenanya, perbuatan semacam ini tidak hanya dapat dituntut secara pidana, tetapi juga dituntut ganti rugi secara perdata berdasarkan Pasal 1365 BW.¹⁰³

Bertentangan dengan kesusilaan yang baik pada dasarnya tidak dapat dirumuskan secara tepat. Kesusilaan yang baik dapat dipahami sebagai norma-norma moral dalam pergaulan masyarakat yang telah diterima sebagai norma-norma hukum. Menurut R. Setiawan, hingga saat beliau menuliskan bukunya belum ada yang dapat secara tepat mengemukakan maksud dari kesusilaan yang baik. Umumnya masyarakat mengakui dan menerima pengertian dan asas tentang kesusilaan yang baik tersebut, namun demikian apabila hendak ditelusuri lebih lanjut pengertiannya akan menemui kesulitan.¹⁰⁴

¹⁰¹Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, Cetakan Kedua, Jakarta: Pascasarjana Fakultas Hukum – Universitas Indonesia, 2004, hlm, 3.

¹⁰²Rachmat Setiawan, *loc cit.*

¹⁰³*Ibid.*, hlm, 13.

¹⁰⁴*Ibid.*, hlm, 14.

Bertentangan dengan kepatutan merupakan syarat penting keempat yang melengkapi ketiga syarat sebelumnya. Dapat dijelaskan pula bahwa suatu perbuatan adalah bertentangan dengan kepatutan, apabila:

- 1) Perbuatan tersebut sangat merugikan orang lain tanpa kepentingan yang layak;
- 2) Perbuatan yang tidak berfaedah yang menimbulkan bahaya terhadap orang lain, yang menurut manusia yang normal hal tersebut harus diperhatikan.¹⁰⁵

Berkaitan dengan syarat keempat ini, ada yang berpendapat bahwa dengan adanya syarat keempat ini, maka ketiga syarat sebelumnya tidak perlu ada. Alasannya, karena perbuatan yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukumnya ataupun bertentangan dengan kesusilaan adalah selalu bertentangan dengan kepatutan. Meski demikian, R. Setiawan berpendapat bahwa dasar pertimbangan tersebut tidaklah tepat karena dalam pertimbangan beliau justru syarat keempat ini merupakan pelengkap dari ketiga syarat sebelumnya.¹⁰⁶

Dalam Rancangan Undang-undang (RUU) Perikatan, Mariam Darus Badruzaman berusaha merumuskan secara lengkap tentang perbuatan melawan hukum sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1365 KUHPerdara, sebagai berikut:¹⁰⁷

- 1) Suatu perbuatan melawan hukum yang mengakibatkan kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahan atau kelalaiannya menerbitkan kerugian untuk mengganti kerugian tersebut.
- 2) Melanggar hukum adalah tiap perbuatan yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan kemasyarakatan terhadap pribadi atau harta benda orang lain.
- 3) Seseorang yang sengaja tidak melakukan suatu perbuatan yang wajib dilakukannya, disamakan dengan seorang yang melakukan suatu perbuatan terlarang dan karenanya melanggar hukum.

¹⁰⁵Rachmat Setiawan, *op cit.*, hlm. 15.

¹⁰⁶*Ibid.*

¹⁰⁷Sutan Remy Sjahdeini, dkk., *Naskah Akademis Peraturan Perundang-undangan tentang Perbuatan Melawan Hukum*, Badan Pembinaan Hukum Nasional – Departemen Kehakiman RI, Jakarta, 1993-1994, hlm, 18.

Dalam pandangan Rosa Agustina, rumusan norma yang telah dibuat di atas telah mengakomodasi perkembangan pemikiran baru mengenai perbuatan melawan hukum. Dalam konsep yang diajukan di atas pengertian melawan hukum menjadi tidak hanya diartikan sebagai melawan undang-undang (hukum tertulis) tetapi juga bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan masyarakat (hukum tidak tertulis).¹⁰⁸

3) Arti Melawan Hukum dan Unsur-unsur dalam Perbuatan Melawan Hukum

Menurut Hoffman, suatu perbuatan melawan hukum harus memenuhi empat unsur berikut, yaitu:

- a. *Er moet een daad zijn verricht* (harus ada yang melakukan perbuatan);
- b. *Die daad moet onrechtmatig zijn* (perbuatan itu harus melawan hukum);
- c. *De daad moet aan een ander schade heb ben toegebracht* (perbuatan itu harus menimbulkan kerugian pada orang lain);
- d. *De daad moet aan schuld zijn te wijten* (perbuatan itu karena kesalahan yang dapat dicelakan kepadanya).¹⁰⁹

Apabila seseorang atau suatu pihak hendak menuntut ganti rugi dalam suatu perkara perbuatan melawan hukum, maka harus terpenuhi beberapa unsur esensial berikut ini:

a) Perbuatan Melawan Hukum

Perbuatan melawan hukum adalah suatu perbuatan kesengajaan atau kelalaian yang bertentangan dengan hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku sendiri atau bertentangan dengan kesusilaan maupun dengan sikap kehati-hatian yang seyogyanya diindahkan dalam pergaulan hidup manusia.¹¹⁰ Sebaliknya, suatu perbuatan yang diperkirakan tergolong perbuatan melawan hukum dapat pula dinilai bukan perbuatan melawan hukum apabila memenuhi 4 alasan pembelar

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht*, eerst deel, De algemene leer der verbintenissen, tweede druk, Batavia: J.B. Wolfer, 1932, hlm. 257-265, dikutip dalam Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan-Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia*, Cetakan 1, Alumni, Bandung, 2002, hlm, 34.

¹¹⁰ Chairuddin Ismail, *Direksi dan Komisaris dalam Perbuatan Melawan Hukum oleh Perseroan Terbatas – Konstruksi Hukum, Tanggung Jawab dan Perlindungan Hukum Pihak Ketiga*, Cetakan Pertama, Merlyn Press, Jakarta, 2005, hlm, 46.

(*rechtvaardigingsgronden*). Dengan terpenuhinya salah satu saja dari alasan-alasan pembenar ini, maka dapat menghilangkan sifat melawan hukum dari perbuatan tersebut.

Keempat alasan pembenar tersebut terdapat dalam Pasal 48-51 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHPidana) yaitu keadaan memaksa, pembelaan terpaksa, melaksanakan ketentuan undang-undang, dan melaksanakan perintah atasan.

i. Keadaan Memaksa (*Overmacht*)

Pasal 48 KUHPidana

Barang siapa melakukan perbuatan karena pengaruh data paksa, tidak dipidana.

Pasal 1245 KUHPerdota

Debitur tidak wajib membayar ganti rugi, apabila karena *forcemajeur/overmacht* ia terhalang memenuhi prestasinya.

Secara umum dapat disampaikan bahwa *overmacht* adalah salah satu paksaan/dorongan yang datangnya dari luar dan tidak dapat dihindarkan atau harus dihindarkan. Dalam terjemahan Bahasa Inggris, makna yuridis dari *overmacht* adalah “*circumstances beyond one’s control; an Act of God.*”¹¹¹ Adakalanya suatu keadaan *overmacht* mempunyai sifat yang berbeda dan tidak harus menimbulkan akibat yang sama, sehingga *overmacht* hanya digolongkan sebagai alasan pemaaf (*schulduitsluitingsgronden*).¹¹²

Di samping itu, suatu perbuatan melawan hukum juga dilakukan dalam keadaan *noodtoestand* (state of emergency)¹¹³ yang juga merupakan bentuk tertentu dari *overmacht*.

ii. Pembelaan Terpaksa (*Nood weer*)

Pasal 49 KUHPidana

- (1) Barang siapa terpaksa melakukan perbuatan untuk pembelaan, karena ada serangan atau ancaman serangan ketika itu yang melawan hukum, terhadap diri sendiri maupun orang lain, terhadap kehormatan kesusilaan atau harta benda sendiri maupun orang lain, tidak dipidana.

¹¹¹de Knegt, AFM, dan de Knegt-Bos, C, Prisma Woordenboek: Nederlands-Engels, Utrecht-Netherlands, 2008, hlm, 318.

¹¹²Rachmat Setiawan, *op cit.*, hlm, 16.

¹¹³Terjemahan dari de Knegt, AFM, dan de Knegt-Bos, *op cit.*, hlm, 283.

- (2) Pembelaan terpaksa yang melampaui batas, yang langsung disebabkan oleh kegoncangan jiwa yang hebat karena serangan atau ancaman serangan itu, tidak dipidana.

Dalam situasi ini, seseorang melakukan perbuatan yang terpaksa karena untuk membela diri sendiri atau orang lain, kehormatan atau barang terhadap serangan yang tiba-tiba dan melawan hukum. Setiap orang yang diserang orang lain, berhak untuk membela diri. Jika ia dalam melakukan pembelaan diri tersebut membuatnya terpaksa melakukan perbuatan melawan hukum, maka sifat melawan hukum dari perbuatannya menjadi hilang. Oleh karena itu, agar suatu perbuatan dapat digolongkan sebagai upaya pembelaan diri, maka harus ada serangan yang ditujukan kepadanya dan pembelaan diri ini juga tidak boleh melampaui batas.¹¹⁴

iii. Melaksanakan Ketentuan Undang-undang

Pasal 50 KUHPidana

Barang siapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang, tidak dipidana.

Apabila suatu perbuatan dilakukan karena melaksanakan undang-undang, maka perbuatan tersebut tidak dapat digolongkan sebagai perbuatan melawan hukum. Akan tetapi, apabila perbuatan yang dilandaskan pada peraturan perundang-undangan atau dilakukan berdasarkan kewenangan yang diberikan undang-undang akan tergolong perbuatan melawan hukum apabila disalahgunakan.¹¹⁵

iv. Melaksanakan Perintah Atasan

Pasal 51 KUHPidana

- (1) Barang siapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang, tidak dipidana.
- (2) Perintah jabatan tanpa wewenang, tidak menyebabkan hapusnya pidana, kecuali jika yang diperintah, dengan itikat baik mengira bahwa perintah diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya.

Perbuatan yang dilakukan karena melakukan perintah atasan yang berwenang, tidak termasuk sebagai perbuatan melawan hukum. Perintah atasan hanya berlaku sebagai alasan pembenar (*rechtvaardigingsgrond*) bagi orang yang melaksanakan perintah tersebut. Tidak tertutup

¹¹⁴Rachmat Setiawan, *op cit.*, hlm. 17.

¹¹⁵*Ibid.*

kemungkinan bahwa pemerintah/penguasa yang memberikan perintah tersebut bertindak melawan hukum.¹¹⁶ Dalam kasus serupa pada era *good governance* di Indonesia saat ini, patut menjadi bahan renungan mengenai alasan pembenar yang keempat ini. Peraturan perundang-undangan yang berkenaan dengan anti korupsi dan peraturan lainnya yang dikeluarkan oleh pemerintah dalam rangkaian gerakan *good governance* dan anti korupsi dari Kabinet Indonesia Bersatu, akan menjadi batu sandungan tersendiri terhadap aplikasi dari alasan pembenar ini.

b) Kesalahan

Melalui Pasal 1365 KUHPerdata., pembentuk undang-undang menggariskan bahwa pelaku perbuatan melawan hukum hanya akan dimintai pertanggungjawabannya untuk kerugian yang ditimbulkannya, dan apabila perbuatan dan kerugian tersebut dapat diperhitungkan kepadanya. Dengan kata lain, adanya unsur kesalahan menjadi dasar pembenar bagi dinyatakan bertanggungjawabnya seseorang untuk suatu akibat merugikan yang disebabkan oleh perbuatannya. Pasal 1365 KUHPerdata. menetapkan dua unsur yang menjadi syarat yang berdiri sendiri: unsur perbuatan dan unsur akibat. Menurut Asser, kedua unsur tersebut berdiri sendiri untuk dapat memberikan pengertian atas istilah kesalahan sebagai perbuatan si pelaku dan akibat-akibat yang ditimbulkannya sebagai sesuatu yang dapat dipertanggungjawabkan kepada si pelaku.¹¹⁷ Dengan demikian, apabila dalam hukum pidana dikenal asas tiada pidana tanpa kesalahan, maka dalam hukum perdata berlaku asas serupa “tidak ada pertanggungjawaban untuk akibat-akibat hukum dari perbuatan melawan hukum tanpa kesalahan.”¹¹⁸

Sehubungan dengan kesalahan, terdapat dua teori dalam memandang kesalahan ini yaitu teori obyektif dan subyektif. Teori obyektif mengajarkan untuk menentukan suatu kesalahan haruslah diteliti tentang hal-hal yang diharapkan oleh manusia normal dalam keadaan sebagaimana dialami oleh si pelaku. Sedangkan teori subyektif mengajarkan untuk menentukan kesalahan cukup diteliti keadaan yang dialami oleh si pelaku saja.¹¹⁹

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*, hlm, 18.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*, hlm, 19.

c) Kerugian

Meski Pasal 1365 KUHPerdata. menentukan kewajiban pelaku perbuatan melawan hukum untuk membayar ganti rugi, namun undang-undang tidak mengatur dan menjelaskan lebih lanjut tentang ganti rugi yang disebabkan oleh perbuatan melawan hukum. Adapun kerugian yang dimaksudkan dalam Pasal 1365 KUHPerdata. adalah kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatan melawan hukum, dan dapat bersifat harta kekayaan maupun yang bersifat ideal.¹²⁰ Artinya, kerugian tersebut dapat merupakan kerugian yang dapat ditentukan besarnya dengan bantuan tenaga ahli, atau pun yang merupakan kerugian ideal yang bersifat non-materiil.

d) Hubungan Sebab-Akibat

Hubungan antara perbuatan melawan hukum dengan kerugian merupakan dasar untuk menggugat ganti-rugi berdasarkan perbuatan melawan hukum. Ada dua teori yang berkaitan dengan persoalan sebab-akibat atau kausalitas ini, yaitu teori *Conditio Sine Qua Non* dan teori *Adequate Veroorzaking*.¹²¹

Conditio Sine Quanon merupakan teori dari Von Buri yang mengajarkan bahwa suatu hal adalah sebab dari suatu akibat, apabila akibat itu tidak akan terjadi jika sebab itu tidak ada. Dengan demikian, dalam teori ini dikenal banyak sebab. Teori ini tidak dapat dipergunakan, karena pertanggungjawaban pelaku menjadi terlalu luas. Adapun teori *Adequate Verorzaking* von Kries mengajarkan bahwa suatu hal baru dapat disebut sebab dari suatu akibat, apabila menurut pengalaman manusia dapat diperkirakan terlebih dahulu bahwa sebab itu akan diikuti oleh akibat itu.

b. Perbuatan Suka Relia Untuk kepentingan Pihak Ketiga (*Zaakwaarneming*)

dimana perbuatan yang akibatnya diatur oleh hukum, walaupun bagi hukum tidak perlu akibat tersebut dikehendaki oleh yang melakukan perbuatan itu. Misalnya pada Pasal 1354 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyebutkan: Jika seseorang dengan sukarela, dengan tidak mendapat perintah untuk itu, mewakili urusan orang lain dengan atau tanpa pengetahuan orang ini, maka ia secara diam-diam mengikat dirinya untuk

¹²⁰ *Ibid*, hlm, 21.

¹²¹ Bandingkan Wirjono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum – Dipandang dari Sudut Hukum Perdata*, Cetakan I, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm, 17-21; Rachmat Setiawan, *Tinjauan...*, hlm, 23-24.

meneruskan serta menyelesaikan urusan tersebut, hingga orang yang diwakili kepentingannya dapat mengerjakan sendiri urusan itu. Ia memikul segala kewajiban yang harus dipikulnya, seandainya ia dikuasakan dengan suatu pemberian kuasa yang dinyatakan dengan tegas.

C. Akibat Hukum

Akibat hukum adalah segala akibat yang terjadi dari segala perbuatan hukum yang dilakukan oleh subjek hukum terhadap obyek hukum ataupun akibat-akibat lain yang disebabkan karena kejadian-kejadian tertentu yang oleh hukum yang bersangkutan sendiri telah ditentukan atau dianggap sebagai akibat hukum. Akibat hukum inilah yang kemudian melahirkan suatu hak dan kewajiban bagi para subyek hukum. Atau dengan kata lain, akibat hukum adalah akibat yang ditimbulkan oleh peristiwa hukum. Contoh mengenai akibat hukum yaitu :

- a. Terbitnya suatu hak dan kewajiban bagi pembeli dan penjual adalah akibat dari perbuatan hukum jual beli antara pemilik barang dan pembeli barang.
- b. Penjatuhan hukuman terhadap seorang pencuri adalah akibat hukum dari adanya seseorang yang mengambil barang orang lain karena tanpa hak atau secara melawan hukum. Dalam Pasal 362 KUHPidana: Barang siapa mengambil sesuatu barang, yang sama sekali atau sebagian termasuk kepunyaan orang lain, dengan maksud akan memiliki barang itu dengan melawan hak, dihukum, karena pencurian, dengan hukuman penjara selama-lamanya lima tahun atau denda sebanyak-banyaknya enam puluh rupiah¹²²

D. Hak dan Kewajiban

Segala akibat yang terjadi dari segala perbuatan hukum yang dilakukan oleh subyek hukum terhadap hukum ataupun akibat-akibat yang lain yang disebabkan karena kejadian-kejadian tertentu akan menimbulkan suatu hak dan kewajiban bagi subyek hukum tersebut. Oleh karena itu, pada bagian ini akan dibahas tentang hak dan kewajiban dari subyek hukum menurut ilmu hukum.

1. Hak

Hak dan kewajiban termasuk dua hal yang tidak dapat dipisahkan kedua hal tersebut memiliki keterkaitan yang erat, dimana disitu ada hak yang dapat diperoleh, disitu pula ada kewajiban yang harus dijalankan.

¹²²Dudu Duwara Machmudin, *Pengantar...*, *op. cit*, hlm. 50.

Dalam hukum hak memiliki pengertian wewenang yang diberikan obyek hukum kepada subyek hukum. Contohnya wewenang yang diberikan obyek hukum contohnya wewenang untuk memiliki sesuatu (barang), ia dapat berbuat apa saja dengan barang tersebut asal tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan tidak menimbulkan kerugian bagi subyek hukum yang lain. Dalam contoh tersebut hak kepemilikan (*eigendomsrecht*).

Dalam Pasal 570 KUHPerdara disebutkan bahwa hak milik adalah hak untuk menikmati kegunaan suatu kebendaaan dengan cara bagaimanapun juga asal tidak bertentangan dengan undang-undang atau peraturan umum yang ditetapkan oleh suatu kekuasaan yang berhak menetapkan, dan tidak mengganggu hak-hak orang lain.

Hak biasanya dibagi dalam dua golongan besar yaitu:¹²³

- a. Hak mutlak, adalah setiap kekuasaan mutlak yang oleh hukum diberikan kepada subyek hukum untuk berbuat sesuatu atau bertindak akan memperhatikan kepentingannya. Hak mutlak merupakan hak yang diberikan kekuasaan kepada yang bersangkutan untuk wajib dihormati oleh setiap orang. Contoh: hak pemilikan terhadap suatu obyek hokum, Hak untuk mendapat perlindungan dari negara. Hak mutlak dapat dibagi menjadi tiga yaitu hak asasi manusia, hak publik mutlak dan hak keperdataan.¹²⁴
- b. Hak relatif (*Nisbi*), dimana hak relatif adalah setiap kekuasaan atau kewenangan yang oleh hukum diberikan kepada subyek hukum lain tertentu, dengan kata lain hak ini hanya dapat dilakukan oleh suatu subyek hukum tertentu. Contoh: kewenangan si A untuk meminta uang kepada si B, karena si B telah berhutang. Kewenangan si A disebut hak relatif.

2. Kewajiban

Kewajiban adalah beban yang diberikan oleh hukum kepada orang atau badan hukum. Contoh kewajiban bagi setiap warga negara untuk membayar pajak kepada negara. Dari contoh kewajiban membayar pajak itu warga negara dapat menuntut hak kepada negara untuk mendapatkan infrastruktur yang layak. Jadi antara hak dan kewajiban memiliki hubungan yang erat dalam hukum.

Adapun kewajiban dapat timbul atas beberapa sebab:

¹²³Soeroso, *op. cit.*, hlm, 288.

¹²⁴C.S.T Kansil, *op. cit.*, hlm, 88.

- a. Diperolehnya suatu hak dengan syarat harus memenuhi kewajiban tertentu;
- b. Adanya suatu perjanjian yang telah disepakati bersama;
- c. Telah menikmati hak tertentu harus diimbangi dengan kewajiban tertentu;
- d. Kadaluarsa. Misalnya adanya kewajiban baru membayar denda atas pajak kendaraan bermotor bagi yang telat membayar pajak.

Di samping kewajiban dapat timbul bagi subyek hukum, kewajiban juga dapat lenyap atas subyek hukum oleh beberapa sebab, yakni: (a) Meninggalnya seseorang yang mempunyai kewajiban tanpa ada yang menggantikannya; (b) Hak yang melahirkan kewajiban telah hilang; (c) Ketentuan Undang-undang; (d) Kewajiban telah dialihkan kepada orang lain; dan (e) Diluar kemampuan manusia, sehingga manusia itu tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa suatu akibat hukum akan menimbulkan hak dan kewajiban. Mengenai hak dan kewajiban adalah suatu hal yang terkait erat. Dengan kata yang lebih mudah untuk menggambarkan hubungan antara keduanya adalah jika disitu ada suatu hak maka akan ada kewajiban yang harus dilakukan oleh subyek hukum.

**SUMBER HUKUM DAN HIERARKI
PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN RI****A. Pengertian Sumber Hukum**

Dalam lapangan ilmu pengetahuan hukum (*law Science*), terutama pada bagian-bagian yang erat hubungannya dengan pembuatan hukum (*law making*) dan pelaksanaannya (*law enforcement*), masalah sumber hukum merupakan suatu hal yang perlu dipahami, dianalisis, serta ditimbulkan problema-problema dan pemecahannya sehingga dapat diharapkan memiliki keserasian dengan perkembangan hukum yang sesuai dengan kebutuhan masyarakatnya.

Sumber hukum ialah segala sesuatu yang telah menimbulkan aturan-aturan yang mempunyai kekuatan yang bersifat memaksa, artinya yaitu aturan-aturan yang kalau dilanggar akan mengakibatkan sanksi yang tegas dan nyata. Atau merupakan segala apa yang menimbulkan aturanyang mempunyai kekuatan yang bersifat memaksa, yaitu aturanyang apabila di langgarakan dikenakan sanksi yang tegas.

Penyelidikan sumber hukum akan memberikan petunjuk tentang bagaimana dan di mana hukum itu berada. Pengetahuan yang mendalam mengenai sumber hukum menjadi salah satu yang membedakan antara seorang ilmuwan di bidang hukum dengan seorang yang sekadar mengetahui (berpengetahuan) tentang hukum.

Menurut Bagir Manan, menelaah dan mempelajari sumber hukum memerlukan kehati-hatian karena istilah sumber hukum mengandung berbagai pengertian. Tanpa kehati-hatian dan kecermatan yang mendalam mengenai apa yang dimaksud dengan sumber hukum, dapat menimbulkan kekeliruan bahkan menyesatkan.¹²⁵

Sumber hukum menurut tinjauan sejarah berbeda dengan pengertian sumber hukum menurut tinjauan filsafat. Sumber hukum menurut tinjauan agama berbeda dengan pengertian sumber hukum menurut tinjauan

¹²⁵Bagir Manan, *Konvensi Ketatanegaraan*, Armico, Bandung, 1987, hlm, 9.

sosiologi dan ilmu hukum. Sumber hukum menurut tinjauan sejarah adalah sebagai berikut:

1. Stelsel hukum apakah yang memainkan peranan pada waktu hukum yang sedang berlaku sekarang (hukum positif), ditetapkan?
2. Kitab-kitab hukum, dokumen-dokumen, surat-surat manakah, dan sebagainya yang telah diperhatikan oleh pembuat undang-undang pada saat menetapkan hukum yang berlaku sekarang?

Dengan sumber-sumber tersebut, ahli sejarah dapat mengetahui perkembangan sejarah suatu kaidah hukum. Dari sudut filsafat, sumber hukum dipergunakan dalam arti sebagai berikut:

1. Sumber untuk atau yang menentukan isi hukum.
Sumber hukum adalah ukuran yang dipergunakan untuk menentukan bahwa isihukum itu sudah tepat atau baik dan benar-benar adil atau sebaliknya.
2. Sumber untuk menentukan kekuatan mengikat suatu kaidah hukum.

Mengapa hukum itu ditaati.¹²⁶

Pengertian sumber hukum menurut Sudikno Mertokusumo dapat diartikan dalam beberapa arti, yaitu.¹²⁷

1. sebagai asas hukum, sebagai sesuatu yang merupakan permulaan hukum, misalnya kehendak Tuhan, akal manusia, jiwa bangsa, dan sebagainya;
2. menunjukkan hukum terdahulu yang memberi bahan-bahan pada hukum yangsekarang berlaku, seperti hukum Prancis, hukum Romawi, dan lain-lain;
3. sebagai sumber berlakunya, yang memberi kekuatan berlaku secara formal kepada peraturan hukum (penguasa atau masyarakat);
3. sebagai sumber dari mana kita dapat mengenal hukum, misalnya dokumen, undang-undang. lontar, batu bertulis, dan sebagainya;
5. sebagai sumber terjadinya hukum atau sumber yang menimbulkan hukum.

¹²⁶*Ibid*

¹²⁷Soedlino, Mertokusumo, *Mengenai Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996, hlm, 69.

Menurut van Apeldoorn, istilah sumber hukum dipakai dalam arti sejarah, sosiologis, filsafat, dan arti formal.¹²⁸

1. Sumber Hukum dalam Arti Sejarah

Ahli sejarah memakai istilah sumber hukum dalam dua arti berikut ini.

- a. Dalam arti sumber pengenalan hukum, yakni semua tulisan, dokumen, inskripsi, dan sebagainya, dari mana kita dapat belajar mengenal hukum sesuatu bangsa pada suatu waktu, misalnya undang-undang, keputusan-keputusan hakim, piagam-piagam yang memuat perbuatan hukum, tulisan-tulisan ahli hukum, demikian juga tulisan-tulisan yang tidak bersifat yuridis sepanjang memuat pemberitahuan mengenai lembaga-lembaga hukum.
- b. Dalam arti sumber-sumber dari mana pembentuk undang-undang memperoleh bahan dalam membentuk undang-undang, juga dalam arti sistem-sistem hukum, serta dari mana tumbuhnya hukum positif sesuatu negara.

2. Sumber Hukum dalam Arti Sosiologis

Menurut ahli sosiologi, sumber hukum ialah faktor-faktor yang menentukan isi hukum positif, misalnya keadaan-keadaan ekonomi, pandangan agama, dan saat-saat psikologis. Penyelidikan tentang faktor-faktor tersebut meminta kerja sama dari pelbagai ilmu pengetahuan, lebih-lebih kerja sama antara sejarah (sejarah hukum, agama dan ekonomi), psikologi, dan ilmu filsafat.

3. Sumber Hukum dalam Arti Filsafat

Dalam filsafat hukum, istilah sumber hukum terutama dipakai dalam dua arti sebagai berikut:

- a. Sebagai sumber untuk isi hukum, kita mengingat pertanyaan: bagaimana isi hukum itu dapat dikatakan tepat sebagaimana mestinya, atau dengan perkataan lain, apakah yang dipakai sebagai ukuran untuk menguji hukum agar dapat mengetahui apakah ia hukum yang baik?.

¹²⁸L.J. van Apeldoorn, *Pengantar...*, *op. cit.*, hlm, 75-77.

- b. Sebagai sumber untuk kekuatan mengikat dari hukum, dalam mana kita mengingat pertanyaan berikut. Mengapa kita harus mengikuti hukum?.

4. Sumber Hukum dalam Arti Formal

Bagi ahli hukum praktis dan bagi tiap-tiap orang yang aktif dalam pergaulan hukum, sumber hukum adalah peristiwa-peristiwa timbulnya hukum yang berlaku (yang mengikat hakim dan penduduk).

Menurut Joeniarto¹²⁹, sumber hukum dapat dibedakan dalam tiga pengertian. Pertama, sumber hukum dalam pengertian sebagai asalnya hukum positif, wujudnya dalam bentuk yang konkret ialah berupa "keputusan dari yang berwenang" untuk mengambil keputusan mengenai soal yang bersangkutan. Kedua, sumber hukum dalam pengertiannya sebagai tempat ditemukannya aturan-aturan dan ketentuan-ketentuan hukum positif. Wujudnya ialah berupa peraturan-peraturan atau ketetapan-ketetapan, entah itu tertulis atau tidak tertulis.

Kalau kita hubungkan sumber hukum dalam pengertian yang pertama dengan pengertian yang kedua, akan terlihat bahwa sumber hukum dalam pengertian yang pertama mempersoalkan tentang sebab timbulnya hukum positif dan didasarkan kepada sumber wewenang yang menimbulkan hukum positif sementara itu, dalam pengertian yang kedua, mempersoalkan tentang di mana ditemukannya hukum positif setelah dinyatakan berlaku dan pada saat dibutuhkan diketahui kepastian hukumnya. Ketiga selain istilah sumber hukum dihubungkan dengan filsafat, sejarah, dan masyarakat, kita mendapatkan sumber hukum filosofis, sumber hukum historis, dan sumber hukum sosiologis. Sumber hukum filosofis maksudnya agar penguasa yang berwenang nanti di dalam menentukan hukum positif mempertimbangkan faktor-faktor yang berupa filosofis. Sumber historis maksudnya agar penguasa yang berwenang dalam menentukan isu positif memperhatikan faktor-faktor historis. Sumber hukum sosiologis maksudnya agar diperhatikan faktor-faktor yang terdapat di dalam lingkungan masyarakat yang nantinya akan dijadikan tempat atau daerah berlakunya hukum positif.

¹²⁹Joeniarto, *Selayang Pandang Sumber-sumber Hukum Tata Negara di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1991, hlm, 17

B. Macam-Macam Sumber Hukum

Istilah sumber hukum mempunyai arti yang bermacam-macam, tergantung dari sudut mana kita melihatnya. Menurut Utrecht, mengenai sumber hukum dapat dibagi dalam arti formal dan materiil.¹³⁰ Sumber hukum dalam arti formal adalah sumber hukum yang dikenal dari bentuknya. Karena bentuknya itu, hukum berlaku umum, diketahui, dan ditaati. Di sinilah suatu kaidah memperoleh kualifikasi sebagai kaidah hukum dan bagi yang berwenang ia merupakan petunjuk hidup yang harus diberi perlindungan. Selanjutnya, untuk menetapkan suatu kaidah hukum itu, diperlukan suatu badan yang berwenang. Kewenangan badan tersebut diperoleh dari kewenangan badan yang lebih tinggi sehingga kita mengenal sumber hukum dalam arti formal itu, sebenarnya merupakan suatu penyelidikan yang bertahap pada tingkatan mana suatu kaidah hukum itu dibuat.

Sumber hukum formal diartikan sebagai tempat atau sumber dari mana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum. Hal ini berkaitan dengan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan hukum itu berlaku secara formal.¹³¹ Dengan demikian, sumber hukum formal ini merupakan bentuk pernyataan bahwa sumber hukum materiil dinyatakan berlaku. Ini berarti bahwa sumber hukum materiil bisa berlaku jika sudah diberi bentuk atau dinyatakan berlaku oleh hukum formal.¹³² Untuk memperoleh sifatnya yang formal, sumber hukum dalam arti ini setidaknya-tidaknya mempunyai dua ciri sebagai berikut.¹³³

1, Dirumuskan dalam suatu bentuk

Perumusan norma hukum sangat penting untuk membedakannya dari norma-norma lainnya, sebab sebelum dirumuskan, ia tidak berbeda dengan nilai-nilai etika lainnya yang hidup dalam masyarakat. Wujud dan

¹³⁰E. Utrecht, *Pengantar op. cit.*, hlm. 133-134. Dikutip kembali Moh. Kusnardi dan Hermaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia* (Jakarta: Cetakan ketujuh, Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, 1988), hlm. 45. Lihat juga dalam Mochtar Kusumaatmadja B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 2000), hlm. 54.

¹³¹Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum. . . , op. cit.*, hlm. 70.

¹³²SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD., *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara Liberty*, Yogyakarta, 2004, hlm. 23.

¹³³Abu Daud Busroh dan Abu Bakar Busro, *Asas-asas Hukum Tata Negara*, Galia Indonesia, Jakarta, 1991, hlm. 40.

perumusan norma hukum tampak dalam bentuk keputusan yang berwenang. Maka, ditinjau darisegi bentuknya yang menyebabkan norma hukum positif dapat dikenali, berarti keputusan yang berwenang tersebut merupakan tempat ditemukannya hukum positif. Dengan demikian, cirinya yang pertama ini, sumber hukum formal mengandung pengertian sebagai tempat ditemukannya hukum positif.

2. Berlaku umum, mengikat, dan ditaati.

Dengan perumusan norma hukum, nilai-nilai yang terkandung di dalamnya menjadi patokan, ukuran, dan pedoman yang berlaku umum. Akan tetapi hanya patokan, ukuran, dan pedoman yang dirumuskan dalam bentuk keputusan yang berwenang saja yang mempunyai kekuatan mengikat dan ditaati. Maka ditinjau dari segi wewenangnya menyebabkan timbulnya norma hukum positif yang berlaku umum dan mengikat sehingga ditaati. keputusan yang berwenang merupakan asalnya hukum positif. Dengan demikian, cirinya yang kedua ini, sumber hukum formal mengandung pula pengertian sebagai asalnya hukum positif.

Baik sumber hukum dalam arti tempat ditemukannya hukum positif, maupun dalam arti asalnya hukum positif, keduanya merupakan sebab yang langsung (*causa efficiens*) bagi berlakunya hukum. Oleh sebab itu, sumber hukum formal disebut juga sebagai sumber berlakunya hukum. Sumber hukum dalam arti formal terdiri dari peraturan perundang-undangan, kebiasaan (konvensi), yurisprudensi, traktat, dan doktrin.¹³⁴

Sumber hukum materiil adalah faktor-faktor masyarakat yang mempengaruhi pembentukan hukum (pengaruh terhadap pembuat undang-undang, pengaruh terhadap keputusan hakim, dan sebagainya), faktor-faktor yang ikut mempengaruhi materi (isi) dari aturan-aturan hukum, atau tempat dari mana materi hukum itu diambil..¹³⁵Sumber hukum materiil ini merupakan faktor yang membantu pembentukan hukum.

Bentuk-bentuk peraturan yang dapat dikeluarkan pada saat tertentu, tidak semua norma bentuknya selalu terdapat penyebutannya dalam masing-masing undang-undang dasarnya. Misalnya, UUD 1945, Konstitusi RIS 1949, maupun UUD Sementara 1950 banyak memberikan wewenang

¹³⁴Salmond memasukkan custom atau kebiasaan sebagai sumber hukum dalam arti materiil lihat dalam Bagir Manan, *Konvensi...op. cit.*, hlm, 13.

¹³⁵Ridwan HR., *Hukum Administrasi ...*, *op. cit.*, hlm, 42.

atau setidaknya menjadi sumber wewenang alat-alat perlengkapan negara atau badan lainnya. Sebagai konsekuensi kewenangan itu, dapat berupa tindakan mengeluarkan keputusan, baik itu dalam bentuk tindakan pengaturan maupun tindakan penetapan. Lazimnya yang terdapat penyebutannya dalam UUD hanya bentuk-bentuk yang oleh pembuatnya dipandang pokok dan perlu untuk ditentukan sendiri namanya.

Dengan demikian, suatu bentuk peraturan atau ketetapan itu berdasar atau bersumber pada UUD, sebenarnya bukan dilihat dari soal terdapat atau tidak penyebutannya dalam UUD, tetapi harus dilihat ada atau tidak kewenangan untuk mengeluarkan tindakan pengaturan atau penetapan itu berdasar atau bersumber pada UUD.

1. Sumber-sumber Hukum formal

Suatu bentuk yang menyebabkan hukum berlaku umum atau kenyataan dimana kita dapat menemukan hukum yang berlaku. Sumber-sumber hukum formal dapat dibedakan antara lain ialah :

- a. Undang-Undang (*statue*)
- b. Kebiasaan (*custom*)
- c. Keputusan-keputusan Hakim (*Jurisprudentie*)
- d. Traktat (*treaty*)
- e. Pendapat Sarjana Hukum (*doktrin*)

a. Undang-undang (*Statue*)

Undang-undang merupakan contoh dari hukum tertulis yakni suatu peraturan negara yang mempunyai kekuatan hukum yang mengikat masyarakat umum, yang dibuat oleh alat perlengkapan negara yang berwenang dan dipelihara oleh penguasa negara. Dari pengertian tersebut, bahwa undang-undang itu mempunyai dua macam arti, sebagaimana menurut Buys Undang-Undang mempunyai dua arti yaitu:

1). Undang-undang dalam arti material

Setiap keputusan pemerintah atau peraturan yang dikeluarkan oleh negara yang menurut isinya mengikat langsung setiap warga negara atau penduduknya. Misalnya Ketetapan MPR, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (PERPU), Peraturan Pemerintah (PP) Keputusan Presiden (KEPRES), Keputusan Menteri (KEPMEN), dan Peraturan Daerah, (PERDA)

2) Undang-undang dalam arti formal

Setiap peraturan negara yang karena bentuknya disebut Undang-undang atau dengan kata lain setiap Keputusan Pemerintah yang

merupakan Undang-undang karena cara pembuatannya, misalnya dibuat oleh Pemerintah bersama-sama dengan parlemen atau Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 5 ayat 1 UUD 45¹³⁶.

Perbedaan dari keduanya tersebut terletak dari pada sudut peninjauannya. Undang-undang dalam arti material ditinjau dari sudut isinya yang mengikat umum, sedangkan Undang-undang dalam arti formal ditinjau dari segi pembuatan dan bentuknya. Untuk memudahkan dalam membedakan kedua macam pengertian Undang-undang tersebut, maka Undang-undang dalam arti material biasanya digunakan dengan istilah peraturan, sedangkan Undang-undang dalam arti formal disebut dengan Undang-undang. Adapun bentuk dan tata urutan peraturan perundang-undangan di Republik Indonesia berdasarkan Ketetapan MPRS No.XX/MPRS/1966 jo. Ketetapan MPR No.V/MPR/1973 dan TAP No.IX/MPR/1978 adalah sebagai berikut¹³⁷:

1. UUD 1945
2. Ketetapan MPR
3. Undang-undang (UU)/Peraturan Pemerintah sebagai Pengganti Undang-undang (PERPU)
4. Peraturan Pemerintah (PP)
5. Keputusan Presiden
6. Peraturan Pelaksana lainnya
 - a. Peraturan Menteri
 - b. Instruksi Menteri
 - c. Dan lain-lain.

Dalam perkembangan selanjutnya, terbit Ketetapan MPR No.III/MPR/2000, maka Ketetapan No.XX/MPR/1966 dan Ketetapan No.IX/MPR/1978 dicabut dan tidak berlaku lagi. Dimana hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia menurut Ketetapan MPR No.III/MPR/2000 sebagai berikut:

1. Undang-undang Dasar 1945
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
3. Undang-undang
4. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang
5. Peraturan Pemerintah

¹³⁶Pasal. 5 ayat (1) UUDNRI 1945

¹³⁷*Ibid.* hlm. 387.

6. Keputusan Presiden
7. Peraturan Daerah
 - a. Perdaturan daerah Propinsi
 - b. Peraturan Daerah Kabupaten atau kota.

2. Kebiasaan (*Custom*)

Kebiasaan pada hakikatnya ialah perbuatan manusia yang tetap dilakukan dengan berulang-ulang dalam hal yang sama. Apabila suatu kebiasaan tersebut selalu berulang-ulang dilakukan oleh masyarakat dengan sedemikian rupa, maka dengan demikian timbullah suatu kebiasaan hukum (hukum tak tertulis) yang oleh pergaulan hidup dipandang sebagai hukum. Dalam hal ini kebiasaan adalah semua aturan yang walaupun tidak ditetapkan oleh pemerintah, tetapi ditaati oleh rakyat. Contoh, apabila seorang komisioner sekali menerima 10% dari hasil penjualan atau pembelian sebagai upah dan hal ini terjadi berulang-ulang dan juga komisioner yang lainpun menerima upah yang sama yaitu 10%, maka oleh karena itu timbul suatu kebiasaan yang lambat laun berkembang menjadi hukum kebiasaan (hukum tak tertulis).

3. Keputusan Hakim Mahkamah Agung (*Jurisprudensi*)

Jurisprudensi adalah keputusan hakim Mahkamah Agung yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht*). Yurisprudensi ini dijadikan sebagai sumber hukum sehingga ia sering dijadikan dasar oleh hakim yang berada pada tingkatan yang lebih rendah, baik itu hakim pada Pengadilan tingkat pertama (Pengadilan Negeri, Pengadilan Agama, Peradilan tata Usaha negara, maupun peradilan Militer) untuk menyelesaikan kasus yang hampir sama. Yurisprudensi ini diikuti atas dasar keputusan dan dijadikan pedoman oleh hakim-hakim lain dalam memutuskan perkara yang hampir sama. Adapun ketentuan-ketentuan umum tentang peraturan perundangan untuk Indonesia pada zaman Hindia Belanda ialah "*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesia*" yang disingkat A.B yang dikeluarkan pada tanggal 30 april 1847, yang termuat dalam *Staatsblad* 1847 N0. 23 dan hingga saat ini masih berlaku berdasarkan Pasal 11 Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan "Segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini"¹³⁸.

¹³⁸*op. cit.* hlm, 61.

Menurut Pasal 22 A.B. hakim yang menolak untuk menyelesaikan suatu perkara dengan alasan bahwa peraturan perundangan yang bersangkutan, tidak menyebutkan, tidak jelas atau tidak lengkap, maka ia dapat dituntut untuk dihukum karena menolak mengadili, hal ini sesuai dengan asas *Curia Ius Novit*. Dari ketentuan Pasal 22 A.B. ini jelaslah bahwa seorang hakim mempunyai hak untuk membuat peraturan sendiri dalam menyelesaikan suatu perkara. Dengan demikian, apabila dalam undang-undang ataupun kebiasaan tidak memberi peraturan yang dapat dipakainya dalam menyelesaikan perkara, maka hakim haruslah membuat peraturan sendiri. Berdasarkan Pasal 22 A.B., maka telah menjadi dasar bagi keputusan hakim lainnya untuk mengadili perkara yang serupa atau hampir sama dan keputusan hakim tersebut lalu menjadi sumber hakim bagi pengadilan dan Keputusan Hakim yang demikian disebut dengan hukum Jurisprudensi.

Ada 2 (dua) macam yurisprudensi, yaitu :

- a. Yurisprudensi Tetap, merupakan keputusan hakim yang terjadi karena rangkaian keputusan yang serupa dan yang menjadi dasar bagi pengadilan untuk mengambil keputusan.
- b. Yurisprudensi Tidak Tetap, merupakan keputusan hakim yang terdahulu diikuti oleh hakim berikutnya, karena hakim tersebut sependapat dengan isi keputusan tersebut dan hanya dipakai sebagai pedoman dalam mengambil sesuatu keputusan mengenai suatu perkara yang serupa atau hampir sama.¹³⁹

Ketentuan seperti ini dilandasi pada kedudukan hakim sebagai penegak hukum dimana hukum bersifat dinamis, dimana hakim hanya memandang kodifikasi sebagai suatu pedoman agar adanya kepastian hukum sedangkan didalam memberikan keputusan, hakim harus juga mempertimbangkan dan mengigat perasaan keadilan, kemanfaatan serta asas moral yang hidup dan berkembang dalam masyarakat.

4. Traktat (*Treaty*)

Apabila dua orang mengadakan kesepakatan tentang suatu peristiwa atau hal, maka mereka yang mengadakan kesepakatan itu telah mengadakan perjanjian dan para pihak terikat dalam isi perjanjian seperti mereka terikat dalam suatu ketentuan undang-undang. Hal ini disebut *Pacta*

¹³⁹Kansil, *Pengantar....op.cit.* hlm, 48

Sunt Servandayang berarti, bahwa perjanjian mengikat pihak-pihak yang mengadakannya atau setiap perjanjian harus ditaati dan ditepati.

Traktat adalah suatu perjanjian yang dilakukan oleh kedua negara atau lebih. Jika Traktat diadakan hanya oleh dua negara maka disebut Traktat Bilateral, misalnya perjanjian Internasional yang dilakukan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Cina tentang "Dwi-Kewarganegaraan", sedangkan jika Traktat diadakan oleh lebih dari dua Negara, maka Traktat itu disebut Traktat Multilateral¹⁴⁰. Misalnya perjanjian Internasional tentang Pertahanan Atlatik Utara (Nato), perjanjian Internasional tentang Kawasan Zona ekonomi Eksklusif (ZEE) di Laut Cina Selatan, yang mana diikuti oleh sebagian negara yang ada di Benua Asia. Apabila dalam Traktat Multilateral yang telah memberikan kesempatan kepada negara-negara yang pada permulaan perjanjian dibuat tidak turut mengadakannya, tetapi kemudian negara tersebut mengikatkan diri untuk menjadi pihak dalam perjanjian, maka traktat tersebut selanjutnya disebut Traktat Kolektif atau Traktat Terbuka, misalnya Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa.

5. Pendapat Sarjana Hukum (*Doctrin*)

Dalam Jurisprudensi terlihat bahwa hakim sering berpegang pada pendapat seorang dari beberapa orang sarjana hukum yang terkenal dalam ilmu pengetahuan hukum. Beberapa keputusan hakim yang bisa kita lihat dalam penetapan yang akan menjadi dasar keputusannya, hakim sering mengutip pendapat seseorang sarjana hukum mengenai permasalahan yang harus diselesaikannya. Dalam hubungan Internasional bahwa setiap pendapat-pendapat para sarjana hukum mempunyai pengaruh besar yang merupakan sumber hukum yang sangat penting bagi hukum nasional maupun hukum Internasional. Telah diakui dalam Piagam Mahkamah Internasional (*Statue of the Internasional Court of Justice*) Pasal 38 ayat I¹⁴¹, yaitu bahwa dalam menimbang dan memutus suatu perselisihan dapat mempergunakan beberapa pedoman yang antara lain :

- a. Perjanjian-perjanjian Internasional (*International conventions*);
- b. Kebiasaan-kebiasaan Internasional (*International customs*);
- c. Asas-asas hukum yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab (*The general principles of law recognised by civilised nations*).

¹⁴⁰*Ibid*, hlm, 62.

¹⁴¹*Ibid*, hlm, 63.

Traktat ini sendiri baik yang merupakan pendapat sarjana nasional maupun yang sifatnya internasional merupakan sumber hukum, sehingga sering dijadikan dasar untuk menyelesaikan suatu masalah.

C. Hierarki Peraturan Perundang-Undangan RI

Menurut sistem hukum Indonesia, peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) disusun dalam suatu tingkatan yang disebut hierarki peraturan perundang-undangan. Dalam Memorandum DPR-GR tertanggal 9 Juni 1996 yang telah dikukuhkan oleh MPRS dengan Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966, MPR dengan Ketetapan MPR No. VIMPR/1973 dan Lampiran II tentang "Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan Republik Indonesia. Menurut UUD 1945, dalam huruf A.

disebutkan tata urutan bentuk-bentuk peraturan perundang-undangan Republik Indonesia ialah sebagai berikut:

1. Hirarki Peraturan Perundang-undangan Menurut TAP MPRS Nomor. XX/MPRS/1966:

2. UUD1945
3. Ketetapan MPRS/MPR
4. UU/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang
5. Peraturan Pemerintah
6. Keputusan Presiden
7. Peraturan-peraturan pelaksanaan lainnya seperti:
 - a, Peraturan Menteri
 - b. Instruksi Menteri. dan lain-lainnya.

Tata urutan di atas menunjukkan tingkatan masing-masing bentuk yang bersangkutan, di mana yang disebut lebih dahulu mempunyai kedudukan lebih tinggi dan pada bentuk-bentuk yang tersebut di belakangnya (di bawahnya). Di samping itu, tata urutan di atas mengandung konsekuensi hukum, bentuk peraturan atau ketetapan yang tingkatannya lebih rendah tidak boleh mengandung materi yang bertentangan dengan materi yang dimuat di dalam suatu peraturan yang bentuknya lebih tinggi, terlepas dari soal siapakah yang berwenang memberikan penilaian terhadap materi peraturan serta bagaimana nanti konsekuensi apabila materi suatu peraturan itu dinilai bertentangan dengan materi peraturan yang lebih tinggi.

Walaupun Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 itu dirasakan sangat besar kegunaannya dalam rangka penertiban bagi peraturan

perundang-undangan yang berlaku pada saat itu, tetapi terlihat juga adanya hal-hal yang kurang pada tempatnya bahkan masih terdapat kelemahan-kelemahan yang seharusnya tidak terjadi dalam ketetapan tersebut. Di samping itu, jenis-jenis peraturan perundang-undangan dalam TAP MPRS No. XX/MPRS/1966 tersebut belum lengkap karena dalam kenyataan masih ditemukan jenis-jenis peraturan perundang-undangan lain, seperti keputusan menteri, keputusan lembaga pemerintah nondepartemen, Peraturan daerah, dan keputusan kepala daerah. Bila konsekuen berpijak pada TAP MPRS No. XXIMPRS/1966, keputusan menteri tidak mempunyai dasar yuridis karena tidak termuat dalam TAP MPRS tersebut. Selain itu, kata 'dan lain-lain' membingungkan karena dapat menimbulkan berbagai penafsiran. Kalau dalam kata "dan lain-lain" termasuk pula keputusan menteri, kedudukan keputusan menteri berada di bawah instruksi menteri, hal ini sangat ganjil. Dengan memasukkan "instruksi" ke dalam golongan peraturan perundang-undangan, apakah layak/benar "instruksi" termasuk peraturan perundang-undangan?¹⁴²

Ditinjau dan segi sistem perundang-undangan, seyogyanya Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 tidak hanya mengatur mengenai sumber, jenis, dan tata urutan. Tidak kalah penting untuk diperhatikan adalah prinsip mengenai materi muatan dan batas-batas kewenangan berdasarkan jenis peraturan perundang-undangan. Sampai saat ini, tidak jelas perbedaan peraturan pemerintah dan keputusan sebagai peraturan pemerintah dengan keputusan Presiden yang bersifat mengatur (regelen).¹⁴³

Harus diakui, rincian, apalagi berkenaan dengan materi muatan dan batas wewenang, tidak mudah untuk dirumuskan atau diatur. Pada dasarnya, batas-batas wewenang, misalnya antara menteri yang satu dengan yang lain tidak mudah diidentifikasi. Hal ini terjadi bukan saja karena sifat urusan dan masalah pemerintahan dengan masyarakat terjalin sangat erat, melainkan juga karena urusan pemerintahan di zaman modern tidak mungkin lagi dirinci secara enumeratif. Di sinilah sumbangan besar dunia ilmu pengetahuan hukum dan yurisprudensi. Ilmu pengetahuan hukum akan berusaha menemukan konsepsi-konsepsi dan patokan yang dapat dijadikan

¹⁴²Hamid S Attamimi, UUD 1945-TAP MPR UNDANG-UNDANG, dalam padmo wahyono (Penghimpin), Masalah Ketatanegaraan Dewasa Ini, ghalia Indonesia, Jakarta, 1984, hlm, 124.

¹⁴³Bagir Manan dan Kuntana magnar, beberapa masalah Hukum tatanegara Indonesia, Alumni, Bandung, 1993, hlm, 63-64.

pegangan dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan termasuk pembuatan peraturan perundang-undangan. Sementara itu, yurisprudensi akan menciptakan kaidah-kaidah konkret yang akan menjadi pegangan dalam memecahkan masalah yang tidak sanggup ditembus oleh peraturan perundang-undangan. Yurisprudensi akan menjadi penentu apakah peraturan perundang-undangan yang dibuat itu benar-benar mengandung keadilan, benar-benar membawa kepada kesejahteraan, memberi manfaat, dan mencapai upaya kemakmuran rakyat.

Menurut Maria Farida, hal-hal yang kurang pada tempatnya, antara lain:

Pertama, UUD 1945 tidak tepat kalau dikatakan sebagai peraturan perundang-undangan karena UUD 1945 itu dapat terdiri atas dua kelompok normahukum yaitu: (1) Pembukaan UUD 1945 Merupakan *Staatsfundamental-norm* atau Norma Fundamental negara. Norma fundamental negara ini merupakan norma hukum tertinggi yang bersifat *presupposed* dan merupakan landasan filosofis yang mengandung kaidah-kaidah dasar bagi pengaturan negara itu lebih lanjut. Sifat norma hukumnya masih secara garis besar dan merupakan norma hukum tunggal, dalam arti belum dilekati oleh norma hukum sekunder. (2) Batang Tubuh UUD 1945 merupakan *staats-grundgesetz* atau Aturan Dasar Negara/Aturan Pokok Negara yang merupakan garis-garis besar atau pokok-pokok kebijaksanaan negara untuk menggariskan tata cara membentuk peraturan perundang-undangan yang mengikat umum. Sifat dari norma hukumnya masih bersifat garis besar dan pokok, dan merupakan norma hukum tunggal, jadi belum dilekati oleh norma hukum sekunder.¹⁴⁴

Hakikat norma hukum sebuah konstitusi tidak sama dengan norma hukum sebuah undang-undang meskipun lembaga pembentuk konstitusi dan pembentuk undang-undang merupakan lembaga yang sama. Di samping itu, sifat norma hukum yang terkandung dalam konstitusi tidak dapat disamakan dengan sifat norma hukum dalam undang-undang. Pada konstitusi, norma hukum lebih ditujukan kepada struktur dan fungsi dasar dari negara; seluruh sistem pemerintahan suatu negara, yakni keseluruhan aturan yang menegakkan dan mengatur atau menguasai negara; sebagai aturan dasar hukum suatu *Gemeinwesen*, maka *Verfassung* tidak dibatasi

¹⁴⁴Maria Farida Indrati Suprpto, Ilmu Perundangundangan, Dasar-dasar dan Pembentukannya, Kanisius, Yogyakarta, 1998, hlm, 48-52.

oleh suatu lembaga negara. Sementara itu, pada undang-undang, norma hukum dibentuk oleh lembaga legislatif khusus untuk itu.¹⁴⁵

Menggolongkan UUD 1945 ke dalam peraturan perundang-undangan sama dengan menempatkannya terlalu rendah padahal Pancasila yang terkandung dalam Pembukaannya, baik dalam rumusannya maupun dalam pokok-pokok pikiran di dalamnya, merupakan norma hukum yang paling tinggi bahkan Batang Tubuh UUD 1945 tidak dapat disamakan dengan undang-undang formal biasa, selain lembaga pembentuknya tidak sama, kedudukannya pun tidak sama pula.

Kedua, Ketetapan MPR merupakan *Staatsgrundgesetz* atau Aturan Dasar Negara/Aturan Pokok Negara. Seperti halnya Batang Tubuh UUD 1945, Ketetapan MPR ini juga berisi garis-garis besar atau pokok-pokok kebijaksanaan negara, Sifat norma hukumnya masih secara garis besar, dan merupakan norma hukum tunggal dan tidak dilekati oleh norma hukum sekunder.¹⁴⁶

Ketiga, Keputusan Presiden termasuk dalam peraturan perundang-undangan adalah yang bersifat *einmahlig*. Penyebutan keputusan Presiden yang *einmahlig* inisebenarnya tidak tepat karena suatu keputusan Presiden dapat juga *dauerhaftig*, (berlaku terus menerus). Suatu putusan Presiden yang bersifat *einmahlig* adalah yang bersifat "penetapan" (*beschikking*), yang sifat normanya individual, kontrak dan sekali selesai (*einmahlig*), sedangkan norma dari suatu peraturan perundang-undangan selalu bersifat umum, abstrak, dan berlaku terus-menerus (*dauerhaftig*). Dengan demikian yang sebenarnya termasuk peraturan perundang-undangan ialah justru keputusan Presiden yang bersifat *dauerhaftig* (berlaku terus-menerus).

Keempat, Peraturan menteri sebaiknya diganti menjadi keputusan menteri, karena penyebutan keputusan menteri dapat berarti secara luas, yaitu baik yang berarti peraturan (*rageling*) maupun yang berisi penetapan (*beschikking*).

Kelima, penyebutan instruksi menteri sebagai peraturan perundang-undangan tidak tepat karena suatu instruksi itu bersifat individual, konkret, serta harus ada hubungan atasan dan bawahan secara organisatoris,

¹⁴⁵Lihat A. Hamid S. Attamimi dalam Padmo Wahjono, Masalah... *op.crit*, hlm, 128.

¹⁴⁶*Ibid*, hlm, 130-132.

sedangkan sifat dari suatu norma hukum dalam peraturan perundang-undangan adalah umum, abstrak, dan berlaku terus-menerus.

Dalam Ketetapan MPRS ini, peraturan daerah tidak dimasukkan sebagai peraturan perundang-perundangan, padahal peraturan daerah juga termasuk dalam jenis peraturan perundang-undangan dan tidak selalu merupakan peraturan pelaksanaan saja.

Dalam upaya pembaruan hukum, penataan kembali susunan hierarkis peraturan perundang-undangan bersifat niscaya, mengingat susunan hierarkis peraturan perundang-undangan Republik Indonesia, ini dirasa tidak sesuai lagi dengan perkembangan kebutuhan dewasa ini. Di samping itu, era orde baru yang semula berusaha memurnikan kembali falsafah Pancasila dan pelaksanaan UUD 1945 dengan menata kembali sumber tertib hukum dan tata urutan peraturan perundang-undangan, dalam praktiknya selama 32 tahun belum berhasil membangun susunan perundang-undangan yang dapat dijadikan acuan dalam upaya memantapkan sistem perundang-undangan di masa depan. Lebih lebidalam praktiknya, masih banyak produk peraturan yang tumpang tindih dan tidak mengikuti sistem baku, termasuk dalam soal nomenklatur yang digunakan oleh tiap-tiap kementerian dan badan-badan pemerintahan setingkat menteri. Sebagai contoh, produk hukum yang dikeluarkan Bank Indonesia yang dimaksudkan untuk memberikan aturan terhadap dunia perbankan, menggunakan istilah "Surat Edaran" yang tidak dikenal dalam sistem peraturan perundang-undangan yang berlaku. Beberapa kementerian mengeluarkan peraturan di bidangnya dengan menggunakan sebutan keputusan menteri, dan berapa lainnya menggunakan istilah peraturan menteri. Keputusan Presiden yang bersifat mengatur dengan Keputusan Presiden yang bersifat penetapan administratif biasanya tidak dibedakan, kecuali dalam kode nomornya saja sehingga tidak jelas kedudukan masing-masing sebagai salah satu bentuk peraturan perundang-undangan yang bersifat mengatur.¹⁴⁷

Di samping itu, munculnya kebutuhan untuk mewadahi perkembangan otonomi daerah di masa depan, yang dapat mendorong tumbuh dan berkembangnya dinamika hukum adat di desa-desa, yang

¹⁴⁷Jimly Asshiddiqie, *Tara Urut Perundang-undangan dan Problema Peraturan Daerah*, makalah yang disampaikan dalam rangka "Lokakarya Anggota DPRD se-Indonesia, yang diselenggarakan oleh LPSHET di Jakarta, 22 Oktober 2000, hlm, 1.

cenderung diabaikan bahkan dikesampingkan dalam setiap upaya pembangunan hukum selama lebih dari lima puluh tahun terakhir. Dalam rangka desentralisasi dan otonomi daerah itu, mulai diperkenalkan adanya perangkat peraturan desa yang harus pula dimasukkan ke dalam sistem dan tata urutan peraturan perundang-undangan yang baru. Dengan perkataan lain, banyak alasan yang mendorong Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966, yang menjadi acuan dalam mengembangkan susunan peraturan perundang-undangan Republik Indonesia selama lebih dari tiga puluh tahun terakhir, harus dikaji ulang dan disempurnakan untuk kepentingan masa depan hukum dan sistem hukum nasional.

2. Hirarki Peraturan Perundang-undangan Menurut TAP MPR Nomor. III/MPR/2000

Melalui Sidang Tahunan MPR RI, 7-18 Agustus 2000, MPR telah mengeluarkan Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan. Dengan ditetapkannya Ketetapan MPR tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan ini, Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR mengenai Sumber Tertib Hukum RI dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan RI dan Ketetapan MPR RI No. IX/MPR/1978 tentang Perlunya Penyempurnaan yang termaktub dalam Pasal 3 ayat (1) Ketetapan MPR RI No. V/MPR/1973 dicabut dan dinyatakan tidak berlaku lagi.

Menurut Ketetapan MPR Nomor. III/MPR/2000, peraturan perundang-undangan yang tersusun secara hierarkis tersebut mengandung konsekuensi bahwa suatu peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tingkatannya tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya. Hal ini selaras dengan asas hukum *lex superior derogat inferiori* (hukum yang lebih tinggi mengalahkan hukum yang tingkatannya di bawahnya). Hal ini dimaksudkan agar tercipta kepastian hukum dalam sistem peraturan perundang-undangan.

Ajaran tentang tata urutan peraturan perundang-undangan tersebut mengandung beberapa prinsip berikut:¹⁴⁸

¹⁴⁸Bagir Manan, *Teori dan ..., op. cit.*, hlm, 133. Lihar juga dalam Rosjidi Ranggawidjaja, *Pedoman..., op. cit.*, hlm, 9.

1. Peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kedudukannya dapat dijadikan landasan atau dasar hukum bagi peraturan perundang-undangan yang lebih rendah atau berada di bawahnya.
2. Peraturan perundang-undangan tingkatan lebih rendah harus bersumber atau memiliki dasar hukum dari peraturan perundang-undangan yang tingkatan lebih tinggi.
3. Isi atau muatan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh menyimpang atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya.
4. Suatu peraturan perundang-undangan hanya dapat dicabut, diganti atau diubah dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau paling tidak dengan yang sederajat.
5. Peraturan perundang-undangan yang sejenis apabila mengatur materi yang sama, peraturan yang terbaru harus diberlakukan walaupun tidak dengan secara tegas dinyatakan bahwa peraturan yang lama itu dicabut. Selain itu, peraturan yang mengatur materi yang lebih khusus harus diutamakan dari peraturan perundang-undangan yang lebih umum.

Konsekuensi penting dan prinsip-prinsip di atas adalah harus diadakannya mekanisme yang menjaga dan menjamin agar prinsip tersebut tidak disimpangi atau dilanggar. Mekanismenya, yaitu ada sistem pengujian secara yudisial atas setiap peraturan perundang undangan. Kebijakan, maupun tindakan pemerintahan lainnya terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya atau tingkat tertinggi yaitu UUD. Tanpa konsekuensi tersebut, tata urutan tidak akan berarti. Hal ini dapat menyebabkan peraturan perundang-undangan yang tingkatnya lebih rendah dapat tetap berlaku walaupun bertentangan dengan peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi.

Melalui Ketetapan MPR No.III/MPR/2000. Peraturan Daerah telah secara resmi menjadi sumber hukum dan masuk ke dalam tata urutan peraturan perundang-undangan. Ketetapan MPR tersebut menegaskan bahwa peraturan daerah merupakan peraturan untuk melaksanakan aturan hukum di atasnya dan menampung kondisi khusus dari daerah yang bersangkutan.

Dalam Pasal 3 Ketetapan MPR ditegaskan bahwa:

- (1) Undang-Undang Dasar 1945 merupakan hukum dasar tertulis Negara Republik Indonesia yang memuat dasar dan garis besar hukum dalam penyelenggaraan negara;
- (2) Ketetapan MPR-Republik Indonesia merupakan putusan MPR sebagai pengembalian kedaulatan rakyat yang ditetapkan dalam sidang-sidang MPR;
- (3) Undang-undang dibuat oleh DPR bersama Presiden untuk melaksanakan UUD 1945 dan Ketetapan MPR RI;
- (4) Peraturan pemerintah pengganti undang-undang dibuat oleh Presiden dalam hal kegentingan yang memaksa dengan ketentuan sebagai berikut:
 - a. Peraturan pemerintah pengganti undang-undang harus diajukan ke DPR dalam persidangan berikutnya.
 - b. DPR dapat menerima atau menolak peraturan pemerintah pengganti undang-undang dengan tidak mengadakan perubahan.
 - c. Jika ditolak DPR, peraturan pemerintah pengganti undang-undang tersebut harus dicabut.
- (5) Peraturan Pemerintah dibuat oleh pemerintah untuk melaksanakan perintah undang-undang.
- (6) Keputusan Presiden yang bersifat mengatur dibuat oleh Presiden untuk menjalankan fungsi dan tugasnya berupa pengaturan pelaksanaan administrasi negara dan administrasi pemerintahan.
- (7) Peraturan Daerah merupakan peraturan untuk melaksanakan aturan hukum di atasnya dan menampung kondisi khusus dari daerah yang bersangkutan dengan ketentuan yang tercantum di bawah ini:
 - a. Peraturan daerah provinsi dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi bersama dengan gubernur.
 - b. Peraturan daerah kabupaten/kota dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota bersama bupati/walikota.

Peraturan desa atau yang setingkat dengan itu dibuat oleh badan Perwakilan desa atau yang setingkat, sedangkan cara pembuatan peraturan desa atau yang setingkat diatur oleh peraturan daerah kabupaten/kota yang bersangkutan.

Tata urutan peraturan perundangan yang diatur dalam Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966

1. Undang-undang Dasar 1945
2. Ketetapan MPRS/MPR
3. Undang-Undang / Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
4. Peraturan Pemerintah
5. Keputusan Presiden
6. Peraturan-peraturan pelaksanaan lainnya, seperti: Peraturan Menteri
Instruksi Menteri, dan lain-lainnya

Tata urutan peraturan perundangan yang diatur dalam Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000

1. Undang-undang Dasar 1945
2. Ketetapan MPR
3. Peraturan Pemerintah Pengganti UU (Perpu)
4. Peraturan Pemerintah
5. Keputusan Presiden
6. Peraturan Daerah

Meskipun Ketetapan MPR tersebut dimaksudkan untuk menyempurnakan Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966, perumusan bentuk dan tata urutan peraturan perundang-undangan tersebut masih kurang sempurna dan mengandung beberapa kelemahan. Pertama, Ketetapan MPR telah menggeser kedudukan Perpu yang tadinya berada setingkat dengan undang-undang (TAP MPRS No. XX/MPRS/1966 menjadi setingkat lebih rendah dari undang-undang. Permasalahannya, tepatkah Perpu berada di bawah undang-undang? Hakikat lahirnya Perpu adalah untukantisipasi keadaan yang "genting dan memaksa". Jadi, ada unsur paksaan keadaan terhadap yang harus segera diantisipasi, tetapi masih dalam koridor hukum, yakni melalui Perpu dan Perpu tersebut harus segera dibahas dipersidangan berikutnya untuk disetujui atau tidak menjadi undang-undang. Jika Perpu tidak disetujui dalam persidangan DPR, Perpu tersebut harus dicabut.

Penjelasan Pasal 22 UUD 1945 menegaskan bahwa pasal ini mengenai "*noodverordeningsrecht*" Presiden. Aturan sebagai inti memang perlu diadakan agar keselamatan negara dapat dijamin oleh pemerintah dalam keadaan yang genting atau yang memaksa pemerintah untuk

bertindak lekas dan tepat. Meskipun demikian, pemerintah tidak akan terlepas dari pengawasan DPR. Oleh karena itu, peraturan pemerintah dalam pasal ini, yang kekuatannya sama dengan undang-undang harus disahkan pula oleh DPR." Dan penegasan Penjelasan Pasal 22 UUD 1945, dapat diketahui bahwa kedudukan Perpu setingkat undang-undang dan berfungsi sebagai undang-undang darurat (*emergency law*). Dengan demikian, Ketetapan MPR telah mengubah kedudukan Perpu berada di bawah UU jelas bertentangan dengan UUD 1945.¹⁴⁹

Kedua, dalam Pasal 4 ayat (2) Ketetapan MPR disebutkan: "Peraturan atau Keputusan MA, BPK, Menteri, Bank Indonesia, Badan, Lembaga, atau Komisi yang setingkat yang dibentuk oleh pemerintah tidak boleh bertentangan dengan ketentuan yang termuat dalam perundang-undangan ini." Pengaturan yang demikian menurut Jimly Asshiddiqie menimbulkan beberapa masalah, yaitu sebagaiberikut.¹⁵⁰

- a. Apakah peraturan dan keputusan yang ditetapkan oleh lembaga tinggi negara seperti MA dan BPK dianggap sederajat dengan Peraturan dan Keputusan yang dikeluarkan oleh Menteri, BI, bahkan badan, lembaga, atau komisi sederajat yang dibentuk oleh pemerintah?
- b. Apakah peraturan MA dan peraturan BPK tidak boleh bertentangan dengan peraturan pemerintah dan tidak boleh bertentangan dengan keputusan Presiden, bahkan tidak boleh bertentangan dengan peraturan daerah provinsi, peraturan daerah kabupaten/kota, dan peraturan desa?
- c. Apakah keputusan MA dalam menyelesaikan sesuatu perkara kasasi tidak boleh bertentangan dengan semua ketentuan perundang-undangan yangtingkatannya di bawah undang-undang?

Penegasan dalam Pasal 4 ayat (2) apabila dibaca secara harfiah dapat dikatakan mengandung dua norma sekaligus. Yaitu *pertamasegala* peraturan yang ditetapkan oleh MA, BPK, menteri, Bank Indonesia, badan, lembaga. atau komisi yang setingkat yang dibentuk oleh pemerintah tidak boleh bertentangan dengan ketentuan yang termuat dalam tata urutan peraturan perundang undangan tersebut. Kedua, segala keputusan yang

¹⁴⁹Ni'matul Huda, *Politik Ketatanegaraan Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, Cetakan Kedua, 2004, hlm, 211-212.

¹⁵⁰Jimly Asshiddiqie, *Tata Urut...*, *op. cit*, hlm, 11.

ditetapkan oleh badan-badan atau lembaga-lembaga tersebut tidak boleh bertentangan dengan ketentuan yang termuat dalam tata urutan peraturan perundang-undangan tersebut. Apabila kita memahami perbedaan antara arti peraturan (*regels*) dan keputusan (*beschikking*) ketentuan Pasal 4 ayat (2) tersebut tidaklah bersifat paralel sehingga tidak dapat ditafsirkan mengandung kedua norma itu secara paralel pula. Jika kedua norma tersebut dipahami secara paralel, tentu dapat timbul masalah, misalnya dikatakan bahwa 'Keputusan MA tidak boleh bertentangan dengan peraturan pemerintah ataupun dengan keputusan Presiden' padahal istilah Keputusan MA mempunyai konotasi pengertian yang terkait dengan putusan atau vonis kasasi MA. Jika ketentuan Pasal 4 ayat (2) Ketetapan MPR tersebut di atas diartikan demikian, hal tersebut merupakan malapetaka yang luar biasa.¹⁵¹

Oleh karena itu, perkataan Peraturan atau Keputusan dalam ketentuan Pasal 4 ayat (2) tersebut seyogyanya tidak dipahami secara paralel. Penggunaannya sebagai subjek kalimat yang terkait dengan kata-kata selanjutnya tergantung kepada kenyataan praktiknya di lapangan, nomenklatur apa yang dipakai oleh organ atau lembaga yang menerapkannya, peraturan atau keputusan. Perbedaan antara peraturan perundang-undangan dengan keputusan administrative sangat penting karena peraturan perundang-undangan yang berisnorma-norma yang bersifat abstrak dan umum dapat menjadi objek judicial review, sedangkan keputusan yang berisi norma yang bersifat konkret dan individual hanya dapat dijadikan objek peradilan tata usaha negara. Di samping itu, perbedaan antara peradilan khusus juga penting karena peradilan umum tidak boleh melanggar prinsip hirarki norma sesuai dengan tata urutan peraturan perundang-undangan yang ditentukan, sedangkan peraturan yang bersifat khusus tunduk kepada prinsip *lex spesialis derogat lex generalis*, yaitu bahwa norma hukum yang bersifat khusus dapat mengabaikan norma hukum yang bersifat umum. Misalnya, meskipun Peraturan Bank Indonesia tidak berada dalam derajat yang sama dengan peraturan pemerintah karena kedudukan Presiden tetap lebih tinggi

¹⁵¹Jimly Asshiddiqie, Struktur Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan Keempat UUD Tahun 1945, Makalah disampaikan pada Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII dengan tema Penegakkan Hukum Dalam Era Pembangunan Berkelanjutan, diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman dan hak Asasi Manusia RI, Denpasar, 14-18 Juli 2003, hlm, 27

daripada Gubernur Bank Indonesia (BI), tetapi baik peraturan pemerintah (PP) maupun Peraturan Bank Indonesia (PBI) dapat diterapkan secara bersamaan untuk atau dalam rangka melaksanakan undang-undang. Keduanya tidak saling berhubungan satu sama lain sehingga tidak dapat dinilai berdasarkan ketentuan tata urutan peraturan perundang-undangan. Perbedaan antara materi PBI dengan materi PP ataupun materi peraturan pemerintah (keppres) tidak dapat dijadikan alasan oleh hakim untuk melakukan pengujian materiil judicial review secara materiil atas PBI tersebut terhadap PP meskipun kedudukannya memang tampak lebih tinggi daripada PBI.¹⁵²

Ketiga, karena tidak secara tegas dicantumkan dalam tata urutan peraturan perundang-undangan, terjadi penafsiran yang sangat beragam di masyarakat berkaitan dengan kedudukan keputusan menteri, apakah termasuk peraturan perundang-undangan atau tidak?. Bagaimana kedudukannya dalam tata urutan peraturan perundang-undangan?. Ada sebagian masyarakat yang beranggapan bahwa keputusan menteri bukan termasuk peraturan perundang-undangan karena tidak dimuat secara tegas dalam tata urutan peraturan perundang-undangan. Sebagian yang lain beranggapan bahwa keputusan menteri termasuk peraturan perundang-undangan. Hal ini didasarkan kepada penafsiran ketentuan dalam Pasal 4 ayat (2) Ketetapan MPR No.III/MPR/2000 yang berbunyi sebagai berikut.

"Peraturan atau Keputusan MA, BPK, Menteri, Bank Indonesia, Badan, Lembaga, atau Komisi yang setingkat yang dibentuk oleh pemerintah tidak boleh bertentangan dengan ketentuan yang termuat dalam perundang-undangan ini."

Dalam praktik ketatanegaraan, keberadaan peraturan tersebut (keputusan menteri) sangat penting dalam penyelenggaraan pemerintahan di daerah. Hal ini didukung oleh kenyataan bahwa peraturan pemerintah yang diamanatkan oleh Ketetapan MPR No.IV/MPR/2000 tentang Rekomendasi Kebijakan Dalam Penyelenggaraan Otonomi Daerah berupa Undang-Undang No. 22 Tahun 1999 dan UU No. 25 Tahun 1999 untuk segera dibentuk ternyata belum semuanya dibuat sehingga terjadi

¹⁵²*Ibid*, hlm. 29.

kekosongan pengaturan. Dalam kaitan ini, Bagir Manan memberikan catatan sebagai berikut.¹⁵³

“Dalam sistem ketatanegaraan dimanapun, wewenang menteri membuat peraturan (administratif) diakui dan mempunyai sifat peraturan perundang-undangan. Menteri selain sebagai pejabat publik adalah pejabat administrasi negara, serta melaksanakan hak dan kewajiban atau wewenang departemennya berhak membuat aturan-aturan. Wewenang mengatur ini dapat bersumber dari atribusi, delegasi, mandat. atau dasar kebebasan bertindak (*Freiesermessen, discretion, discretionary power*). Berdasarkan aneka ragam sumber wewenang mengatur tersebut pengertian mengatur tidak hanya terbatas pada peraturan perundang-undangan, tetapi juga termasuk Peraturan Kebijakan (*beleidsregel*) dan berbagai bentuk keputusan yang bersifat umum lainnya. Kumpulan dan aneka ragam ini di Belanda dinamakan '*besluiten van algemene strekking* '.

Hal senada dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie,¹⁵⁴ menteri, seperti diuraikan dalam Penjelasan UUD 1945, dalam bidangnya masing-masing adalah pemimpin Pemerintahan yang sesungguhnya dalam kenyataan sehari-hari. Oleh karena itu, sudah sewajarnya kepadanya diberikan kewenangan regulatif untuk mengatur dan menetapkan peraturan di bidangnya. Akan tetapi, tidak semua menteri diberi kewenangan mengatur. Kewenangan itu harus dibatasi hanya digunakan oleh menteri yang memimpin departemen (dengan portofolio).

Di samping menteri, ada pula pejabat-pejabat setingkat menteri seperti Gubernur Bank Indonesia, Kepala Kepolisian Republik Indonesia. Panglima TNI, dan Jaksa Agung yang dapat pula diberi kewenangan regulasi. Termasuk dalam kategori ini adalah lembaga-lembaga yang bersifat independen, seperti komisi Pemilihan Umum, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Komisi Penyiaran Indonesia. dan sebagainya. Badan atau lembaga-lembaga seperti ini dapat mengeluarkan peraturan tersendiri,

¹⁵³ Bagir Manan, *Tertib Peraturan Perundang-undangan Menurut Ketetapan MPR RI Nomor. III/MPR/2000, Material Course Hukum Perundang-undangan*, Jakarta, hlm. 2. Lihat dalam jurnal Hukum NO. 23 Vol. 10. Mei 2003. hlm. 59.

¹⁵⁴ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta, Diterbitkan atas kerja sama Mahkamah Konstitusi dengan Pusat Studi HTN FH Universitas Indonesia, 2004, hlm. 277,

asalkan kewenangan regulatif itu diberikan oleh undang-undang. Jika lembaga-lembaga itu diberi kewenangan regulatif, nama produk regulatif yang dihasilkan sebaiknya disebut peraturan.

Sering kali bentuk-bentuk peraturan yang ditetapkan oleh lembaga-lembaga yang bersifat khusus atau independen tersebut tidak dapat dikategorikan sebagai peraturan umum yang tunduk kepada prinsip hierarki hukum berdasarkan tata urutan peraturan perundang-undangan yang lazim. Produk hukum pengaturan yang ditetapkan oleh pejabat tertentu, yang secara protokoler sederajat, tidak dapat dikatakan selalu mengikuti tingkatan pejabat yang menetapkan. Misalnya, Gubernur Bank Indonesia memang secara protokoler sederajat dengan menteri. Akan tetapi, produk peraturan yang ditetapkannya sama seperti peraturan pemerintah, yaitu menjalankan undang-undang. Oleh karena itu, kedudukan peraturan peraturan yang ditetapkan oleh lembaga-lembaga khusus itu lebih tepat disebut peraturan yang bersifat khusus *lex specialis*. Semua peraturan yang ditetapkan oleh lembaga khusus dan independen .itu dapat diperlakukan sebagai bentuk peraturan khusus yang tunduk pada prinsip *lex specialis derogat lex generalis*. Termasuk dalam kategori ini adalah peraturan Mahkamah Agung, Peraturan Mahkamah Konstitusi, Peraturan Bank Indonesia, Peraturan Komisi Pemilihan Umum, Peraturan Komisi Hak Asasi Manusia, Peraturan Komisi Penyiaran Indonesia, Peraturan Pusat Pelaporan dan Analisis Transaksi Keuangan, dan sebagainya.¹⁵⁵

Bagaimana dengan peraturan daerah? Dari segi pembuatannya, sudah semestinya kedudukan perda ini, baik perda tingkat provinsi maupun perda tingkat kabupaten atau kota, dapat dilihat setara dengan undang-undang dalam arti semata-mata merupakan produk hukum lembaga legislatif. Namun demikian, dari segi isi kedudukan, peraturan yang mengatur materi dalam ruang lingkup daerah yang lebih sempit dianggap mempunyai kedudukan lebih rendah dibandingkan peraturan dengan ruang lingkup wilayah yang lebih luas. Dengan demikian, undang-undang lebih tinggi kedudukannya daripada perda provinsi, perda kabupaten atau perda kota. Oleh karena itu, sesuai prinsip hierarki peraturan perundang-undangan, peraturan yang lebih rendah itu tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang derajatnya lebih tinggi.

¹⁵⁵*Ibid*, hlm, 278-279.

Akan tetapi, sebagai konsekuensi dipertegasnya prinsip pemisahan kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif dalam naskah Perubahan Pertama UUD 1945, produk legislatif daerah ini dapat saja bertentangan dengan produk eksekutif di tingkat pusat. Misalnya, apabila suatu materi Perda tingkat provinsi ataupun Perda tingkat kabupaten /kota yang telah ditetapkan secara sah ternyata bertentangan isinya dengan materi peraturan menteri di tingkat pusat, pengadilan haruslah menentukan bahwa Perda itulah yang berlaku sepanjang untuk daerahnya.

Menurut Bagir Manan, mengingatkan bahwa Perda (termasuk peraturan desa) dibuat oleh satuan pemerintahan yang mandiri (otonom) serta dengan lingkungan wewenang yang mandiri pula maka dalam pengujiannya terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tidak boleh semata-mata berdasarkan pertingkatan, melainkan juga pada lingkungan wewenangnya. Suatu Perda yang bertentangan dengan suatu peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi itu yang melanggar hak dan kewajiban daerah yang dijamin UUD atau UU Pemerintahan Daerah.¹⁵⁶

Keempat, Pasal 3 ayat (7) Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 menyebutkan, Peraturan Daerah merupakan peraturan untuk melaksanakan aturan hukum di atasnya dan menampung kondisi khusus dari daerah yang bersangkutan, terdiri dari peraturan daerah provinsi, peraturan daerah kabupaten/kota, dan peraturan desa. Bagaimana kedudukan peraturan daerah provinsi, peraturan daerah kabupaten/kota, dan peraturan desa. Apakah masing-masing memiliki kedudukan yang sederajat atukah berbeda?. Kedudukan masing-masing tersebut penting dalam kaitannya dengan Pasal 4 ayat (1) Ketetapan MPR No. III/MPR/2000, dimana kedudukan terkait erat dengan derajat kekuatan masing-masing peraturan.

Undang-undang Nomor. 22 Tahun 1999 Pasal 4 ayat (2) menegaskan: daerah provinsi, daerah kabupaten, dan daerah kota, masing-masing berdiri sendiri dan tidak mempunyai hubungan hierarki satu sama lain. Maksudnya adalah daerah provinsi tidak membawahi daerah kabupaten dan daerah kota, tetapi dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan terdapat hubungan koordinasi, kerja sama dan/atau kemitraan dengan daerah kabupaten dan daerah kota dalam kedudukan masing-masing sebagai daerah otonom. Sementara itu, dalam kedudukan sebagai wilayah administratif, gubernur selaku wakil pemerintah melakukan

¹⁵⁶Bagir Manan, *Teori dan..., op. cit.*, hlm, 142.

hubungan pembinaan dan pengawasan terhadap daerah kabupaten dan daerah kota.

Menurut Maria Farida Indrati Soeprapto, perda provinsi dan perda kabupaten/kota tetap memiliki hierarkis. Kalau ada tugas pembantuan dari pusat, perda kabupaten/kota harus tunduk kepada perda provinsi.¹⁵⁷

3. Hierarki Menurut UU Nomor. 10 Tahun 2004

Pada 24 Mei 2004, DPR dan pemerintah telah menyetujui Rancangan Undang-undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menjadi Undang-undang (UU No. 10 Tahun 2004). Undang-undang ini menegaskan bahwa Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum negara. UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan hukum dasar dalam peraturan perundang-undangan. Undang-undang ini juga memerintahkan untuk menempatkan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dalam Lembaran Negara Republik Indonesia. Penempatan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dalam Lembaran Negara Republik Indonesia tidak merupakan dasar pemberlakuannya. Di samping itu, diatur mengenai jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan (Pasal 7). Sebelumnya, hierarki peraturan perundang-undangan dituangkan dalam produk hukum Ketetapan MPR/MPRS sebagaimana telah dibahas di atas. Adapun jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan yang diatur dalam Pasal 7 UU tersebut adalah sebagai berikut:

Hierarki Peraturan Perundang-Undangn Menurut UU N0.10 Tahun 2004

- a. UUD Negara; Republik Indonesia Tahun 1945
- b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti UU
- c. Peraturan Pemerintah
- d. Peraturan Presiden
- e. Peraturan daerah
 1. Perda Provinsi
 2. Perda Kabupaten/Kota
 3. Perdes/Peraturan yang Setingkat

¹⁵⁷Hasil wawancara Syihabudin dengan Maria Farida Indrati Soeprapto, yang ditulis dalam Masalah yang Berkaitan dengan Peraturan Perundang-undangan Indonesia Setelah Amandemen UUD 1945, Program Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2003, hlm, 156.

Dalam Bab III, diatur mengenai materi muatan peraturan perundang-undangan dan Pasal 8 sampai dengan Pasal 14. Memuat UU tersebut, materi muatan yang harus diatur dengan undang-undang berisi hal-hal berikut:

- a. Mengatur lebih lanjut ketentuan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang meliputi:
 1. hak asasi manusia
 2. hak dan kewajiban warga Negara
 3. pelaksanaan dan penegakan kedaulatan Negara serta pembagian kekuasaan negara;
 4. wilayah negara dan pembagian daerah;
 5. kewarganegaraan dan kependudukan
 6. keuangan negara
- b. Diperintahkan oleh suatu undang-undang untuk diatur dengan undang-undang.

Materi muatan perpusama dengan materi undang-undang. Adapun materi muatan peraturan pemerintah berisi materi untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya. Materi muatan peraturan Presiden berisi materi yang diperintahkan oleh undang-undang atau materi untuk melaksanakan peraturan pemerintah. Materi muatan peraturan daerah adalah materi muatan dalam rangka penyelenggaraan urusan daerah dan tugas pembantuan, dan menampung kondisi khusus daerah, serta penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Materi muatan peraturan desa yang setingkat adalah seluruh materi dalam rangka penyelenggaraan urusan desa atau yang setingkat serta penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Materi muatan mengenai ketentuan pidana hanya dapat dimuat dalam undang-undang dan peraturan daerah.

Tata urutan peraturan perundang-undangan di dalam ketetapan MPR/MPRS dihapuskan dari hierarki peraturan perundang-undangan dan mengembalikan kedudukan Peraturan Pemerintah pengganti undang-undang (perpu) setingkat dengan undang-undang. Di samping itu, UU ini juga mengakomodir permintaan dari pemerintah agar peraturan menteri masuk dalam hierarki, namun ditolak oleh Komisi II DPR, yakni rumusan dalam Pasal 7 ayat (4) yang berbunyi: jenis peraturan perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh

Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi." Penegasan terhadap beberapa hal di dalam undang-undang ini merupakan koreksi terhadap pengaturan hierarki peraturan perundang-undangan yang selamaini pernah berlaku (TAP MPRS NO. XX/MPRS/1966 dan TAP MPR NO. III/MPR/2000).

Penghapusan sumber hukum ketetapan MPR dari undang-undang dinilai tepat karena menurut Hamid S. Attamimi, ketetapan MPR tidak tepat dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan¹⁵⁸ Yang termasuk peraturan perundang-undangan adalah undang-undang ke bawah, UUD, dan TAP MPR harus dilepaskan dalam pengertian peraturan perundang-undangan.¹⁵⁹ Setelah UUD 1945 mengalami perubahan dengan perubahan pertama sampai keempat, semakin berkembang pengertian bahwa format peraturan dasar ini, terutama menyangkut kedudukan Ketetapan MPR yang sejak lama mendapat kritik dari para ahli hukum tata Negara, mengalami perubahan. Kedudukan Ketetapan MPR sebagai salah satu bentuk peraturan tidak dapat dipertahankan. Format peraturan dasar yang dapat dipertahankan secara akademis hanya naskah UUD dan Naskah Perubahan UUD, yang keduanya sama-sama merupakan produk MPR.

Pada hakikatnya Perpu sama dan sederajat dengan undang-undang, hanya syarat pembentukannya yang berbeda. Oleh karena itu, penegasan dalam Pasal 9 yang menyatakan bahwa materi muatan perpu sama dengan materi muatan undang-undang adalah tepat. Menurut Jimly Asshiddiqie, sebagai konsekuensi telah bergesernya kekuasaan membentuk undang-undang dari Presiden ke DPR berdasarkan ketentuan Pasal 20 ayat (1) baru juncto Pasal 5 ayat (I) baru UUD 1945, kedudukan DPR sebagai lembaga legislatif makin dipertegas. Oleh karena itu, semua peraturan yang dikeluarkan oleh Presiden haruslah mengacu kepada undang-undang dan UUD dan tidak boleh lagi bersifat mandiri seperti keputusan Presiden di masa lalu.

Satu-satunya peraturan yang dikeluarkan Presiden/pemerintah yang dapat bersifat mandiri dalam arti tidak untuk melaksanakan perintah UU adalah terbentuknya perpu yang dapat berlaku selama-lamanya 1 tahun.

¹⁵⁸Menurut Jimly Asshiddiqie, UUD, Perubahan UUD, dan Ketetapan MPR yang bersifat mengatur dan berisi hal-hal yang seharusnya menjadi materi Undang-Undang Dasar, dikategorikan sebagai peraturan dasar. Lihat dalam Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi &... op. cit*, hlm, 270-271.

¹⁵⁹A. Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan, ... op.cit*, hlm, 289.

Untuk selanjutnya, perpu tersebut harus diajukan untuk mendapatkan persetujuan DPR. Jika DPR menolak menyetujui perpu tersebut, menurut ketentuan Pasal 22 ayat (3) UUD 1945, Presiden harus mencabutnya, Agar lebih tegas, ketentuan sebaiknya disempurnakan menjadi “tidak berlaku lagi demi hukum”.

Tata urutan perundang-undangan diatas mengandung konsekuensi bahwa peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi (*Lex Superior derogate Lex Inferior*).

4. Hierarki Menurut UU Nomor. 12 Tahun 2011

Pada tahun 2011, Pemerintah Republik Indonesia mengesahkan Undang-undang No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, dengan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 No.82 dengan hierarki Peraturan Perundang-undangan sebagai berikut:

1. Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
3. Undang-undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang
4. Peraturan Pemerintah
5. Peraturan Presiden
6. Peraturan Daerah
 - a. Perdaturan daerah Propinsi
 - b. Peraturan Daerah Kabupaten atau kota.

1. Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

UUD adalah peraturan negara yang tertinggi dalam negara, yang memuat ketentuan-ketentuan pokok dan menjadi salah satu sumber daripada peraturan perundangan lainnya yang kemudian dikeluarkan oleh negara itu. UUD ialah hukum dasar tertulis, sedang di samping UUD ini berlaku juga hukum dasar yang tidak tertulis, yang merupakan sumber hukum lain, sebagai contoh kebiasaan. Maka UUD 1945 adalah bentuk peraturan perundangan yang tertinggi, yang menjadi dasar dan sumber bagi semua peraturan perundangan yang lebih rendah dalam negara Republik Indonesia. Ketentuan yang tercantum dalam pasal UUD 1945 adalah ketentuan yang tertinggi yang pelaksanaannya dilakukan dengan Ketetapan MPR dan UU.

2. Ketetapan MPR

Mengenai Ketetapan MPR ada dua macamnya :

- a. Ketetapan MPR yang memuat garis-garis besar dalam bidang legislatif dilaksanakan dengan UU.
- b. Ketetapan MPR yang memuat garis garis besar dalam bidang eksekutif dilaksanakan dengan Keputusan Presiden

3. Undang-Undang

Syarat mutlak berlakunya suatu UU ialah setelah diundangkan dalam Lembaran Negara (Lembaran Negara adalah tempat pengundangan peraturan-peraturan negara agar supaya sah berlaku) oleh Sekretaris Negara, dan tanggal mulai berlakunya ialah menurut tanggal yang ditentukan dalam UU itu sendiri. Berkenaan dengan berlakunya UU, kita mengenal beberapa asas Peraturan Perundang-undangan :

- a. UU tidak berlaku surut.
- b. UU yang dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi mempunyai kedudukan yang lebih tinggi pula.
- c. UU yang bersifat khusus menyampingkan undang-undang yang bersifat umum.
- d. UU yang berlaku kemudian membatalkan UU yang terdahulu(yang mengatur hal yang sama)
- e. Undang undang tak dapat diganggu gugat.

Adapun untuk proses pembuatan Peraturan Perundang-undangan ini meliputi tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan, dan pengundangan.

(1) Perencanaan

Perencanaan merupakan tahap awal dalam menyusun peraturan perundang-undangan. Dalam perencanaan diinventarisir masalah yang ingin diselesaikan beserta latar belakang dan tujuan penyusunan peraturan perundang-undangan. Masalah yang ingin diselesaikan setelah melalui pengkajian dan penyelarasan, dituangkan dalam Naskah Akademik. Setelah siap dengan Naskah Akademik, kemudian diusulkan untuk dimasukkan ke dalam program penyusunan peraturan. Untuk Undang-undang, program penyusunannya disebut Program Legislasi Nasional (Prolegnas).

(2) Penyusunan

Penyusunan peraturan perundang-undangan dapat diartikan dalam 2 (dua) maksud, *Pertama*, penyusunan dalam arti proses, yakni dimulai dari proses penyampaian rancangan dari Presiden/Gubernur/Bupati/Walikota atau DPR/DPD setelah melalui tahap perencanaan. Proses penyusunan ini berbeda untuk Undang-undang (UU), Peraturan Pemerintah (PP) dan Peraturan Presiden (Perpres). *Kedua*, penyusunan dalam arti teknik penyusunan, yakni pengetahuan mengenai tata cara pembuatan judul, pembukaan, batang tubuh, penutup, penjelasan dan lampiran.

(3) Pembahasan

Pembahasan adalah pembicaraan mengenai substansi peraturan perundang-undangan di antara pihak-pihak terkait. Untuk Undang-undang, pembahasan dilakukan oleh DPR bersama Presiden atau Menteri melalui tingkat-tingkat pembicaraan. Untuk peraturan di bawahnya, pembahasan dilakukan oleh instansi terkait tanpa keterlibatan DPR.

(4) Pengesahan

Untuk Undang-undang, Rancangan Undang-undang yang telah disetujui bersama oleh DPR dan Presiden disampaikan oleh Pimpinan DPR kepada Presiden untuk disahkan menjadi Undang-undang. Untuk peraturan perundang-undangan dibawah Undang-undang, disampaikan oleh Menteri Hukum dan HAM kepada Presiden melalui Kementerian Sekretariat Negara atau Sekretariat Kabinet Negara Republik Indonesia .

(5) Pengundangan

Pengundangan adalah penempatan peraturan perundang-undangan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia, Berita Negara Republik Indonesia, Tambahan Berita Negara Republik Indonesia, Lembaran Daerah, Tambahan Lembaran Daerah, atau Berita Daerah. Tujuan pengundangan adalah agar masyarakat mengetahui isi peraturan perundang-undangan tersebut dan dapat menjadi acuan kapan suatu peraturan perundang-undangan mulai berlaku dan mengikat.

4. Peraturan pemerintah sebagai pengganti UU (PERPU)

PERPU diatur dalam UUD1945 Pasal 22 sebagai berikut :

1. Dalam hal ikhwal kegentingan yang mamaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti UU.
2. Peraturan Pemerintah itu harus mendapat persetujuan DPR dalam persidangan yang berikut.
3. Jika tidak mendapat persetujuan, maka peraturan pemerintah itu harus dicabut.

Peraturan seperti ini memang perlu diadakan, agar supaya keselamatan negara dijamin oleh Pemerintah dalam keadaan yang genting, yang memaksa Pemerintah untuk bertindak lekas dan cepat. Walau demikian, pemerintah tidak akan terlepas dari pengawasan DPR, oleh karena itu PERPU dalam Pasal 22 UUD 1945 yang kekuatannya sama dengan UU harus disahkan pula oleh DPR.

5. Peraturan Pemerintah dan Keputusan Presiden.

UUD45 memberikan lagi kekuasaan kepada Presiden untuk menetapkan Peraturan Pemerintahan untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya (Pasal 5 ayat 2 UUD45). Dikenal pula Peraturan Pemerintah daerah seperti Peraturan daerah Swatantra(otonom) tingkat I, tingkat II, dan daerah lainnya. Peraturan Pemerintah (pusat) memuat aturan umum untuk melaksanakan UU, sedangkan Peraturan Pemerintah Daerah memuat aturan umum untuk melaksanakan Peraturan Pemerintah Pusat. Peraturan Pemerintah Daerah isinya tidak boleh bertentangan dengan Peraturan Pemerintah Pusat, dan jika ternyata bertentangan maka Peraturan Pemerintah yang bersangkutan dengan sendirinya batal. Presiden berhak juga mengeluarkan Keputusan Presiden yang berisi keputusan yang bersifat khusus (*einmalig* yakni berlaku atau mengatur suatu hal tertentu saja).

Adapun peraturan-peraturan pelaksanaan lainnya (baik yang diadakan oleh pejabat sipil maupun militer) seperti keputusan Menteri, keputusan Panglima Angkatan Bersenjata, dan lain sebagainya harus pula dengan tegas berdasar dan bersumber pada peraturan perundangan yang lebih tinggi.

SUBJEK DAN OBJEK HUKUM**A. Subjek Hukum****1. Pengertian Subjek hukum**

Subyek hukum memiliki kedudukan dan peranan yang sangat penting di dalam bidang hukum, khususnya hukum keperdataan karena subyek hukum tersebut yang dapat mempunyai wewenang hukum. Istilah subyek hukum berasal dari terjemahan bahasa Belanda yaitu *rechtsubject* atau dalam bahasa Inggris yaitu *law of subject*.¹⁶⁰ Manusia adalah pendukung hak dan kewajiban, tetapi manusia bukanlah satu-satunya subyek hukum karena masih ada subyek hukum lainnya. Subyek hukum adalah segala sesuatu yang menurut hukum dapat mempunyai hak dan kewajiban, termasuk apa yang dinamakan badan hukum (*rechtspersoon*), seperti PT (Perseroan Terbatas), PN (Perusahaan Negara), Yayasan, Badan-badan Pemerintahan dan sebagainya.¹⁶¹

Ketikamembahas tentang ilmu hukum, sesungguhnya harus dipahami juga tentang subyek dari hukum tersebut. Adapun subyek hukum menurut Marwan Mas adalah segala sesuatu yang menurut hukum dapat menjadi pendukung (dapat memiliki) hak dan kewajiban¹⁶². Lebih tegas Marwan Mas mengatakan bahwa subjek hukum dalam kamus ilmu hukum disebut juga “orang” atau “pendukung hak dan kewajiban”.

Berbeda dengan pendapat Soedjono Dirdjosisworo dalam memberikan pengertian subyek hukum atau *subject van een recht*, yaitu “orang” yang mempunyai hak manusia pribadi atau badan hukum yang berhak atau yang melakukan perbuatan hukum. Selain itu, pengertian Subyek hukum (*recht subject*) ialah pemegang hak dan kewajiban menurut hukum. Dalam kehidupan sehari-hari, yang menjadi subyek hukum dalam Sistem Hukum Indonesia, yakni individu (orang) dan badan hukum

¹⁶⁰Titik Triwulan Tutik, *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional*, Prenada Media Group, Jakarta, 2008, hlm, 40.

¹⁶¹A. Ridwan Halim, *Hukum Perdata Dalam Tanya Jawab*, Cetakan Kedua, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1985, hlm, 29

¹⁶²Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2011, hlm, 22.

(perusahaan, organisasi, institusi). Subjek hukum adalah segala sesuatu yang menurut hukum mempunyai hak dan kewajiban¹⁶³.

Dari pengertian di atas, penulis dapat menarik kesimpulan bahwa subyek hukum adalah pemegang kekuasaan dari hak dan kewajiban yang berlaku menurut hukum. Sesuatu yang mempunyai hak dan kewajiban disebut subjek hukum. Jadi boleh dikatakan bahwa tiap manusia baik warga negara maupun orang asing dengan tidak memandang agama maupun kebudayaannya adalah subjek hukum. Manusia sebagai pembawa hak (subjek) mempunyai hak-hak dan kewajiban-kewajiban untuk melakukan tindakan hukum, dimana manusia dapat mengadakan perikatan, perkawinan dan sebagainya.

Menurut hukum adalah setiap manusia yang mempunyai kedudukan yang sama selaku pendukung hak dan kewajiban. Pada dasarnya orang sebagai subjek hukum di mulai sejak ia lahir dan berakhir setelah meninggal dunia. Namun, ada pengecualian menurut Pasal 1 ayat (2) KUHPerdara yang berbunyi "anak yang ada dalam kandungan ibunya, di anggap telah lahir. setiap kali kepentingan sianak menghendaknya. Bahwa bayi yang masih dalam kandungan ibunya di anggap telah lahir dan menjadi subjek hukum. Apabila bayi tersebut lahir dalam keadaan meninggal dunia, menurut hukum bayi tersebut tidak pernah ada sehingga ia tidak di anggap subyek hukum. Ketentuan tersebut juga menegaskan bahwa hak dan kewajiban anak baru lahir di anggap ada jika ia lahir hidup. Apabila ia lahir mati maka haknya dianggap tidak ada. Misalkan kepentingan anak untuk menjadi ahli waris dari orang tuanya walaupun ia masih berada dalam kandungannya di anggap lahir dan oleh karena itu harus di perhitungkan hak-haknya sebagai ahli waris. Tetapi jika ia lahir dalam keadaan mati maka haknya di anggap tidak pernah ada. Di samping itu berdasarkan undang-undang seseorang tidak di anggap telah meninggal dunia jika hilang tidak diketahui keberadaannya dan tidak ada kepastian apakah ia masih hidup dalam tenggang waktu setelah 5 tahun ia meninggalkan tempat kediamannya.

Sebagai subjek hukum, manusia mempunyai hak dan kewajiban. Meskipun menurut hukum sekarang ini, setiap manusia tanpa kecuali dapat memiliki hak-haknya, akan tetapi dalam hukum, tidak semua manusia dapat diperbolehkan bertindak sendiri di dalam melaksanakan hak-haknya itu.

¹⁶³ C.S.T Kansil, *Pengantar ..., op. cit*, hlm, 59.

Mereka digolongkan sebagai orang yang “tidak cakap” untuk bertindak sendiri dalam melakukan perbuatan-perbuatan hukum, sehingga mereka itu harus diwakili atau dibantu oleh orang lain.

2. Macam Subjek Hukum

Dengan beberapa uraian diatas, maka subyek hukum di Indonesia menurut C.S.T Kansil dibagi menjadi 2 (dua) yakni¹⁶⁴ orang (*natuurlijk persoon*) dan badan hukum" (*rechtspersoon*).

a. Orang (*Natuurlijk Persoon*)

Dalam Hukum Perdata dikatakan bahwa, Subyek Hukum Orang (*natuurlijk persoon*) adalah setiap orang yang mempunyai kedudukan yang sama selaku pendukung hak dan kewajiban. Pada prinsipnya orang sebagai subjek hukum dimulai sejak lahir hingga meninggal dunia. Namun ada pengecualian menurut Pasal 2 KUHPperdata, bahwa bayi yang masih ada di dalam kandungan ibunya dianggap telah lahir dan menjadi subjek hukum jika kepentingannya menghendaki, seperti dalam hal kewarisan¹⁶⁵. Namun, apabila dilahirkan dalam keadaan meninggal dunia, maka menurut hukum ia dianggap tidak pernah ada, sehingga ia bukan termasuk subjek Hukum.

Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1330, menentukan mereka yang oleh hukum telah dinyatakan tidak cakap untuk melakukan sendiri perbuatan hukum ialah :

a. Orang yang belum dewasa.

Yang dimaksud dengan belum dewasa yaitu anak yang belum berusia 21 tahun atau belum pernah kawin. Orang yang belum dewasa dianggap tidak cakap menurut hukum karena dia belum bisa melakukan sendiri hak dan kewajibannya. Contohnya membuat perjanjian, maka dalam hubungan itu dianggap tidak sah secara hukum karena anak tersebut belum cakap untuk melakukan hubungan hukum. Akibat hukumnya maka dianggap dapat dibatalkan oleh hukum.

b. Orang yang ditaruh di bawah pengampuan (*curatele*), seperti orang yang sakit ingatan atau gila, orang pemabuk dan orang boros.

Yang dimaksud dengan orang sakit ingatan, yaitu dapat bertindak diluar batas kewajaran (433 KUHPperdata). Yang dapat memintakan pengawasan adalah para keluarga. Dalam ilmu hukum, ketika

¹⁶⁴*Ibid*, hlm, 99.

¹⁶⁵Pasal 2 KUHPperdata

orang gila melakukan tindak pidana maka dia tidak akan dipidanakan karena dia memiliki kelainan jiwa.

Sedangkan dalam Hukum Pidana menurut Wirjono Prodjodikoro. dalam bukunya Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesiamengatakan bahwa dalam pandangan Kitab Undang-Undang (KUHP), yang dapat menjadi subjek tindak pidana adalah seorang manusia sebagai oknum¹⁶⁶. Ini terlihat pada perumusan-perumusan dari tindak pidana dalam KUHP yang menampakkan daya berpikir sebagai syarat bagi subjek tindak pidana itu, juga terlihat pada wujud hukuman/pidana yang termuat dalam pasal-pasal KUHP, yaitu hukuman penjara, kurungan, dan denda.

Apa yang telah dijelaskan diatas secara yuridis dapat disimpulkan alasan manusia sebagai subyek hukum yaitu *Pertama*, manusia mempunyai hak-hak subyektif dan kewenangan hukum. Dalam hal ini kewenangan hukum berarti kecakapan untuk menjadi subyek hukum, yang mana sebagai pendukung hak dan kewajiban. Yang *Kedua*, pada dasarnya manusia mempunyai hak namun tidak semua manusia mempunyai kewenangan dan kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum tersebut.

Di samping manusia pribadi sebagai subjek, terdapat pula badan-badan (kumpulan manusia) yang oleh hukum diberikan status yang mempunyai hak dan kewajiban seperti manusia yang disebut badan hukum.

Sebagai subyek hukum, badan hukum juga memiliki kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum yang dalam pelaksanaan perbuatan hukum tersebut diwakili oleh pengurus. Badan hukum dapat memiliki kekayaan sendiri, ikut serta dalam lalu-lintas hukum. Badan hukum juga dapat dianggap bersalah melakukan perbuatan melawan hukum. Perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh badan hukum dalam hukum perdata menjadi tanggung jawab badan hukum tersebut yang dalam pelaksanaannya juga diwakili oleh pengurusnya.

b. Badan Hukum (*Rechts Persoon*)

Dalam pergaulan hukum di tengah-tengah masyarakat, ternyata manusia bukan satu-satunya subyek hukum (pendukung hak dan kewajiban), tetapi masih ada subyek hukum lain yang sering disebut "badan hukum" (*rechtspersoon*). Adapun yang dimaksud badan hukum ialah perkumpulan-perkumpulan yang dapat menanggung hak dan kewajiban.

¹⁶⁶Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Eresco, Bandung: 1981, hlm,59.

Istilah Badan Hukum sudah lazim digunakan bahkan merupakan istilah Hukum yang resmi di Indonesia, badan hukum merupakan terjemahan istilah Hukum Belanda yaitu *Rechtspersoon*. Meskipun demikian dalam kalangan Hukum ada juga yang menyarankan atau telah mempergunakan istilah lain untuk menggantikan istilah Badan Hukum. Dalam bahasa asing istilah Badan Hukum selain merupakan terjemahan dari istilah *Rechtspersoon* (Belanda), juga merupakan terjemahan peristilahan : *Persona moralis* (Latin), *Legal Persons* (Inggris).

Pengertian *legal persons* dalam Black's Law Dictionary¹⁶⁷ adalah “*An entity such as corporation, created by law given certain legal rights and duties of a human being; abeing, real or imaginary, who for the purpose of legal reasoning treated more or less as human being*”.

Menurut Molengraaff, badan hukum pada hakikatnya merupakan hak dan kewajiban para anggotanya secara bersama-sama, dan didalamnya terdapat harta kekayaan bersama yang tidak dapat dibagi-bagi. Setiap anggota tidak hanya menjadi pemilik sebagai pribadi untuk masing-masing bagiannya dalam satu kesatuan yang tidak dapat dibagi-bagi itu, tetapi juga sebagai pemilik bersama untuk keseluruhan harta kekayaan, sehingga setiap pribadi anggota adalah juga pemilik harta kekayaan yang terorganisasikan dalam badan hukum itu.¹⁶⁸

Menurut Von Savigny, C.W. Opzoomer, A.N. Houwing dan Lange meyer, pengertian badan hukum adalah buatan hukum yang diciptakan sebagai bayangan manusia yang ditetapkan oleh hukum negara. Selanjutnya, menurut Holder dan Binder, badanhukum adalah badan yang mempunyai harta terpisah dan dimiliki oleh pengurus harta tersebut karena jabatannya sebagai pengurus harta. A. Brinz dan F.J. Van der Heyden mengartikan badan hukum sebagai badan yang mempunyai hak atas kekayaan tertentu yang tidak dimiliki oleh subjek manusia mana pun yang dibentuk untuk tujuan melayani kepentingan tertentu. Adanya tujuan tersebut yang menentukan bahwa harta kekayaan dimaksud sah untuk diorganisasikan menjadi badan hukum. Menurut Otto Von Gierke, badan Hukum adalah eksistensi realitas mereka dari konstruksi yuridis seolah-

¹⁶⁷Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, West Publishing Co, St. Paul-Minn, 2004, hlm, 1178.

¹⁶⁸Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Setjen dan Kepaniteraan, MKRI, Cetakan Kedua, Jakarta, 2006, hlm, 29.

olah sebagai manusia yang sesungguhnya dalam lalu lintas hukum, yang juga mempunyai kehendak atau kemauan sendiri yang dibentuk melalui alat-alat kelengkapannya yaitu pengurus dan anggotanya. Apa yang mereka putuskan dianggap sebagai kemauan badan hukum itu sendiri.¹⁶⁹

Purnadi Purbacaraka dan Soejono Soekanto berpendapat mengenai istilah badan hukum sebagai berikut¹⁷⁰:

“Dalam menerjemahkan *zadelijk lichaam* menjadi badan hukum, *lichaam* itu benar terjemahannya badan, tetapi hukum sebagai terjemahan *zadelijk* itu salah, karena arti sebenarnya susila. Oleh karena itu *zadelijklichaam* dewasa ini sinonim dengan *rechtspersoon*, maka lebih baik kita gunakan pengertian itu dengan terjemahan pribadi hukum”.

Dalam Undang-Undang disebutkan pula Badan Hukum publik dan Badan Hukum privat, dalam B.W. Indonesia atau KUHPerdara tidak terdapat peraturan umum yang mengatur tentang *rechtspersoon* secara lengkap. Juga tidak dijumpai kata *rechtspersoon* itu dalam Bab IX Buku III KUHPerdara, meskipun maksudnya yaitu antara lain mengatur *rechtspersoonlijkheid* (kepribadian hukum) yaitu bahwa Badan Hukum itu memiliki kedudukan sebagai subjek hukum.

Badan Hukum(*rechtspersoon, legal person, persona moralis*) adalah subjek hukum. Dalam pergaulan hidup di masyarakat terhadap Badan Hukum itu menimbulkan pertanyaan yang identik dengan pertanyaan terhadap subjek hukum. Selain batasan pengertian pokok Badan Hukum di atas, ada juga batasan apa Badan Hukum, seperti antara lain menurut Maijers Badan Hukum adalah meliputi sesuatu yang menjadi pendukung hak dan kewajiban, badan hukum adalah suatu personafikasi yaitu *bestendigheid* (perwujudan, penjelmaan).¹⁷¹

Menurut E. Utrecht, Badan Hukum yaitu badan yang menurut Hukum berkuasa (berwenang) menjadi pendukung hak, selanjutnya dijelaskan bahwa Badan Hukum ialah setiap pendukung hak yang tidak berjiwa atau lebih tepat yang bukan manusia. Badan hukum sebagai gejala kemasyarakatan adalah suatu gejala yang riil, merupakan fakta benar-benar dalam pergaulan hukum, biarpun tidak berwujud manusia atau benda yang dibuat dari besi, kayu, dan sebagainya. Yang menjadi penting bagi

¹⁶⁹<http://www.pengertianpakar.com/2015/05/pengertian-badan-hukum.html>, diakses pada tanggal 23 Mei 2016.

¹⁷⁰Chidir Ali, *Badan Hukum*, PT Alumni, Jakarta, 1999, hlm, 17.

¹⁷¹*Ibid*, hlm, 15.

pergaulan hukum ialah hal Badan Hukum itu mempunyai kekayaan (*Vermogen*) yang sama sekali terpisah dari kekayaan anggotanya, sehingga tanggungjawab menjadi terbatas.

Soemitro mengartikan *rechtspersoon* adalah suatu badan yang dapat mempunyai harta kekayaan, hak serta kewajiban seperti orang-orang pribadi, sedangkan menurut Sri Soedewi Masjhoen berpendapat bahwa badan hukum adalah kumpulan orang yang bersama-sama bertujuan untuk mendirikan suatu badan, yaitu : (1) berwujud himpunan dan, (2) harta kekayaan yang disendirikan untuk tujuan tertentu, dan ini dikenal dengan yayasan. Soemitro dan Sri Soedewi Masjhoen mengkaji dan menelaah pengertian badan hukum dari aspek yang berbeda. Soemitro mengkaji pengertian badan hukum dari segi kewenangan. Kewenangan itu dapat dibagi menjadi dua macam, yaitu : (1) kewenangan atas harta kekayaan, dan (2) kewenangan untuk mempunyai hak dan mempunyai kewajiban. Sri Soedewi Masjhoen memfokuskan pengertian badan hukum dari segi tujuan dan pendiriannya.¹⁷²

Ada lagi suatu keuntungan adanya badan hukum itu. Badan hukum menjamin kontinuitas. Logemann: *bestendigheid* – hak kewajiban sesuatu penjelmaan – korporasi atau yayasan, biarpun pengurus penjelmaan itu selalu diganti. Badan hukum sebagai pendukung hak dan kewajiban, tetap ada diteruskan sedangkan pengurusnya yang menjadi wakil kontinuitas itu dapat berganti-ganti.

Bagi Bothink Badan Hukum itu hanya suatu gambar yuridis tentang identitas bukan manusia yang dapat melakukan perbuatan-perbuatan. Menurut R Subekti, badan hukum pada pokoknya adalah suatu badan atau perkumpulan yang dapat memiliki hak-hak dan melakukan perbuatan seperti seorang manusia, serta memiliki kekayaansendiri, dapat digugat atau menggugat di depan Hakim. R . Rochmat Soemitro mengemukakan, badan hukum (*rechtspersoon*) ialah suatu badan yang mempunyai harta, hak serta kewajiban seperti orang pribadi.¹⁷³

Subjek Hukum itu ialah perusahaan hukum atau badan hukum, perusahaan hukum dapat bertindak dalam hubungan hukum sebagai perusahaan wajar ia boleh mempunyai milik, boleh berunding, boleh mengikat perjanjian, boleh bertindak dalam persengketaan hukum dan

¹⁷²Salim, HS, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, PT RajaGrafindo Persada, Cetakan Kedua, Jakarta, 2012, hlm, 23.

¹⁷³*Ibid*, hlm, 16.

sebagainya dan memikul tanggung jawab dalam arti hukum tentang segala perbuatannya. Hukum memberi kemungkinan, dengan memenuhi syarat-syarat tertentu, bahwa suatu perkumpulan atau badan lain dianggap sebagai orang, yang merupakan pembawa hak suatu subjek hukum dan karenanya dapat menjalankan hak-hak seperti orang biasa, dan begitu pula dapat dipertanggung-gugat. Badan hukum ini bertindak harus dengan perantara orang biasa akan tetapi orang yang bertindak itu tidak bertindak untuk dirinya melainkan untuk dan atas pertanggung-gugat badan hukum.

H. Th. Ch. Kal dan V.F.M. Den Hartog menerangkan bahwa perusahaan wajar yakni manusia ialah subjek hukum. Akan tetapi lain daripada manusia, menurut hukum ada juga subjek hukum yang lain, yang tidak bersifat wajar atau makhluk, melainkan merupakan sesuatu organisasi. Organisasi yang memperoleh sifat subjek hukum itu ialah perusahaan hukum atau badan hukum. Perusahaan hukum dapat bertindak dalam hubungan hukum sebagai perusahaan wajar ia boleh mempunyai milik, boleh berunding, boleh mengikat perjanjian, boleh bertindak dalam persengketaan hukum dan sebagainya dan memikul tanggung jawab dalam arti hukum tentang segala perbuatannya.

Sudiman Kartodiprojo menjelaskan, tiap manusia jadi merupakan orang. Manusia ini merupakan orang yang karena terbawa oleh keadaan bahwa ia manusia. Karena itu orang yang bercorak manusia itu disebut orang asli (*natuurlijkjkr persoon*), sebagai lawan subjek hukum lainnya, ialah badan hukum (*rechtspersoon*).

Hukum memberi kemungkinan, dengan memenuhi syarat-syarat tertentu, bahwa suatu perkumpulan atau badan lain dianggap sebagai orang, yang merupakan pembawa hak, suatu subjek hukum dan karenanya dapat menjalankan hak-hak seperti orang biasa, dan begitu pula dipertanggung-gugat. Sudah barang tentu badan hukum ini bertindak harus dengan perantaraan orang biasa, akan tetapi orang yang bertindak itu tidak bertindak untuk dirinya melainkan untuk dan atas pertanggung gugat badan hukum.

Orang asli atau disingkat orang diatur dalam Buku I Bab 1 – 3, sedang dasar kemungkinan adanya badan hukum itu diatur dalam Buku III Bab 9 KUHPerdato.

Dalam pengertian pokok, badan hukum itu adalah segala sesuatu yang berdasarkan tuntutan kebutuhan masyarakat yang demikian itu oleh hukum diakui sebagai pendukung hak dan kewajiban. Dalam perundang-

undangan Indonesia sekarang sebagai kelanjutan dari ketentuan-ketentuan Hindia Belanda dahulu, berdasarkan aturan peralihan Pasal II UUD'45, maka ketentuan-ketentuan tentang badan hukum yang masih dualistis dikala itu sampai sekarang masih tetap berlaku walaupun keadaan perundang-undangan yang bersangkutan sudah tidak memadai lagi.

Akhirnya sesuai dengan pengertian Badan Hukum sebagai subjek hukum itu, Mahkamah Agung Indonesia dalam putusan perkara pidana ekonomi berpendapat bahwa suatu badan hukum tidak dapat disita. Dengan demikian jelas sudah bahwa badan hukum sebagai subjek hukum itu bukanlah objek hukum.

Badan hukum sebagai pendukung hak dan kewajiban dapat bertindak seperti pendukung hak dan kewajiban lainnya manusia. *Persoon* itu manusia yang mempunyai kemampuan untuk menjadi subjek dari hubungan-hubungan hukum, terutama manusia artinya manusia yang mempunyai *persoonlijkheid* (kepribadian) Pada pokoknya *persoonlijkheid* adalah kemampuan seseorang untuk menjadi subjek dari hubungan hukum, sejak saat manusia itu lahir dan berakhir dengan kematiannya. Tetapi juga perkumpulan manusia bersama-sama bisa mempunyai kemampuan untuk menjadi subjek dari hubungan-hubungan hukum.

Badan hukum yang mempunyai *persoonlijk* adalah antara lain suatu kemampuan untuk menjadi subjek dari hubungan hukum. Tiap Badan Hukum, terutama mengenai cara pembentukannya mempunyai peraturannya sendiri. Tetapi walaupun demikian masih dapat ditunjukkan peraturan umum berhubungan dengan status badan hukum pada umumnya.

Dari pendapat-pendapat di atas, dapatlah disimpulkan tentang pengertian badan hukum sebagai subjek hukum itu mencakup hal berikut, yaitu:

1. perkumpulan orang (organisasi);
2. dapat melakukan perbuatan hukum (*rechtshandeling*) dalam hubungan-hubungan hukum (*rechtsbetrekking*);
3. mempunyai harta kekayaan tersendiri;
4. mempunyai pengurus;
5. mempunyai hak dan kewajiban;
6. dapat digugat atau menggugat di depan Pengadilan.

Dalam pengertian pokok, apa badan hukum itu adalah segala sesuatu yang berdasarkan tuntutan kebutuhan masyarakat yang demikian itu oleh hukum diakui sebagai pendukung hak dan kewajiban.

Hal-hal ini semua menjadi persoalan bagi Badan Hukum dan tergantung pada maksud-maksud yang tercantum dalam anggaran dasar Badan Hukum itu, sifat-sifat tadi hanya sebagian kecil saja yang dapat dimiliki oleh Badan Hukum itu. Bahwa Badan Hukum itu harus mempunyai sifat kerohanian, kekhawatiran, maka memang badan hukum itu suatu hal yang fictif saja, berbicara tentang fictif dapat dijelaskan apakah arti fictie dalam Badan Hukum pada umumnya yakni suatu penambahan aturan hukum yang baru pada hukum dengan anggapan bahwa keadaan nyata yang tertentu adalah berlainan dengan pengalaman-pengalaman yang sebenarnya untuk jalan dengan mudah memperlakukan aturan-aturan hukum yang ada pada suatu peristiwa.

B. Objek Hukum

1. Pengertian Obyek Hukum

Soedjono Dirdjosisworo, merumuskan bahwa objek hukum adalah segala sesuatu yang berguna bagi subjek hukum (manusia atau badan hukum) dan yang dapat menjadi pokok suatu perhubungan hukum karena sesuatu itu dapat di kuasai si subjek hukum. Sedangkan Chainnur Arrasjid yang di maksud objek hukum adalah segala sesuatu yang berada dalam pengaturan hukum dan dapat dimanfaatkan oleh subyek hukum (manusia dan badan hukum), berdasarkan hak dan kewajiban objek hukum yang bersangkutan. Chainnur Arrasjid Perlu menegaskan bahwa yang termasuk objek hukum adalah segala sesuatu yang dapat di dimanfaatkan oleh subjek hukum secara yuridis (menurut/berdasarkan hukum). Hal itu di sebabkan oleh manfaatnya yang harus di peroleh dengan jalan hukum (obyek hukum) dan tanpa perlu berdasarkan hukum, yakni segala sesuatu yang dapat diperoleh secara bebas dari alam (benda non-ekonomi) seperti angin, cahaya atau matahari, air di daerah-daerah pegunungan yang pemanfaatannya tidak diatur oleh hukum. Hal ini tidak termasuk obyek hukum karena benda-benda itu dapat di peroleh tanpa memerlukan pengorbanan sehingga membebaskan subyek hukum dari kewajiban-kewajiban hukum dan pemanfaatannya.

Dari beberapa uraian yang telah disampaikan, Obyek hukum dapat didefinisikan sebagai segala sesuatu yang bermanfaat bagi subjek hukum dan dapat menjadi objek dalam suatu hubungan hukum. Obyek hukum dapat berupa benda atau barang ataupun hak yang dapat dimiliki serta bernilai ekonomis. Jenis obyek hukum berdasarkan Pasal 503-504 KUHPerdara disebutkan bahwa benda dapat dibagi menjadi 2 (dua) yakni:

1) Benda bergerak

adalah benda yang menurut sifatnya dapat berpindah sendiri ataupun dapat dipindahkan. Benda bergerak dapat dibedakan menjadi dua, yaitu :

- a) Benda bergerak karena sifatnya, seperti meja, mobil, motor, dan lain-lain
- b) Benda bergerak karena ketentuan UU Benda tidak berwujud, yang menurut UU dimasukkan ke dalam kategori benda bergerak. Contoh: hak tagih seperti surat berharga: Bilyed Giro, Wesel, Cek, saham, obligasi, dan sebagainya dan hak kekayaan intelektual seperti hak cipta, merek dan indikasi geografis, tata letak dan sirkuit terpadu, desain industri, dan rahasia dagang.

2) Benda tidak bergerak

Adalah tanah dan segala apa yang melekat di atasnya serta benda bergerak yang karena sifatnya dimasukkan dalam kategori benda tidak bergerak seperti kapal laut, dan pesawat terbang. Penyerahan benda dilakukan dengan penyerahan secara yuridis. Dalam hal ini untuk menyerahkan suatu benda tidak bergerak dibutuhkan suatu perbuatan hukum lain dalam bentuk akta balik nama. dapat dibedakan menjadi tiga, yaitu :

- a. *Benda tidak bergerak karena sifatnya*
Dimana tidak dapat berpindah dari satu tempat ke tempat yang lain atau biasa dikenal dengan benda tetap.
- b. *Benda tidak bergerak karena tujuannya*
Tujuan pemakaiannya yakni segala apa yang meskipun tidak secara sungguh-sungguh digabungkan dengan tanah atau bangunan untuk mengikuti tanah atau bangunan itu untuk waktu yang agak lama. Contoh mesin – mesin dalam suatu pabrik
- c. *Benda tidak bergerak karena ketentuan UU*
Segala hak atau penagihan yang mengenai suatu benda yang tak bergerak.
Contoh : Kapal dengan bobot 20 M² (Pasal 314 KUHPerdara) meskipun menurut sifatnya dapat dipindahkan

Selain itu membedakan benda bergerak dan tidak bergerak sangat penting karena berhubungan dengan 4 (empat) hak dari obyek hukum yakni: pemilikan, penyerahan, kadaluarsa, dan pembebanan.

- a) Pemilikan (*Bezit*) yakni dalam hal benda bergerak berlaku azas yang tercantum dalam Pasal 1977 KUH Perdata, yaitu *berzitter* dari barang bergerak adalah pemilik (*eigenaar*) dari barang tersebut. Sedangkan untuk barang tidak bergerak tidak demikian halnya.
- b) Penyerahan (*Levering*) yakni terhadap benda bergerak dapat dilakukan penyerahan secara nyata (*hand by hand*) atau dari tangan ke tangan, sedangkan untuk benda tidak bergerak dilakukan balik nama.
- c) Daluwarsa (*Verjaring*) yakni untuk benda-benda bergerak tidak mengenal daluwarsa, sebab *bezit* di sini sama dengan pemilikan (*eigendom*) atas benda bergerak tersebut sedangkan untuk benda-benda tidak bergerak mengenal adanya daluwarsa.
- d) Pembebanan (*Bezwinging*) yakni terhadap benda bergerak dilakukan pada gadai dan fidusia sedangkan untuk benda tidak bergerak dengan hipotik untuk kapal dan pesawat terbang, adalah hak tanggungan, untuk tanah serta benda-benda selain tanah digunakan fidusia.

KUHPerdata Indonesia yang didasarkan pada sistem Eropa Kontinental, mengatur hukum benda dalam Buku II dan pengaturannya didasarkan sistem tertutup, dalam arti tidak dapat diadakan hak kebendaan baru selain yang telah ditetapkan dalam undang-undang. Hukum benda, merupakan sub sistem dari hukum perdata didalamnya diatur mengenai pengertian kebendaan, pembendaan, macam benda dan macam hak kebendaan.

Pasal 499 KUHPerdata menyebutkan bahwa benda merupakan tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak yang dikuasai oleh hak milik.¹⁷⁴ Berdasarkan sistem hukum benda terdapat berbagai penggolongan benda. Menurut sistem Hukum Perdata Barat, benda dapat dibedakan atas barang berwujud dan barang tidak berwujud, barang bergerak dan barang tidak bergerak, barang habis dipakai dan barang tidak habis dipakai, barang yang sudah ada

¹⁷⁴ R. Soebekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1986, hlm, 155.

dan barang yang akan ada, barang dalam perdagangan dan barang di luar perdagangan serta barang dapat dibagi dan barang tidak dapat dibagi.¹⁷⁵

Pitlo, membedakan benda ke dalam penggolongan benda atas nama, yang pada umumnya berupa benda yang terdaftar dalam register dan disebutkan atas nama yang berhak dan benda tidak atas nama, yang pada umumnya merupakan benda tidak bergerak.¹⁷⁶

Menurut Sistem Hukum Anglo Saxon, benda dapat berupa benda berwujud dan benda tidak berwujud yang dikenal dengan istilah *movebles* dan *immovebles property* maupun *tangible* dan *intangible property* (*intangible movables*). Robert W. Emerson dan John W. Hardwicke menyatakan pendapatnya sebagai berikut :¹⁷⁷

“Tangible personal property is subject to physical possession. It can be include almost anything that takes up space and is movable. Intangible personal property consist of rights in something that lacks physical substance. Examples include contracts, stocks, bonds, computers software (programs), employment, utility service and intellectual property rights.”

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat ditegaskan bahwa barang termasuk benda berwujud sedangkan hak termasuk benda tidak berwujud.

Hukum benda mengenal istilah hak kebendaan yang merupakan bagian dari hak perdata. Hak kebendaan merupakan hak mutlak atas suatu benda yang memberikan kekuasaan langsung atas suatu benda dan dapat dipertahankan terhadap siapapun juga.¹⁷⁸

¹⁷⁵Djuhaendah Hasan. *Op.cit*, hlm. 97. Dalam perkembangannya, setelah diberlakukannya UUPA dan UUHT, maka dikenal pula pembendaan benda berupa benda atas tanah dan benda bukan tanah serta benda terdaftar dan benda tidak terdaftar. Sehubungan dengan benda bergerak dan tidak bergerak ini, Sri Soedewi Masjhoen Sofwan menyatakan bahwa pembendaan atas benda bergerak dan tidak bergerak tidak hanya didasarkan pada sifatnya saja, tetapi juga terdapat perbedaan perlakuan terhadap keduanya, baik dalam bezit, cara penyerahan, pembebanan jaminan serta kadaluarsa. Perbedaan mengenai bezit bagi benda bergerak dalam KUHPerdata berlaku asas bezit sebagai titel yang sempurna yang tercantum dalam Pasal 1977 KUHPerdata, yaitu bahwa bezit merupakan alas hak yang sempurna, di sini bezit dari benda bergerak dianggap sebagai pemilik benda.

¹⁷⁶Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, *op.cit*, hlm. 37.

¹⁷⁷Robert W. Emerson dan John W. Hardwicke, *Businnes Law*, Third Editions, Baron Educational Series Inc, Washington D.C. 1997, hlm, 408. dalam Ranti Fauza, *Perlindungan Desain Industri Dikaitkan Dengan Pembangunan Ekonomi Inonesia Dalam Era Perdagangan Bebas*, Disertasi, 2002, hlm, 57.

¹⁷⁸Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, *op.cit*, hlm, 37.

Menurut Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, ciri pokok hak kebendaan adalah sebagai berikut :¹⁷⁹

1. Hak kebendaan merupakan hak yang mutlak, yaitu dapat dipertahankan kepada siapapun juga;
2. Mempunyai *zaakgevolg* atau *droit de suit* (hak yang mengikuti), yang berarti bahwa hak itu terus mengikuti orang yang mempunyainya;
3. Sistem yang terdapat pada hak kebendaan adalah: mana yang lebih dulu terjadi tingkatannya lebih tinggi dari yang terjadi kemudian;
4. Mempunyai *droit de preference* (hak terlebih dahulu);
5. Gugatan dalam hak kebendaan dapat dilaksanakan terhadap siapapun juga yang mengganggu haknya;
6. Kemungkinan untuk memindahkan hak kebendaan dapat secara sepenuhnya dilakukan.”

Dari seluruh ciri hak kebendaan tersebut, ciri yang sangat menonjol adalah sifat absolut yang terdapat dalam hak kebendaan, dalam arti bahwa hak kebendaan tersebut dapat dipertahankan oleh pemiliknya kepada siapapun juga yang mengganggu haknya. Hak kebendaan yang paling penting adalah hak milik, karena hak milik selalu berkaitan dengan benda. Hak kebendaan yang diatur dalam KUHPerdara terdiri dari dua hal. Yang pertama adalah hak kebendaan yang bersifat memberi kenikmatan (*zakelijk genosrecht*) baik atas bendanya sendiri seperti misalnya hak milik atas benda bergerak/benda bukan tanah maupun yang bersifat memberi kenikmatan atas benda milik orang lain seperti hak memungut hasil atas benda bergerak/benda bukan tanah. Selanjutnya yang kedua adalah hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan (*zakelijk zekerheidsrecht*), misalnya gadai, fidusia dan sebagai jaminan ialah benda bergerak.

Hak milik sebagai suatu hak kebendaan yang diatur dalam KUHPerdara merupakan terjemahan dari istilah *eigendomsrecht* dalam bahasa Belanda dan *property right* dalam bahasa Inggris. Sebagai suatu edisi konkordasi dari *Burgerlijk Wetboek* Belanda, KUHPerdara Indonesia merupakan bagian sistem hukum yang menganut sistem Eropa Kontinental (*civil law countries*) dan dalam sistem hukum Eropa Kontinental, hak milik adalah hak absolut dan merupakan hak kebendaan

¹⁷⁹ Djuhaendah Hasan, *op.cit*, 1996, hlm, 24.

yang paling penting merupakan hak induk dan sumber pemilikan meskipun dalam perkembangannya berkurang hanya sebagai milik saja.¹⁸⁰

Dalam hukum Indonesia, konsepsi hak milik (*property right*) dapat ditemukan dalam Pasal 570 KUHPerdota yang menyatakan :

“Hak milik adalah hak menikmati kegunaan sesuatu kebendaan dengan leluasa, dan untuk berbuat bebas terhadap kebendaan itu dengan kedaulatan sepenuhnya asal tidak bersalahan dengan undang-undang atau peraturan umum yang ditetapkan oleh suatu kekuasaan yang berhak menetapkannya, dan tidak mengganggu hak-hak orang lain, kesemuanya itu dengan tak mengurangi kemungkinan akan pencabutan hak itu demi kepentingan umum berdasar atas ketentuan undang-undang dan dengan pembayaran ganti rugi”.

Berdasarkan rumusan Pasal 570 KUHPerdota tersebut dapat disimpulkan bahwa hak milik merupakan hak yang paling utama jika dibandingkan dengan hak-hak kebendaan lainnya, karena pemilik hak mempunyai kebebasan untuk menikmati dan menguasai benda yang dimilikinya dengan sebebaskan-bebasnya.

Penguasaan dalam hak milik mengandung arti bahwa pemilik hak dapat melakukan perbuatan hukum apa saja terhadap barang miliknya. Perbuatan hukum tersebut antara lain adalah memelihara dengan baik, membebani dengan hak kebendaan, memindahtangankan, mengubah bentuk. Penikmatan sepenuhnya mengandung arti bahwa pemilik dapat memakai sepuas-puasnya, memanfaatkan dengan semaksimal mungkin dan dapat memetik hasil sebanyak-banyaknya.¹⁸¹

Penguasaan dan penikmatan hak milik tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan dalam pengertian hak milik terkandung pula kebebasan menguasai dan menikmati yang tidak boleh diganggu oleh siapapun juga sejauh untuk memenuhi kebutuhan pemiliknya secara wajar. Penggunaan hak milik bagaimanapun bebasnya tidak boleh mengganggu dan merugikan orang lain, sehingga dengan demikian kepentingan orang lain membatasi kebebasan penggunaan hak milik.¹⁸²

Sehubungan dengan hak milik tersebut, Sunaryati Hartono mengatakan bahwa di Indonesia landasan idiil dari hak milik adalah Pancasila dan UUD 1945, selanjutnya, landasan idiil tersebut tidak hanya

¹⁸⁰Djuhaendah Hasan, *op. cit*, hlm, 53-54.

¹⁸¹Abdulkadir Muhammad, *op. cit*, hlm, 39

¹⁸²*Ibid*

didasari oleh salah satu sila atau satu pasal dari UUD 1945, melainkan oleh Pancasila dan UUD sebagai satukeseluruhan yang sistematis.¹⁸³ Djuhaendah Hasan menyatakan bahwa hak milik dapat ditinjau dari tiga sudut sebagai berikut :

1. Hak Milik ditinjau dari sudut ekonomi

suatu hak yang didasarkan atas hukum atau didefinisikan menurut hukum dan dapat ditegakkan dalam arti terdapat unsur paksaan serta berkaitan dengan hak atas sumber daya dan komoditi. Meliputi sumber daya yang siap pakai baik migas maupun non migas yang sesuai dengan permintaan konsumen. Oleh karena hak milik merupakan hak yang dapat dipaksakan, akan mempengaruhi mekanisme kehidupan ekonomi yang didalamnya terdapat sumber daya manusia.

2. Hak Milik ditinjau dari sudut hukum

Terdiri dari seperangkat hukum atau peraturan perundang-undangan, termasuk kebiasaan yang berlaku pada masyarakat tertentu, dalam waktu tertentu serta tempat atau lokasi tertentu, merupakan aturan main bagi hubungan-hubungan yang berkaitan dengan kepemilikan atau penguasaan. Apabila berkaitan dengan kebiasaan, sangat menentukan dalam kegiatan bisnis, karena pengertian hak milik dalam masyarakat yang satu berbeda dengan masyarakat yang lain. Masyarakatlah yang memberikan definisi hak milik. Dalam pemanfaatannya hak milik tidak boleh mengatur dirinya sendiri, tidak boleh bertentangan dengan kebiasaan-kebiasaan yang berlaku dalam masyarakat.

3. Hak Milik ditinjau dari sudut sosial

Merupakan himpunan dari berbagai macam hak yang melekat pada sumber daya alam, sumber daya manusia dan sumber daya budaya. Gabungan hak-hak kepemilikan yang saling berkaitan. Adanya aspek-aspek atau nilai-nilai sosial itu akan memperkuat atau membenarkan keberadaan hak milik dalam arti bahwa memang benar barang tersebut milik seseorang yang berhak dan tidak dapat diganggu gugat.

¹⁸³ Djuhaendah Hasan, *op.cit*, hlm, 55.

Menurut Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, hak milik mempunyai ciri-ciri antara lain merupakan hak induk terhadap hak kebendaan lain, sifatnya tetap, lengkap, dan merupakan inti dari hak kebendaan lainnya.¹⁸⁴

Abdulkadir Muhammad menyatakan bahwa hak milik mempunyai ciri sebagai hak utama, induk dari semua kebendaan. Hak kebendaan seperti hak pakai, hak guna bangunan melekat pada hak milik. Penggunaan hak milik tidak terbatas, sedangkan hak-hak kebendaan lain terbatas karena melekat pada hak milik orang lain. Ciri kedua dari hak milik adalah bahwa hak milik merupakan satu kesatuan yang utuh, yang tidak terpecah-pecah. Ciri terakhir adalah bahwa hak milik bersifat tetap, tidak dapat dilenyapkan oleh hak kebendaan lain yang membebani kemudian, misalnya hak milik terhadap hak pakai, hak pungut hasil, hak mendiami, namun sebaliknya hak kebendaan yang membebani hak milik dapat lenyap apabila hak milik berpindah tangan, misalnya karena dijual, daluarsa atau pewarisan.¹⁸⁵

Berdasarkan sistem hukum Perancis hak milik terdiri dari “*un bien corporel*” dan *un bien incorporel*”. *Un bien corporel* meliputi semua benda-benda berwujud, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, sedangkan *un bien incorporel* meliputi benda-benda tidak berwujud seperti paten, hak cipta dan saham.¹⁸⁶

Pasal 544 Code Civil Perancis mendefinisikan kepemilikan sebagai hak untuk menikmati atau melepaskan benda dengan cara apapun yang diinginkan, asal tidak menggunakannya dengan cara-cara yang dilarang oleh hukum. Konsep yang agak absolut ini telah mengalami modifikasi yang berarti sejak tahun 1804. Bahkan pada saat itu ia harus dibaca sehubungan dengan ketentuan-ketentuan lain di dalam code civil seperti yang berhubungan dengan kepentingan hidup (*usufruit* : Pasal 578-624); penempatan tanah (*usage et habitation* : Pasal 625:636); pemudahan (*servitudes* : Pasal 637-710); janji (nantissements : Pasal 2071-2091); suatu janji dari barang bergerak disebut “*gage*” sedangkan dari barang tidak bergerak dikenal sebagai “*anticrese*”, serta preskripsi yang diperoleh atau hak penghuni liar (*la prescription* : Pasal 2219-2283). Dalam hukum Perancis, terdapat dua ciri dasar kepemilikan, yaitu bahwa pemilik berhak atas barang miliknya tanpa melibatkan orang lain dan bahwa kepemilikan

¹⁸⁴Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, *op.cit*, hlm, 48.

¹⁸⁵Abdulkadir Muhammad, *op.cit*, hlm, 42.

¹⁸⁶Brice Dickson, *Introduction to French Law*, Pitman Publishing, London, 1994, hlm,204.

berlangsung kekal. Namun definisi yang diberikan oleh Pasal 544 Code Civil tidak mengacu pada kedua ciri dasar kepemilikan tersebut. Konsep Pasal 544 Code Civil yang merumuskan kepemilikan sebagai hak untuk menggunakan dan melepaskan suatu benda dengan cara yang paling mutlak juga dapat dijumpai dalam dalil *common law* yang paling berpengaruh yang ditulis oleh Sir William Blackstone yang berpendapat bahwa kepemilikan harus dianggap sebagai satu-satunya dominium dan despotik dari seseorang atas suatu benda yang dimilikinya.

Dalam bentuknya yang paling murni, kepemilikan adalah hak untuk menerima manfaat lengkap dari suatu benda, melakukan apapun yang ingin kita lakukan terhadap benda yang dimiliki tersebut, sehingga kepemilikan mencakup hak untuk menggunakan benda (*usus*), hak atas hasil suatu benda (*fructus*) dan hak untuk melepaskan benda (*abusus*).¹⁸⁷

Sehubungan dengan hak milik, hukum Perancis membedakan antara “*droit reels*” yang merupakan hak milik yang berlaku di seluruh dunia dan “*droit personnels*” yang merupakan hak yang dapat diklaim hanya terhadap individu-individu tertentu.¹⁸⁸

Ugo Matei menyatakan bahwa hak milik merupakan suatu pemberian kekuasaan berdaulat. Di dalam masyarakat modern, kekuasaan ini dipegang oleh negara, selanjutnya terdapat berbagai konsepsi hak milik sebagai berikut.¹⁸⁹

- a. Konsep Positivistik, berpendapat bahwa hak milik berasal dari negara.
- b. Konsep Hukum Alam, beranggapan bahwa hak milik menggantikan negara, terlepas dari negara dan harus dihormati untuk mempertahankan keabsahan negara.

Selanjutnya Ugo menyatakan bahwa hak milik merupakan hak hukum yang tertinggi diberikan oleh sistem hukum kepada individu atas suatu benda tertentu. Dengan demikian kepemilikan harus dilindungi oleh perangkat hukum yang efektif, dimana seorang pemilik harus dilindungi

¹⁸⁷John E.C. Brierley and Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law*, An Introduction to Quebec Private Law. Dalam Ranti, *op.cit.*

¹⁸⁸Ugo Matei, *Basic Principle of Property Law, A Comparative Legal and Economic Introduction*. Greenwood Press, London, 2000, hlm, 4.

¹⁸⁹*Ibid*, hlm, 17.

terhadap pencabutan hak serta perilaku yang mengganggu pelaksanaan hak milik secara sementara.¹⁹⁰

Istilah milik (*property*) dalam konteks *common law* digunakan untuk menunjukkan barang yang dimiliki, objek kepemilikan dan digunakan untuk menunjukkan kepemilikan itu sendiri, yaitu hak milik seseorang atas benda.¹⁹¹

Konsep kepemilikan tersebut di atas mengartikan bahwa seseorang dapat dianggap sebagai pemilik meskipun ia tidak dapat menetapkan dengan mutlak bahwa klaimnya lebih tinggi dari klaim pihak lain. Lebih jauh Peter Gillies menyatakan bahwa agar seseorang mendapatkan kepemilikan, maka ia harus menguasai benda tersebut secara sah, yaitu ia harus menunjuk kepada kenyataan penguasaan dan pada keadaan bahwa haknya untuk memiliki barang tersebut lebih tinggi menurut hukum daripada hak orang lain. Dengan demikian, maka seseorang yang memiliki suatu barang dianggap sebagai pemiliknya.¹⁹²

Perbedaan yang mendasar antara hukum Perancis dan hukum Inggris terhadap persoalan milik (*property*) adalah bahwa benda terdiri benda berwujud dan benda tidak berwujud yang juga meliputi hak atas kepemilikan benda-benda tidak berwujud.

Sistem hukum Perancis masih mempertahankan pembagian berdasarkan hukum Roma dasar, yang terdiri dari hukum tentang orang, hukum tentang benda dan hukum tentang kewajiban. Di dalam hukum Inggris, bila berbicara tentang hukum benda, maka biasanya yang dimaksud adalah hukum tanah .

Dengan demikian, hak milik mengacu kepada kategori yang lebih luas meliputi kepemilikan, tetapi tidak terbatas pada kepemilikan. Dengan kata lain, hubungan antara hak milik dan kepemilikan adalah genus dengan species. Semua kepemilikan meliputi hak milik, tetapi tidak semua hak milik meliputi kepemilikan.¹⁹³ Kepemilikan menunjuk pada hubungan hukum antara seseorang dengan harta benda yang dimiliki. Hubungan tersebut memberikan hak-hak tertentu kepada pemiliknya tetapi hak tersebut tetap dibatasi oleh hukum.

¹⁹⁰Peter Gillies, *Business Law*, Seventh Edition, The Federation Press, Amandale, NSW, hlm, 449.

¹⁹¹Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, Scott, Foresman and Company, London, England, 1988, hlm, 91.

¹⁹²Peter Gillies, *Loc. cit.*

¹⁹³Ugo Mattei, *op. cit.*, hlm, 78

Dengan demikian penggunaan istilah Hak Atas Kepemilikan Intelektual, lebih tepat digunakan daripada istilah Hak Atas Kekayaan Intelektual, mengingat istilah milik mempunyai pengertian yang lebih spesifik dalam arti menunjuk hubungan yang sangat kuat antara pemilik suatu benda dengan benda yang dimilikinya. Pemilik benda bebas berbuat apa saja yang diinginkannya asalkan tidak bertentangan dengan undang-undang dan kepentingan masyarakat. Dikaitkan dengan HMI, maka pemilik/pemegang hak bebas untuk melakukan perbuatan-perbuatan yang akan memberikan manfaat ekonomi dari hak yang dimilikinya, mengingat HMI merupakan miliknya sepenuhnya yang perlu dilindungi oleh hukum sebagaimana hak milik pada umumnya.

Terkait dengan hal tersebut, Rachmadi Usman¹⁹⁴ menyatakan bahwa kata kepemilikan lebih tepat digunakan dari pada kata kekayaan, karena pengertian hak milik memiliki ruang lingkup yang lebih khusus dibandingkan dengan istilah kekayaan. Menurut sistem hukum perdata Indonesia, hukum harta kekayaan meliputi hukum kebendaan dan hukum perikatan. Intelektual Property Rights merupakan kebendaan immaterial yang juga menjadi objek hak milik sebagaimana diatur dalam hukum kebendaan. Oleh karena itu lebih tepat apabila menggunakan istilah Hak Milik Intelektual (HMI) dari pada istilah Hak Atas Kekayaan Intelektual. Sebaiknya dalam perundang-undangan Indonesia digunakan istilah Hak Atas Kepemilikan Intelektual sebagai terjemahan dari *Intellectual Property Rights*. Selain menunjukan pengertian yang lebih konkrit, juga sejalan dengan konsep hukum perdata Indonesia yang menerapkan istilah milik atas benda yang dipunyai seseorang.

2. Sistem Hukum Kebendaan.

Negara Kesatuan Republik Indonesia adalah negara hukum yang menjunjung tinggi supremasi hukum, implementasinya dengan penegakan hukum dan keadilan harus berdasarkan Pancasila dan UUD Tahun 1945. Upaya-upaya pembangunan dibidang hukum agar terwujudnya negara hukum dengan melakukan penataan ulang terhadap lembaga kenegaraan,

¹⁹⁴ Rachmadi Usman, *Hukum Hak Atas kekayaan Intelektual, Perlindungan Dan Dimensi Hukumnya di Indonesia*, Alumni, Bandung, 2005, hlm, 1. Bdgk dengan Ahmad M. Ramli , 2000, hlm, 23.

peningkatan kualitas aparat penegak hukum dan penataan ulang peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹⁹⁵

Reformasi pada tahun 1997 telah membawa perubahan mendasar disegala aspek kehidupan berbangsa dan bernegara yaitu dibidang politik, ekonomi, dan hukum yang bertujuan untuk tercapainya penyelenggaraan negara yang lebih demokratis, transparan dan akuntabel. Perubahan dibidang hukum dimulai dengan amandemen UUD Tahun 1945, amandemen terhadap konstitusi negara ditujukan kepada terbangunnya struktur ketatanegaraan yang lebih demokratis serta menjamin adanya kepastian hukum, menuju pemerintahan yang bersih dan berwibawa bebas dari pelanggaran norma etika, korupsi, kolusi dan nepotisme.¹⁹⁶ Amandemen terhadap UUD tahun 1945 menuntut adanya penyesuaian, perubahan dan pembaruan dibidang hukum, arah pembangunan dibidang hukum sebagaimana telah dituangkan dalam UU Nomor 17 Tahun 2007 Tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang, Rencana Pembangunan Jangka Menengah Tahap I Tahun 2005-2009 dan Rencana Pembangunan Jangka Menengah Tahap II Tahun 2010-2015 menuju terwujudnya keadilan dan kepastian hukum. Pembaruan dan pembangunan hukum mencakup hukum perdata dengan penataan kembali sistem hukum perdata nasional yang meliputi bidang hukum perorangan, hukum keluarga, hukum harta kekayaan dan hukum waris.

Hukum benda termasuk kedalam bidang hukum harta kekayaan dan merupakan sub-sistem dari hukum perdata nasional, sebagai sub-sistem hukum benda harus mengandung asas-asas yang terdapat dalam hukum nasional, yaitu mengandung *asas idiil*, *asas konstitusional* dan *asas politis*.¹⁹⁷

Asas idiil merupakan dasar dari segala hukum karena landasan idiil merupakan dasar negara yaitu Pancasila, Pancasila dijadikan dasar negara karena merupakan pandangan hidup bangsa¹⁹⁸, Pancasila juga sumber dari segala sumber hukum, yang telah dijabarkan kedalam batang tubuh UUD Tahun 1945, Pancasila merupakan nilai-nilai dasar bangsa yang tercantum

¹⁹⁵Titik Triwulan Tutik, *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional*, Cetakan ke-I, Kencana Perdana, Jakarta, 2008, hlm,.1.

¹⁹⁶*Ibid*, hlm, 2.

¹⁹⁷ Mariam Darus Badruzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional*, Cetakan ke-II, Alumni, Bandung, 1997, hlm, 30.

¹⁹⁸ Panji Setijo, *Pendidikan Pancasila Prespektif Sejarah Perjuangan Bangsa*, Grasindo, Jakarta, 2010, hlm,.2.

dalam Pembukaan UUD Tahun 1945 yang mengantarkan bangsa ini menuju suatu cita-cita kehidupan kebangsaan yang bebas, merdeka mencapai suatu masyarakat yang sejahtera dan berkeadilan.

Asas konsitusional merupakan landasan yuridis, UUD Tahun 1945 terdiri dari Pembukaan dan Batang Tubuh yang satu dengan lainnya saling berkaitan erat, dalam Pembukaan UUD Tahun 1945 termuat Pancasila yang menjadi landasan idiil, Pembukaan UUD Tahun 1945 merupakan landasan filosofi sedangkan batang tubuh merupakan sumber dari segala sumber hukum.

Asas Politis, asas ini berkaitan dengan arah politik hukum nasional. Padmo Wahjono menyebut politik hukum sebagai kebijakan penyelenggara negara yang bersifat mendasar dalam menentukan arah, bentuk maupun isi dari hukum yang akan dibentuk dan tentang apa yang dijadikan kriteria untuk menghukumkan sesuatu. Teuku Mohammad Radhie, menyatakan bahwa politik hukum sebagai suatu pernyataan kehendak penguasa negara mengenai hukum yang berlaku di wilayahnya, dan mengenai arah perkembangan hukum yang dibangun.¹⁹⁹ Satjipto Rahardjo, menyebutkan politik hukum sebagai aktifitas memilih dan cara yang hendak dipakai untuk mencapai suatu tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat.²⁰⁰

Hukum Nasional dimaksud adalah hukum ataupun peraturan perundang-undangan yang didasarkan kepada landasan ideologi negara yaitu Pancasila dan UUD Tahun 1945 atau hukum yang dibangun diatas kreatifitas atau aktifitas yang didasarkan atas cita rasa dan rekayasa bangsa sendiri. Sebagaimana dituangkan dalam UU Nomor 7 Tahun 2007 Tentang Program Pembangunan Jangka Panjang. Pokok-pokok arah kebijakan pembangunan disebutkan bahwa pembangunan ditujukan untuk menghasilkan kesejahteraan, demokrasi dan keadilan. Dibidang pembangunan hukum diarahkan agar tercapainya suasana dan kepastian keadilan melalui penegakan hukum dan terjaganya ketertiban umum. Pembangunan dibidang hukum ditentukan oleh arah politik hukum nasional yang menuju kepada pembentukan sistem hukum nasional.

Apa yang disebut dengan sistem dan apa yang disebut dengan sistem hukum. R. Subekti menyebut sistem sebagai suatu susunan atau catatan

¹⁹⁹ Imam Saukani dan A. Ahsin Thohari, *Dasar-Dasar Politik Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2008, hlm, 26.

²⁰⁰ *Ibid*, hlm, 29.

yang teratur, suatu keseluruhan yang terdiri atas bagian-bagian yang berkaitan satu sama lain, tersusun menurut suatu rencana atau pola hasil dari suatu pemikiran untuk mencapai suatu tujuan. Dalam suatu sistem yang baik, tidak boleh terjadi suatu duplikasi atau tumpang tindih diantara bagian-bagian itu.²⁰¹

Lili Rasyidi²⁰² berpendapat bahwa teori sistem merupakan teori organis yang mendapat pematangan melalui proses perkembangannya. Teori sistem mempunyai ciri-ciri: Pertama, mampu memenuhi kritiknya terhadap metodologi analistis. Kedua, mampu melukiskan kekhususan hal yang disebut sistem. Ketiga, mampu menjelaskan kekaburan hal-hal yang termasuk dalam suatu sistem. Keempat, merupakan teori saintifik. Inti sistem adalah hubungan ketergantungan antar setiap bagian yang membentuk sistem, sistem diartikan juga keseluruhan atau satu kesatuan.

Lili Rasyidi menegaskan beberapa ciri dari suatu kesatuan²⁰³:

1. Sistem adalah suatu kompleksitas elemen yang terbentuk dalam satu kesatuan interaksi.
2. Masing-masing elemen terkait dalam satu kesatuan hubungan yang satu sama lain saling bergantung (*independent of its parts*)
3. Kesatuan elemen yang kompleks itu membentuk satu kesatuan yang lebih besar, yang meliputi keseluruhan elemen pembentuknya (*the whole is more than the sum of its parts*)
4. Keseluruhan membentuk ciri dari setiap bagian pembentuknya (*the whole determines the nature of its parts*)
5. Bagian dari keseluruhan itu tidak dapat dipahami jika dipisahkan, atau dipahami secara terpisah dari keseluruhan itu (*the parts cannot be understood if considered in isolation from the whole*)
6. Bagian-bagian itu bergerak secara dinamis secara mandiri atau secara keseluruhan dalam keseluruhan (sistem) itu.

Lili Rasyidi menyatakan bahwa sistem hukum merupakan satu kesatuan sistem besar yang tersusun atas sub-sub sistem yang lebih kecil, yaitu subsistem pendidikan, pembangunan hukum, penerapan hukum dan lain-lain, yang hakikatnya merupakan sistem tersendiri dengan proses tersendiri pula. Hal ini menunjukkan sistem hukum sebagai suatu

²⁰¹ Mariam Darus Badruzaman, *Ibid*, hlm, 15

²⁰² Lili Rasyidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Cetakan ke-II, Mandar Maju, 2003, Bandung, hlm, 60.

²⁰³ *Ibid*, hlm, 65.

kompleksitas sistem yang membutuhkan kecermatan yang tajam untuk memahami keutuhan prosesnya.²⁰⁴

Bellefroid²⁰⁵ mengatakan bahwa sistem hukum adalah keseluruhan aturan hukum yang disusun secara terpadu berdasarkan atas asas-asas tertentu.

Mariam Darus Badruzaman menyimpulkan bahwa sistem hukum adalah kumpulan asas-asas yang terpadu, yang merupakan landasan, diatas mana dibangun tertib hukum. Asas-asas ini diperoleh melalui konstruksi yuridis, yaitu dengan menganalisa (mengolah) data-data yang sifatnya nyata (konkrit) untuk kemudian mengambil sifat-sifatnya yang umum (kolektif) atau abstrak.²⁰⁶

Mariam Darus Badruzaman,²⁰⁷ melihat bahwa pada saat ini hukum benda Indonesia diatur secara sporadis (terpisah) tersebar dalam berbagai peraturan perundang-undangan karenanya kedepan dalam upaya mencari sistem hukum perdata nasional di bidang hukum benda, maka ketentuan undang-undang yang mengatur hak atas tanah yaitu UUPA harus dilihat sebagai satu kesatuan dengan kodifikasi hukum benda. UUPA berstatus sebagai peraturan pokok atau induk, sedangkan kodifikasi hukum benda merupakan yang dicantelkan pada UUPA.

Sistimatisasi KUHPperdata, Benda Nasional akan mempunyai cakupan sebagai berikut²⁰⁸:

1. Hak kemilikan :
 - a. Hak milik atas benda tetap.
 - b. Hak milik atas benda bergerak.
 - c. Hak milik bersama dan hak milik atas rumah susun.
2. Hak kebendaan terbatas :
 - (1) Hak kebendaan atas benda tetap :
 - a. Hak guna usaha.
 - b. Hak guna bangunan
 - c. Hak adat
 - d. Hak-hak yang sifatnya sementara.

²⁰⁴ *Ibid*, hlm, 151.

²⁰⁵ Mariam Darus Badruzaman, *Op. Cit.*, hlm, 15.

²⁰⁶ *Ibid*.

²⁰⁷ *Ibid*. Hlm, 121..

²⁰⁸ *Ibid*,

- (2) Hak kebendaan atas benda bergerak :
 - a. Hak menguasai.
 - b. Hak pakai hasil
 - c. Hak pakai
3. Hak privilege dan hak retensi.
4. Hak kebendaan berupa jaminan
 - a. Hak gadai
 - b. Hak hipotek.
 - c. Hak Fidusia
 - d. Hak Tanggungan

BAB VIII

SISTEM HUKUM

A. Pendahuluan

Kata sistem dalam pengertian sederhana dapat diartikan sebagai susunan, kesatuan dari bagian-bagian yang saling bergantung. Menurut R. Subekti, Sistem adalah suatu susunan atau catatan yang teratur, suatu keseluruhan yang terdiri dari bagian-bagian yang berkaitan satu sama lain tersusun menurut suatu rencana atau pola hasil dari suatu pemikiran untuk mencapai suatu tujuan. Dalam suatu sistem yang baik, tidak boleh terjadi suatu duplikasi atau tumpang tindih (*overlapping*) di antara bagian-bagian itu.

Sistem merupakan satu kesatuan yang utuh yang terdiri atas berbagai bagian atau sub-sistem. Sub-sistem ini saling berkaitan yang tidak boleh bertentangan dan apabila memang terjadi pertentangan, maka selalu ada jalan untuk menyelesaikannya. Begitu juga dengan sistem hukum haruslah tersusun dari sejumlah bagian-bagian yang dinamakan sub-sistem hukum secara bersama-sama mewujudkan kesatuan yang utuh. Sistem hukum bukan sekedar kumpulan peraturan hukum, tetapi setiap peraturan itu saling berkaitan satu dengan yang lainnya, serta tidak boleh terjadi konflik atau kontradiksi di antara sub-sistem yang ada di dalamnya.

Lili Rasyidi, dan I.B. Wyasa Putra, menyatakan bahwa sistem hukum merupakan suatu kesatuan sistem yang tersusun atas integritas sebagai komponen sistem hukum, yang masing-masing memiliki fungsi tersendiri dan terikat dalam suatu kesatuan hubungan yang saling terkait, bergantung, mempengaruhi, dan bergerak dalam kesatuan proses yakni proses sistem hukum untuk mewujudkan tujuan hukum. Oleh karena itu dapat dipahami bahwasanya sistem hukum merupakan keseluruhan aspek dan elemen yang tersusun sebagai satu kesatuan terpadu tentang hukum.

Dalam studi ilmu hukum, kebanyakan orang terutama para sarjana hukum di Indonesia sangat dipengaruhi oleh pandangan Lawrence Friedman tentang sistem hukum. Menurut Lawrence M. Friedman, sistem hukum mencakup tiga komponen atau sub-sistem, yaitu komponen struktur, substansi hukum, dan budaya hukum. Secara sederhana, teori Friedmann

itu memang sulit dibantah kebenarannya. Namun kurang disadari bahwa teori Friedman tersebut sebenarnya didasarkan atas perspektifnya yang bersifat sosiologis (*sociological jurisprudence*), dimana sesuatu yang hendak diuraikannya dalam teori tersebut baik struktur, substansi, dan kultur hukum itu tidak lain adalah bahwa basis semua aspek dalam sistem hukum itu adalah budaya hukum.

Sistem hukum bila ditinjau dari strukturnya, lebih mengarah pada lembaga-lembaga (pranata-pranata), seperti legislatif, eksekutif, dan yudikatif, bagaimana lembaga tersebut menjalankan fungsinya. Struktur berarti juga berapa anggota yang duduk sebagai anggota legislatif, apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan presiden, bagaimana aparat penegak hukum menjalankan tugasnya dan lainnya. Dengan kata lain sistem struktural yang menentukan bisa atau tidaknya hukum dilaksanakan dengan baik.

Bila ditinjau dari substansinya, sistem hukum diarahkan pada pengertian mengenai ketentuan yang mengatur tingkah laku manusia, yaitu peraturan, norma-norma dan pola perilaku masyarakat dalam suatu sistem. Dengan demikian, substansi hukum itu pada hakikatnya mencakup semua peraturan hukum baik tertulis maupun tidak tertulis, seperti keputusan pengadilan yang dapat menjadi peraturan baru ataupun hukum baru, hukum materiil (hukum *substantif*), hukum formil, dan Hukum Adat. Dengan kata lain substansi juga menyangkut hukum yang hidup (*living law*), dan bukan hanya aturan yang ada dalam undang-undang (*law in books*).

Sedangkan bila ditinjau dari budaya hukum, lebih mengarah pada sikap masyarakat, kepercayaan masyarakat, nilai-nilai yang dianut masyarakat dan ide-ide atau pengharapan mereka terhadap hukum dan sistem hukum. Dalam hal ini kultur hukum merupakan gambaran dari sikap dan perilaku terhadap hukum, serta keseluruhan faktor-faktor yang menentukan bagaimana sistem hukum memperoleh tempat yang sesuai dan dapat diterima oleh warga masyarakat dalam kerangka budaya masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat, maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat selama ini. Secara sederhana tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum.

Sistem hukum sifatnya konsisten. Peraturan-peraturan hukum dikehendakitidak ada yang bertentangan satu sama lain. Jika terjadi juga pertentangan karena hal ini tidak mustahil terjadi karena adanya berbagai kepentingan dalam masyarakat, akan berlaku secara konsisten asas-asahukum. seperti "*lex specialis derogat legi generali*", "*lex posteriori derogat legi priori*". atau "*lex superior derogat legi inferiori*"²⁰⁹42

Berikut ini dijelaskan beberapa sistem hukum di dunia:

1. Sistem Hukum Eropa Kontinental

Sistem hukum Eropa Kontinental berkembang di negara-negara Eropa Barat, pertama kali di negeri Perancis, kemudian diikuti oleh negara-negara Eropa Barat lainnya, seperti Belanda, Jerman, Belgia, Swiss, Italia, Amerika Latin; dan termasuk Indonesia pada masa penjajahan pemerintah Hindia Belanda dulu.

Prinsip utama yang menjadi dasar sistem hukum Eropa kontinental adalah bahwa hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan dalam bentuk undang-undang, yang disusun secara sistematis dan lengkap dalam bentuk kodifikasi atau kompilasi. Hal ini didasarkan pada tujuan hukum yang lebih menekankan pada "kepastian hukum". Dan kepastian hukum hanyalah dapat diwujudkan kalau pergaulan atau hubungan dalam masyarakat diatur dengan peraturan-peraturan hukum yang tertulis. Hakim menurut sistem ini tidak leluasa untuk menciptakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat masyarakat. Putusan hakim dalam suatu perkara hanyalah mengikat para pihak yang berperkara saja.²¹⁰

Kodifikasi hukum menurut sistem hukum Eropa kontinental merupakan sesuatu yang sangat penting untuk mewujudkan kepastian hukum. Karena negara-negara yang menganut sistem hukum Eropa kontinental ini akan selalu berusaha menciptakan kodifikasi-kodifikasi hukum sebagai suatu kebutuhan masyarakat. Dalam kaitan ini hukum Romawi yang tertuang dalam *Corpus Iuris Civilis* pada pertengahan abad VI Masehi dari Kaisar Justinianus memberikan pengaruh yang besar dalam penyusunan kodifikasi-kodifikasi itu.

Kodifikasi hukum pertama di Eropa Barat dibuat di Perancis. yaitu Code Civil yang dibuat setelah Revolusi Perancis (1789 ~ 1795) selesai

²⁰⁹Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, Liberty, Yogyakarta, hlm, 104.

²¹⁰Abdul Djamal, *Pengantar Hukum Indonesia*, Rajawali Pres, Jakarta, 1984, hlm, 75.

tahun 1804 dan mulai berlaku tanggal 21 Maret 1804. Sejak tahun 1811-1838, Code Civil Perancis ini diberlakukan sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Perdata di negeri Belanda karena pada waktu itu negeri Belanda dijajah oleh bangsa Perancis (1811-1813). Code Civil Perancis tersebut kemudian ditiru dalam membuat Kitab Undang-Undang Hukum Perdata di negeri Belanda (1838). Dan berdasarkan asas konkordansi, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda dijiplak pula dalam membuat BW untuk daerah jajahan Hindia Belanda (1848). Demikian pula dengan *Code de Commerce* Perancis (1807) yang dijadikan Kitab Undang-Undang Hukum Dagang di negeri Belanda (1811-1838), pun menjadi contoh dalam membuat Kitab Undang-Undang Hukum Dagang di negeri Belanda (1938). Dan berdasarkan asas konkordansi pula, Kitab Undang-Undang Hukum Dagang Belanda ini dijiplak dalam membuat WvK untuk Hindia Belanda (1848).²¹¹

BW dan WvK warisan pemerintah kolonial Hindia Belanda tersebut masih berlaku di Indonesia hingga saat ini, berdasarkan aturan peralihan yang terdapat dalam Undang-Undang Dasar 1945.

2. Sistem Hukum Anglo Saxon

Sistem hukum Anglo Saxon mula-mula berkembang di Negara Inggris, dandikenal dengan istilah *Common Law* atau *Unwritten Law* (hukum tidak tertulis). Sistem Anglo-Saxon adalah suatu system hukum yang didasarkan pada yuris prudensi, yaitu keputusan-keputusan hakim terdahulu yang kemudian menjadi dasar putusan hakim-hakim selanjutnya. Sistem hukum ini diterapkan di Irlandia, Inggris, Australia, Selandia Baru, Afrika Selatan, Kanada (kecuali Provinsi Quebec) dan Amerika.²¹²

Sistem hukum negara-negara Anglo Saxon mengutamakan *common law*, yaitu kebiasaan dan hukum adat dari masyarakat, sedangkan undang-undang hanya mengatur pokok-pokoknya saja dari kehidupan masyarakat, jadi bukannya tidak mempunyai undang-undang sama sekali. Dengan adanya *common law*, kedudukan kebiasaan dalam masyarakat lebih

²¹¹Hurhainis Abdul Hay, *Dasar-dasar Ilmu Hukum Jilid II*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982, hlm, 207-208.

²¹²Satjibto Rahadjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2012, hlm. 256.

berperan dan selalu menyesuaikan dengan perkembangan masyarakat yang semakin maju.²¹³

Dalam konteks ini system hokum *Anglo Saxon* mempunyai tiga arti. Pertama, dalam arti yang sebenarnya yaitu bagian tertentu dari hukum Inggris, setelah dikeluarkan *Equity, Statute Law* dan *Custom*. Arti yang kedua, *Common Law* sebagai hukum yang terbentuk dalam putusan-putusan pengadilan, sedang arti yang ketiga, *Common law* adalah sebagai lawan dari "*Civil Law*" yang dianut pada hukum Romawi (hukum dari Eropa Kontinental). Dalam perkembangan system hukum ini, nampak adanya perbedaan dengan system hokum Eropa Kontinental baik mengenai struktur hukumnya, sumber hukum, maupun mengenai pendekatan hokum dan sikap dari yuris. Sumber hokum dalam system hokum ini ialah putusan hakim/pengadilan. Dalam system hokum ini peranan yang diberikan kepada seorang hakim sangat luas. Hakim berfungsi tidak hanya sebagai pihak yang bertugas menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan hokum saja. Hakim juga berperan besar dalam membentuk seluruh tata kehidupan masyarakat. Hakim mempunyai wewenang yang sangat luas untuk menafsirkan peraturan hukum yang berlaku. Selain itu, bisa menciptakan hokum baru yang akan menjadi pegangan bagi hakim-hakim lain untuk menyelesaikan perkara sejenis.²¹⁴ Sistem hukum ini menganut doktrin yang dikenal dengan nama *the doctrine of precedent/stare decisis*. Doktrin ini pada intinya menyatakan bahwa dalam memutuskan suatu perkara, seorang hakim harus mendasarkan keputusannya pada prinsip hukum yang sudah ada dalam putusan hakim lain dari perkara sejenis sebelumnya (*preseden*).

Dari struktur sistem Common Law (Inggris), dapat dirincikan dalam ciri-ciri berikut:

1. Klasifikasi hukum di Inggris tidak mengenal perbedaan yang prinsipil antara hukum public dan hokum privat. Bidang hukum seperti hukum benda dan hokum perikatan tidak dikenal.
2. Yuris Anglo Saxon memandang hukumnya sebagai hukum yang terbentuk dengan keputusan pengadilan.
3. Mengenai sumber hukum yang berlaku di Inggris nampaknya berbeda dengan sumber hukum yang berlaku di Eropa Kontinental karena sumber hukum yang berlaku di Inggris adalah keputusan-

²¹³Marhainis Abdul Hay, *Dasar-dasar Ilmu Hukum, Jilid II*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982, hlm, 207-208.

²¹⁴Satjipto Raharjo, *loc. cit*, hlm, 258.

keputusan Pengadilan (*Case Law* atau *Judge made Law*). Perundang-undangan (*Statute Law*) hanya mempunyai tempat yang kedua sebagai sumber hukum dan peranannya terbatas pada mengoreksi dan melengkapi keputusan-keputusan Pengadilan.

4. Dalam sistem hukum Anglo Saxon system hukum yang dianut adalah "*Unwritten Law*" (tidak tertulis) sehingga tidak ada kitab hukum seperti halnya di Eropa Kontinental.
5. Tugas hakim dalam system Anglo Saxon selain menemukan dan merumuskan hukum juga merumuskan aturan-aturan hukum di dalam keputusan-keputusannya. Aturan-aturan hukum itu harus ditaati kemudian dalam perkara yang inti masalahnya adalah sama, maka hendaknya diberlakukan sama pula (yurisprudensi).²¹⁵

Namun, dalam perkembangannya system hukum ini juga mengenai pembagian hukum public dan hukum privat. Hukum privat dalam sistem hukum ini lebih ditujukan pada kaidah-kaidah hukum tentang hak milik. Hukum tentang orang, hukum perjanjian dan tentang perbuatan melawan hukum. Hukum public mencakup peranan peraturan hukum yang mengatur kekuasaan dan wewenang penguasa/negara serta hubungan-hubungan antara masyarakat dan negara.

3. Sistem Hukum Adat

Sistem hukum adat terdapat dalam kehidupan masyarakat Indonesia dan negara-negara Asia lainnya. seperti Cina, India, Pakistan, dan lain-lain. istilahnya berasal dari Belanda, yaitu "*Adatrecht*". yang untuk pertama kali dikemukakan oleh Snack Hurgronje, yang kemudian dipopulerkan sebagai istilah teknis yuridis oleh Van Vollenhoven.²¹⁶

Yang dimaksud dengan "*Adatrecht*" itu adalah *dat samenstel van voor Wanders en vreemde oosterlingen geldende geragregels, die esnerzijds sanctie hebben (daarom "adat")* (Adatrecht itu ialah keseluruhan aturan tingkah laku yang berlaku bagi bumiputra dan orang Timur asing, yang mempunyai upaya paksa. lagi pula tidak dikodifikasikan).²¹⁷

Jadi, sistem hukum adat adalah sistem hukum yang tidak tertulis. yang tumbuh dan berkembang serta terpelihara karena sesuai dengan

²¹⁵Hasanuddin AF dkk, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pustaka Alhusna Baru Jakarta, 2004, hlm, 139-140.

²¹⁶Abdul Djamal, *op. cit*, hlm, 78.

²¹⁷*Ibid*, hlm, 79.

kesadaran hukum masyarakatnya. Karena hukum adat sifatnya tidak tertulis, maka hukum adat senantiasa dapat menyesuaikan diri dengan perubahan dan perkembangan yang terjadi dalam masyarakat.

Yang berperan dalam melaksanakan sistem hukum adat ialah pemuka adat sebagai pemimpin yang sangat disegani dan besar pengaruhnya dalam lingkungan masyarakat adat untuk memelihara kemuliaan dan ketenteraman masyarakat.²¹⁸

4. Sistem Hukum Islam

Hukum Islam sebagai salah satu sistem hukum modern di antara sistem hukum lainnya yang ada di dunia ini mempunyai sifat yang dinamis dan fleksibel sesuai dengan dinamika masyarakat, serta merupakan pedoman hidup yang hidup bagi umat Islam sepanjang masa. Kenyataan semacam ini sulit untuk dibantah karena apabila kita perhatikan perkembangan hukum Islam di beberapa negara di dunia ini.

Menurut Abdul Ghofur Anshori, pada mulanya para ahli hukum Islam berpendapat bahwa pengertian syariah dan fikih itu adalah sama, juga pengertian syariah (dalam artian luas) dengan dinul Islam memiliki makna yang sama, yaitu paham tentang ajaran-ajaran Islam secara keseluruhan. Namun pendapat ini dalam perkembangannya kemudian mengalami perubahan, yaitu para ahli hukum Islam memberikan pengertian yang berbeda dan spesifik antara syariah dan fikih, yakni syariah merupakan hukum Allah yang bersifat qath'i (absolut), sedangkan fikih, merupakan bagian (turunan) dari syariah yang bersifat dzanni (relatif).²¹⁹

Sistem hukum Islam semula dianut oleh masyarakat Arab, karena di tanah Arab-lah awal mulanya timbul dan menyebarnya agama Islam. Kemudian, agama Islam berkembang ke seluruh pelosok dunia, terutama negara-negara Asia, Afrika, Eropa, dan Amerika, secara individu dan kelompok. Malahan, beberapa negara di dunia (seperti Arab Saudi dan Pakistan) menjadikan hukum Islam sebagai sistem hukum yang berlaku dan mengikat bagi masyarakatnya.

Sistem hukum Islam bersumber pada:

- a. Al Qur'an ialah kitab suci kaum muslimin, yang merupakan kumpulan wahyu Allah yang diturunkan kepada Nabi Muhammad s.a.w.

²¹⁸Abdoel Djamali, *op. cit.*, hlm, 81.

²¹⁹Abdul Ghofur Ansori, *Hukum Islam, Dinamika dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Kreasi Total Media, Yogyakarta, 2008, hlm, 15-18.

- b. Hadits ialah perkataan, perbuatan, dan sikap Nabi Muhammad s.a.w.
- c. Ijma ialah kesepakatan para ulama mengenai hukum terhadap sesuatu yang belum jelas diatur dalam Al Quran dan Hadits.
- d. Qias ialah analogi terhadap sesuatu yang hukumnya sudah jelas ditentukan dalam Al Qur'an maupun Hadits.

Adalah berbeda dengan ketiga sistem hukum yang diuraikan di atas, sistem hukum Islam mengandung aturan yang sangat luas. yang meliputi segala keperluan hidup dan kehidupan manusia dunia dan akhirat. Hukum Islam tidak hanya mengatur hubungan antara manusia dan manusia (muamallah), tetapi juga mengatur hubungan antara manusia dan Tuhannya (ibadah). Selain itu hukum Islam juga mempunyai sifat-sifat universal.

Untuk membuktikan sifat-sifatnya yang demikian itu, Anwar Hartono dalam bukunya yang berjudul *Hukum Islam. Keluasan. dan Keadilannya* mengemukakan ciri-ciri khas pembentukan hukum dalam Al Qur'an sebagai berikut:

- a. Ayat-ayat Al Qur'an lebih cenderung untuk memberi patokan. patokan umum daripada memasuki persoalan sampai ke detail-detailnya.
- b. Ayat-ayat yang menunjukkan adanya (beban) kewajiban bagi manusia, tidak pernah bersifat memberatkan.
- c. Sebagai patokan ditetapkan kaidah dalam bidang ibadah, semua dilarang, kecuali yang disuruh; dalam bidang mu'amalah. semua dibolehkan, kecuali yang dilarang.
- d. Dugaan-dugaan atau sangkaan-sangkaan tidak boleh dijadikan dasar penetapan hukum,
- e. Ayat-ayat yang berhubungan dengan penetapan hukum. tidak pernah meninggalkan masyarakat sebagai bahan pertimbangan.
- f. Penerapan hukum, khususnya hukum pidana dan yang bersifat perubahan hukum, tidak punya daya surut.²²⁰

Peraturan-peraturan hukum dalam sistem hukum islam dapat dibedakan atas 2 (dua) macam. yaitu syari'at dan fiqh. Syari'at adalah norma-norma dan prinsip-prinsip hukum yang secara langsung ditemukan dalam Al Quran dan diperjelas dengan hadits. Jadi, sudah disebutkan dengan jelas dalam Al Qur'an dan hadits sehingga tidak perlu adanya

²²⁰Anwar Harjono, *Hukum Islam Keluasan dan Keadilannya*, Bulan Bintang, Jakarta, 1968, hlm, 113, 117, 120, 123, dan 127.

penafsiran lagi. Sedangkan fiqh adalah norma-norma hukum yang merupakan hasil pemikiran manusia (ahli fiqh) terhadap sesuatu yang tidak jelas disebut dalam Al Qur'an dan hadits. Sebagai hasil pemikiran manusia, maka fiqh sifatnya berubah-ubah menurut tempat dan waktu, Sedangkan sayari'at, sebagai aturan-aturan yang langsung dari Allah, sifatnya tetap dan tidak berubah-ubah. Karena itu, kalau sejarah pemikiran hukum dalam Islam mengenal beberapa pendapat yang berbeda-beda mengenai sesuatu soal yang sama, hal itu tidak perlu mengherankan.²²¹

Dalam hukum Islam terdapat beberapa macam mazhab. Namun yang diakui mempunyai otoritas tertinggi adalah mempunyai pengikut terbesar ada 4 (empat), yaitu:

- a. Mazhab Hanafi. yakni mazhab pengikut-pengikut Imam Abu Hanifah (70 H - 150 H).
- b. Mazhab Maliki, yakni mazhab pengikut-pengikut Imam Malik Ibn Anas (93 H - 179 H).
- c. Mazhab Syafii, yakni mazhab pengikut-pengikut Imam Mohammad Idris Al Syafi'i (150 H - 204 H)
- d. Mazhab Hambali. Yakni pengikut-pengikut Imam Ahmad Ibn Hanbal (164 H - 241 H).²²²

Ajaran-ajaran hukum islam seperti yang dirumuskan dan diajarkan oleh Imam-imam mazhab empat yang terkenal dan mazhab Syi'ah dewasa ini telah mendapatkan penganutnya masing-masing yang cukup besar di seluruh pelosok dunia. Walaupun demikian adalah suatu kenyataan, bahwa tidak ada satupun ajaran dari mazhab-mazhab itu pada abad sekarang ini yang sepenuhnya berlaku sebagai hukum positif.²²³

Masyarakat Islam Indonesia sebagian besar mengikuti ajaran mazhab Syafi'i.

²²¹*Ibid*, hlm, 259.

²²²*Ibid*, hlm, 61.

²²³*Ibid*, hlm, 260.

ASAS-ASAS DASAR HUKUM**A. Pendahuluan**

Telah dikemukakan bahwa kaedah hukum merupakan pedoman tentang bagaimana seyogyanya manusia bertingkah laku di dalam masyarakat, kaedah hukum merupakan ketentuan tentang perilaku. Pada hakekatnya apa yang dinamakan kaedah adalah nilai karena berisi apa yang seyogyanya harus dilakukan, sehingga harus dibedakan dari peraturan konkrit yang dapat dilihat dalam bentuk kalimat-kalimat. Kaedah hukum dapat berubah sementara undang-undangnya (peraturan konkritnya) tetap (lihat Pasal 1365 KUHPerdara) yang menjelaskan bahwa “tiap perbuatan melanggar hukum dan membawa kerugian pada orang lain, mewajibkan orang yang menimbulkan kerugian itu karena kesalahannya untuk mengganti kerugian tersebut”.

Kaedah hukum perlu juga dibedakan dari asas hukum. Apakah asas hukum atau prinsip hukum itu? Mengenai apa yang dinamakan asas hukum atau asas pada umumnya ada beberapa pendapat.

Asas hukum umum adalah norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif dan yang oleh ilmu hukum tidak dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum. Asas hukum umum itu merupakan pengendepankan hukum positif dalam suatu masyarakat. Demikianlah pendapat Bellefroid.²²⁴

Menurut van Elkema Hommes asas hukum itu tidak boleh dianggap sebagai norma-norma hukum yang konkrit, akan 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.²²⁵

Selanjutnya The Liang Gie berpendapat bahwa asas adalah suatu dalil umum yang dinyatakan dalam istilah umum tanpa menyarankan cara-cara khusus mengenai pelaksanaannya yang diterapkan pada serangkaian perbuatan untuk menjadi petunjuk yang tepat bagi perbuatan itu.²²⁶

²²⁴Notoamidjajo. *Demi Keadilan dan Kemanusiaan*, BPK, Gunung Mulia, 1975 hlm, 49.

²²⁵*Ibid*

²²⁶Sudikno Mertokusumo, *op. cit*, hlm, 33.

Sedangkan menurut P. Scholten, asas hukum adalah kecenderungan-kecenderungan yang disyaratkan oleh pandangan kesusilaan kita pada hukum, merupakan sifat-sifat umum dengan segala keterbatasannya sebagai pembawaan yang umum itu, tetapi yang tidak boleh tidak harus ada.²²⁷

Dapatlah disimpulkan bahwa asas hukum atau prinsip hukum bukanlah peraturan hukum konkrit, melainkan merupakan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari peraturan yang konkrit yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif dan dapat diketemukan dengan mencari sifat-sifat umum dalam peraturan konkrit tersebut.²²⁸ Fungsi ilmu hukum adalah mencari asas hukum ini dalam hukum positif.

Jadi asas hukum bukanlah kaedah hukum yang konkrit. melainkan merupakan latar belakang peraturan yang konkrit dan bersifat umum atau abstrak. Memang pada umumnya asas hukum tidak dituangkan dalam bentuk peraturan yang konkrit atau pasal-pasal seperti misalnya asas bahwa setiap orang dianggap tahu akan undang-undang, asas *in dubio pro reo*, asas *res judicata pro veritate habetur*, asas *lex posteriori derogat legi priori* dan sebagainya. Akan tetapi tidak jarang asas hukum itu dituangkan dalam peraturan konkrit seperti misalnya asas *the presumption of In nocence* yang terdapat dalam Pasal 8 Undang-undang Nomor 48 tahun 2009 dan asas *nallum delictum nulla poenasine praevia lage poenali* seperti yang tercantum dalam Pasal 1 ayat 1 KUHPidana.

Kalau peraturan hukum yang konkrit itu dapat diterapkan secara langsung pada peristiwanya, maka asas hukum diterapkan secara tidak langsung.

Untuk menemukan asas hukum dicarilah sifat-sifat umum dalam kaedah atau peraturan yang konkrit, ini berarti menunjuk kepada kesamaan-kesamaan yang terdapat dalam ketentuan-ketentuan yang konkrit itu.

Asas hukum itu merupakan sebagian dari hidup kejiwaan kita dalam setiap asas hukum manusia melihat suatu cita-cita yang hendak diraihinya, bukankah tujuan hukum itu adalah kesempurnaan masyarakat, suatu cita-cita. Sebaliknya kaedah hukum itu sifatnya historis. Dalam hubungan antara asas hukum dan kaedah hukum yang konkrit itulah terdapat sifat hukum.²²⁹

Pada umumnya asas hukum itu berubah mengikuti kaedah hukumnya. Sedangkan kaedah hukum akan berubah mengikuti perkembangan masyarakat, jadi terpengaruh waktu dan tempat. Tetapi ada kaedah yang berkembang, sedangkan peraturan hukum konkritnya tidak

²²⁷ Algemeen Deel, Sudikno Mertokusumo, *Ibid*, hlm, 33.

²²⁸ *Ibid*

²²⁹ *Ibid*

berubah. Sebagai contoh dapat dikemukakan Pasal 1365 KUHPerdata. Bunyi pasal tersebut dari dulu sampai sekarang tidak berubah. Tetapi kaedah atau nilai yang terdapat di dalam Pasal 1365 KUHPerdata, yaitu isi atau penafsiran pengertian melawan hukum itu mengalami perubahan. Sebelum tahun 1919 isinya sem.pit, sedangkan sesudah 1919 menjadi luas.

Asas hukum mempunyai dua fungsi: fungsi dalam hukum dan fungsi dalam ilmu hukum.²³⁰ Asas dalam hukum mendasarkan eksistensinya pada rumusan oleh pembentuk undang-undang dan hakim (ini merupakan fungsi yang bersifat mengesahkan) serta mempunyai pengaruh yang normatif dan mengikat para pihak. Asas dalam ilmu hukum hanya bersifat mengatur dan eksplikatif (menjelaskan). Tujuannya adalah memberi ikhtisar, tidak normatif sifatnya dan tidak termasuk hukum positif.

Sifat instrumental asas hukum ialah bahwa asas hukum mengakui adanya kemungkinan-kemungkinan, yang berarti memungkinkan adanya penyimpangan-penyimpangan, sehingga membuat sistem hukum itu luwes.

Asas hukum dibagi juga menjadi asas hukum umum dan asas hukum khusus.

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

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*, asas yang tercantum dalam Pasal 1977 KUHPerdata tentang Bezit, asas praduga tak bersalah.

Apakah ada asas hukum yang tidak terpengaruh waktu dan tempat? Apakah ada asas hukum yang berlaku universal?. P Scholten menjawab pertanyaan tersebut dengan mengetengahkan bahwa ada asas hukum umum, yaitu asas kepribadian, asas persekutuan, asas kesamaan, asas kewibawaan dan asas pemisahan antara baik dan buruk. Empat asas pertama itu terdapat dalam setiap sistem hukum. Tidak ada sistem hukum yang tidak mengenal ke-empat asas hukum tersebut. Masing-masing dari empat asas hukum yang disebutkan pertama ada kecenderungan untuk menonjol dan mendesak yang lain. Masyarakat atau masa tertentu lebih menghendaki yang satu daripada yang lain. Kaedah hukum adalah pedoman tentang apa yang seyogyanya dilakukan dan apa yang seyogyanya tidak dilakukan, ini berarti pemisahan antara yang baik dan yang buruk. Ke-empat asas hukum yang disebut pertama didukung oleh pikiran bahwa dimungkinkan memisahkan antara baik dan buruk. Dalam asas kepribadian, manusia menginginkan adanya kebebasan individu. Asas kepribadian itu menunjuk

²³⁰Sudikno Mertokusumo, *Ibid*, hlm, 34.

pada pengakuan kepribadian manusia, bahwa manusia adalah subyek hukum, penyanggah hak dan kewajiban. Dalam asas persekutuan yang dikehendaki adalah persatuan, kesatuan dan cinta kasih keutuhan masyarakat. Asas kesamaan menghendaki adanya keadilan dalam arti setiap orang adalah sama di dalam hukum (*equality before the law*), setiap orang harus diperlakukan sama. Yang adil ialah apabila setiap orang memperoleh hak yang sama. Perkara yang sama (sejenis) harus diputus sama (serupa) pula, *similia similibus* (yang sama oleh yang sama). Keadilan merupakan realisasi asas kesamaan ini. Sedangkan asas kewibawaan memperkirakan adanya ketidak-samaan²³¹.

B. Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

Adapun dalam pembentukan peraturan perundang-undangan perlu berpedoman pada asas-asas pembentukan peraturan yang baik dan ideal. Hal ini dimaksudkan untuk menghindari kesalahan dan kecacatan dalam pembentukan norma. Asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik menurut Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto harus memperhatikan asas-asas peraturan perundang-undangan sebagai berikut²³²:

1. Undang-Undang Tidak Dapat Berlaku Surut (*Non-Retroaktif*)

Peraturan perundang-undangan yang dibuat hanya berlaku pada peristiwa-peristiwa hukum yang terjadi setelah peraturan perundang-undangan itu lahir. Namun demikian, mengabaikan asas ini dimungkinkan terjadi dalam rangka untuk memenuhi keadilan masyarakat. Sebagai contoh UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang digunakan untuk mengadili peristiwa pelanggaran hak asasi manusia yang terjadi di Timor Timur yang terjadi pada 1999.

2. Undang-Undang Tidak Dapat Diganggu Gugat

Peraturan perundang-undangan tidak dapat diganggu gugat terkait materi muatan undang-undang. Dalam hal ini undang-undang tidak dapat diuji oleh badan peradilan melainkan oleh pembentuk undang-undang itu sendiri. Asas ini tetap berlaku bila tidak bertentangan dengan UUD sebagai hukum tertinggi dari sebuah Negara, atau dengan kata lain undang-undang dapat diriview jika bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi dan keadilan social.

²³¹ *Ibid*, hlm, 34.

²³² Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Peraturan perundang-undangan dan Yurisprudensi*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1989, hlm. 7-11.

3. Undang-Undang Yang Dibuat Oleh Penguasa Lebih Tinggi Mempunyai Kedudukan Yang Tinggi Pula (*Lex superiori derogat legi inferiori*)

Peraturan perundang-undangan yang ada di jenjang yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berada pada jenjang lebih tinggi. Dan seterusnya sesuai dengan hirarkhi norma dan peraturan perundang-undangan.

4. Undang-Undang Yang Bersifat Khusus Akan Mengesampingkan Undang-undang Yang Bersifat Umum (*Lex specialis derogat legi generalis*)

Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus menyampingkan peraturan perundang-undangan yang bersifat umum (*lex specialis derogat lex generalis*); sebagai contoh UU No. 31 Tahun 2009 tentang Narkotika adalah *lex specialis* yang mengesampingkan KUHP sebagai *lex generalis*.

5. Undang-Undang yang Baru Mengalahkan Undang-undang Yang Lama (*Lex posteriori derogat legi priori*)

Peraturan perundang-undangan yang berlaku belakangan membatalkan peraturan perundang-undangan yang berlaku terdahulu, dimana dalam setiap peraturan perundang-undangan biasanya terdapat klausul yang menegaskan keberlakuan peraturan perundang-undangan tersebut dan menyatakan peraturan perundang-undangan sejenis yang sebelumnya digunakan, kecuali terhadap pengaturan yang tidak bertentangan.

Menurut Jimly Asshiddiqie, asas materiil yang telah disebutkan sebelumnya masih terdapat kekurangan. Salah satu prinsip yang paling penting seharusnya menjadi paradigma pokok setiap peraturan perundang-undangan Republik Indonesia adalah Pancasila²³³. Jika dalam peraturan tersebut sudah tercermin adanya sila dalam pancasila, maka hukum Indonesia akan benar-benar mencerminkan nilai-nilai pancasila. Namun untuk mengantisipasi terjadinya konflik/pertarungan kepentingan, maka lembaga pengujian peraturan perundang-undangan diharapkan dapat berperan serta mengatasi konflik tersebut sebagaimana berikut :

1. Lembaga pengujian peraturan perundang-undangan dapat melakukannya sendiri dengan membetuk peraturan perundang-

²³³ Jimly Ashidiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Rajawali Pers, Jakarta, 2014, hlm, 121.

undangan dalam pengujian politik atau legislative, atau lembaga peradilan melalui Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung (*judicial review*)

2. Mahkamah Agung dapat meluruskan peraturan di bawah undang-undang terhadap Undang-undang (Aspek legalitas)
3. Mahkamah Konstitusi dapat juga meluruskan Undang-Undang terhadap UUD yang berisi nilai dasar dan nilai rinciannya

Melalui cara tersebut, maka diharapkan bentrokan/konflik atau ketidakharmonisan antara nilai-nilai yang termuat dalam peraturan perundang-undangan dengan nilai-nilai dasar utama (Pancasila), dapat diselaraskan kembali. Dengan adanya banyak pemikiran mengenai konflik yang akan timbul seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, maka amat beralasan apabila penempatan asas-asas pembentuk peraturan perundang-undangan yang baik dalam hukum positif (*normative-nya*) cukup dengan rumusan umum dalam batang tubuh undang-undang, sedangkan ilustrasi asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, dimuat dalam bagian penjelasan undang-undang.

Dengan demikian akan lebih membuka kemungkinan bagi pengembangan asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik itu sendiri, serta tidak akan menimbulkan konsekuensi hukum dalam proses pembentukan undang-undang, karena asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik tidak dapat dijadikan pedoman dalam pembentukan undang-undang. Akan tetapi, menjadi wajib dan bersifat limitative, sebagaimana telah dikemukakan, karena asas –asas hukum tidak sama dengan norma hukum. Namun tidak berarti setiap pembentukan undang-undang dapat dilakukan tanpa memerhatikan asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik sebagaimana dikemukakan para ahli.

C. Asas Hukum Pembentukan Perjanjian

Dalam bidang hukum perdatapun kita mengenal beberapa asas hukum pokok dalam pembentukan suatu perjanjian, dimana asas hukum ini sebagai dasar untuk menentukan apakah suatu perjanjian itu mempunyai kekuatan mengikat dan menentukan kapanakah suatu perjanjian itu dianggap telah terjadi serta perjanjian yang bagaimana yang dapat dilakukan atau di buat oleh pihak yang berkeinginan membuat atau membentuk suatu perjanjian. Asas-asas hukum yang dimaksud akan diuraikan berikut ini.

1. Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak atau dikenal dengan istilah *freedom of contract*, *party autonomy*, *liberty of contract* berkembang seiring dengan kapitalisme dan individualisme. Kegiatan ekonomi apapun tidak boleh dibatasi. Setiap orang berhak atas kenikmatan dari apa yang ia usahakan. Kebebasan berkontrak sangat lekat dengan konsepsi hak asasi manusia. Kebebasan membuat perjanjian merupakan wujud nyata dari penghormatan hak asasi manusia. Oleh sebab itu, pengaturan perjanjian dalam KUHPerdara dikatakan bersifat terbuka, karena terbuka untuk memperjanjikan apapun yang dikehendaki oleh para pihak.

Hingga saat ini tetap menjadi asas penting dalam sistem hukum perjanjian baik dalam sistem *civil law system*, *common law system* maupun dalam sistem lainnya.²³⁴ Hal ini dikarenakan *pertama*, asas kebebasan berkontrak merupakan suatu asas yang bersifat universal yang berlaku disemua negara di dunia ini, *kedua*, asas kebebasan berkontrak ini mengandung makna sebagai suatu perwujudan dari kehendak bebas para pihak dalam suatu perjanjian yang berarti juga sebagai pancaran atas pengakuan hak asasi manusia.²³⁵

Kebebasan berkontak adalah merupakan refleksi dari perkembangan pasar bebas yang dipelopori Adam Smith pada abad ke sembilanbelas. Adam Smith dengan filsafat ekonomi klasiknya menekankan pada ajaran *laissez faire* yang menekankan prinsip non intervensi oleh negara terhadap kegiatan ekonomi dan bekerjanya pasar. Atas ajaran tersebut Smith mengusulkan suatu asas *political economy* yang menyatakan bahwa perundang-undangan sebaiknya tidak digunakan untuk mencampuri kebebasan berkontrak karena kebebasan ini penting bagi kelanjutan perdagangan dan industri. Menurut Smith pemerintah yang terbaik adalah pemerintah yang mengatur sedikit. Kebijakan ekonomi yang terbaik adalah yang berasal dari kegiatan orang-orang yang timbul secara spontan dan tanpa halangan.

Hal yang sama juga menjadi dasar pemikiran Jeremy Bentham yang dikenal dengan ajaran filsafat utilitarian Bentham (*Benthamite utilitarianism*). Secara umum Bentham menyatakan bahwa tidak

²³⁴Ridwan Khairandy, *Itikad baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pancasila, Jakarta, 2003, hlm. 43.

²³⁵Hasanudin Rahman, *Contract Drafting, seri Ketrampilan Merancang Kontrak Bisnis*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 15.

seorangpun dapat mengetahui tentang apa yang baik untuk kepentingan dirinya, kecuali dirinya sendiri. Menurut Bentham, pemerintah tidak boleh ikut campur dalam hal yang pemerintah sendiri tidak memahaminya. Sebagaimana halnya para ekonom klasik, Bentham juga mengkritik mania regulasi (*mania for regulation*) yang banyak mengontrol buruh dalam bentuk *Settlement Laws*, *Apprenticeship Law*, *Wage Fixing* dan lain-lain.²³⁶

Menurut pemikiran P.S. Atiyah, tidak diragukan lagi bahwa paham *utilitarian* Jeremy Bentham ini erat sekali kaitannya dengan pemikiran politik ekonomi klasik yang dipelopori oleh Adam Smith. Bahkan keduanya saling melengkapi dalam mendukung aliran pemikiran individualistik. Antara pemikiran Adam Smith dan Jeremy Bentham ada persamaannya yaitu; *pertama*, keduanya percaya terhadap individualisme sebagai suatu nilai dan sebagai mekanisme sosial. *Kedua*, mereka yakin bahwa kebebasan berkontrak sebagai suatu asas umum. *Ketiga*, keduanya menerima sebagai starting point bahwa manusia pada umumnya mengetahui kepentingan-kepentingan mereka sendiri yang terbaik. *Keempat*, paham keduanya menaruh perhatian utama terhadap maksimalisasi dari kekayaan seseorang yang satu dan kebahagiaan yang lain tanpa memperdulikan bagaimana kekayaan atau kebahagiaan itu didistribusikan.²³⁷

Berkaitan dengan hal tersebut di atas dapatlah dikatakan bahwa hukum kontrak yang berkembang pada abad sembilan belas telah mendapat banyak pengaruh aliran filsafat yang menekankan pada individualisme, sebagaimana tercermin dari pemikiran politik ekonomi klasik Adam Smith dan utilitarisme Jeremy Bentham. Oleh karena itu dapatlah dikatakan bahwa sumber dari kebebasan berkontrak adalah kebebasan individu sehingga yang merupakan titik tolaknya adalah kepentingan individu pula, dengan demikian dapat dipahami bahwa kebebasan individu memberikan kepadanya kebebasan untuk berkontrak.

Perkembangan asas kebebasan berkontrak ternyata dapat mendatangkan ketidakadilan karena asas ini hanya dapat mencapai

²³⁶Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank Di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993, hlm, 24.

²³⁷P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press Oxford, 1979, p, 324, sebagaimana ditulis dalam Sutan Remy Sjahdeini, *Ibid*, hlm, 23.

tujuannya, yaitu mendatangkan kesejahteraan seoptimal mungkin, bila para pihak memiliki *bargaining power* yang seimbang. Jika salah satu pihak lemah maka pihak yang memiliki *bargaining position* lebih kuat dapat memaksakan kehendaknya untuk menekan pihak lain, demi keuntungan dirinya sendiri. Syarat-syarat atau ketentuan-ketentuan dalam kontrak yang semacam itu akhirnya akan melanggar aturan-aturan yang adil dan layak.²³⁸ Dalam perkembangannya *laissez faire* menimbulkan kepincangan dalam kehidupan masyarakat, sehingga negara perlu campur tangan melakukan pembatasan terhadap pelaksanaan dari asas kebebasan berkontrak untuk melindungi pihak yang lemah.²³⁹

Menurut Ridwan Khairandy, paradigma kebebasan berkontrak pada akhirnya bergeser ke arah paradigma kepatutan. Walaupun kebebasan berkontrak masih menjadi asas penting dalam hukum perjanjian baik dalam *civil law* maupun *common law*, tetapi ia tidak lagi muncul seperti kebebasan berkontrak bukanlah kebebasan tanpa batas. Negara telah melakukan sejumlah pembatasan kebebasan berkontrak melalui peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan.²⁴⁰

Ditinjau dari aspek praktis dalam proses perancangan dan pembuatan perjanjian, maka asas kebebasan berkontrak perlu dijadikan dasar dalam pelaksanaan perancangan dan pembuatan perjanjian, khususnya dikaitkan dengan dua aspek utama yaitu:²⁴¹

- a. Aspek akomodatif, dalam arti bahwa dalam perancangan dan pembuatan perjanjian, seorang perancang perjanjian harus mampu mengakomodasikan seoptimal mungkin kebutuhan dan keinginan yang sah, yang terbentuk di dalam transaksi bisnis mereka ke dalam kontrak bisnis yang dirancangnya.
- b. Aspek legalitas, dalam arti bahwa seorang perancang dan pembuat perjanjian harus berupaya semaksimal mungkin untuk dapat menuangkan transaksi bisnis (transaksi apapun) diantara para pihak ke dalam kontrak yang sah dan dapat dilaksanakan. Aspek ini perlu diperhatikan hal-hal yang mungkin dapat

²³⁸Sutan Remy Sjahdeini, *op. cit.*, hlm, 8.

²³⁹*Ibid*, hlm, 17.

²⁴⁰Ridwan Khairandi, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pascasarjana, Jakarta, 2003, hlm, 43.

²⁴¹Anonim, *Ketrampilan Perancangan Kontrak*, Laboratorium Hukum Fakultas Hukum UNPAR, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, 1997, hlm, 146.

membatasi kebebasan para pihak dalam mewujudkan transaksi bisnis mereka.

Istilah kebebasan berkontrak dalam kepustakaan *common law*, dituangkan dalam istilah *freedom of contract* atau *liberty of contract* atau *party autonomy*. Pada kepustakaan yang berbahasa Inggris istilah yang pertama lebih umum dipakai dari pada istilah yang kedua atau ketiga. Kebebasan berkontrak dalam sistem *civil law* dikenal dengan istilah *private autonomy*.

Bagi Konrad Zweigert dan Hein Kotz²⁴², kebebasan berkontrak berarti kebebasan untuk memilih dan membuat kontrak, dan kebebasan para pihak untuk menentukan isi dan janji mereka, dan kebebasan untuk memilih subjek perjanjian.

Ridwan Khairandy sendiri dalam bukunya itikad baik dalam kebebasan berkontrak menyatakan kebebasan berkontrak dalam hukum kontrak memiliki makna kebebasan berkontrak yang positif dan negatif. Kebebasan berkontrak yang positif adalah bahwa para pihak memiliki kebebasan untuk membuat kontrak yang mengikat yang mencerminkan kehendak bebas para pihak. Berdasar prinsip tersebut, maka pembentukan suatu kontrak dan pemilihan isi kontrak adalah hasil kehendak bebas para pihak. Kebebasan berkontrak negatif bermakna bahwa para pihak bebas dari suatu kewajiban sepanjang kontrak yang mengikat itu tidak mengaturnya.²⁴³

A.L. Terry²⁴⁴ sebagaimana dikutip oleh Sutan Remy Sjahdeini menyatakan bahwa yang dimaksud asas kebebasan berkontrak adalah kebebasan para pihak yang terlibat dalam suatu perjanjian untuk dapat menyusun dan menyetujui klausul-klausul dari perjanjian tersebut, tanpa campur tangan pihak lain. Campur tangan tersebut dapat datang dari negara melalui peraturan perundang-undangan yang menetapkan ketentuan-ketentuan yang diperkenankan atau dilarang. Campur tangan tersebut dapat pula datangnya dari pihak pengadilan, berupa putusan pengadilan yang membatalkan sesuatu klausul dari suatu perjanjian atau seluruh perjanjian

²⁴²Konrad Zweigert dan Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law, Volume II-The Institutional of Private Law*, Oxford Claradendon Press, 1987, hlm, 8-9. Sebagaimana ditulis dalam Ridwan Khairandi, *Ibid*, hlm, 42.

²⁴³*Ibid*.

²⁴⁴Sutan remy sjahdeini, *op. cit*, hlm, 11.

itu, atau berupa putusan yang berisi pernyataan bahwa suatu perjanjian batal demi hukum.

Berlakunya asas kebebasan berkontrak dalam hukum perjanjian di Indonesia antara lain dapat dilihat dari beberapa pasal KUHPerdara sebagai berikut:

a. Pasal 1320 Ayat (1) *jo.* Pasal 1338 Ayat (1) KUHPerdara

Pasal 1320 Ayat (1) menyatakan sebagian salah satu syarat sahnya suatu perjanjian diperlukan adanya “sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.

Pasal 1338 Ayat (1) menentukan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Berdasarkan dua pasal dalam KUHPerdara tersebut dapatlah dikatakan, berlakunya asas kebebasan berkontrak di dalam hukum perjanjian memantapkan adanya asas kebebasan berkontrak. Tanpa sepakat dari salah satu pihak yang membuat perjanjian maka perjanjian yang dibuat tidak sah, sehingga tanpa sepakat maka perjanjian yang dibuat dapat dibatalkan. Orang tidak dapat dipaksa untuk memberikan sepakatnya. Sepakat yang diberikan dengan paksa adalah *Contradictio Interminis*. Adanya paksaan menunjukkan tidak adanya sepakat, yang mungkin dilakukan oleh pihak lain adalah untuk memberikan pilihan kepadanya, yaitu untuk setuju mengikatkan diri pada perjanjian yang dimaksud, atau menolak mengikatkan diri pada perjanjian dengan akibat transaksi yang diinginkan tidak terlaksana (*take it or leave it*).

Adanya konsensus dari para pihak, maka kesepakatan itu menimbulkan kekuatan mengikat perjanjian sebagaimana layaknya undang-undang (*pacta sunt servanda*). Apa yang dinyatakan seseorang dalam suatu hubungan hukum menjadi hukum bagi mereka. Asas inilah yang menjadi kekuatan mengikatnya perjanjian. Ini bukan hanya kewajiban moral, tetapi juga kewajiban hukum yang pelaksanaannya wajib ditaati. Sebagai konsekuensinya, maka hakim maupun pihak ketiga tidak mencampuri isi perjanjian yang dibuat para pihak tersebut.

Menurut Subekti, cara menyimpulkan asas kebebasan berkontrak (*beginsel der contractsvrijheid*) adalah dengan jalan menekankan pada perkataan semua yang ada di muka perkataan perjanjian sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1338 Ayat (1) KUHPerdara. Dikatakan bahwa Pasal 1338 Ayat (1) tersebut seolah-olah membuat pernyataan bahwa

masyarakat diperbolehkan membuat perjanjian apa saja dan itu akan mengikat sebagaimana mengikatnya undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Pembatasan terhadap kebebasan itu hanya berupa apa yang dinamakan ketertiban umum dan kesusilaan.²⁴⁵

Mariam Darus Badruzaman menyatakan “semua” mengandung arti meliputi seluruh perjanjian, baik yang namanya dikenal maupun yang tidak dikenal oleh undang-undang. Asas kebebasan berkontrak (*contract-vrijheid*) berhubungan dengan isi perjanjian, yaitu kebebasan menentukan apa dan siapa perjanjian itu diadakan. Perjanjian yang diperbuat sesuai dengan Pasal 1320 KUHPerduta ini mempunyai kekuatan mengikat.²⁴⁶

b. Pasal 1320 Ayat (4) jo. Pasal 1337 KUHPerduta

Pasal 1320 Ayat (4) KUHPerduta menyatakan salah satu syarat sahnya perjanjian apabila dilakukan atas suatu sebab yang halal.

Pasal 1337 KUHPerduta menentukan bahwa suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum.

Berdasarkan dua pasal ini dapat disimpulkan asalkan bukan karena sebab (*causa*) yang halal (dilarang) oleh undang-undang atau bertentangan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum, maka setiap orang bebas untuk memperjanjikannya.

c. Pasal 1329 jo. Pasal 1330 dan 1331 KUHPerduta

Pasal 1329 KUHPerduta menyatakan setiap orang adalah cakap untuk membuat perjanjian, kecuali jika ia ditentukan tidak cakap oleh undang-undang.

Pasal 1330 KUHPerduta menyatakan tidak cakap untuk membuat perjanjian adalah :

1. Orang-orang yang belum dewasa
2. Mereka yang ditaruh di bawah pengampuan
3. Wanita yang sudah bersuami.

Pasal 1331 KUHPerduta menyatakan orang-orang yang di dalam pasal yang lalu dinyatakan tidak cakap, boleh menuntut pembatalan perikatan-perikatan yang telah mereka perbuat dalam hal-hal dimana kekuasaan itu tidak dikecualikan dalam undang-undang.

²⁴⁵Subekti, *Hukum Perjanjian*, PT. Intermasa, Jakarta, 1984, hlm, 5.

²⁴⁶Mariam Darus Badruzaman dkk, *Kompilasi Hukum Perikatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm, 84.

Atas dasar tiga pasal tersebut dapat diketahui bahwa KUHPPerdata tidak melarang bagi seseorang untuk membuat perjanjian dengan pihak manapun juga yang dikehendakinya. Undang-undang hanya menentukan bahwa orang-orang tertentu tidak cakap untuk membuat perjanjian. Oleh karena itu dapatlah dikatakan bahwa setiap orang bebas untuk memilih pihak dengan siapa ia menginginkan untuk membuat perjanjian asalkan pihak tersebut bukan pihak yang tidak cakap untuk membuat perjanjian. Bahkan menurut Pasal 1331, bila seseorang membuat perjanjian dengan seseorang lain yang menurut undang-undang tidak cakap membuat perjanjian, maka perjanjian itu tetap sah selama tidak dituntut pembatalannya oleh pihak yang tidak cakap.

- d. Pasal 1332 KUHPPerdata, menentukan hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja dapat menjadi pokok perjanjian-perjanjian. Pasal ini menegaskan bahwa asalkan menyangkut barang-barang yang bernilai ekonomis, maka setiap orang bebas untuk memperjanjikannya.
- e. Ketentuan Buku III KUHPPerdata kebanyakan bersifat hukum pelengkap (*aanvullend Recht*) artinya para pihak dapat secara bebas membuat syarat-syarat atau aturan tersendiri dalam suatu perjanjian menyimpang dari ketentuan undang-undang, namun jika para pihak tidak mengatur dalam perjanjian maka ketentuan Buku III KUHPPerdata akan melengkapinya untuk mencegah adanya kekosongan hukum sesuai dengan isi materi perjanjian sebagaimana yang dikehendaki para pihak.
- f. Buku III KUHPPerdata juga tidak melarang kepada seseorang untuk membuat perjanjian itu dalam bentuk tertentu. Sehingga para pihak dapat secara bebas untuk membuat perjanjian secara lisan ataupun tertulis, terkecuali untuk perjanjian tertentu harus dalam bentuk akta outentik seperti perjanjian jual beli tanah harus dengan akta PPAT.

Sementara itu Johannes Gunawan mengatakan bahwa asas ini mengandung arti bahwa masyarakat memiliki kebebasan untuk membuat perjanjian sesuai dengan kehendak atau kepentingan mereka. Selanjutnya dikatakan kebebasan yang dimaksud meliputi :²⁴⁷

- (1) Kebebasan tiap orang untuk memutuskan apakah ia akan membuat perjanjian atau tidak membuat perjanjian.

²⁴⁷Johannes Gunawan, *Penggunaan Perjanjian Standard Dan Implikasinya Pada Asas KebebasanBerkontrak*, Padjadjaran, majalah Ilmu Hukum dan Pengetahuan Masyarakat, *Journal of Law andSocial Science*, Fakultas Hukum, Universitas Padjadjaran, Bandung, No. 3-4, 1987, hlm. 55.

- (2) Kebebasan tiap orang untuk memilih dengan siapa ia akan membuat suatu perjanjian.
- (3) Kebebasan para pihak untuk menentukan bentuk perjanjian.
- (4) Kebebasan para pihak untuk menentukan isi perjanjian.
- (5) Kebebasan para pihak untuk menentukan cara pembuatan perjanjian.

Asas kebebasan berkontrak ini merupakan refleksi dari sistem terbuka (*opensystem*) dari hukum kontrak tersebut.²⁴⁸

Asas konsensualisme yang terdapat di dalam Pasal 1320 KUHPerdara mengandung arti “kemauan” (*will*) para pihak untuk saling berpartisipasi, ada kemauan untuk saling mengikatkan diri.

Kemauan ini membangkitkan kepercayaan bahwa perjanjian itu dipenuhi. Asas kepercayaan ini merupakan nilai etis yang bersumber dari moral. Asas kebebasan berkontrak ini adalah salah satu asas yang sangat penting dalam hukum perjanjian. Kebebasan ini adalah perwujudan dari kehendak bebas, pancaran hak asasi manusia.

Kebebasan, menurut Immanuel Kant (1724-1804) tidak mungkin dilepaskan dari hukum moral dan dalam perjanjian dikenal dengan itikad baik. Kebebasan yang dimiliki oleh para pihak untuk memperjanjikan hal apapun baru akan memberikan kemanfaatan yang adil bagi para pihak jika hal-hal yang diperjanjikan tersebut dilandaskan oleh itikad baik dari para pihak. Kebebasan dalam membuat perjanjian adalah nilai utama dan absolut, karena kehendak bebas tersebut mencerminkan keadilan bagi para pihak dan mengikat sebagai undang-undang. Nilai kebebasan tersebut akan kehilangan keutamaannya dan kemutlakannya jika ternyata perjanjian tersebut menimbulkan ketidakadilan atau menindas salah satu pihak.

Kebebasan berkontrak hanya dapat mencapai keadilan jika para pihak memiliki *bargaining power* yang seimbang. Kebebasan berkontrak yang sebenarnya akan dapat eksis jika dalam perjanjian memiliki keseimbangan secara ekonomi dan sosial. *Bargaining power* yang tidak seimbang terjadi bila pihak yang kuat dapat memaksakan kehendaknya kepada pihak yang lemah, hingga pihak yang lemah mengikuti saja syarat-syarat perjanjian yang diajukan kepadanya. Sehingga tidak mungkin ada kebebasan berkontrak tanpa pada saat yang sama ada pengakuan keseimbangan posisi tawar dari para pihak. Hal ini sesuai dengan ajaran klasik dari asas

²⁴⁸Munir Fuady, *Hukum Kontrak, (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Buku Pertama, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 30.

kebebasan berkontrak yang berasumsi bahwa posisi tawar para pihak dalam perjanjian adalah seimbang. Oleh karena itu dapat berarti setiap orang dapat memilih apa saja yang diinginkannya melalui kesepakatan bersama.

Faktanya para pihak dalam suatu perjanjian sering kali tidak seimbang sehingga dimungkinkan sekali pihak yang punya kedudukan atau posisi tawar yang lemah dalam suatu perjanjian akan banyak dirugikan. Lebih-lebih jika pihak yang mempunyai kedudukan atau posisi yang kuat memaksakan kehendaknya kepada pihak yang lemah untuk keuntungan bagi pihak yang punya kedudukan atau posisi yang kuat tersebut. Akibatnya, kontrak tersebut menjadi tidak masuk akal dan bertentangan dengan aturan-aturan hukum yang adil.

Melihat hal tersebut maka dalam perkembangannya penerapan asas kebebasan berkontrak dalam suatu perjanjian dibatasi pemberlakuannya, oleh negara dengan peraturan perundang-undangannya dan oleh hakim pengadilan dengan melalui putusan-putusannya serta dalam praktik kebutuhan kegiatan ekonomi dalam masyarakat. Hal ini dikarenakan asumsi yang berkembang adalah bahwa memegang teguh ajaran asas kebebasan berkontrak dapat menyebabkan dan melahirkan ketidakadilan dalam suatu perjanjian.

Pembatasan asas kebebasan berkontrak yang datangnya dari negara melalui peraturan perundang-undangan dapat dilihat dalam ketentuan pasal-pasal KUHPerdara sebagaimana tersebut dalam Pasal 1320, 1330, 1332, 1337 dan 1338 KUHPerdara.

Pasal 1320 Ayat (1) menentukan bahwa perjanjian atau, kontrak tidak sah apabila dibuat tanpa adanya konsensus atau sepakat dari para pihak yang membuatnya. Ketentuan tersebut mengandung pengertian bahwa kebebasan suatu pihak untuk menentukan isi perjanjian dibatasi oleh sepakat pihak lainnya. Dengan kata lain asas kebebasan berkontrak dibatasi oleh kesepakatan para pihak.

Pasal 1320 ayat (2) dapat pula disimpulkan bahwa kebebasan orang untuk membuat perjanjian dibatasi oleh kecakapannya untuk membuat perjanjian. Bagi seseorang yang menurut ketentuan undang-undang tidak cakap untuk membuat perjanjian sama sekali tidak mempunyai kebebasan, untuk membuat perjanjian.

Pasal 1330, orang yang belum dewasa dan orang yang diletakkan di bawah pengampuan tidak mempunyai kecakapan untuk membuat perjanjian. Pasal 108 dan 110 menentukan bahwa istri (wanita yang telah

bersuami) tidak berwenang untuk melakukan perbuatan hukum tanpa bantuan suami. Namun berdasarkan fatwa Mahkamah Agung, melalui Surat Edaran Mahkamah Agung No.3/1963 tanggal 5 September 1963, dinyatakan bahwa Pasal 108 dan 110 tersebut pada saat ini tidak berlaku.

Pasal 1320 Ayat (3) menentukan bahwa objek perjanjian haruslah dapat ditentukan. Suatu hal tertentu merupakan pokok perjanjian, merupakan prestasi yang harus dipenuhi dalam suatu perjanjian. Prestasi itu harus tertentu atau sekurang-kurangnya dapat ditentukan. Apa yang diperjanjikan harus cukup jelas ditentukan jenisnya, jumlahnya boleh tidak disebutkan asal dapat dihitung atau ditetapkan. Syarat bahwa prestasi harus tertentu atau dapat ditentukan, gunanya ialah untuk menetapkan hak dan kewajiban kedua belah pihak, jika timbul perselisihan dalam pelaksanaan perjanjian. Jika prestasi kabur atau dirasakan kurang jelas, yang menyebabkan perjanjian itu tidak dapat dilaksanakan, maka dianggap tidak ada objek perjanjian dan akibat hukum perjanjian itu batal demi hukum.

Pasal 1320 Ayat (4) jo 1337 menentukan bahwa para pihak tidak bebas untuk membuat perjanjian yang menyangkut *causa* yang dilarang oleh undang-undang. Menurut undang-undang *causa* atau sebab itu halal apabila tidak dilarang oleh undang-undang dan tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan. Akibat hukum perjanjian yang berisi sebab yang tidak halal ialah bahwa perjanjian itu batal demi hukum.

Mengenai objek perjanjian diatur lebih lanjut dalam Pasal 1332 yang menyebutkan bahwa hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja yang dapat menjadi objek suatu perjanjian. Dengan demikian maka menurut pasal tersebut hanya barang-barang yang mempunyai nilai ekonomi saja yang dapat dijadikan objek perjanjian.

Pembatasan terhadap kebebasan berkontrak hanya bersifat terbatas sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 KUHPerdara yaitu sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum. Kebebasan berkontrak memang sangat penting khususnya dalam bidang ekonomi, agar kegiatan ekonomi yang sangat luas dan dinamis tersebut dapat diperjanjikan menurut kemanfaatan bagi para pihak. Segala hal yang menyangkut kegiatan yang diperjanjikan diserahkan kepada para pihak yang membuat perjanjian.

2. Asas Konsensualisme

Perjanjian adalah hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum. Dua pihak itu

sepakat untuk menentukan peraturan atau kaidah atau hak dan kewajiban, yang mengikat mereka untuk ditaati dan dijalankan. Kesepakatan itu adalah untuk menimbulkan akibat hukum, menimbulkan hak dan kewajiban dan kalau kesepakatan itu dilanggar maka akan menimbulkan akibat hukum atau sanksi.²⁴⁹

Hukum perjanjian juga menganut asas konsensualisme. Asas konsensualisme menekankan bahwa pada dasarnya perjanjian dan perikatan yang timbul itu sudah dilahirkan sejak detik tercapainya kesepakatan. Asas ini mengandung arti bahwa perjanjian itu terjadi sejak saat tercapainya kata sepakat (*consensus*) antara pihak-pihak mengenai pokok perjanjian.

Sejak saat itu perjanjian mengikat dan mempunyai akibat hukum, tentunya selama syarat-syarat sahnya kontrak lainnya sudah dipenuhi. Jadi dengan adanya kata sepakat, perjanjian tersebut pada prinsipnya sudah mengikat dan sudah mempunyai akibat hukum, sehingga mulai saat itu juga sudah timbul hak dan kewajiban di antara para pihak.

Akibat hukum suatu kontrak pada dasarnya lahir dari adanya hubungan hukum dari suatu perikatan, yaitu dalam bentuk hak dan kewajiban. Pemenuhan hak dan kewajiban inilah yang merupakan salah satu bentuk dari akibat hukum suatu kontrak. Kemudian, hak dan kewajiban ini tidak lain adalah hubungan timbal balik dari para pihak, maksudnya kewajiban dipihak pertama merupakan hak bagi pihak kedua, begitupun sebaliknya, kewajiban dipihak kedua merupakan hak bagi pihak pertama. Jadi akibat hukum di sini tidak lain adalah pelaksanaan dari suatu kontrak itu sendiri.

Terhadap asas ini dapat diketahui bahwa perjanjian yang dibuat itu cukup secara lisan saja sebagai penjelmaan dari asas manusia itu dapat dipegang mulutnya artinya dapat dipercaya dengan kata-kata yang diucapkannya. Perjanjian sudah sah dan mengikat apabila para pihak sudah sepakat mengenai hal-hal yang pokok dan tidaklah diperlukan formalitas.²⁵⁰ Asas konsensualisme ini mengandung pengertian bahwa perjanjian telah ada sejak tercapainya kesepakatan, tanpa menunggu adanya formalitas yang berbentuk dokumen perjanjian.

Perdagangan tradisional khususnya pada etnik Cina, sering sekali suatu transaksi dagang dalam jumlah besar tanpa adanya suatu perjanjian

²⁴⁹Soedikno Mertokusumo, *Mengenal ..., op. cit.*, hlm, 96.

²⁵⁰Subekti. *op.cit.*, hlm. 15.

tertulis. Semuanya hanya didasarkan pada lisan atau catatan sepihak dan tidak menggunakan format suatu perjanjian. Bahkan cara seperti itu masih sering ditemukan dewasa ini di kalangan mereka. Tentu saja perjanjian lisan seperti itu daya mengikatnya sangat digantungkan kepada kepercayaan kepada pihak yang berutang. Hal itu membuktikan bahwa dalam dunia usaha asas kepercayaan merupakan suatu asas yang sangat penting. Tetapi ada perjanjian tertentu yang dibuat secara tertulis, misalnya perjanjian perdamaian, hibah dan pertanggungan. Tujuannya adalah untuk bukti lengkap mengenai apa yang mereka perjanjikan, perjanjian dengan formalitas tertentu ini disebut perjanjian formal.

Pada prinsipnya syarat tertulis tidak diwajibkan untuk suatu perjanjian. Perjanjian lisan pun sebenarnya sah-sah saja menurut hukum. Asas ini dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 1320 Ayat 1 KUHPerdara dengan tegas tidak mengharuskan adanya suatu bentuk tertentu untuk dapat disebut sebagai perjanjian, cukup hanya dengan adanya kata sepakat bagi mereka yang mengikatkan diri. Dengan kata lain, kesepakatan dapat tercapai hanya dengan lisan. Asas ini membantu siapa pun untuk membuat perjanjian baik dalam bentuk tertulis ataupun lisan, dan berdasarkan asas konsensualitas ini, perjanjian yang dibuat secara lisan ataupun tertulis tetap merupakan suatu perjanjian yang sah. Perjanjian dibuat secara tertulis hanyalah untuk tujuan alat pembuktian jika terjadi perselisihan di antara para pihak.

Adanya perjanjian harus ada dua kehendak yaitu kehendak dari para pihak harus bersesuaian satu sama lain dan ternyata dari pernyataan kehendaknya yang mencapai kata sepakat atau konsensus.²⁵¹ Tanpa kata sepakat tidak mungkin ada perjanjian. Sepakat antara para pihak merupakan suatu syarat yang logis karena setiap perjanjian yang dibuat oleh 2 (dua) orang atau lebih yang saling berhadapan dan mempunyai kehendak yang saling mengisi, sehingga sepakat antara mereka merupakan suatu pertemuan antara dua kehendak dari para pihak. Kehendak dari para pihak harus dinyatakan dan pernyataan kehendak itu harus dapat dimengerti oleh kedua belah pihak.²⁵² Tidak menjadi soal apakah kedua kehendak itu disampaikan secara lisan atau tertulis. Bahkan dengan bahasa isyarat atau

²⁵¹Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan (Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian dan Dari Undang-Undang)*, Mandar Maju, Bandung, 1994, hlm, 55.

²⁵²J. satrio, *Hukum Perjanjian (Perjanjian Pada Umumnya)*, Citra aditya Bakti, Bandung, 1992, hlm, 128.

dengan cara membisu sekalipun dapat terjadi perjanjian asal ada kata sepakat.²⁵³

J. Satrio²⁵⁴, cara menyatakan kehendak para pihak dapat dikemukakan sebagai berikut: para pihak dapat menyatakan kehendaknya secara tegas atau secara diam-diam, pernyataan kehendak secara diam-diam dapat dilakukan dengan tingkah laku atau dengan kata-kata. Juga apabila hal ini tidak langsung bertujuan sebagai pernyataan kehendak (kepercayaan yang ditimbulkannya) meskipun penawaran kebanyakan ditujukan kepada orang tertentu atau kelompok tertentu, juga dapat terjadi ditujukan kepada umum dan ini disebut penawaran umum. Kemudian pernyataan yang diutarakan secara tegas dibuat dalam bentuk tertulis, lisan atau dengan tanda, akhirnya pernyataan kehendak yang secara tegas dibuat dengan tertulis dan dibentuk dengan akta otentik atau akta di bawah tangan.²⁵⁵

Jadi untuk terjadinya perjanjian harus ada konsensus. Sehingga perjanjian itu pada umumnya tidak dibuat secara formal tetapi konsensual. Inilah yang disebut dengan asas konsensualisme, salah satu asas hukum perjanjian, dengan adanya persesuaian kehendak telah terjadi perjanjian.²⁵⁶ Adanya kata sepakat merupakan salah satu sifat esensial yaitu sifat yang menentukan atau menyebabkan suatu perjanjian itu tercipta (*constructieve oordeel*).²⁵⁷

²⁵³Soedikno Mertokusumo, *op. cit.*, hlm, 97.

²⁵⁴Purwahid Patrik, *op. cit.*, hlm, 58.

²⁵⁵J. satrio, *op. cit.*, hlm, 132.

²⁵⁶Soedikno Mertokusumo, *op. cit.*, hlm, 97.

²⁵⁷Menurut Asser ditinjau dari syarat-syarat sahnya perjanjian bahwa suatu perjanjian itu dapat dibagi atau terdiri atas tiga unsur yaitu:

- a. Unsur *essensialia*, (merupakan unsur/bagian inti dari suatu perjanjian) yaitu merupakan bagian atau unsur yang harus ada dalam perjanjian. Unsur ini mutlak harus ada dalam perjanjian agar perjanjian itu sah, merupakan syarat sahnya perjanjian. Sifat yang menentukan atau menyebabkan suatu perjanjian itu ada atau lahir. Syarat-syarat adanya atau sahnya perjanjian adalah adanya kata sepakat atau persesuaian kehendak, kecakapan para pihak, objek tertentu dan kausa atau dasar yang halal.
- b. Unsur *naturalia*, (merupakan unsur/bagian non inti dari suatu perjanjian) yaitu unsur yang lazimnya melekat pada perjanjian. Unsur ini merupakan sifat bawaan (*natuur*) perjanjian sehingga secara diam-diam melekat pada perjanjian, unsur yang tanpa diperjanjikan secara khusus dalam perjanjian secara diam-diam dengan sendirinya dianggap ada dalam perjanjian, seperti dalam perjanjian jual beli, penjual harus menjamin pembeli terhadap cacat-cacat tersembunyi.

Persoalannya sejak kapan kesepakatan itu terjadi, terhadap ini ada banyak pendapat atau teori. Ada beberapa teori untuk menentukan hal tersebut:

- a. Teori kehendak (*willstheorie*) yang mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada saat kehendak pihak penerima dinyatakan.
- b. Teori pengiriman (*verzendtheorie*) yang mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada saat kehendak yang dinyatakan itu dikirim oleh pihak yang menerima tawaran.
- c. Teori pengetahuan (*vernemingstheorie*) yang mengajarkan bahwa pihak yang menawarkan seharusnya sudah mengetahui bahwa tawarannya diterima.
- d. Teori kepercayaan (*vertrouwenstheorie*) yang mengajarkan bahwa kesepakatan itu terjadi pada saat pernyataan kehendak dianggap layak diterima oleh pihak yang menawarkan.

Praktiknya untuk menentukan saat terjadinya kesepakatan dalam suatu perjanjian, tidaklah mudah untuk menentukannya, untuk itu pada umumnya para praktisi hukum lebih cenderung berpendapat bahwa untuk mengetahui saat kapan kesepakatan terjadi adalah dengan memahami proses terjadinya kesepakatan, yang dalam praktik hukum perjanjian tersebut sebagai proses penawaran yaitu agar dapat berlaku menurut hukum harus memuat semua unsur-unsur esensiil dari perjanjian, kalau tidak hanya sebagai undangan untuk melakukan penawaran,²⁵⁸ dan penerimaan²⁵⁹

Untuk tercapainya kesepakatan diperlukan adanya pihak yang menawarkan dan adanya pihak yang menerima penawaran. Penawaran pada dasarnya adalah merupakan pernyataan kehendak, oleh karenanya diharuskan untuk dinyatakan/diutarakan, sehingga penawaran adalah suatu usul yang telah ditetapkan sedemikian rupa dan bila penawaran tersebut

-
- c. Unsur *accidentalialia*, (juga merupakan unsur/bagian non inti dari suatu perjanjian), yaitu unsur atau bagian yang harus dimuat atau disebut secara tegas diperjanjikan oleh para pihak, seperti ketentuan-ketentuan mengenai tempat tinggal atau domisili yang dipilih oleh para pihak.

²⁵⁸Purwahid Patrik, *op. cit*, hlm, 55.

²⁵⁹Mohd Syaofil Syamsuddin, *Perjanjian-Perjanjian dalam Hubungan Industrial*, sarana Bhakti Persada, Jakarta, 2003, hlm, 9.

diterima melahirkan perjanjian.²⁶⁰ J. Satrio²⁶¹, jenis penawaran dalam perjanjian terdiri dari:

- a. Penawaran umum;
- b. Penawaran yang tidak mengikat;
- c. Penawaran yang mengikat dengan jangka waktu tertentu;
- d. Penawaran yang mengikat dengan jangka waktu tidak tertentu.

Pernyataan kehendak seseorang kadang-kadang tidak sempurna atau yang dinyatakan hanya hal-hal pokok saja, oleh karena itu undang-undang memberikan aturan ketentuan yang bersifat menambah (*aanvullend*) yang gunanya untuk mengisi kekurangan-kekurangan dalam perjanjian para pihak, misalnya kewajiban-kewajiban untuk menjamin (*vrijwaren*) yang oleh undang-undang dianggap seakan-akan disepakati oleh para pihak.²⁶²

Adanya kata sepakat untuk mengadakan perjanjian, maka berarti bahwa kedua belah pihak haruslah mempunyai kebebasan kehendak. Para pihak tidak mendapat sesuatu tekanan yang mengakibatkan adanya cacat bagi perwujudan kehendak tersebut.²⁶³

Ada tiga sebab yang membuat perjanjian tidak bebas yaitu: kekhilafan, paksaan dan penipuan. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1321 KUHPerduta:

Tiada sepakat yang sah apabila sepakat itu diberikan karena kekhilafan atau diperolehnya dengan paksaan atau penipuan.

Selanjutnya berdasarkan ketentuan Pasal 1322 KUHPerduta ditentukan tentang kekhilafan yang dimaksud dalam Pasal 1321 KUHPerduta yaitu:

Kekhilafan mengenai hakekat barang yang menjadi pokok perjanjian, sedangkan kekhilafan mengenai dirinya orang dengan siapa bermaksud mengadakan perjanjian tidak menjadi sebab pembatalan, kecuali perjanjian itu telah dibuat terutama karena dirinya orang tersebut.

Kekhilafan atau kekeliruan terjadi, apabila salah satu pihak khilaf tentang hal-hal yang pokok dari apa yang diperjanjikan atau tentang sifat-sifat yang penting dari barang yang menjadi objek perjanjian (*error in*

²⁶⁰Wirjono Projodikoro, *Hukum Perdata Tentang Perjanjian-Perjanjian Tertentu*, Sumur Bandung, Bandung, 1985, hlm, 45.

²⁶¹J. Satrio, *op. cit*, hlm, 131.

²⁶²*Ibid*, hlm, 131.

²⁶³Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi, op. cit*, hlm, 73.

subtansia)²⁶⁴, ataupun mengenai orang dengan siapa diadakan perjanjian itu (*error in persona*)²⁶⁵. Perjanjian sebagai akibat pengertian yang keliru, dapat dibatalkan (*vernietigbaar, canceling*) jika terang bahwa para pihak mengetahui apa yang sebenarnya (Pasal 1322 KUHPerdara). Pembatalan harus segera dimintakan setelah kekeliruan itu diketahuinya. Hak minta membatalkan dapat gugur karena lampaunya waktu (kadaluwarsa).

Kesesatan atau kekhilafan tidak terjadi dalam kecerobohan atau kelalaian pihak sendiri. J. Satrio,²⁶⁶ bahwa apakah pihak yang mengemukakan kesesatan dengan mudah dapat mengontrol atau mengecek atas kebenaran apa yang dikemukakan oleh pihak lain, dan apabila orang dengan mudah mengontrol kebenaran janji-janji pihak lawan dan dia orang dengan mudah mengontrol kebenaran janji-janji pihak lawan dan dia lalai melakukan pengecekan sehingga dia terkecoh, dan yang demikian dianggap sebagai kelalaian atau kecerobohan pihaknya sendiri.

Paksaan (*duress*) yang membuat seseorang menjadi dalam keadaan yang sedemikian rupa sehingga kehendaknya tidak lagi dan terpaksa mengadakan perjanjian, adalah cukup untuk membatalkan perjanjian tersebut. Pasal 1327 KUHPerdara menentukan bahwa pembatalan sesuatu perjanjian berdasarkan paksaan tidak lagi dapat dituntutnya, apabila setelah paksaan berhenti, perjanjian tersebut dikuatkan baik secara dinyatakan dengan tegas, maupun secara diam-diam, atau apabila seorang melampaui waktu yang ditentukan oleh undang-undang untuk dipulihkan seluruhnya. Selanjutnya Pasal 1324 KUHPerdara yang dimaksud paksaan adalah:

Paksaan telah terjadi, apabila perbuatan itu sedemikian rupa hingga dapat menakutkan seseorang yang berpikiran sehat, dan apabila perbuatan itu dapat menimbulkan ketakutan pada orang tersebut bahwa dirinya atau kekayaannya terancam dengan suatu kerugian yang terang dan nyata. Dalam mempertimbangkan hal itu harus diperhatikan usia, kelamin dan kedudukan orang-orang yang bersangkutan.

Mariam Darus Badruzaman²⁶⁷ berpendapat bahwa paksaan adalah kekerasan jasmani atau ancaman (akan membuka rahasia) dengan sesuatu

²⁶⁴*Ibid*, hlm, 76.

²⁶⁵*Ibid*, hlm, 75.

²⁶⁶J. Satrio, *op. cit*, hlm, 212.

²⁶⁷Mariam darus Badruzaman, *Kompilasi...,op. cit*, hlm, 76.

yang diperbolehkan hukum yang menimbulkan ketakutan kepada seseorang sehingga ia membuat perjanjian. Di sini paksaan harus benar-benar menimbulkan suatu ketakutan bagi yang menerima paksaan. Sementara Pasal 1326 KUHPerdara menentukan ketakutan saja karena rasa hormat terhadap ayah, ibu atau lain sanak keluarga dalam garis ke atas tanpa disertai kekerasan, tidaklah cukup untuk pembatalan suatu perjanjian.

Paksaan atau ancaman tidak perlu harus datang dari pihak lawan dalam perjanjian, tetapi dapat datang dari siapa saja, bahkan seandainya pihak lawan dalam perjanjian tidak mengetahui tentang adanya ancaman atau tidak pernah menyuruh orang untuk melakukan itu. Tetap saja dianggap telah terjadi paksaan atau ancaman. Hal ini dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 1323 KUHPerdara yang menyatakan:

“paksaan yang dilakukan terhadap orang yang membuat suatu perjanjian, merupakan alasan untuk batalnya perjanjian, juga apabila paksaan itu dilakukan oleh pihak ketiga untuk kepentingan siapa perjanjian itu tersebut tidak telah dibuat”.

Selanjutnya dalam Pasal 1325 KUHPerdara menyatakan:

“Paksaan mengakibatkan batalnya suatu perjanjian tidak saja apabila dilakukan terhadap salah satu pihak yang membuat persetujuan, tetapi juga apabila paksaan itu dilakukan terhadap suami atau istri atau sanak keluarga dalam garis ke atas maupun ke bawah”.

Syarat-syarat paksaan menurut J. Satrio adalah bahwa suatu paksaan atau ancaman untuk dapat mengakibatkan perjanjian dapat dibatalkan harus berupa tindakan yang mempunyai sifat yang tidak dibenarkan (*ongeoorloofde karakter*), jadi ancaman atau paksaan harus sarana pemaksa yang tidak dibenarkan oleh hukum.²⁶⁸

Penipuan (*fraud*) terjadi apabila salah satu pihak dengan sengaja memberikan keterangan-keterangan yang palsu atau tidak benar disertai dengan tipu muslihat untuk membujuk pihak lawannya memberikan persetujuannya. Pihak yang menipu itu bertindak secara aktif untuk menjerumuskan pihak lawannya. Sementara itu Pasal 1328 KUHPerdara yang menyatakan:

“Penipuan merupakan suatu alasan untuk pembatalan perjanjian, apabila tipu muslihat yang dipakai oleh salah satu pihak, adalah sedemikian rupa hingga terang dan nyata bahwa pihak yang lain

²⁶⁸J. Satrio, *op. cit.*, hlm, 249.

tidak telah membuat perikatan itu jika tidak dilakukan tipu muslihat tersebut, penipuan tidak dipersangkakan, tetapi harus dibuktikan’.

Gambaran penipuan tersebut menurut J. Satrio²⁶⁹ penipuan adalah orang yang menipu dengan daya akalnya menanamkan suatu gambaran yang tidak benar tentang ciri-ciri objek perjanjian, sehingga pihak yang lain bergerak atau mempunyai kehendak untuk menutup perjanjian tersebut yang merupakan pernyataan kehendaknya.

R. Subekti²⁷⁰, bahwa penipuan terjadi apabila salah satu pihak dengan sengaja memberikan keterangan yang palsu atau tidak benar disertai dengan tipu muslihat untuk membujuk pihak lawannya untuk memberikan persetujuannya.

Penipuan terjadi misalnya pekerja mengaku memiliki kepandaian yang diperlukan pengusaha sedang kemudian ternyata tidak memilikinya atau pekerja menyembunyikan cacat, sifat atau keadaan yang menurut sifat pekerjaan itu tidak boleh dimilikinya.

Perjanjian dibuat atas dasar kata sepakat, yang artinya dengan kata sepakat antara para pihak, suatu perjanjian akan ada, muncul atau lahir. Di sini menunjukkan bahwa menurut KUHPerdata lahirnya suatu perjanjian tidak disyaratkan dalam bentuk tertentu. Para pihak dalam menuangkan perjanjian bebas, apakah akan menuangkan perjanjian dalam bentuk tertulis, ataukah akan menuangkan dalam bentuk lisan. Terhadap ketentuan ini ada kekecualiannya yaitu di sana-sini undang-undang menetapkan suatu formalitas tertentu untuk beberapa macam perjanjian, seperti untuk perjanjian pembiayaan konsumen harus dilakukan secara tertulis. Perjanjian pembiayaan konsumen, diterapkan suatu formalitas atau bentuk tertentu, oleh karena itu sering disebut perjanjian formil. Terhadap perjanjian formil ini jika dibuat tidak memenuhi syarat formalitas sebagaimana yang ditetapkan dalam undang-undang, maka perjanjian itu batal demi hukum (*nietig, null and void*).

Pada masa sekarang ini di mana kegiatan ekonomi sudah begitu maju dan berkembang, sering kali dengan melibatkan banyak pihak (perusahaan pembiayaan, konsumen dan suplier atau pemasok) dan dengan berbagai persyaratan yang kompleks, maka pengaturan hubungan hukum para pihak tidak bisa tidak harus dalam bentuk perjanjian tertulis.

²⁶⁹*Ibid*, hlm, 256.

²⁷⁰R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermedia, Jakarta, 1979, hlm, 24.

3. Asas *Pacta Sunt Servanda*

Berdasarkan asas *pacta sunt servanda* bahwa masing-masing pihak harus melaksanakan isi perjanjian demi kepastian hukum bagi pihak-pihak tersebut. Meskipun demikian, asas *pacta sunt servanda* tidak berdiri sendiri, terpisah dari asas lainnya dalam perjanjian khususnya dengan asas itikad baik. *The rule pacta sunt servanda, a fundamental element in the principle of good faith.*²⁷¹ (*Pacta sunt servanda* adalah suatu elemen dasar dari asas itikad baik). Baik asas itikad baik dan asas *pacta sunt servanda*, pada intinya harus berjalan ke arah yang sama yaitu penciptaan keadilan.

Perjanjian merupakan janji para pihak untuk saling memberikan prestasi (memenuhi kewajiban) demi kemanfaatan bersama secara wajar, *fair* dan jujur. Pelaksanaan perjanjian sesuai dengan apa yang telah disepakati atau disebut dengan asas *pacta sunt servanda* merupakan tahap yang sangat penting dan menjadi tujuan dibuatnya perjanjian. Sesuai dengan asas *pacta sunt servanda* bahwa isi perjanjian harus dilaksanakan, bahkan pemenuhan kewajiban tersebut pada awalnya bersifat mutlak dan meliputi segala perkembangan realitas terkait yang terjadi kemudian. *The basic obligation – pacta sunt servanda—requires that contract be performed, and originally at common law the obligation was absolute. Even if a party was unable to perform due to no fault of his own, he was not excused.*²⁷² (Asas *pacta sunt servanda* bahkan pada awalnya di negara *Anglo Saxon* asas ini berlaku mutlak, bahwa perjanjian harus dipenuhi meskipun orang itu tidak lagi mampu untuk memenuhinya bukan karena kesalahannya, tetap tidak dapat dijadikan alasan). Kegagalan pelaksanaan perjanjian dianggap sebagai pelanggaran isi perjanjian. Pelaksanaan atau pemenuhan isi perjanjian merupakan kebajikan tertinggi yang menggambarkan itikad baik pada pihak-pihak yang berkewajiban.

Pemenuhan isi perjanjian tidak serta merta telah mencerminkan keadilan bagi kedua belah pihak. Dalam keadaan normal di mana tidak terjadi suatu perubahan yang mendasar yang berakibat jauh terhadap pelaksanaan perjanjian, maka pemenuhan perjanjian dapat dikatakan telah mencerminkan keadilan bagi kedua belah pihak, mengingat perjanjian tersebut dibuat atas kehendak bebas dari para pihak. Jika perjanjian tersebut telah memenuhi asas-asas perjanjian sebagaimana telah disebutkan, maka

²⁷¹J.F.O'Connor. 1990. *Good Faith in English Law*. London: Dartmouth Publishing Co, hlm, 17.

²⁷²O'Connor. *Ibid*, hlm, 37.

penerapan *pacta sunt servanda* haruslah diutamakan. Persoalannya adalah jika terjadi suatu peristiwa setelah perjanjian ditandatangani dan peristiwa tersebut di luar kehendak para pihak, dan peristiwa tersebut mengakibatkan isi perjanjian menjadi tidak dapat (sulit) dilaksanakan. Apakah asas *pacta sunt servanda* masih tetap dipertahankan? Dalam keadaan seperti itu, seharusnya para pihak lebih mengedepankan itikad baik ketimbang asas *pacta sunt servanda*, sehingga dapat menyelesaikan suatu permasalahan secara adil bagi para pihak, antara lain dengan merundingkan kembali syarat-syarat perjanjian untuk mendapatkan keseimbangan baru.

Namun demikian, terdapat masalah pokok dalam itikad baik, karena ia akan mudah goyah jika:

- a. Perjanjian mengandung berbagai kelemahan sehingga memberi peluang untuk menghindar dari tanggung jawab tanpa terlihat orang itu tidak beritikad baik.
- b. Perjanjian melibatkan manfaat ekonomi (uang dalam jumlah besar).
- c. Di negara yang penegakan hukumnya lemah (*weak in law enforcement*). Orang cenderung mengabaikan itikad baik dan tidak taat kepada perjanjian (tidak takut melanggar hukum) bilamana orang itu meyakini tidak akan menerima sanksi hukum atas ketidaktaatannya terhadap perjanjian (hukum) tersebut.

Manakala terjadi suatu peristiwa yang mendasar yang berakibat isi suatu perjanjian menjadi sulit untuk dilaksanakan sehingga melahirkan ketidakadilan bagi salah satu pihak, maka asas *pacta sunt servanda* seyogyanya tidak lagi dikedepankan demi tercapainya keadilan bagi kedua belah pihak. *Elementary considerations of justice, fairness and reasonableness inevitably led to relaxation of the absolute rule.*²⁷³ (Pertimbangan keadilan, keseimbangan dan kewajaran harus menjadi faktor yang melunakkan kemutlakan perjanjian). Dua indikator peristiwa yang mendasar yaitu berada di luar kehendak atau kekuasaan para pihak dan diketahui oleh umum. Kesulitan ekonomi (meninggal dunia, diberhentikan dari pekerjaan atau sakit) termasuk peristiwa yang berada di luar kontrol para pihak.

Adanya realitas yang menghambat pada pelaksanaan perjanjian dan realitas tersebut di luar kehendak para pihak, maka jika asas *pacta sunt*

²⁷³O'Connor. *Ibid*, hlm. 37.

servanda tetap dipertahankan akan mencederai rasa keadilan, karenanya harus dikesampingkan dengan mengedepankan asas itikad baik demi terwujudnya keadilan. Jika terjadi peristiwa yang mendasar, maka itikad baik akan menuntun para pihak kepada perundingan baru untuk menentukan syarat-syarat baru, agar tercapai keseimbangan baru. Hal itu dimungkinkan. Pasal 1338 Ayat 2 KUHPerdara menyatakan apabila didasarkan pada kesepakatan para pihak, maka perjanjian dapat ditarik kembali.

Persoalan hukum yang muncul adalah menentukan ukuran tentang adanya peristiwa yang menjadi alas yang sah (*legal*) untuk mengesampingkan keberlakuan asas *pacta sunt servanda*. Hal itu diserahkan kepada praktik, tetapi setidaknya-tidaknya peristiwa yang terjadi harus diketahui oleh umum (tidak hanya oleh satu pihak) dan berdampak buruk sedemikian rupa terhadap kemampuan salah satu pihak untuk memenuhi kewajibannya sesuai perjanjian, dan peristiwa yang terjadi tersebut di luar kehendak para pihak.

4. Asas Itikad Baik

Konsep itikad baik dikenal di berbagai sistem hukum perjanjian di dunia dan berlaku secara universal. Asas itikad baik mendapatkan basis fundamental dalam hukum alam, yang memandang semua orang pada dasarnya memiliki itikad baik dalam dirinya, dalam hal ini hati nurani. Dalam hukum pidana juga dikenal dengan *presumption of innocence* dimana seseorang dianggap tidak bersalah kecuali berdasarkan keputusan pengadilan. Asas itikad baik kemudian menjadi aturan pragmatis yang dikenal dengan asas *pacta sunt servanda* yang berarti janji dan perjanjian harus ditepati.²⁷⁴ Karena janji tersebut diyakini diberikan atas dasar itikad baik, sehingga harus dipenuhi sebagai bukti itikad baiknya. Konsep itikad baik dijabarkan dalam dua prinsip.

Prase itikad baik ini biasanya dipasangkan dengan *fair dealing*. Itikad baik tersebut juga seringkali dihubungkan dengan makna *fairness*, *reasonable standard of fair dealing*, *decency*, *reasonableness*, *a common ethical sense*, *a spirit of solidarity*, and *community standards*.²⁷⁵ Konsep

²⁷⁴William Tetley. *Good Faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*. www.mcgill.ca/hlm. 11. Sebagaimana ditulis dalam Leli Joko Suryanto, *Asas Keadilan Pada Kontrak Alih Daya (Outsourcing) dalam Hubungan Industrial di Indonesia*, Desertasi Undip, Semarang, 2010, hlm, 92.

²⁷⁵Agasha Mugasha, *Good Faith Obligation in Commercial Contract, International Business Lawyer*, 1999, p. 6. Sebagaimana ditulis dalam Andrey, *Asas Itikad Baik*

terbaru itikad baik dalam sistem *common law* Inggris dikemukakan oleh Sir Anthony Mason dalam suatu kuliah di Universitas Cambridge pada 1993 yang menyatakan bahwa konsep iktikad baik mencakup tiga doktrin yang berkaitan dengan:²⁷⁶

1. suatu kewajiban bagi para pihak untuk bekerjasama dalam mencapai tujuan kontrak (kejujuran terhadap janji itu sendiri);
2. pemenuhan standar perilaku terhormat; dan
3. pemenuhan *standard of contract* yang masuk akal yang berkaitan dengan kepentingan para pihak.

Walaupun itikad baik dalam pelaksanaan perjanjian/kontrak telah berkembang lama sekali, tetapi masih menimbulkan sejumlah permasalahan yang memerlukan pemecahan. Sekurang-kurangnya itikad baik pelaksanaan perjanjian/kontrak masih menimbulkan dua permasalahan hukum, Pertama, berkaitan dengan standar hukum (*legal test*) yang harus digunakan oleh hakim untuk menentukan ada tidaknya itikad baik dalam perjanjian/kontrak. Kedua, fungsi itikad baik dalam pelaksanaan perjanjian/kontrak. Ruang lingkup pengaturan itikad baik dalam berbagai sistem hukum umumnya hanya mencakup iktikad baik dalam fase pelaksanaan perjanjian/kontrak, belum mencakup fase pra perjanjian/kontrak.

Ajaran tentang itikad baik apabila dikaji lebih dalam ternyata telah banyak mengalami berbagai perkembangan, hal ini setidaknya dapat dilihat berdasarkan pada beberapa alasan sebagai berikut; Pertama, pada awalnya asas itikad baik merupakan suatu pengertian hubungan hukum yang senantiasa hanya berlaku dalam hubungan yang bersifat kontraktual saja, kemudian dinyatakan berlaku dalam hal-hal lain yang tidak didasarkan pada hubungan yang bersifat kontraktual.²⁷⁷ Kedua, asas itikad baik juga berkembang yang tadinya hanya berlaku dalam hukum kontrak saja, kemudian asas itikad baik ini juga diberlakukan dalam bidang hukum lain.²⁷⁸ Ketiga, makin berpengaruhnya ajaran itikad baik hanya ada pada

dalam *Persetujuan Kreditur Mayoritas Pada Penyelesaian Kredit Sindikasi Macet Dalam Rangka Pengembangan Hukum Perbankan Indonesia*, Keni Media, Bandung, 2011, hlm, 214.

²⁷⁶Agasha Mugaasha, *Ibid*, hlm. 357.

²⁷⁷Setiawanop. *cit*, hlm, 179.

²⁷⁸*Ibid*, hlm, 11.

pelaksanaan kontrak saja namun juga harus ada pada saat dibuatnya kontrak.²⁷⁹

Itikad baik harus sudah ada pada tahap *state of mind* atau pada tahap niat seseorang untuk membuat perjanjian agar perjanjian menjadi perjanjian yang seimbang dan dengan tujuan saling memperoleh manfaat, meskipun hukum belum dapat mengukur ada tidaknya itikad baik pada tahap *state of mind*. Kedua, itikad baik pada tahap pelaksanaan perjanjian, yang dapat terlihat dari perilaku nyata atau kepatuhan dalam pemenuhan kewajibannya sebagaimana diatur dalam perjanjian. Itikad baik sesuai dengan KUHPerdara Pasal 1338 (3) dipandang sebagai ketentuan moral yang dapat menghentikan kerugian yang dialami salah satu pihak sebagai akibat pelaksanaan isi perjanjian. Oleh karena itu ketaatan untuk melaksanakan isi perjanjian merupakan sikap moral dan kewajiban hukum berdasarkan *pacta sunt servanda*.

Itikad baik merupakan suatu prinsip yang selalu dikaitkan dengan kejujuran dan keadilan, serta kepatutan (*honest, fairandreasonableness*) dalam pelaksanaan isi perjanjian.

Subekti menyebutkan itikad baik berarti kejujuran atau hati bersih. Ini merupakan sesuatu yang subjektif.²⁸⁰ Perusahaan pembiayaan yang beritikad baik akan menjalankan tugasnya dengan asas kehati-hatian dan tidak goyah dengan pengaruh dalam bentuk apapun dari pihak luar, atasan, atau rekan sekerja agar melanggar suatu ketentuan hukum dalam perjanjian pembiayaan konsumen. Konsumen yang beritikad baik akan membayar uang angsuran sesuai dengan waktu yang diperjanjikan. Dalam pengertian ini, itikad baik merupakan hukum internal (hukum batin) seseorang untuk mematuhi isi perjanjian. Dengan kejujuran batin, maka apa yang diperjanjikan harus ditepati. Pelaksanaan hak dan kewajiban sesuai dengan syarat-syarat perjanjian menunjukkan adanya itikad baik para pihak. Bahkan sekiranya pun seseorang tidak mampu memenuhi kewajibannya secara penuh sesuai perjanjian, orang itu harus dapat menunjukkan kemampuan terbaiknya dalam memenuhi perjanjian (meskipun tidak sesuai dengan perjanjian) sebagai bukti itikad baiknya.

Sejalan dengan Subekti, Black mengatakan itikad baik adalah hukum yang bersumber dari nurani atau kejujuran seseorang yang tercermin dari tindakannya untuk tidak merugikan orang lain, *an honest intention to*

²⁷⁹Ridwan Khairandy, *op. cit.*, hlm, 3.

²⁸⁰Subekti. *op.cit.*, hlm. 41.

*abstain from taking unconscientious advantage of another.*²⁸¹ (suatu niat yang jujur tidak melibatkan diri untuk mengambil keuntungan secara merugikan orang lain). Itikad baik akan menuntun pihak-pihak untuk bersikap dan mengambil tindakan yang sejalan dengan isi perjanjian atas dasar kejujuran dan keadilan. Itikad baik juga adalah kejujuran para pihak untuk bersikap adil dalam merespon munculnya masalah yang merugikan salah satu pihak dengan mencari solusi yang dianggap terbaik dan dapat menyelamatkan kemanfaatan perjanjian bagi para pihak.

Itikad baik akan melahirkan keyakinan, dan kepercayaan terhadap hal-hal yang telah disepakati dalam perjanjian. Prinsip itikad baik begitu penting dalam menjamin kepercayaan (*reliance, confidence*).

Menurut Ridwan Khairandy mengingat sampai detik ini tidak ada pengertian mengenai iktikad baik yang bersifat universal. Pada akhirnya, pengertian iktikad baik memiliki dua dimensi. Dimensi yang pertama adalah dimensi subjektif (*subjektif goedetrouw*), yang berarti iktikad baik mengarah kepada makna kejujuran. Dimensi yang kedua adalah dimensi objektif (*objektive goede trouw*) yang memaknai iktikad baik sebagai kerasionalan dan kepatutan atau keadilan. Kecenderungan dewasa ini dalam berbagai sistem hukum mengkaitkan itikad baik dalam pelaksanaan perjanjian/kontrak dengan kerasionalan dan kepatutan.²⁸² Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdata harus didasarkan pada kerasionalan dan kepatutan. Iktikad baik pra perjanjian/kontrak tetap mengacu kepada itikad baik yang bersifat subjektif yang digantungkan pada kejujuran para pihak.

Itikad baik dikenal dalam hukum manapun, khususnya dalam hukum perjanjian. Tanpa adanya keyakinan yang kuat antara satu pihak dengan pihak lainnya, bahwa masing-masing pihak tersebut akan memenuhi (melaksanakan) kewajibannya, maka perjanjian tidak akan pernah dibuat. Dengan demikian bahwa dasar suatu perjanjian adalah itikad baik sebagaimana hal itu dinyatakan dalam Pasal 1338 (3) KUH Perdata. Hukum Perdata Perancis juga mengakui bahwa itikad baik harus ada dalam pelaksanaan perjanjian, *elle doivent etre executees de bonne foi.*²⁸³ (Perjanjian harus dilakukan dengan itikad baik). Itikad baik dapat

²⁸¹Henry Campbell Black. *Black's Law Dictionary*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., p, 623.

²⁸²Ridwan Khairandy, *Iktikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, Universitas Indonesia, Fakultas Hukum, Pascasarjana, Jakarta, 2004, hlm, 347.

²⁸³Rudden (ed). *op.cit.*, hlm. 399.

tergambar dari isi perjanjian (misalnya apakah terdapat keseimbangan hak-hak dari masing-masing pihak) dan bagaimana isi perjanjian tersebut dilaksanakan. Hukum tidak dapat mendeteksi motif dan itikad baik seseorang pada waktu membuat perjanjian, karena itikad baik adalah merupakan suasana batin (moral) seseorang. Karenanya sering sekali itikad seseorang baru diketahui baik atau buruk dalam keadaan yang terlambat yaitu pada tahap pelaksanaan perjanjian, yaitu saat orang itu tidak memenuhi kewajibannya sebagaimana diperjanjikan. Dengan kata lain, itikad baik seseorang baru nyata diketahui pada tahap pelaksanaan perjanjian. Bilamana orang itu menghormati komitmennya berarti beritikad baik, akan tetapi bilamana mencari-cari dalih untuk mengelak dari tanggung jawabnya maka orang itu beritikad tidak baik.

D. Asas Umum Hukum Kebendaan

Hukum kebendaan menganut asas-asas umum sebagai berikut²⁸⁴ :

1. Asas Absolut (*dewingenrecht*).

Ketentuan-ketentuan yang mengatur hukum benda bersifat memaksa artinya berlakunya aturan-aturan itu tidak dapat disimpangi oleh para pihak. Hak-hak kebendaan wajib ditaati dan dihormati oleh setiap orang. Hukum benda tidak akan memberikan wewenang yang lain daripada apa yang sudah ditentukan oleh undang-undang, kehendak para pihak tidak dapat mempengaruhi isi hak kebendaan.

2. Asas Dapat Dipindahtangankan.

Kecuali dalam hal yang bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum hak milik atas kebendaan dapat dipindah tangankan atau dapat dialihkan dari pemiliknya semula kepada pihak lain dengan segala akibat hukumnya.

3. Asas *Individualiteit*.

Hak kebendaan yang dapat dimiliki sebagai kebendaan adalah segala sesuatu yang menurut hukum dapat ditentukan terpisah (*individueelbepaald*) dan benda tertentu atau dapat ditentukan secara individual artinya orang hanya dapat sebagai pemilik dari barang yang berwujud yang merupakan kesatuan.

²⁸⁴ Mariam Darus Badruzaman, *Mencari...*, *op. cit.*, hlm, 40. Dapat juga dilihat dalam Kartini Muljadi-Gunawan Wijaya, *Hak Istimewa, Gadai dan Hipotek*, hlm, 67-68.

4. **Asas Totaliteit.**

Asas ini menyatakan bahwa kepemilikan oleh individu atas suatu kebendaan berarti kepemilikan yang menyeluruh atas setiap bagian kebendaan tersebut, tidak mungkin memiliki bagian dari suatu kebendaan jika tidak memiliki titel hak milik atas kebendaan secara utuh. Hak kebendaan selalu diletakkan diatas seluruh objeknya sebagai satu kesatuan, siapa yang mempunyai *zakelijkrecht* atas suatu *zaak* ia mempunyai *zakelijkrecht* atas keseluruhan *zaak* itu juga atas bagian-bagiannya yang tidak terpisah.

5. **Asas Tidak Dapat Dipisahkan (*onsplitsbaarheid*).**

Asas ini merupakan konsekuensi hukum dari asas *totaliteit*. seorang yang berhak tidak boleh memindah tangankan sebagian dari kekuasaan yang termasuk suatu hak kebendaan yang ada padanya. Meskipun seorang pemilik diberikan kewenangan untuk membebani hak miliknya dengan kebendaan lainnya yang bersifat terbatas (*jura in re aliena*), jadi pembebanan itu hanya terhadap keseluruhan kebendaan yang menjadi miliknya.

6. **Asas Prioriteit.**

Hak *prioriteit* adalah hak yang lebih dahulu ada karena terhadap hak kebendaan dimungkinkan untuk memberikan hak kebendaan terbatas atas benda yang sama, semua hak kebendaan memberi kekuasaan yang sejenis dengan kekuasaan atas hak milik *Jura in re aliena* meletakkan sebagai beban atas milik suatu kebendaan. Asas *prioriteit* sifatnya tidak tegas, tetapi akibat dari sifat ini bahwa seorang hanya dapat memberikan hak yang tidak melebihi apa yang dipunyai (*asas nemoplis*) yang artinya bahwa orang dapat memberikan atau memindahkan kepada orang lain suatu hak yang lebih besar daripada hak yang ada pada dirinya.

7. **Asas Percampuran (*Verminging*).**

Asas ini merupakan kelanjutan dari pemberian *jura in re aliena*, Hak kebendaan yang terbatas jadi selain hak milik hanya mungkin atas benda orang lain. Tidak dapat orang itu untuk kepentingan sendiri memperoleh hak gadai (menerima gadai) hak memungut hasil atas barangnya sendiri. Apabila hak yang membebani dan yang dibebani itu terkumpul dalam satu tangan , maka hak yang membebani itu lenyap, jadi orang yang mempunyai hak memungut hasil atas tanah kemudian membeli tanah itu, maka hak memungut hasil itu lenyap, contohnya

ialah hak numpang karang lenyap apabila tanah pekarangan itu dibeli oleh yang bersangkutan.

8. Asas Perlakuan yang Berlainan Terhadap Benda Bergerak dan Tidak Bergerak.

Antara benda bergerak dengan benda tak bergerak terdapat perbedaan pengaturan dalam hal terjadi peristiwa hukum yang berhubungan dengan penyerahan, pembebanan, kepemilikan, kedaluarsa, demikian juga mengenai *jura in re alina* yang dapat diadakan.

9. Asas *Publiciteit*.

Asas ini dianut atas kebendaan tidak bergerak yang diberikan hak kebendaan, hak kebendaan atas benda tidak bergerak diumumkan dan didaftarkan dalam register umum, sedangkan mengenai benda-benda yang bergerak cukup dengan penyerahan nyata, tanpa pendaftaran dalam register umum, kecuali apabila ditentukan lain oleh Undang-undang bahwa hak kebendaan itu harus didaftarkan, misalnya hak milik atas kendaraan bermotor.

Pada dasarnya dalam setiap hukum perjanjian terkandung pula asas kebendaan dan dalam setiap hak kebendaan melekat pula sifat hukum perjanjian didalamnya. Hal tersebut berkaitan dengan *jura in re alenia* sebagaimana dimungkinkan oleh undang-undang. Hak atas benda itu berpindah apabila adanya penyerahan hak untuk memperoleh hak kebendaan perlu dilakukan perjanjian *zakelijk*, yaitu perjanjian memindahkan hak kebendaan.

E. Asas Dasar Dalam Hukum Pidana

Ketentuan pidana seperti yang telah diatur dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP mengandung tiga buah asas yang sangat penting, yaitu:

1. bahwa hukum pidana yang berlaku di negara kita itu merupakan 'suatu hukum yang tertulis'²⁸⁵
2. bahwa Undang-undang Pidana yang berlaku di negara kita itu tidak dapat diberlakukan surut²⁸⁶
3. bahwa penafsiran secara analogis itu tidak boleh dipergunakan dalam menafsirkan Undang-undang Pidana.²⁸⁷

Marilah kini kita melihat pada pendapat beberapa orang guru besar mengenai asas-asas tersebut di atas.

²⁸⁵van HAMEL, *Inleiding*, sebagaimana ditulis dalam PAF Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, hlm, 124.

²⁸⁶*Ibid*, hlm, 133.

²⁸⁷*Ibid*, hlm, 130.

1. Asas *nullum delictum, nulla poena sine lege praevia poenali*' (Asas bahwa hukum pidana yang berlaku di negara kita itu merupakan suatu hukum yang tertulis).

Setelah membicarakan masalah usaha-usaha manusia pada abad keXVIII untuk memperoleh suatu kepastian hukum, berkatalah van HAMEL antara lain :

'Zoo ontstond het adagium "nullum delictum nulla poena sine lege praevia poenali", in onderscheiden wetgevingen nadrukkelijk erkend. Het Nederlandsche recht huldigt dien regal uldrukkelijk en als het gansche strafrecht beheerschende, in art 1 wa. Daarmede wordt erkend, dat uitsluitend geschreven recht zal hebben aan te wrjzen, of eenige rechtsnorm strafrechtelijk gesenctionneerd is, wat de inhoud is der sanctionneerende strafbecggreiging, en welke de voorwaarden zijn voor hare toepasselrjkheid"'.²⁸⁸

(yang artinyaDemikian itu kemudian lahirlah adagium *nullum delictum, nulla poena sine lege praevia poenali*, yang kemudian telah mendapat suatu pengakuan secara tegas dalam berbagai perundang-undangan. Hukum di Negeri Belanda menganut ketentuan tersebut secara tegas dalam Pasal 1 KUHP, yang dianggap berlaku untuk seluruh hukum pidana. Dengan demikian orang mengakui bahwa hanya hukum yang tertulis sajalah yang dapat menentukan yaitu apakah suatu norma hukum itu telah dikaitkan dengan suatu ancaman hukuman menurut hukum pidana atau tidak. Tentang isi ancaman hukuman yang telah diancamkan dan tentang syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk memberlakukan ancaman hukuman tersebut.

Pada mulanya kebiasaan itu juga termasuk ke dalam pengertian ketentuan menurut undang-undang seperti yang diartikan orang dewasa ini. Baru sejak waktu sekitar terjadinya revolusi Prancisperkataan ketentuan menurut undang-undang memperoleh pengertian seperti yang diartikan oleh orang dewasa ini. yakni dengan mengecualikan kebiasaan (atau hukum yang tidak tertulis).

Demikianlah pendapat-pendapat beberapa gurubesar mengenai asas yang pertama yang terkandung dalam ketentuan pidana seperti yang telah dirumuskan dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP, yang menyatakan bahwa hukum pidana yang berlaku di negara kita itu merupakan suatu hukum yang tertulis.

²⁸⁸*Ibid*, hlm, 124.

2. Asas Undang-undang Tidak Berlaku Surut

Marilah kini kita melihat pada asas kedua yang menyatakan bahwa Undang-undang Pidana yang berlaku di Negarakita itu tidak dapat di berlakukan surut.

Apa sebabnya Undang-undang Pidana yang berlaku di negara kita itu tidak dapat diberlakukan surut atau tidak mempunyai kekuatan hukum untuk diberlakukan surut.

Apabila di atas telah dikatakan bahwa Undang-undang Pidana yang berlaku di negara kita itu tidak dapat diberlakukan surut, maka hal tersebut sebenarnya merupakan sesuatu yang wajar. Oleh karena Undang-undang Pidana yang berlaku di negara kita, baik sebagai Undang-undang Pidana dalam arti formal maupun sebagai Undang-undang Pidana dalam arti material, tetap merupakan suatu undang-undang. Dan sebagai undang-undang sudah sewajarnya apabila ia terikat pada ketentuan-ketentuan yang mengatur masalah perundang-undangan di Indonesia.

Ketentuan-ketentuan yang mengatur masalah perundang-undangan seperti itu, dapat kita jumpai dalam *Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie* yang telah diundangkan dalam Staatsblad tahun 1847 nomor 23 pada tanggal 30 April 1847, yang dalam kepustakaan Belanda biasanya disebut dengan singkatan A. B. saja.

Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesia itu artinya Ketentuan-ketentuan Umum tentang Perundang-undangan untuk Indonesia. Pasal 2 dari *Algemene Bepalingen van Wetgeving* tersebut menentukan:

"De wet verbindt alleen voor het toekomstige en heeft gene terugwerkende kracht.

(yang artinya Undang-undang itu hanyalah berkenaan dengan hal-hal yang akan datang dan tidak mempunyai kekuatan berlaku secara surut).

Dari ketentuan dalam Pasal 2 AB, di atas jelaslah kiranya bagi kita bahwa suatu Undang-undang Pidana itu hanya dapat diberlakukan terhadap seseorang yang telah melakukan suatu perbuatan yang terlarang oleh Undang-undang Pidana tersebut setelah Undang-undang Pidana yang bersangkutan dinyatakan mulai diberlakukan.

Apa kini sebabnya asas yang kedua di atas itu telah dianggap perlu untuk dinyatakan secara tegas, padahal tidak dapat diberlakukannya secara surut suatu Undang-undang Pidana itu telah diatur secara tegas dalam Pasal 2 A.B.?

Tentang hal tersebut berkatalah Noyon-Langemeijer:

De hierin vervarte uitsluiting van terugwerking der wet was nevens de inhoud van artikel 4 der Wet, houdende algemene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk. niet zo zeer nodig, doch word ingeleest, omdat in het Meade lid een uitzondering, in het strafrecht vñ algemeen aangenomen, gesteld is voor het geval van berechting van een strafbaar feit

*onder vigeur van een andera wetgeving dan die waaronder het werd began.*²⁸⁹

(yang artinya Dicantumkannya asas tentang tidak dapat diberlakukannya secara surut suatu undang-undang itu sebenarnya adalah kurang perlu oleh karena hal tersebut telah tercantum dalam Pasal 4 dari undang-undang yang mengatur masalah perundang-undangan kerajaan, akan tetapi asas tersebut telah dipandang perlu untuk dicantumkan, mengingat kenyataan bahwa dalam ayat yang kedua (dari Pasal 1 KUHP) terdapat suatu pengecualian yang memungkinkan seseorang diadili menurut Undang-undang Pidana yang lain. Daripada Undang-undang pidana yang berlaku, pada waktu orang tersebut melakukan perbuatannya. dimana kemungkinan semacam itu telah diakui secara umum sebagai dapat dibenarkan untuk dilakukan dalam hukum pidana).

SIMONS mengatakan :

*’dat de strafwet slechts kan worden toegepast op een feit, na hareinwerkingtreding gepleegd, en dat zij uitsluitend werkt voor het toekomende’.*²⁹⁰

(yang artinya bahwa Undang-undang Pidana itu hanya dapat diberlakukan terhadap suatu perbuatan yang telah dilakukan setelah Undang-undang Pidana tersebut mulai diberlakukan, dan bahwa ia telah dimaksudkan untuk diberlakukan terhadap hal-hal yang terjadi di waktu kemudian)

Setelah berbicara mengenai dikandungnya suatu asas dasar dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP. yaitu bahwa tidak seorang pun dapat dihukum kecuali berdasarkan suatu *geschreven wettelijke strafbepaling* atau berdasarkan suatu ketentuan pidana menurut undang-undang yang bersifat tertulis. Van Hattum berpendapat bahwa di dalamnya juga masih terkandung asas dasar yang kedua.

Tentang hal tersebut berkatalah van HATTUM antara lain

*’Men leest daar Immers dat geen felt strafbaar is dan krachenseen daaraan voorafgegane strafbepaling. Strafbepelingen hebben derhalve geen terugwerkende kracht. Art 1 lid 1 Sr. stelt voor het strafrecht in het bijzonder nog eens nadrukkelijk vast wat door art 4 AB. ook voor andere delen van ons recht geldt in zoverrescheen het voorschrift overbodig, doch men oordeelde de bepalingen nuttig als rinleiding tot de in het tweede lid volgende uitzondering.’*²⁹¹

(yang artinya di sana kita dapat membaca bahwatidakseorangpun yang dapat dihukum, kecuali berdasarkan suatu ketentuan pidana yang

²⁸⁹NoyonLangemeijer, Het Wetboek, hlm, 61.

²⁹⁰Simons, Leerboek I, hlm, 100.

²⁹¹van HATTUM, Hand-en Leerboek I, hlm, 81.

telah ada terlebih dahulu daripada perbuatannya. ini berarti bahwa ketentuan-ketentuan pidana itu tidak dapat diberlakukan surut.. Pasal 1 ayat 1 KUHP itu sekali lagi telah menegaskan secara khusus, bahwa ketentuan dalam Pasal 4 AB. (di Indonesia dalam Pasal 2 AB) yang berlaku bagi lain-lain bidang hukum itu juga berlaku bagi hukum pidana. Sedemikian jauh ketentuan tersebut tampaknya memang kurang berarti, akan tetapi orang menilai bahwa ketentuan tersebut adalah berguna, yaitu sebagai pendahuluan untuk membicarakan pengecualian seperti yang terdapat dalam ayat 2 berikutnya).

3. Asas Penafsiran Secara Analogis

Marilah kini kita beralih pada asas yang ketiga dan yang terakhir yang terkandung dalam ketentuan pidana seperti yang telah dirumuskan dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP yang menyatakan bahwa penafsiran secara analogis itu tidak boleh dipergunakan di dalam menafsirkan Undang-undang Pidana.

Dilarangnya penggunaan penafsiran secara analogis dalam hukum pidana itu adalah dengan maksud agar suatu perbuatan yang semula bukan merupakan perbuatan yang terlarang menurut undang-undang itu, jangan sampai kemudian secara analogis dipandang sebagai suatu perbuatan yang terlarang, hingga pelakunya menjadi dapat dihukum karena telah melakukan suatu perbuatan yang sebenarnya tidak pernah dinyatakan sebagai suatu perbuatan yang terlarang menurut undang-undang.

Para guru besar dan para penulis Belanda pada umumnya berpendapat bahwa penafsiran secara analogis itu tidak boleh dipergunakan dalam hukum pidana, walaupun dengan batas-batas yang berbeda-beda.

van HAMEL

De regel nullum delictum enz. verbiedt haar, voorzoovel zijleiden zou, met alleen tot uitbreiding van de rij der wettelijke aangewezen delicten, maar tot strafbaarstelling. tot zwaardere ef tot lichtere strafbaarstelling van welke handeling ook, buiten de wet.

(yang artinya Peraturan tentang nullum delictum dan selanjutnya melarang penggunaan penafsiran secara analogis, oleh karena perbuatan semacam itu bukan hanya dapat memperluas banyaknya delik-delik yang telah ditentukan oleh undang-undang, melainkan juga dapat menjurus pada lebih diperberatnya atau lebih diperingannya hukuman yang dapat dijatuhkan bagi perbuatan yang manapun yang dilakukan tidak berdasarkan undang-undang).

SiMONS mengatakan antara lain :

*Het beginsel van art.1 Swb. verbiedt bij het strafrecht elke analogische toepassing welke een niet uitdrukkelijk strafbaargesteld feit strafbaar zou maken.*²⁹²

²⁹²Simons. Leerboek I. hlm, 98.

(yang artinya Asas yang terkandung dalam Pasal 1 KUHP itu melarang setiap penerapan hukum secara analogis dalam hukum pidana oleh karena penerapan hukum semacam itu dapat membuat suatu perbuatan yang semula tidak dinyatakan secara tegas sebagai suatu tindak pidana kemudian menjadi suatu tindak pidana).

Penafsiran secara analogis itu oleh para penulis pada umumnya dipandang dapat dipergunakan dalam semua bidang hukum, kecuali dalam bidang-bidang hukum perpajakan dan hukum pidana.

Menurut van BEMMELEN, ketentuan pidana seperti yang telah diatur dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP itu juga merupakan suatu jaminan bagi masyarakat untuk mencegah dilakukannya tindakan-tindakan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan menurut hukum oleh pihak kepolisian.²⁹³

²⁹³van Bemmelen.

PENEMUAN HUKUM DAN PEMBENTUKAN HUKUM SEBAGAI PENGISI RUANG KOSONG HUKUM

A. Metode Interpretasi Hukum

Interpretasi merupakan penjelasan setiap istilah dari suatu perjanjian apabila terdapat pengertian ganda atau tidak jelas dan para pihak memberikan pengertian yang berbeda terhadap istilah yang sama atau tidak dapat memberikan arti apa pun terhadap istilah tersebut. Tujuan utama interpretasi adalah menjelaskan maksud sebenarnya dari para pihak atau merupakan suatu kewajiban memberikan penjelasan mengenai maksud para pihak seperti dinyatakan dalam kata-kata yang digunakan oleh para pihak dilihat dari keadaan-keadaan yang mengelilinginya.²⁹⁴

Dalam Pasal 22 *Algemene Bepalingen van Wetgeving* (Ketentuan Umum Peraturan Perundang-undangan) yang berlaku pada zaman Hindia Belanda dahulu disebutkan, bahwa hakim dilarang menolak mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak adanya atau tidak jelasnya peraturan perundang-undangan.

Dalam Pasal 16 ayat (1) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman Nomor 48 Tahun 2009 yang sekarang berlaku di Indonesia disebutkan bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

Ketentuan itu dimaksudkan agar masyarakat pencari keadilan tidak ditinggalkan dengan perselisihan-perselisihan yang tidak diselesaikan, sehingga berada dalam ketidakpastian hukum dan ketidakadilan.

Hakim sebagai organ pengadilan dianggap mengetahui dan memahami hukum terhadap apa pun juga. Pencari keadilan datang

²⁹⁴Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Alumni, 2000, Bandung, hlm, 19.

kepadanya untuk memohon penyelesaian yang adil dan benar menurut hukum yang berlaku sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Andai kata hakim tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk merumuskan perkara yang diajukan kepadanya. Oleh karena itulah, hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat (Pasal 28 ayat (1)).

Dalam masyarakat yang masih mengenal hukum tidak tertulis, seperti Indonesia, serta berada dalam masa peralihan, hakim merupakan perumus dan penggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Oleh karena itu, ia harus terjun ke tengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan, dan menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian, hakim dapat memberikan Putusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Kepastian hukum dalam negara yang berdasarkan hukum merupakan hal yang sangat penting. Akan tetapi, kepastian hukum tidak harus diwujudkan dengan harus adanya undang-undang. Hukum tidak identik dengan undang-undang. Lagi pula, betapa pun lengkapnya suatu undang-undang atau kodifikasi hukum dibuat, akan selalu terdapat kekurangan-kekurangannya.

Kodifikasi hukum dalam bidang apa pun, tidak akan mampu menampung semua aspirasi dan semua kebutuhan hukum masyarakat. lebih-lebih di zaman modern sekarang ini, di mana hampir semua bidang kehidupan masyarakat mengalami perkembangan dan perubahan begitu cepatnya. Karenanya, betapa pun cepatnya pembuat undang-undang bekerja, persoalan yang timbul dalam masyarakat yang membutuhkan pengaturan ternyata lebih cepat lagi. Oleh karena itu, sering terjadi adanya suatu persoalan dalam masyarakat yang belum ada peraturan hukumnya.

Selain itu, mungkin pula terjadi, suatu peraturan hukum yang ditujukan untuk mengatur persoalan yang bersifat umum, yang oleh pembuat undang-undang dengan sengaja dirumuskan secara umum tidak dapat diterapkan secara langsung terhadap kasus tertentu, tetapi harus ditafsirkan lebih dahulu sedemikian rupa. Istilah-istilah seperti "perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 KUHPerduta." "itikad baik" dalam Pasal 1330 ayat (3) KUHPerduta., "kepatutan" dalam Pasal 1339 KUHPerduta. "kepala keluarga yang baik" dalam Pasal 1560 KUHPerduta, dan

“mengambil” suatu “barang” dalam Pasal KUHPidana merupakan istilah-istilah umum yang elastis.

Istilah-istilah umum dalam BW (Burgerlijk Wetboek Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) tersebut di atas tentu harus lebih dahulu ditetapkan artinya oleh hakim. Setelah itu, barulah ditentukan, apakah persoalan/kasus yang diajukan kepadanya untuk diputuskan termasuk dalam pengertian yang diberikan pada istilah-istilah itu. Teranglah di sini hakim menciptakan sesuatu yang baru dan pembuat undang-undang dengan sadar menyerahkan penciptaan hukum kepada hakim.

Jadi, apabila hakim menghadapi suatu perkara di mana peraturan hukum in abstraktonya belum ada atau peraturan hukum in abstraktonya tidak jelas, hakim harus mengadili perkara itu, dengan menentukan sendiri hukumnya dengan melakukan "kreasi hukum".

Untuk melakukan kreasi hukum tersebut, hakim dapat mempergunakan berbagai macam arah penafsiran maupun dengan menggunakan sendi-sendi konstruksi hukum.

Tugas hakim yang penting adalah menyesuaikan undang-undang dengan kenyataan dalam kehidupan masyarakat. Apabila undang-undang tidak dapat dijalankan menurut susunan kata-katanya, hakim harus menafsirkannya, sehingga hakim dapat memberikan putusan yang betul-betul mencerminkan rasa keadilan serta dapat menciptakan kepastian hukum dalam masyarakat. Jadi, menafsirkan undang-undang adalah kewajiban hukum dari hakim.²⁹⁵

Walaupun demikian, menafsirkan undang-undang tidak boleh dilakukan dengan sewenang-wenang. Logemann, yang dikutip Utrecht dalam bukunya *Pengantar dalam Hukum Indonesia* mengatakan, bahwa: "Hakim harus tunduk pada kehendak pembuat undang-undang, seperti dapat diketahui terletak di dalam peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Dalam kehendak pembuat undang-undang itu tidak dapat dibaca dengan begitu saja dari kata-kata Undang-undang, maka hakim harus mencarinya dalam sejarah kata-kata tersebut, dalam sistem undang-undang, atau dalam arti kata-kata itu seperti yang dipakai dalam pergaulan sehari-hari pada waktu sekarang."²⁹⁶

Yang menjadi maksud pembuat undang-undang ialah segala sesuatu yang berdasarkan penafsiran yang baik, dapat diterima sebagai sesuatu yang

²⁹⁵Utrecht, *op.cit.*, hlm, 197.

²⁹⁶*Ibid*, hlm. 198.

logis dapat disimpulkan menjadi kehendak pembuat undang-undang. Sedangkan Polak dalam bukunya *Theorie en Praktrik der Rechtsvinding* seperti juga dikutip Utrecht dalam buku tersebut di atas mengemukakan bahwa cara penafsiran ditentukan oleh:

1. Materi peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.
2. Tempat di mana perkara terjadi.
3. Zamannya.²⁹⁷

Interpretasi merupakan penjelasan setiap istilah dari suatu perjanjian apabila terdapat pengertian ganda atau tidak jelas dan para pihak memberikan pengertian yang berbeda terhadap istilah yang sama atau tidak dapat memberikan arti apa pun terhadap istilah tersebut. Tujuan utama interpretasi adalah menjelaskan maksud sebenarnya dari para pihak atau merupakan suatu kewajiban memberikan penjelasan mengenai maksud para pihak seperti dinyatakan dalam kata-kata yang digunakan oleh para pihak dilihat dari keadaan-keadaan yang mengelilinginya.²⁹⁸

Adapun dengan berbagai macam penafsiran bukanlah sebagai satu-satunya metode yang diperintahkan kepada Hakim agar digunakan dalam penemuan hukum, melainkan sebagai bentuk penjabaran dari putusan-putusan hakim. Dari alasan-alasan atau pertimbangan-pertimbangan yang sering digunakan oleh Hakim dalam menemukan hukumnya.

Agar dapat mencari kehendak pembuat undang-undang, serta dapat menjalankan undang-undang dengan seadil-adilnya, maka hakim menggunakan beberapa cara penafsiran yang dapat diidentifikasi beberapa metode interpretasi sebagaimana yang disampaikan oleh Sudikno Mertokusumo dan A. Pilo sebagai berikut²⁹⁹:

1. Penafsiran Menurut Arti Perkataan atau Istilah (Gramatikal)

Bahasa dan hukum mempunyai hubungan yang erat sekali. Bahasa merupakan alat satu-satunya yang dipakai pembuat undang-undang untuk menyatakan kehendaknya. Oleh karena itu, pembuat undang-undang yang ingin menyatakan kehendaknya secara jelas, haruslah memilih kata-kata yang tepat. Peraturan hukum hendaknya dirumuskan dengan singkat, jelas dan tidak mengandung pengertian yang beraneka ragam. Akan tetapi, pembuat undang-undang tidak selamanya dapat melakukan semua ini. Dalam hal inilah hakim wajib mencari arti kata itu menurut kelaziman

²⁹⁷*Ibid*,

²⁹⁸Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran ..., op. cit*, hlm, 19.

²⁹⁹Sudikno, *op.cit*. hlm, 182-185.

dalam percakapan sehari-hari dengan menggunakan kamus bahasa, meminta keterangan ahli bahasa. atau dengan mempelajari sejarah sesuatu kata. Apa arti kata yang dimaksud pembuat undang-undang pada waktu menetapkan suatu undang-undang sesuai dengan aliran-aliran dalam masyarakat. istilah-istilah hukum yang menunjukkan pengertian hukum teknis harus pula dipahami dalam pengertian bahasa hukum. Selain itu suatu kata mempunyai kedudukan dalam sistem hukum, maka sistem ini juga harus dicari oleh hakim. Jadi, menafsirkan undang-undang menurut arti kata adalah mencari maksud pembuat undang-undang dengan memahami arti kata yang dipergunakan dalam perumusan-perumusan undang-undang tersebut.

Pada hakikatnya penafsiran undang-undang menurut arti kata yang sering juga disebut penafsiran gramatikal(*grammaticale interpretatie*). hanyalah cara penafsiran yang pertama. yang dengan sendirinya akan membimbing hakim ke arah penafsiran yang lain.

Metode interpretasi gramatikal yang disebut juga metode penafsiran obyektif merupakan cara penafsiran atau penjelasan yang paling sederhana untuk mengetahui makna ketentuan undang-undang dengan menguraikannya menurut bahasa, susunan kata atau bunyinya. Interpretasi menurut bahasa ini selangkah lebih jauh sedikit dari sekedar membaca undang-undang. Dari sini arti atau makna ketentuan undang-undang dijelaskan menurut bahasa sehari-hari yang umum. Ini tidak berarti bahwa hakim terikat erat pada bunyi kata-kata dari Undang-undang. Interpretasi menurut bahasa ini juga harus logis. Contoh mengenai istilah “dipercayakan” seperti yang tercantum dalam Pasal 432 KUHP “seorang pejabat suatu lembaga pengangkutan umum dengan sengaja memberikan kepada orang lain dari pada berhak baik surat tertutup, kartu pos atau paket yang dipercayakan (*verduisteren*) kepada lembaga itu, atau kalau sebuah paket “diserahkan” kepada PT. Kereta Api Indonesia (PT.KAI), sedangkan berhubungan dengan pengiriman tidak ada lain kecuali dinas itu, maka diserahkan berarti “dipercayakan”. Jadi dipercayakan ditafsirkan menurut bahasa sebagai diserahkan.

2. Penafsiran Menurut Sejarah (*Historische Interpretatie*)

Makna ketentuan dalam suatu peraturan perundang-undangan dapat juga ditafsirkan dengan cara meneliti sejarah pembentukan peraturan itu sendiri, penafsiran ini dikenal dengan interpretasi historis. Ada 2 (dua) macam interpretasi historis, yaitu:

- a. Penafsiran menurut sejarah undang-undang; dan
- b. Penafsiran menurut sejarah hukum.

Dimana penafsiran menurut sejarah Undang-undang hendak dicari dengan maksud ketentuan Undang-undang seperti yang dilihat atau dikehendaki oleh pembentuk Undang-Undang pada waktu pembentukannya. Pikiran yang mendasari metode interpretasi ini ialah bahwa Undang-undang adalah kehendak pembentuk Undang-undang yang tercantum dalam teks Undang-undang. Interpretasi menurut sejarah Undang-undang ini disebut juga interpretasi subjektif, karena penafsir menempatkan diri pada pandangan subjektif pembentuk Undang-undang, sebagai lawan interpretasi menurut bahasa yang disebut metode objektif. Sedangkan, metode interpretasi yang hendak memahami Undang-undang dalam konteks seluruh sejarah hukum disebut dengan interpretasi menurut sejarah hukum. Sebagai contoh untuk menafsirkan suatu ketentuan dalam KUHPerdota diteliti sejarah lahirnya *BW, Code Civil* dari 1804 atau mundur lebih jauh sampai ke hukum Romawi, maka kita menafsirkannya dengan interpretasi menurut sejarah hukum. Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan hanya dapat dimengerti dengan meneliti sejarah tentang emansipasi wanita. Undang-undang kecelakaan hanya dapat dimengerti dengan adanya gambaran sejarah mengenai revolusi industry dan gerakan emansipasi buruh.

Tiap peraturan perundang-undangan mempunyai sejarahnya sendiri dan dari sejarahnya inilah hakim dapat mengetahui maksud pembuatnya.

Penafsiran hukum atau peraturan perundang-undangan menurut sejarah ini ada dua macam, yaitu penafsiran menurut sejarah hukum (*rechts historische interpretatie*) disingkat dengan psh, dan penafsiran menurut sejarah penetapan peraturan perundang-undangan (*wets historische interpretatie*) disingkat pspu.

Rechts historische interpretatie (psh) merupakan penafsiran yang luas, yang meliputi *wets histor'sche interpretatie* (pspu), sedangkan penafsiran yang terakhir merupakan penafsiran yang sempit

Rechts historische interpretatie (psh) menyelidiki asal-usul sampai berlakunya suatu peraturan perundang-undangan saat ini dalam masyarakat, dari suatu sistem yang dahulu pernah berlaku dan sekarang sudah tidak berlaku lagi, atau dari suatu sistem hukum lain yang sekarang masih berlaku di suatu negeri lain. Misalnya, BW yang sekarang masih bertaku di Indonesia merupakan warisan dari pemerintah kolonial Hindia Belanda.

BW tersebut dibawa dari negeri Belanda, yang di buat berdasarkan asas konkordansi (asas persamaan). sehingga merupakan jiplakan dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda (1838). Sedangkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda merupakan tiruan dari Code Civil Perancis (1804). Dan Code Civil Perancis sendiri dikodifikasi dengan bersumber pada hukum Romawi, hukum kebiasaan Perancis, ordonansi-ordonansi, dan hukum intemedire. Apabila hakim ingin mengetahui maksud beberapa Pasal BW tersebut dengan sedalam-dalamnya, ia dapat mempelajari dari sumber asalnya, yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda yang juga merupakan tiruan dari Coda Civil Perancis dan seterusnya.

Sedangkan *wets histor'sche interpretatie* (pspu) yang lebih sempit daripada *rechts historische interpretatie* (pshi) adalah penafsiran hukum yang hanya menyelidiki maksud pembuat undang-undang menetapkan suatu peraturan perundang-undangan. Untuk ini dapat dilakukan dengan mempelajari dokumen-dokumen yang berisi tentang proses terjadinya suatu undang-undang, mulai dengan diajukannya rancangan undang-undang di parlemen, memori penjelasan pemerintah, pembahasannya dalam sidang-sidang parlemen berikutnya. dan seterusnya sampai suatu rancangan disahkan dan diundangkan dalam lembaran negara.

Sebagai contoh. dapat dikemukakan di sini tentang pencatatan perkawinan yang diatur dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, yang menentukan: Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang bertaku.

Apakah pencatatan perkawinan menentukan sah tidaknya suatu parkawinan?. Ataukah hanya merupakan suatu tindakan administratif belaka?. Persoalan ini tidak dapat segera terjawab dengan tepat jika hanya dengan membaca bunyi Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan di atas. Akan tetapi, dengan menggunakan penafsiran menurut sejarah penetapan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, maka dapatlah dikatakan bahwa pencatatan perkawinan tersebut hanyalah sebagai tindakan administratif belaka, yang tidak menentukan sahnya suatu perkawinan. Sebab, sahnya suatu perkawinan ditentukan oleh masing-masing agama dan kepercayaannya.

3. Penafsiran Menurut Sistem yang Ada dalam Hukum (*Systematiache Interpretatie, Dogmatie Interpretatie*)

Terjadinya suatu Undang-undang selalu berkaitan dengan peraturan perundang-undangan lain, dan tidak ada Undang-undang yang berdiri sendiri lepas sama sekali dari keseluruhan sistem perundang-undangan. Setiap Undang-undang merupakan bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan. Menafsirkan Undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan dengan jalan menghubungkannya dengan undang-undang lain disebut dengan interpretasi sistematis atau *interpretasi logis*.

Contoh Kalau hendak mengetahui tentang sifat pengakuan anak yang dilahirkan di luar perkawinan oleh orang tuanya tidak cukup hanya mencari ketentuan-ketentuan dalam KUHPerdara saja melainkan dengan hukum tertulis lainnya, sebagaimana yang terjadi dalam penafsiran dalam KUHPerdara yang harus dihubungkan dengan rumusan Pasal 278 KUHP, Barangsiapa mengaku seorang anak sebagai anaknya menurut KUHPerdara, padahal diketahui bahwa ia bukan bapak dari anak tersebut, diancam, karena melakukan pengakuan anak palsu, dengan pidana penjara paling lama 3 tahun.

Suatu peraturan hukum tidak berdiri sendiri, tetapi selalu berhubungan dan berkaitan dengan peraturan hukum yang lain. Dan setiap peraturan hukum mempunyai tempat dalam lapangan hukum. Beberapa peraturan hukum yang mengandung kesamaan (anasir-anasir sama, tujuan mencapai objek yang sama) merupakan suatu himpunan hukum tertentu, yang menjadi lembaga hukum (*rechtsinstiruta*).

Antara lembaga-lembaga hukum itu ada pula hubungan. Lembaga-lembaga hukum yang mengandung kesamaan, bersama-sama merupakan lapangan hukum (*rechtsveld*). Semua lembaga hukum Eropa bersama-sama merupakan lapangan hukum Eropa. Semua lembaga hukum adat bersama-sama merupakan lapangan hukum adat. Dan semua lembaga hukum Islam bersama-sama merupakan lapangan hukum Islam. Antara lapangan hukum Eropa, lapangan hukum Adat, dan lapangan hukum Islam terdapat perbedaan yang besar, tetapi juga ada mengandung kesamaan.

Setiap lembaga hukum berdasarkan asas-asas hukum (*rechtsbegin selan*). Asas-asas hukum inilah yang mengkualifikasikan beberapa peraturan hukum, sehingga peraturan-peraturan hukum itu bersama-sama merupakan satu lembaga hukum. Misalnya, peraturan-peraturan hukum

yang bersama-sama mengatur perkawinan Eropa berdasarkan asas monogami (Pasal 27 KUHPerdara). Asas ini menjadi dasar pasal-pasal lain, yaitu Pasal 34, Pasal 60, Pasal 64, dan Pasal 86 KUHPerdara serta Pasal 279 KUHPidana. yang bersama-sama merupakan lembaga hukum perkawinan Eropa.³⁰⁰

Kaidah hukum adalah perumusan (*formulering*) asas hukum, yaitu perumusan yang diberi sanksi. Akan tetapi, justru karena kaedah hukum merupakan perumusan asas hukum yang menjadi dasar kaidah hukum itu, maka kaidah hukum tersebut sering lebih sempit dan lebih kaku dari pada asas hukum yang menjadi dasarnya hukum itu, maka kaidah hukum tersebut sering lebih sempit dan lebih kaku dari pada asas hukum yang menjadi dasarnya itu.³⁰¹

Asas-asas hukum ini merupakan sistem materiil dari hukum (*het materiele system van het recht*). Kadang kala asas hukum ini disebut dengan jelas oleh undang-undang, dalam hal ini asas hukum identik dengan kaidah hukum. Akan tetapi, yang lebih sering asas hukum itu tidak disebut dengan jelas oleh undang-undang, sehingga asas hukum dan kaidah hukum tidak dapat diidentikkan.

Apabila sistem materiil dari hukum tidak dinyatakan dengan jelas dalam undang-undang, hakim harus mencari sistem hukum yang dikehendaki oleh pembuat undang-undang, yaitu dengan cara membandingkan antara beberapa ketentuan perundang-undangan yang diduga mengandung kesamaan dan berdasarkan penafsiran menurut sejarah penetapan undang-undang. Kesamaan yang terdapat dalam pasal-pasal undang-undang dan yang dikehendaki pembuat undang-undang adalah asas materiil dari undang-undang yang bersangkutan.

Hukum positif merupakan sistem formil (*het formele systeem van het recht*), di mana peraturan-peraturan hukumnya satu sama lain dalam sistem itu tidak ada yang bertentangan sungguh-sungguh. Sistem formil dari hukum ini menjadi alat pembantu dalam menafsirkan secara sistematis.³⁰²

Jadi, penafsiran menurut sistem yang ada dalam hukum adalah penafsiran hukum untuk mencari maksud suatu peraturan sesuai dengan sistem materiil (asas hukum) yang menjadi dasar peraturan hukum yang bersangkutan. Dalam hubungan ini maka suatu peraturan harus dipahami

³⁰⁰ *Ibid.*, hlm. 205.

³⁰¹ *Ibid.*, hlm. 206.

³⁰² *Ibid.*

maksudnya dalam hubungannya dan keseluruhannya dengan peraturan-peraturan lain, di mana satu sama lain merupakan satu kesatuan sebagai hukum positif (sistem formil), yang tidak mengandung pertentangan yang sesungguhnya.

4. Penafsiran Sosiologis(*Teleologische Interpretation/Sociologische Interpretation*)

Interpretasi teleologis atau sosiologis adalah apabila makna undang-undang ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Dengan interpretasi teleologis ini undang-undang yang masih berlaku tetapi sudah usang atau tidak sesuai lagi, diterapkan pada peristiwa, hubungan, kebutuhan dan kepentingan masa kini, tidak peduli apakah hal ini semuanya pada waktu diundangkannya Undang-undang tersebut dikenal atau tidak. Interpretasi sosiologis terjadi apabila makna Undang-undang itu ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Peraturan perundang-undangan disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru. Ketentuan undang-undang yang usang digunakan sebagai sarana untuk memecahkan atau menyelesaikan sengeketra yang terjadi sekarang. Metode ini baru digunakan apabila kata-kata dalam undang-undang dapat ditafsirkan dengan berbagai cara. Di sini peraturan perundang-undangan disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru. Jadi peraturan hukum yang lama disesuaikan dengan keadaan baru atau dengan kata lain peraturan yang lama dibuat aktual. Dapat dikatakan bahwa setiap penafsiran pada hakekatnya merupakan penafsiran *teleologis*. Makin asing suatu Undang-undang makin banyak dicari tujuan pembentuk Undang-undang yang disesuaikan dengan perkembangan masyarakat.

Hukum adalah gejala sosial, sehingga setiap peraturan hukum mempunyai tujuan sosial. Akan tetapi, tujuan sosial suatu peraturan perundang-undangan tidak senantiasa dapat diketahui dari kata-kata peraturan perundang-undangan itu sendiri, karenanya hakim harus mencarinya dengan melakukan penafsiran.

Tiap penafsiran undang-undang harus dimulai dengan penafsiran menurut bahasa kemudian penafsiran historis dan harus diakhiri dengan penafsiran sosiologis. Hal ini dimaksudkan agar putusan hakim selalu sesuai dengan keadaan yang ada di dalam masyarakat.

Suatu peraturan hukum sebagai petunjuk hidup, meskipun sudah ditetapkan dengan tegas, tidak berarti tujuan sosialnya tidak dapat berubah lagi. Hukum bersifat dinamis dan perkembangannya mengikuti

perkembangan masyarakat. Hal ini menyebabkan maksud pembuat peraturan pada suatu waktu sudah tidak lagi sama dengan tujuan sosial peraturannya. Tujuan sosialnya telah berubah karena perubahan masyarakat. Dapat dikatakan bahwa maksud pembuat undang-undang itu sifatnya statis, sedangkan tujuan sosial undang-undang bersifat dinamis. Dalam hal demikian sistem formil dari hukum itu tidak lagi identik dengan asas-asasnya. Positiviteit tidak lagi meliputi merklijkheid.³⁰³

Dalam penafsiran sosiologis suatu peraturan perundang-undangan disesuaikan dengan situasi sosial yang baru. Peraturan perundang-undangan yang sudah usang, tetapi masih berlaku diaktualisasikan sedemikian rupa sehingga dapat memenuhi kebutuhan hukum masa kini.³⁰⁴

Jadi penafsiran sosiologis adalah suatu penafsiran untuk memahami suatu peraturan hukum, sehingga peraturan hukum tersebut dapat diterapkan sesuai dengan keadaan dan kebutuhan masyarakat. Penafsiran sosiologis menjadi sangat penting, apabila hakim menjalankan suatu undang-undang, di mana keadaan masyarakat pada waktu undang-undang tersebut ditetapkan berbeda sekali dengan keadaan pada waktu undang-undang itu dijalankan.

Apakah orang yang menyadap aliran listrik untuk kepentingan sendiri termasuk perbuatan pencurian menurut Pasal 362 KUHPidana? Pada waktu KUHPidana ditetapkan, pembuat undang-undang tidak membayangkan kemungkinan terjadinya pencurian aliran listrik. Persoalannya sekarang adalah apakah "aliran listrik" termasuk "barang" yang dapat diambil menurut rumusan Pasal 362 KUHPidana? Hakim pun akhirnya menafsirkan "barang" yang disebut Pasal 362 KUHPidana tidak hanya sesuatu yang berwujud. tetapi juga yang tidak berwujud, seperti aliran listrik dan gas. Meskipun tidak berwujud. tetapi dialirkan di kawat atau pipa. Untuk memperoleh aliran listrik diperlukan biaya dan aliran itu dapat diberikan kepada orang lain dengan ganti kerugian. Pasal 362 KUHPidana bertujuan untuk melindungi harta kekayaan orang lain.

Kemudian, perkataan "mengambil" dalam Pasal 362 KUHPidana tidak selalu berarti perbuatan dalam bentuk memegang/menjamah barang orang lain, lalu dipindahkan tempatnya ke dalam penguasaan orang yang mengambil tersebut. Namun. juga bisa hanya dengan bersikap berpura-pura

³⁰³ *Ibid*, hlm, 210.

³⁰⁴ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal ..., op. cit*, hlm, 142.

sebagai pemilik barang orang lain, mendekat, kemudian menjual barang orang lain yang didekati itu (*Paarde keper Arrest-arest* mengenai pembeli kuda dari orang yang pura pura sebagai pemilik).

Namun, juga harus disadari bahwa Putusan pengadilan yang sesuai dengan kehendak masyarakat, bisa juga membawa pengaruh negatif terhadap masyarakat. Kasusnya terjadi di Belgia tahun 1962. di mana seorang ibu (Suzanne van de Put) dituduh telah melakukan tindak pidana menghilangkan jiwa anaknya (corinne van de put). Corinne lahir dalam keadaan cacat (tanpa tangan, tanpa tulang bahu, tidak bisa berjalan), karena waktu hamil ibunya minum obat penenang sebanyak 11 butir.

Kenyataan, anak itu mentalnya tidak normal, kelak mengakibatkan dia tidak akan memanfaatkan ibunya yang menyebabkan dia cacat seumur hidup. Putusan pengadilan akhirnya membebaskan terdakwa. Akan tetapi, beberapa hari kemudian seorang ibu lain telah melakukan pembunuhan terhadap anaknya yang cacat mental.

Hakim yang memberikan putusan hendaknya memperhatikan aspek "standar moral" yang berlaku dalam masyarakat dan lingkungan sosial. agar putusan dapat diterima masyarakat dan tidak berdampak negatif.

5. Penafsiran Otentik (*Authentieke Interpretatie*)

Penafsiran otentik sering juga disebut penafsiran resmi adalah penafsiran yang diberikan sendiri oleh pembuat undang-undang berupa penjelasan-penjelasan yang dilampirkan sebagai bagian yang tak terpisahkan dengan undang-undangnya. Penjelasan undang-undang ini lazimnya terdiri dari dua bagian, yaitu penjelasan umum dan penjelasan pasal demi pasal.

Penafsiran resmi ini mengikat umum karena penafsiran ini hanya dapat dibuat oleh pembuat undang-undang, dan tidak dapat dibuat oleh hakim, karena pada dasarnya tafsiran yang dibuat oleh hakim hanya berlaku bagi pihak-pihak yang berperkara saja.

6. Interpretasi Komparatif

Interpretasi *komparatif* adalah penafsiran dengan memperbandingkan dengan tujuan hendak dicari kejelasan mengenai suatu ketentuan Undang-undang. Pada interpretasi komparatif maka penafsiran peraturan itu dibenarkan dengan mencari titik temu pada penyelesaian yang dikemukakan di berbagai negara. Terutama bagi hukum yang timbul dari perjanjian internasional ini penting. Di luar Hukum Internasional kegunaan metode ini terbatas. Interpretasi *komparatif* dilakukan dengan jalan memberi penjelasan dari suatu ketentuan perundang-undangan dengan

berdasarkan perbandingan hukum. Dengan memperbandingkan hukum yang berlaku di beberapa negara atau beberapa konvensi internasional, menyangkut masalah tertentu yang sama, akan dicari kejelasan mengenai makna suatu ketentuan perundang-undangan. Interpretasi perbandingan dapat dilakukan dengan jalan membandingkan penerapan asas-asas hukumnya (*rechtsbeginselen*) dalam peraturan perundang-undangan yang lain dan/atau aturan hukumnya (*rechtsregel*), di samping perbandingan tentang latarbelakang atau sejarah pembentukan hukumnya.

Menurut Sudikno Mertokusumo, metode penafsiran ini penting terutama bagi hukum yang timbul dari perjanjian internasional, karena dengan pelaksanaan yang seragam akan dapat direalisasikan kesatuan hukum yang melahirkan perjanjian internasional sebagai hukum obyektif atau kaedah hukum untuk beberapa negara. Di luar hukum perjanjian internasional, kegunaan metode ini terbatas. Sebagai contoh dari interpretasi komparatif ini adalah memperbandingkan sistem hukum Anglo Saxon dengan Eropa Continental.

7. Interpretasi Antisipatif atau Futuristik

Pada penafsiran *Futuristik* maka dicari pemecahannya dalam peraturan-peraturan yang belum mempunyai kekuatan berlaku, yaitu dalam rancangan Undang-undang. Interpretasi ini merupakan metode penemuan hukum yang bersifat antisipatif. Metode ini dilakukan dengan menafsirkan ketentuan perundang-undangan dengan berpedoman pada kaedah-kaedah perundang-undangan yang belum mempunyai kekuatan hukum, contohnya pada saat Undang-undang tentang pemberantasan tindak *subversi* yang pada saat itu sedang di bahas di DPR akan mencabut berlakunya Undang-undang tersebut, maka jaksa berdasarkan interpretasi *futuristik*, menghentikan penuntutan terhadap orang yang di sidik berdasarkan undang-undang pemberantasan tindak pidana *subversi*. Sebagai contoh, Hakim apabila menghadapi suatu kasus, dimana kasus tersebut belum diatur dalam peraturan perundang-undangan, tetapi Hakim mengetahui bahwa untuk kasus tersebut telah mempunyai rancangan dan pasti akan disahkan oleh DPR, maka hakim dapat menggunakan rancangan tersebut untuk melakukan penemuan hukum.

8. Interpretasi Restriktif

Disini untuk menjelaskan suatu ketentuan Undang-undang ruang lingkup ketentuan Undang-undang itu dibatasi. Cara penafsiran yang mempersempit arti suatu istilah atau pengertian dalam (pasal) undang-

undang. Ini adalah suatu metode penafsiran dengan mempersempit arti suatu peraturan dengan bertitik tolak pada artinya menurut bahasa. Contoh menurut interpretasi bahasa, kata “tetangga” dalam Pasal 666 KUHperdata dapat diartikan setiap tetangga termasuk seorang penyewa dari perkarangan tetangga sebelah. Kalau tetangga ditafsirkan arti didalamnya tidak termasuk tetangga penyewa, ini merupakan interpretasi *restriktif* atau membatasi ruang lingkup suatu ketentuan.

9. Interpretasi Ekstensif

Menafsirkan dengan memperluas arti suatu istilah atau pengertian dalam (pasal) Undang-undang. Contoh pada Pasal 492 KUHPidana ayat (1) Barang siapa dalam keadaan mabuk di muka umum merintangangi lalu lintas, atau mengganggu ketertiban, atau mengancam keamanan orang lain, atau melakukan sesuatu yang harus dilakukan dengan hati-hati atau dengan mengadakan tindakan penjagaan tertentu lebih dahulu agar jangan membahayakan nyawa atau kesehatan orang lain, diancam dengan pidana kurungan paling lama enam hari, atau pidana denda paling banyak tiga ratus tujuh puluh lima rupiah”. Dimana dalam penafsiran ini, substansi dari ketentuan Undang-undang tidak hanya diartikan secara monoton saja melainkan membuka pengertian lainnya yang berkaitan dengan substansi yang ada dalam ketentuan Undang-undang tersebut.

Demikianlah beberapa cara penafsiran peraturan perundang-undangan yang dapat dipakai oleh hakim dalam melaksanakan peradilan. sehingga dapat memberikan putusan yang adil dan benar menurut peraturan hukum yang berlaku. Akan tetapi, hanya dengan mempergunakan penafsiran saja, hakim tidak selamanya cukup untuk dapat melaksanakan peradilan yang baik, tetapi harus ditambah lagi dengan apa yang disebut cara pengisian ruang kosong hukum, yang akan diuraikan secara garis besar berikut di bawah ini.

B. Metode Konstruksi Hukum

Salah satu metode yang akan digunakan oleh hakim pada saat ia dihadapkan pada situasi adanya kekosongan hukum (*rechts vacuum*) atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*), karena pada prinsipnya hakim tidak boleh menolak perkara untuk diselesaikan dengan dalih hukumnya tidak ada atau belum mengaturnya (asas *ius curia novit*) adalah metode konstruksi hukum. Hakim harus terus menggali dan menemukan hukum yang hidup dan berkembang ditengah-tengah masyarakat, karena sebagai

penegak hukum dan keadilan, hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.³⁰⁵ Metode konstruksi hukum bertujuan agar hasil putusan hakim dalam peristiwa konkret yang ditanganinya dapat memenuhi rasa keadilan serta memberikan kemanfaatan bagi pencari keadilan. Meskipun nilai dari rasa keadilan dan kemanfaatan itu ukurannya sangat relatif. Nilai adil itu menghendaki terhadap setiap peristiwa-peristiwa hukum yang sama diperlakukan sama, sedangkan nilai kemanfaatan itu ukurannya terletak pada kegunaan hukum baik bagi diri pencari keadilan, para penegak hukum, pembuat undang-undang, penyelenggara pemerintahan dan masyarakat luas.³⁰⁶ Dengan berdasarkan pertimbangan hati nuraninya, seorang hakim harus memberikan putusan yang seadil-adilnya. Untuk mengisi kekosongan hukum (*recht vacuum*), hakim harus melakukan konstruksi antara sistem formal dan sistem materiil hukum. Berdasarkan ketentuan hukum positif yang mengandung persamaan, hakim membuat suatu pengertian hukum baru yang menjadi dasar membenaran dari putusan yang dijatuhkannya.³⁰⁷

Berangkat dari konsep hukum *progresif*, penemuan hukum yang *progresif*, bahwa hukum itu adalah untuk manusia, yang didalamnya termasuk nilai-nilai akan kebenaran dan keadilan yang menjadi titik pembahasan hukum, sehingga faktor etika dan moralitas tidak terlepas dari pembahasan tersebut. Sehingga dapat dikatakan bahwa karakteristik penemuan hukum yang progresif adalah :

- (a) Penemuan hukum yang didasarkan atas apresiasi hakim sendiri dengan dibimbing oleh pandangannya atau pemikirannya secara mandiri, dengan berpijak pada pandangan bahwa hukum itu ada untuk mengabdikan kepada manusia.³⁰⁸
- (b) Penemuan hukum yang bersandarkan pada nilai-nilai hukum, kebenaran dan keadilan, serta juga etika dan moralitas.
- (c) Penemuan hukum yang mampu menciptakan nilai-nilai baru dalam kehidupan masyarakat, atau melakukan rekayasa dalam suatu

³⁰⁵ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, Yogyakarta: UII Press, 2005, hlm, 58.

³⁰⁶ *Ibid*, hlm, 58-59.

³⁰⁷ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayumedia Publishing, Cetakan Kedua, Malang, 2005, hlm, 228.

³⁰⁸ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010, hlm, 48.

masyarakat yang sesuai dengan perkembangan zaman dan teknologi serta keadaan masyarakat.

Dengan mendasarkan pada karakteristik penemuan hukum yang progresif tersebut diatas, maka dapat dijelaskan metode penemuan hukum yang progresif adalah sebagai berikut:

- a. Metode penemuan hukum yang bersifat visioner dengan melihat permasalahan hukum tersebut untuk kepentingan jangka panjang ke depan dengan melihat *case by case*.
- b. Metode penemuan hukum yang berani dalam melakukan suatu terobosan (*rule breaking*) dengan melihat dinamika masyarakat, tetapi berpedoman pada hukum, kebenaran, dan keadilan serta memihak dan peka pada nasib dan keadaan bangsa dan negaranya.
- c. Metode penemuan hukum yang dapat membawa kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat dan juga dapat membawa bangsa dan negara keluar dari keterpurukan dan ketidakstabilan sosial seperti saat ini.³⁰⁹

Oleh karena itu secara faktual, tidak dapat ditentukan metode penemuan hukum yang bagaimanakah yang dapat digunakan hakim dalam melakukan penemuan hukum yang sesuai dengan karakteristik penemuan hukum yang progresif, karena dalam setiap perkara atau kasus mempunyai bentuk dan karakteristik yang berlainan atau variatif sifatnya. Sehingga hakim akan menggunakan metode penemuan hukum yang sesuai dengan kasus yang dihadapinya (*case by case*), apakah itu salah satu metode interpretasi hukum ataukah salah satu dari metode konstruksi hukum atau hanya berupa gabungan dari beberapa metode interpretasi hukum atau konstruksi hukum, ataukah sekaligus dari metode interpretasi hukum dan konstruksi hukum sekaligus.

Dalam ketentuan UU Nomor 48 Tahun 2009, Pasal 5 ayat (1) menyatakan bahwa: “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan mamahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam 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 hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, sehingga dalam menghadapi suatu perkara atau kasus

³⁰⁹*Ibid.* hlm, 93.

yang masuk pada suatu ketentuan undang-undang, dan ternyata hakim mencermati ketentuan undang-undang tersebut 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 masyarakat.

Sebagaimana yang disebut tentang metode penemuan hukum dalam perspektif hukum *progresif*, maka putusan hakim yang sesuai dengan metode penemuan hukum yang progresif adalah (a) Putusan hakim tidak hanya semata-mata bersifat *legalistik*, yakni hanya sekedar corong undang-undang (*la bouche de la loi*) meskipun seharusnya hakim selalu harus *legalistik* karena putusannya tetap berpedoman pada peraturan perundang-undangan yang berlaku; (b) 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; (c) Putusan hakim yang mempunyai visi pemikiran kedepan (*visioner*), yang mempunyai keberanian moral untuk melakukan terobosan hukum (*rulebreaking*), dimana dalam hal suatu ketentuan undang-undang yang ada bertentangan dengan kepentingan umum, kepatutan, peradaban, dan kemanusiaan yakni nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, maka hakim bebas dan berwenang melakukan tindakan *contra legem*, yaitu mengambil putusan yang bertentangan dengan pasal undang-undang yang bersangkutan dengan tujuan untuk mencapai kebenaran dan keadilan; dan (d) Putusan hakim yang memihak dan peka pada nasib dan keadaan bangsa dan negaranya yang bertujuan pada peningkatan kesejahteraan untuk kemakmuran masyarakat serta membawa bangsa dan negaranya keluar dari keterpurukan dalam segala bidang kehidupan. Putusan hakim yang demikian diharapkan dapat mendorong pada perbaikan dalam masyarakat dan membangun harmonisasi sosial dalam pergaulan antar anggota masyarakat serta dapat dipergunakan sebagai sumber pembaharuan hukum.³¹⁰

Contoh dari penemuan hukum yang pernah dilakukan oleh Hakim yang ada di Indonesia, yang mana menjadi produk hukum yang progresif, antara lain sebagai berikut:

³¹⁰*Ibid*, hlm, 137-138.

Penetapan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dan Barat No. 546/73.P, tanggal 14 November 1973 yang Mengabulkan Permohonan Penggantian Jenis Kelamin dari Seorang Laki-laki Bernama Iwan Robianto Menjadi Seorang Perempuan dengan Nama Vivian Rubiyanti

Bila dilihat dari segi ilmu hukum, seluk beluk ganti kelamin masih merupakan persoalan baru dibidang perkembangan hukumnya. Adanya kepentingan persoalan hukum muncul setelah adanya perkembangan di bidang ilmu kedokteran yang disebut dengan operasi kelamin, sehingga penetapan Hakim ini merupakan era baru di bidang praktik peradilan Indonesia dalam mengisi kekosongan peraturan hukum (*rechtvacuum*), karena hal ini memang belum ada pengaturannya dalam peraturan perundang-undangan. Dengan putusan ini, Hakim dipandang telah berhasil melakukan penemuan hukum yang sesuai dengan kebutuhan nyata masyarakat.

Pertimbangan hukum yang diberikan Hakim adalah tepat, yaitu dalam kehidupan di masyarakat terdapat dua jenis manusia yaitu yang berjenis kelamin laki-laki dan berjenis kelamin perempuan, tetapi tidak dapat dipungkiri dalam kenyataannya terdapat pula golongan manusia yang hidupnya ada diantara kedua jenis itu, yaitu *waria* (wanita pria). Dalam melengkapi kekosongan hukum tentang perubahan kelamin tersebut, Hakim memberikan pertimbangan dengan meninjaunya dari segi agama yang disesuaikan dengan keyakinan si pemohon, yang tidak keberatan sepanjang perubahan kelamin tersebut merupakan satu-satunya jalan untuk menolong penderitaan si pemohon, sehingga ia dapat berkembang sebagai manusia yang wajar.³¹¹

Jika ditelaah, putusan ini merupakan penemuan hukum yang dilakukan Hakim dengan metode konstruksi hukum, karena ketentuan hukum yang mengatur mengenai penggantian jenis kelamin, belum diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan sehingga terjadi kekosongan undang-undang (*wet vacuum*). Hakim melakukan konstruksi dengan berlandaskan pada metode fiksi hukum, dimana dalam putusan tersebut, dikemukakan fakta-fakta baru, sehingga tampil suatu personifikasi atau keadaan hukum baru, yaitu perubahan kelamin dari si pemohon seorang laki-laki yang bernama Iwan Robianto menjadi seorang perempuan yang bernama Vivian Rubiyanti.

³¹¹ Antonius Sudirman, *Hati Nurani Hakim dan Putusannya*, Citra Adya Bakti, Bandung, 2007, hlm, 12.

Berangkat dari contoh kasus diatas, metode penemuan hukum progresif didasarkan pada keberanian dalam melakukan suatu terobosan (*rule breaking*) dengan melihat dinamika masyarakat, tetapi berpedoman pada hukum, kebenaran, dan keadilan serta memihak dan peka pada nasib dan keadaan bangsa dan negaranya. Selain itu, metode penemuan hukum haruslah dapat membawa kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat dan juga dapat membawa bangsa dan negara keluar dari keterpurukan dan ketidakstabilan sosial seperti saat ini.

1. Prosedur Penemuan Hukum

Untuk dapat menyelesaikan atau mengakhiri suatu perkara atau sengketa setepat–tepatnya hakim harus terlebih dahulu mengetahui secara obyektif tentang duduk perkara sebenarnya sebagai dasar putusannya dan bukan secara *a priori* menemukan putusannya sedang pertimbangannya kemudian dikonstruksi. Setelah Hakim menganggap terbukti peristiwa yang menjadi sengketa, maka Hakim harus menentukan peraturan apakah yang menguasai sengketa antara keduaabelah pihak. Dalam menemukan hukumnya, maka Hakim harus mengkualifisir peristiwa yang dianggapnya terbukti.

Hakim dianggap tahu akan hukumnya (*ius curia novit*). Soal menemukan hukumnya adalah urusan hakim dalam mempertimbangkan putusannya wajib karena jabatannya melengkapi alasan–alasan hukum yang tidak dikemukakan oleh para pihak (Ps. 178 ayat 1 HIR, 189 ayat 1 Rbg).

Penemuan Hukum (*rechtsvinding*) bukanlah suatu kegiatan yang berdiri sendiri, tetapi merupakan kegiatan yang runtut dan berkesinambungan dengan kegiatan pembuktian. Menemukan atau mencari hukumnya tidak sekedar mencari Undang–undangnya untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkrit yang dicarikan hukumnya. Untuk mencari atau menemukan hukumnya atau Undang–undangnya untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkrit, peristiwa konkrit itu harus diarahkan kepada Undang–undangnya, sebaliknya Undang–undangnya harus disesuaikan dengan peristiwanya yang konkrit. Peristiwanya yang konkrit harus diarahkan kepada Undang–undangnya agar Undang–undang tersebut dapat diterapkan pada peristiwanya yang konkrit.

Setelah hukumnya diketemukakan dan kemudian hukumnya (Undang–undangnya) diterapkan pada peristiwa hukumnya, maka hakim harus menjatuhkan putusannya. Untuk itu Ia harus memperhatikan 3 faktor

yang seyogyanya diterapkan secara proporsional, yaitu : keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan.

Dalam menjatuhkan setiap putusan, hakim harus memperhatikan keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan. Bila hanya memperhatikan salah satu faktor berarti mengorbankan faktor-faktor lainnya. Adapun Sumber-sumber untuk menemukan hukum bagi hakim ialah perundang-undangan, hukum yang tidak tertulis, putusan desa, yurisprudensi dan ilmu pengetahuan.

Selain peraturan perundang-undangan dan hukum yang tidak tertulis seperti adat istiadat ataupun kebiasaan yang hidup di dalam masyarakat merupakan sumber bagi hakim untuk menemukan hukum, Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dan Hakim tersebut haruslah memberi putusan berdasar atas kenyataan sosial yang hidup dalam masyarakat itu. Dalam hal ini Hakim dapat meminta keterangan dari para ahli, kepala adat dan sebagainya.

Putusan desa merupakan sumber menemukan hukum bagi hakim diletakkan secara tertulis dalam Pasal 120A HIR (Pasal. 143a Rbg). Putusan desa ini merupakan penetapan Administratif oleh hakim perdamaian desa yang bukan merupakan lembaga peradilan yang sesungguhnya, melainkan merupakan lembaga eksekutif, sehingga hakim dalam lingkungan peradilan umum tidak berwenang untuk menilai putusan desa dengan membatalkan atau mengesahkannya.

Yurisprudensi merupakan sumber hukum juga. Ini tidak berarti bahwa hakim terikat pada putusan mengenai perkara yang sejenis, yang mana pernah diputuskan oleh Hakim sebelumnya. Suatu Putusan itu hanyalah mengikat para pihak (Pasal. 1917 BW). Lain halnya dengan di negara yang menganut asas “*the binding force of precedent*” atau “*stare decicis*” maka putusan pengadilan tidak hanya mengikat para pihak, tetapi juga Hakim. Di Indonesia pada dasarnya tidak dikenal asas *the binding force of precedent* sebagaimana yang termaktub dalam Ps. 1917 BW. Sifat terikatnya pada *precedent* pada hakikatnya sifat setiap peradilan. Memang janggalah rasanya kalau peristiwa yang serupa diputus berlainan, kalau Pengadilan Negeri misalnya menjatuhkan putusan yang berlainan atau bertentangan dengan Putusan Mahkamah Agung atau Pengadilan Tinggi atau Putusannya sendiri mengenai perkara yang sejenis. Kalau tiap kali ada putusan yang berlainan mengenai perkara yang sejenis, maka tidak ada

kepastian hukum. Tetapi sebaliknya kalau hakim terikat mutlak pada putusan mengenai perkara yang sejenis yang pernah diputuskan maka hakim tidak bebas untuk mengikuti perkembangan masyarakat melalui putusan-putusannya.

Sedangkan Ilmu Pengetahuan merupakan sumber pula untuk menemukan hukum, hal ini digunakan bila perundang – undangan tidak memberi jawaban dan tidak pula ada putusan pengadilan mengenai perkara sejenis yang akan diputuskan, maka Hakim akan mencari jawabannya pada pendapat para Sarjana Hukum. Oleh karena itu, Ilmu pengetahuan itu obyektif sifatnya, maka Ilmu Pengetahuan merupakan sumber untuk mendapatkan bahan guna mendukung atau mempertanggungjawabkan putusan hakim. Tugas Hakim adalah mengambil dan menjatuhkan keputusan yang mempunyai akibat hukum bagi pihak lain. Untuk dapat memuaskan pihak lain dengan putusannya atau agar putusannya dapat diterima oleh pihak lain, maka Hakim harus meyakinkan pihak lain dengan alasan-alasan atau pertimbangan-pertimbangan bahwa putusannya itu tepat atau benar.

Dalam hal ini beberapa pihak lain yang menjadi sasaran hakim yaitu:

1. *Para pihak yang berperkara;*

Dengan sendirinya para pihak yang berperkara lah yang terutama mendapat perhatian dari hakim, karena Hakim lah yang harus menyelesaikan atau memutuskannya.

2. *Masyarakat;*

Dimana Hakim harus mempertanggungjawabkan putusannya terhadap masyarakat dengan melengkapi alasan-alasan. Masyarakat bukan hanya mempunyai pengaruh terhadap putusannya, tetapi juga terhadap hakim. Hakim harus memperhitungkan perkembangan masyarakat. Putusannya harus sesuai dengan perkembangan masyarakat.

3. *Pengadilan Banding;*

Pada umumnya Hakim dari Pengadilan tingkat pertama akan kecewa apabila putusannya dibatalkan oleh Pengadilan Banding. Oleh karena itu wajarlah kalau hakim dari tingkat peradilan pertama selalu berusaha sekeras-kerasnya agar putusannya tidak dibatalkan oleh Pengadilan Banding.

4. Ilmu Pengetahuan;

Setiap putusan harus diucapkan dalam sidang yang terbuka untuk umum. Ilmu Pengetahuan hukum selalu mengikuti peradilan untuk mengetahui bagaimana peraturan-peraturan hukum itu dilaksanakan dalam praktik peradilan dan peraturan-peraturan baru manakah yang diciptakan oleh peradilan.

2. Perkembangan Penemuan Hukum

Aliran perkembangan penemuan hukum di dunia secara garis besar terdiri dari beberapa kelompok, sebagai berikut³¹²:

(1) Legisme

Pada abad pertengahan timbullah aliran yang berpendapat bahwa satu-satunya sumber hukum adalah Undang-undang sebagai konsekuensi dari Kepastian Hukum terutama bagi negara yang menganut Sistem Hukum Eropa Continental, sehingga Hakim terikat pada Undang-undang pada peristiwa yang konkrit (Ps. 20,21 AB). Hakim hanyalah *Subsumptie automaat*, sedangkan metode yang dipakai adalah geometri yuridis.³¹³ Kebiasaan hanya mempunyai kekuatan hukum apabila ditunjuk oleh Undang-undang (Ps 3 AB). Hukum dan Undang-undang adalah sesuatu hal yang identik dan saling mempunyai keterkaitan, yang mana menjamin adanya kepastian hukum.

(2) *Begriffs-jurisprudenz*

Menurut aliran ini Undang-undang sekalipun tidak lengkap tetap mempunyai peranan penting, tetapi hakim mempunyai peranan yang lebih aktif. Aliran ini melihat hukum sebagai suatu sistem atau satu kesatuan tertutup yang menguasai semua tingkah laku sosial. Menurut aliran ini pengertian hukum tidaklah sebagai sarana, tetapi sebagai tujuan sehingga ajaran hukum menjadi ajaran tentang pengertian (*Begriffs-jurisprudenz*), dimana suatu permainan pengertian yang mana mengkultuskan ratio dan logika, dimana pekerjaan hakim semata-mata bersifat logis ilmiah. Aliran ini sangat berlebihan karena berpendapat bahwa hakim tidak hanya boleh mengisi kekosongan Undang-undang saja, tetapi bahkan boleh menyimpang.

³¹²Achmad Ali, *Menguak..., op.cit.* hlm, 143-154.

³¹³Van Apeldoorn, *Pengantar..., op.cit.* hlm, 301.

(3) Aliran yang Berlaku Sekarang

Aliran ini berpendapat bahwa sumber hukum tidak hanya Undang-undang atau peradilan saja. Banyak hal yang tidak sempat diatur oleh Undang-undang sehingga menimbulkan kekosongan hukum. Penyusunan suatu Undang Undang dalam kenyataannya memerlukan waktu yang lama sekali, maka pada saat ini terjadilah kekosongan hukum karena untuk menunggu penyusunan Undang-undang tersebut tak jarang aturan telah ditunggu-tunggu oleh masyarakat tidak sesuai dengan yang telah dicita-citakan atau bahkan tidak menjadi prioritas dalam pembangunan hukum nasional. Untuk mengisi kekosongan itu ada dua cara yaitu dengan adanya hakim dan kontruksi hukum³¹⁴.

1. Hakim untuk memenuhi kekosongan hukum

Cara yang dilakukan dalam sistem hukum formal dari hukum yang berlaku dengan menambahkan peraturan perundangan. Namun penambahan tersebut tidak membawa perubahan prinsipil pada hukum yang berlaku.

2. Kontruksi Hukum

Kontruksi hukum dinamakan analogi. Meskipun Pasal 1576 KUHS hanya menyebutkan kata “menjual” namun hakim masih juga dapat menjalankan analogi ketentuan tersebut dalam perbuatan memberi, menukar dan mewariskan secara legaat. Dengan demikian, dengan menggunakan kontruksi hukum Hakim dapat menyempurnakan sistem formal dari hukum, yakni sistem peraturan-perundangan yang berlaku di negara pada waktu tertentu (Hukum Positif).

3. Penemuan dan Pembentukan Hukum Oleh Hakim

Berdasarkan Pasal 20 AB “Hakim harus mengadili berdasarkan Undang-Undang” dan Pasal 22 AB dan Pasal 14 Undang-undang Nomor 14 tahun 1970 jo Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan kehakiman mewajibkan “Hakim untuk tidak menolak mengadili perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak lengkap atau tidak jelas dalam Undang-undang yang mengaturnya melainkan wajib mengadilinya”³¹⁵. Jika terdapat kekosongan aturan hukum atau ataurannya tidak jelas maka untuk mengatasinya diatur dalam Pasal 27 UU Nomor. 14

³¹⁴*Ibid*, hlm, 75.

³¹⁵*Ibid*, hlm, 70.

Tahun 1970 jo UU Nomor 48 Tahun 2009 menyebutkan. 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 (*Rechtvinding*).

Yang dimaksud dengan *Rechtvinding* adalah proses pembentukan hukum oleh hakim/aparat penegak hukum lainnya dalam penerapan peraturan umum terhadap peristiwa hukum yang konkrit dan hasil penemuan hukum menjadi dasar untuk mengambil keputusan. Paul Scholten mengatakan bahwa hakim itu menjalankan *rechtsvinding* (turut serta menemukan hukum).³¹⁶ Hakim membuat Undang-undang karena Undang-undang tertinggal dari perkembangan masyarakat. Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan yang juga berfungsi sebagai penemu yang dapat menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang bukan hukum. Seolah-olah Hakim berkedudukan sebagai pemegang kekuasaan legislatif yaitu badan pembentuk per Undang-undangan, dimana Pasal 21 AB menyatakan bahwa hakim tidak dapat memberi keputusan yang akan berlaku sebagai peraturan umum³¹⁷.

Sebenarnya hukum yang dihasilkan Hakim tidak sama dengan produk legislatif. Hukum yang dihasilkan Hakim tidak diundangkan dalam Lembaran Negara. Keputusan Hakim tidak berlaku bagi masyarakat umum melainkan hanya berlaku bagi pihak-pihak yang berperkara. Sesuai Pasal 1917 (2) KUHPerduta yang menentukan “bahwa kekuasaan keputusan Hakim hanya berlaku tentang hal-hal yang diputuskan dalam keputusan tersebut. Akan tetapi para ahli hukum mengetahui bahwa Undang-undang tidak akan pernah lengkap. Disitulah letak peran Hakim untuk menyesuaikan peraturan Undang-undang dengan kenyataan yang berlaku dalam masyarakat agar dapat mengambil keputusan hukum yang sungguh-sungguh adil sesuai tujuan hukum.

Dengan kata lain penemuan hukum oleh Hakim dibagi menjadi 2 (dua) bagian antara lain sebagai berikut³¹⁸:

1. Hakim merupakan Faktor Pembentukan Hukum

Keputusan hakim juga diakui sebagai sumber hukum formal.

Dengan demikian telah diakui bahwa pekerjaan hakim

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ *Ibid*, hlm, 71.

³¹⁸ *Ibid*, hlm, 76.

merupakan faktor pembentukan hukum. Seorang hakim harus bertindak selaku pembentuk hukum dalam hal peraturan-peraturan tidak menyebutkan sesuatu ketentuan untuk menyelesaikan suatu perkara yang terjadi.

2. Keputusan Hakim bukan Peraturan Umum

Walaupun hakim ikut menemukan hukum, menciptakan peraturan perundangan namun kekuatan hukum tersebut tidak bersifat umum dan hanya berlaku terhadap pihak-pihak yang bersangkutan. Apabila suatu undang-undang isinya tidak jelas, hakim berkewajiban untuk menafsirkan sehingga dapat diberikan keputusan yang sungguh-sungguh adil dan sesuai dengan maksud hukum, yakni mencapai kepastian hukum. Namun penafsiran tersebut, tidak dapat sewenang-wenang sehingga untuk memutuskan suatu Undang-undang dilakukan beberapa cara penafsiran peraturan perundangan.

Secara umum Undang-undang dibuat oleh pembentuk Undang-undang untuk melindungi kepentingan manusia, sehingga menimbulkan kewajiban untuk dilaksanakan dan ditegakkan. Akan tetapi, perlu diingat bahwa kegiatan dalam kehidupan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Oleh karena itu tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap, selengkap-lengkapnyanya dan jelas, sejelas-jelasnya. Karena hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dicari dan diketemukan.³¹⁹

Penemuan hukum menurut Sudikno Mertokusumo, lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh Hakim atau Petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum konkret atau merupakan konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret (*das sein*) tertentu. Pada pokoknya, penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim berawal dari peristiwa hukum konkret yang dihadapkan kepada hakim untuk diputuskan, sehingga sudah seharusnya

³¹⁹Sudikno Mertokusumo, *Penemuan...*, *op. cit.*, hlm, 37.

putusan hakim memenuhi dimensi keadilan, kepastian hukum dan juga kemanfaatan.

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 kekayaan, ras, gender ataupun hartanya. Hukum harus dipisahkan dari politik, penerapan hukum di pengadilan pun harus dilakukan secara adil.

Akan tetapi, sebenarnya hal tersebut tidaklah dapat dilaksanakan secara konsekuen dalam penerapannya, karena menurut teori *potsmodern*, hukum tidak mempunyai dasar objektif dan tidak ada kebenaran sebagai tempat berpijak hukum. Yang ada hanyalah kekuasaan semata yang menjadi alat kekuasaan bagi penguasa.³²⁰ Adapun 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 apa yang mereka inginkan, dan keinginan pihak minoritas tidak pernah menjadi hasil penafsiran hukum dan akan selalu menjadi bulan-bulanan hukum.³²¹

Fakta didepan mata, penegakan hukum di Indonesia masih carut-marut dan hal ini sudah diketahui dan diakui bukan saja oleh orang-orang yang sehari-harinya berkecimpung dibidang hukum, tetapi 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 acapkali dipandang bersifat diskriminatif, inkonsisten, dan hanya mengedepankan kepentingan kelompok tertentu, padahal seharusnya penegakan hukum merupakan ujung tombak terciptanya tatanan hukum yang baik dalam masyarakat.³²²

³²⁰Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti,, 2003, hlm, 1-2.

³²¹*Ibid*, hlm. 2.

³²²*Ibid*, hlm, 39-40.

Kasus korupsi di Indonesia adalah salah satu fenomena kejahatan yang telah mengakar dan sangat sulit untuk diberantas. Salah satu faktor penyebab sulitnya memberantas korupsi di Indonesia adalah karena tidak konsistennya *law enforcement* yang dilaksanakan oleh aparat penegak hukum yang masih menganut paradigma *legalistik*, *formalistik*, dan *prosedural* belaka dalam melaksanakan hukum, serta dalam pandangan kaum *legalistik normatif*, seseorang barulah dianggap bersalah apabila sudah ada putusan hakim yang berkekuatan hukum tetap (*inkracht*).³²³ 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 yang makin merajalela, yang semakin menyengsarakan masyarakat banyak.³²⁴ Secara universal, jika ingin keluar dari situasi keterpurukan hukum, maka harus membebaskan diri dari belenggu *formalisme-positivisme*, karena jika hanya mengandalkan pada teori pemahaman hukum secara *legalistik-positivistis* yang hanya berbasis pada peraturan tertulis belaka, maka tidak akan pernah mampu untuk menangkap hakikat akan kebenaran, keadilan dan kemanusiaan³²⁵

Usaha pembebasan dan pencerahan tersebut dapat dilakukan dengan mengubah cara kerja yang konvensional yang selama ini diwariskan oleh mazhab hukum positif dengan segala doktrin dan prosedurnya yang serba formal prosedural tersebut.³²⁶ Di situasi yang serba *extra ordinary*, dimana bangsa dan negara ini masih sulit keluar dari tekanan krisis disegala bidang kehidupan, yang mana tidak tertutup kemungkinan bangsa ini akan tambah terperosok ke jurang nestapa yang semakin dalam, dengan situasi ini tidak mustahil, hukum menjadi institusi yang banyak menuai kritik karena dianggap tidak becus untuk memberikan jawaban yang prospektif. Padahal sejak awal reformasi, hampir setiap saat lahir peraturan perundangan yang mengatur tentang problematika kehidupan negeri ini, sehingga keberadaan bangsa dalam kondisi yang *hiperregulated society*. Akan tetapi dengan

³²³ Ahmad Ali, *Keterpurukan Hukum di Indonesia (Penyebab dan Solusinya)*, Bogor: Ghalia Indonesia, Oktober 2005, hlm, 8.

³²⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif (Penjelajahan Suatu Gagasan)*, Jakarta: Majalah Hukum Newsletter Nomor 59 Bulan Desember 2004, Yayasan Pusat Pengkajian Hukum, 2004, hlm, 1.

³²⁵ Ahmad Ali, *Keterpurukan...*, *op. cit.* hlm, 26-27.

³²⁶ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm, 37.

banyaknya peraturan perundangan itu, baik yang menyangkut bidang kelembagaan maupun sisi kehidupan manusia, keteraturan tidak kunjung datang menghampiri. Malahan hukum kita saat ini tampak kewalahan menghadapi segala macam permasalahan hukum yang terjadi, sehingga berakibat pada bukan membaiknya kondisi penegakan hukum, akan tetapi justru memunculkan persoalan-persoalan baru ketimbang menuntaskannya.³²⁷

4. Gagasan Hukum Yang Progresif

Gagasan hukum *progresif* muncul didasari 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 mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera.³²⁸ Kata *progresif* itu sendiri berasal dari *progress* yang berarti adalah kemajuan. Jadi disini diharapkan hukum itu hendaknya mampu mengikuti perkembangan jaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar di dalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.³²⁹ 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 dalam masyarakat.³³⁰

Berpikir secara *progresif* berarti harus berani keluar dari *mainstream* pemikiran *absolutisme* hukum, yang 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

³²⁷ A.M. Mujahidin, *Hukum Progresif : Jalan Keluar dari Keterpurukan Hukum di Indonesia*, Jakarta: Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi Nomor 257 Bulan April 2007, Ikahi, 2007, hlm, 51.

³²⁸ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia, sebagaimana terdapat dalam Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006, hlm, 2.

³²⁹ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta : Penerbit Kompas, 2007, hlm, 228.

³³⁰ *Ibid*

menggunakan logika hukum modern, yang akan mencederai posisi manusia 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 *positivistis* meyakini kebenaran hukum atas manusia. Manusia boleh dimarjinalkan asalkan hukum tetap tegak. Sebaliknya, paradigma hukum progresif berpikir bahwa justru hukumlah yang boleh dimarjinalkan untuk mendukung proses *eksistensialitas* kemanusiaan, kebenaran, dan keadilan.³³¹

Prinsip utama yang dijadikan landasan hukum *progresif* adalah “Hukum adalah untuk manusia” bukan sebaliknya. Jadi manusialah yang merupakan penentu dan dipahami dalam hal ini manusia pada dasarnya adalah baik. Prinsip tersebut ingin menggeser landasan teori dari faktor hukum ke faktor manusia. Konsekuensinya hukum adalah bukanlah merupakan sesuatu yang mutlak dan final tetapi selalu “dalam proses menjadi” (*law as a process, law in the making*) yakni menuju kualitas kesempurnaan dalam arti menjadi hukum yang berkeadilan, hukum yang mampu mewujudkan kesejahteraan atau hukum yang peduli terhadap rakyat.³³² Dari sudut teori hukum, maka hukum *progresif* meninggalkan tradisi *analitical jurisprudence* dan mengarah pada tradisi *sociological jurisprudence*, yang dikembangkan oleh Eugen Ehrlich dan Roscoe Pound. Menurut Ehrlich, hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*), sedangkan Pound mengemukakan konsep hukum sebagai alat merekayasa masyarakat (*law as a tool of social engineering*).³³³ Jadi sebenarnya konsep hukum *progresif* sangat dekat dengan beberapa teori hukum yang telah mendahuluinya, antara lain :

- (1) Konsep hukum responsif (*responsive law*) yang selalu dikaitkan dengan tujuan-tujuan diluar narasi tekstual hukum itu sendiri;
- (2) *Legal Realism*, sumber hukum satu-satunya bukan hanya pemegang kekuasaan negara, namun para pelaksana hukum, terutama Hakim. Juga dinyatakan bahwa bentuk hukum bukan lagi sebatas Undang-undang, namun juga meliputi putusan hakim dan

³³¹ Satjipto Rahardjo, *Hukum ..., op. cit*, hlm. 5.

³³² *Ibid*, hlm, 1.

³³³ *Ibid*, hlm, 165.

tindakan-tindakan yang dilakukan dan diputuskan oleh pelaksana hukum.³³⁴

- (3) *Freirechtslehre*, suatu peraturan hukum tidak boleh dipandang oleh hakim sebagai sesuatu yang formil logis belaka, tetapi harus dinilai menurut tujuannya;
- (4) *Critical Legal Studies*, yang menyatakan antara keduanya mengandung substansi kritik atas kemapanan akan aliran dalam hukum liberal yang bersifat *formalistik* dan *prosedural*, serta juga rasa ketidakpuasan terhadap penyelenggaraan hukum yang berlaku.

Bila dilihat uraian diatas, konsep hukum progresif berangkat dari konsep bahwa hukum itu adalah untuk manusia, yang didalamnya termasuk nilai-nilai akan kebenaran dan keadilan yang menjadi titik pembahasan hukum, sehingga faktor etika dan moralitas tidak terlepas dari pembahasan tersebut. Jadi hukum yang progresif secara tegas mengkaitkan faktor hukum, kemanusiaan dengan moralitas. Untuk itu dalam setiap perkara yang diajukan kepada seorang Hakim, dimana Hakim tersebut harus tetap berpedoman pada hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dengan tetap menjunjung tinggi akan nilai-nilai kemanusiaan, kebenaran dan keadilan.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum. Sejalan dengan ketentuan tersebut maka salah satu prinsip penting negara hukum adalah adanya jaminan penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka, bebas dari pengaruh kekuasaan lainnya untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Menurut sistem UUD 1945, kekuasaan kehakiman sebagai penyelenggara negara merupakan salah satu badan penyelenggara negara, di samping MPR, DPR, Presiden dan BPK. Sebagai badan penyelenggara negara, susunan kekuasaan kehakiman berbeda dengan susunan badan penyelenggara negara yang lain³³⁵. Kekuasaan kehakiman terdiri atas

³³⁴*Ibid*, hlm, 168

³³⁵Pasal 1 dan Pasal 2 ayat (1), Ketetapan MPR No.XI/MPR/1998, tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme. UU No.28 Tahun 1999, tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme, Pasal 1 menyebutkan “Penyelenggara Negara adalah Pejabat Negara yang menjalankan fungsi eksekutif, legislatif, atau yudikatif, dan pejabat lain yang fungsi dan tugas pokoknya berkaitan dengan penyelenggaraan negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan

kekuasaan kehakiman tertinggi dan kekuasaan kehakiman tingkatan lebih rendah. Sedangkan badan penyelenggara negara yang lain hanya terdiri atas satu susunan. Tidak ada susunan badan MPR, DPR, Presiden dan BPK pada tingkatan yang lebih rendah.

Banyak sarjana yang selalu mengaitkan pemisahan kekuasaan negara ke dalam tiga pilar kekuasaan yang berdasar pada Trias Politika, maka Moh. Koesnoe³³⁶ mempunyai pandangan bahwa UUD 1945 justru tidak menganut Trias Politika, tetapi ‘*Duo Politico*’ sebab ketentuan dalam UUD 1945 menunjukkan adanya ajaran politik *separation of power* yang dibuktikan di dalam Bab III yang mengatur tentang Kekuasaan Pemerintahan Negara dan di bab IX khusus untuk Kekuasaan Kehakiman.

Setelah perubahan UUD Negara RI Tahun 1945 menghendaki adanya kekuasaan kehakiman yang mandiri, seperti yang termuat dalam Pasal 24 ayat (1) yaitu: “Kekuasaan kehakiman dilakukan merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan umum guna menegakan hukum dan keadilan”. Jika sebelum perubahan UUD 1945, kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung, hasil perubahan UUD 1945 kekuasaan kehakiman jadi dilakukan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi seperti yang termuat dalam Pasal 24 ayat (2): “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara.

Dari sisi kelembagaan, Perubahan UUD 1945 melahirkan 2 lembaga di lingkungan kekuasaan kehakiman selain Mahkamah Agung, yakni Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman dan Komisi Yudisial sebagai lembaga yang terkait dengan keberadaan Mahkamah Agung.

yang berlaku”. Penyelenggara Negara mempunyai peran penting dalam mewujudkan cita-cita perjuangan bangsa. Hal ini secara tegas dinyatakan dalam Penjelasan UUD 1945 sebelum Perubahan, yang menyatakan bahwa ”yang sangat penting dalam pemerintahan dan dalam hal hidupnya negara ialah semangat para Penyelenggara Negara dan Pemimpin pemerintahan”.

³³⁶Moh.Koesnoe, *Kedudukan dan Fungsi Kekuasaan Kehakiman Menurut Undang-Undang Dasar 1945*, dalam Mudzakkir, *Selayang Pandang Sistem Hukum Indonesia* Menurut, H. Moh.Koesnoe, Universitas Indonesia-Universitas Islam Indonesia, Jakarta, 1977, hlm, 119.

a. Mahkamah Agung

Kewenangan Mahkamah Agung dan hal-hal yang terkait dalam hakim agung diatur dalam Pasal 24 A UUD 1945 ayat

- (1) Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi menguji peraturan perturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang
- (2) Hakim Agung harus memiliki integritas dan pengalaman di bidang hukum.
- (3) Calon Hakim Agung memiliki dan kepribadian yang tidak tercela, adil profesional dan pengalaman di bidang hukum.

Sesuai ketentuan Pasal 24 ayat (1), maka yang menjadi kewenangan Mahkamah Agung adalah sebagai berikut:

1. Mengadili pada tingkat kasasi
2. Menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar
3. Wewenang lainnya atas dasar undang-undang.

Setelah Perubahan UUD 1945 lahir Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang kekuasaan kehakiman yang menggantikan UU Nomor 14 tahun 1970 dan UU Nomor 35 tahun 1999.

Dalam ketentuan Pasal 10 UU Nomor 4 Tahun 2004 jo UU Nomor 48 Tahun 2009 menentukan bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung dan badan-badan peradilan yang berada di bawahnya dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Badan peradilan di bawah Mahkamah Agung meliputi, badan peradilan dalam lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer dan peradilan tata usaha negara.

b. Mahkamah Konstitusi

a. Sebagai Lembaga *Checks and Balances*

Pasal 24 ayat (2) UUD Negara RI 1945 Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi³³⁷. Rumusan ini menunjukkan bahwa cita hukum pembentukan Mahkamah Konstitusi adalah: esensi kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan negara³³⁷

³³⁷A. Mukti Arto, *Konsepsi Ideal Mahkamah Agung*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001, hlm, 145.

Keberadaan Mahkamah Konstitusi (MK) di Indonesia sesungguhnya tidak terlepas dari keinginan masyarakat di negara ini agar pemerintahan Indonesia diselenggarakan atas dasar prinsip-prinsip cita negara hukum. Di mana dalam paham negara hukum, hukumlah yang memegang komando tertinggi dalam penyelenggaraan negara, hal ini sesuai dengan prinsip *the rule of law, and not of Man*, yang sejalan dengan pengertian ‘*nomocratie*’ kekuasaan yang dijalankan oleh hukum.³³⁸ Selain negara diselenggarakan dengan memegang teguh prinsip cita negara hukum, masyarakat juga menghendaki terselenggaranya kekuasaan negara yang berpegang pada prinsip pemisahan kekuasaan dan *checks and balances*. Hal tersebut dikarenakan sepanjang Orde Baru berkuasa (1966–1998) pemerintahan Indonesia diselenggarakan dengan model pemusatan kekuasaan pada Presiden, di mana cita-cita sebagai negara hukum justru diwujudkan dalam bentuk negara kekuasaan. Jelas hal tersebut bertentangan dengan UUD 1945 yang secara tegas menyatakan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum, bukan negara kekuasaan.

Pada masa itu hukum dibentuk dan dimanfaatkan sebagai alat legitimisasi penguasa sehingga produk hukum berpihak pada penguasa yang bagi masyarakat sarat dengan sanksi, hukum seperti itu menurut Nonet dan Philip³³⁹ hukum bergerak ke arah hukum positif yaitu dengan memasukkan suatu kecenderungan untuk memberi sanksi ke dalam proses hukum.

Apalagi produk hukum yang semestinya dibentuk oleh lembaga legislatif, ternyata dalam prosesnya sangat didominasi oleh eksekutif. Hal demikian menjadikan undang-undang dibuat bukan atas dasar keinginan dan kebutuhan masyarakat yang diwakili oleh lembaga legislatif namun karena pemerintah yang memerlukannya.

Momentum keruntuhan pemerintahan Orde Baru 1998, memberi ruang terhadap diselenggarakannya pemerintahan Republik Indonesia dengan prinsip-prinsip *checks and balances* dan prinsip negara hukum, melalui agenda reformasi yang salah satunya adalah perubahan UUD 1945. Perubahan UUD 1945 yang pada waktu itu diyakini dapat merubah tatanan pemerintahan negara Indonesia menuju pemerintahan yang demokratis,

³³⁸ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Penerbit Sekjen Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2006, hlm, 69.

³³⁹ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society : Toward Responsive Law*, diterjemahkan oleh Rafael Edy Bosco, *Hukum Responsif*, Huma, Jakarta, 2003, hlm, 39.

salah satunya adalah terbentuknya lembaga lembaga baru yakni, Dewan Perwakilan Daerah, Komisi Yudisial dan Mahkamah Konstitusi. Keberadaan lembaga baru ini menurut Jimly Asshiddiqiemendorong terselenggaranya prinsip-prinsip pemisahan kekuasaan, dimana lembaga dapat saling kontrol dan gagasan *checks and balances* akan terwujud sebab dalam penyelesaian sengketa antar lembaga negara dilakukan oleh MK melalui proses persidangan yang terbuka adil dan *fair*. Apalagi pembentukan Mahkamah Konstitusi menurut Paulus Effendi Lotulong,³⁴⁰ dalam Firmansyah Arifin dan Julius Wardi ini tidak terlepas dari pengkajian baik dari segi politis-sosiologis, yuridis filosofis dan historis. Menurut A. Fickar Hadjardkk³⁴¹ Paling tidak, ada empat hal yang melatarbelakangi dan menjadi pijakan dalam pembentukan Mahkamah Konstitusi, yaitu :

1. Sebagai implikasi dari paham konstitusionalisme;
2. Mekanisme *checks and balances* ;
3. Penyelenggara negara yang bersih; dan
4. Perlindungan terhadap hak asasi manusia

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang masih muda memiliki wewenang dan kewajiban seperti yang diatur dalam Pasal 24C UUD Negara RI 1945 yang berbunyi sebagai berikut;

1. Mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD;
2. Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD;
3. Memutus pembubaran partai politik; dan
4. Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum, serta;
5. Wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi penyuapan, tindak pidana berat lainnya atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD 1945.

Berdasar pada keinginan penyelenggaraan pemerintahan yang berprinsip cita hukum dan *checks and balances* dan wewenang serta

³⁴⁰Firmansyah dan Juliyus Wardi, *Merambah Jalan Pembentukan Mahkamah Konstitusi*, KRHN, Jakarta, 2002, hlm, 1.

³⁴¹Fickar Hadjar dkk, *Pokok –Pokok Pikiran dan Rancangan Undang-Undang Makmah Konstitusi*, KRHN dan Kemitraan, Jakarta, 2003, hlm, .3.

kewajiban Mahkamah Kontitusi yang termuat dalam UUD Negara RI 1945 dan yang diatur kembali dalam UU Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Kontitusi. Keberadaan Mahkamah Kontitusi dalam Negara Republik Indonesia merupakan tuntutan jaman yang terus bergerak progresif, sehingga mampu menjawab masalah bangsa, khususnya masalah pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 dan masalah pemberhentian Presiden dan atau Wakil Presiden. Kedua hal tersebut diasumsikan sebagai tugas Mahkamah Konstitusi yang paling berhubungan dengan sistem presidensiil. Terbentuknya Mahkamah Konstitusi menurut Mahfud MD³⁴² turut menggerakkan roda pengembangan isu-isu ketatanegaraan menjadi lebih dinamis dan tidak sekedar berkuat dalam tataran teoritis semata. Sebagai suatu pengadilan ketatanegaraan, Mahkamah Konstitusi juga menjadi kawah candradimuka bagi penerapan ilmu Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara dalam tataran praktis.

Mencermati wewenang dan kewajiban yang menjadi tanggung jawab Mahkamah Konstitusi dalam Pasal 10 UU Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, sesungguhnya merupakan upaya menyelesaikan persoalan ketatanegaraan yang ada pada masa sebelum Mahkamah Konstitusi terbentuk. Sebab sebelum terbentuknya Mahkamah Konstitusi, apa yang saat ini menjadi wewenang dan tanggung jawab MK kalau tidak sekedar wacana maka dijalankan secara tidak adil dan tidak *fair*.

Dari ketentuan Pasal 24C UUD Negara RI 1945 dapat diketahui, bahwa wewenang Mahkamah Konstitusi sangatlah luas, hal tersebut menurut Ni'matul Huda dikarenakan :

1. Pemberian wewenang kepada Mahkamah Konstitusi untuk menguji undang-undang terhadap UUD, dipandang lebih tepat daripada wewenang tersebut diberikan kepada MPR.
2. Wewenang Mahkamah Konstitusi memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, perlu ada penjelasan lebih lanjut tentang pengertian lembaga negara yang dimaksud;
3. Memutus pembubaran partai politik. Kewenangan ini sebelumnya ada pada Mahkamah Agung yang sebagaimana diatur dalam UU

³⁴²Moh. Mahfud , MD, *Refleksi dan Sistem Ketatanegaraan di Indonesia*, Makalah Keynote Speech disampaikan pada acara “ Seminar Ketatanegaraan dan Refleksi Akhir Tahun” yang diselenggarakan oleh Asosiasi Pengajar HTN dan HAN Jawa Timur pada 27 Desember 2009 di Jember Jawa Timur.Hlm, .3.

No 2 Tahun 1999 tentang Partai Politik yang menyatakan bahwa Mahkamah Agung berwenang membekukan atau membubarkan partai politik;

4. Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Kewenangan ini menjadi penting mengingat pemilihan umum merupakan kegiatan negara yang cukup rumit dan melelahkan karena banyaknya jumlah partai politik peserta pemilu dan tingkatan pemilihan, yakni pemilihan anggota DPR, DPRD, Provinsi, Kabupaten/Kota, DPD dan juga pemilihan Presiden langsung serta pemilihan kepala daerah.
5. Berdasar pada Pasal 236 C UU Nomor 12 tahun 2008 jo UU Nomor 9 tahun 2015 tentang Pemerintah Daerah, Penanganan sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah oleh Mahkamah Agung dialihkan kepada Mahkamah Konstitusi.

Dengan adanya Mahkamah Konstitusi dalam ketatanegaraan Indonesia, Jimly Asshidiqie³⁴³ berpendapat bahwa dalam jangka panjang secara tegas bangsa Indonesia dapat memisahkan antara MK sebagai *court of law* dan Mahkamah Agung sebagai *court of justice*. MK berfungsi untuk menjaga konstitusionalitas, sedangkan Mahkamah Agung berfungsi untuk mewujudkan keadilan bagi setiap Warga Negara Indonesia dan badan-badan hukum di dalam sistem hukum Indonesia.

1) Pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 oleh Mahkamah Konstitusi

Masalah pengujian undang-undang terhadap Undang Undang Dasar 1945 yang dilakukan Mahkamah Konstitusi menjawab pertanyaan yang tak pernah terjawab selama ini mengenai siapakah lembaga yang memiliki wewenang melakukan uji materi terhadap undang-undang jika undang-undang bertentangan dengan UUD. Pengujian peraturan perundang-undangan menurut Sri Soemantri³⁴⁴ dapat dibedakan menjadi dua, yang pertama pengujian secara formal, yaitu wewenang untuk menilai apakah suatu produk legislatif dibuat sesuai dengan prosedural ataukah tidak. Sedangkan pengujian secara materiil adalah wewenang untuk menyelidiki dan menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi.

³⁴³Jimly Asshidiqie, *Konstitusi dan ...op.cit*, hlm, 244.

³⁴⁴Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1986, hlm, 47.

Dalam Konstitusi RIS Pasal 130 dan UUDS Tahun 1950 Pasal 95 produk hukum berupa undang-undang secara tegas dinyatakan tidak dapat diganggu gugat. Hal tersebut karena dalam Kontitusi RIS maupun UUD Sementara 1950 antara pemegang kedaulatan dan pembuat undang-undang adalah lembaga yang sama.

Sedangkan di dalam UUD 1945 antara pemegang kedaulatan dan pembuat undang-undang adalah lembaga yang berbeda. Secara demikian undang-undangnya dapat diganggu gugat. Problemnya siapakah yang melaksanakan uji materiil undang-undang terhadap UUD 1945 ini? Sebab sebelum terbentuknya Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Agung sebagai lembaga yudisial hanya mempunyai wewenang melakukan uji materi terhadap peraturan perundangan di bawah undang-undang, seperti dalam ketentuan Pasal 26 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 jo Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Ketentuan Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, bahwa: Mahkamah Agung berwenang untuk menyatakan tidak sah semua peraturan perundangan dari tingkat lebih rendah dari undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang yang lebih tinggi. Demikian halnya Pasal 31 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, jo Pasal 31 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung yang berbunyi: Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.

Ketika dalam Ketetapan MPR Nomor III tahun 2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundangan-Undangan yang dalam Pasal 5 ayat (1) menyatakan: "Majelis Permusyawaratan Rakyat berwenang menguji undang-undang terhadap UUD 1945 dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat. Wewenang ini dirasa rancu, sebab setengah anggota MPR adalah DPR, dimana DPR adalah lembaga pembentuk undang-undang.MPR mendapat kritikan berkenaan dengan *judicial review* yang termuat dalam Pasal 5 tersebut, sebab MPR bukan lembaga yuridis melainkan institusi politik yang tidak berwenang menyelesaikan masalah hukum melalui proses hukum³⁴⁵.

Sebelum kewenangan MPR melakukan uji materi undang-undang terhadap UUD 1945 dilaksanakan, lahirlah Mahkamah Konstitusi, yang

³⁴⁵Sumali,*Reduksi Kekuasaan Eksekutif*, UMM Press, Malang, 2002, 54

salah satu wewenangnya melakukan uji materi undang-undang terhadap UUD 1945.

Dengan adanya Mahkamah Konstitusi, maka jaminan tidak akan adanya undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945 akan terwujud sebab wewenang ini membuka peluang adanya koreksi atas materi undang-undang. Mengingat masa lalu tidak sedikit materi undang-undang yang secara jelas bertentangan dengan UUD 1945.

Proses pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 terbuka, adil dan *fair* seperti yang termuat dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005, Pasal 13 di mana dalam persidangan MK mendengarkan dan meminta keterangan berbagai pihak; pemerintah, Dewan Perwakilan Daerah, Dewan Perwakilan Rakyat, saksi ahli dan pihak-pihak yang terkait. Cara tersebut menunjukkan betapa proses pengujian tidak ditentukan oleh para hakim konstitusi, tetapi putusan itu diambil setelah mendengar keterangan para pihak, para ahli dan pihak-pihak yang terkait. Proses tersebut tentunya melegakan semua pihak baik yang merasa "kalah" ketika undang-undang dinyatakan tidak sah, yang berakibat undang-undang tidak mempunyai kekuatan berlaku, maupun yang "menang" karena permohonannya dikabulkan. Menurut Mahfud MD³⁴⁶ "Judicial Review dapat dipandang sebagai salah satu instrumen untuk menjamin ketepatan arah membangun atau penegakan hukum sebagai pengawal ketepatan isi dalam pembuatan hukum". Selama ini, MK telah menunjukkan diri sebagai penjaga konstitusi yang obyektif adil dan fair. Inilah peran lembaga negara yang ditunggu tunggu. Walau menjelang terbentuknya MK, Mohammad Fajrul Fallak³⁴⁷ sempat meragukan kinerja MK yang akan kedodoran mengingat tradisi hukum yang tak mapan. Namun keraguan itu tak terbukti, Mahkamah Konstitusi telah menjalankan harapan bangsa ini.

c. Komisi Yudisial

Komisi Yudisial (KY) dibentuk setelah perubahan ketiga UUD 1945 (2001). Berdasar pada Pasal 24B UUD Negara RI 1945 disebutkan, bahwa KY merupakan lembaga negara yang bersifat mandiri dan berwenang mengusulkan pengangkatan Hakim Agung dan mempunyai wewenang lain

³⁴⁶Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakan Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 2006, hlm, 125.

³⁴⁷Mohammad Fajrul Fallak, *Kritik atas Mahkamah Konstitusi*, Kompas, 22 Mei 2002

dalam rangka menjaga dan menegakan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hakim.

Banyak hal yang telah dilakukan dalam mewarnai penegakan hukum di tanah air. Tugas menyeleksi Hakim Agung telah dijalankan secara transparan dan hati-hati, serta ketelitian, sehingga mampu menghasilkan Hakim Agung yang berasal dari putra terbaik bangsa ini. Rekomendasi dan desakan untuk memberhentikan baik secara hormat maupun tidak hormat kepada hakim hakim yang melanggar etika atau hukum sedikit memberi kelegaan di antara belantara penegakan hukum yang masih memprihatinkan ini. Untuk menjadikan Komisi Yudisial sebagai lembaga penjaga kehormatan dan martabat hakim-hakim seluruh Indonesia, agar penegakan hukum benar-benar bertumpu pada rasa keadilan, maka reposisi Komisi Yudisial merupakan agenda yang *urgent* untuk segera dilakukan.

Di Indonesia Komisi Yudisial merupakan Lembaga Negara baru yang sedang mencari model. Sebagai lembaga negara baru, yang dibentuk dari hasil perubahan UUD 1945 (1999-2002). Saat ini kiprah Komisi Yudisial dalam proses penyelenggaraan negara, khususnya dalam hal penegakan hukum lebih banyak pada seleksi Hakim Agung. Justru kewenangan KY dalam mengawasi perilaku hakim telah dicabut oleh Komisi Yudisial (KY) melalui putusannya Nomor 005/PUU-IV/2006 tanggal 23 Agustus 2006 lalu. Putusan tersebut mencabut wewenang Komisi Yudisial dalam mengawasi hakim untuk menegakkan kehormatannya. Padahal persoalan besar bangsa ini adalah penegakan hukum, salah satu faktornya adalah aparat penegak hukum yang belum lurus dalam menjalankan fungsinya. Bahkan ditengarai mafia peradilan ada dimana-mana, di berbagai tingkat pengadilan, peradilan, hingga Mahkamah Agung.

Harus dipahami bahwasannya sebagai lembaga baru Komisi Yudisial memiliki misi suci yaitu; menjaga dan menegakan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hakim. Misi suci ini seharusnya dipahami oleh semua pihak, masyarakat, hakim, keluarga hakim, dan lembaga negara yang ada. Tanpa pemahaman bahwa kehadiran Komisi Yudisial itu memiliki misi suci atas tugas suci para hakim, maka akan terjadi benturan, terutama antara Komisi Yudisial dengan pihak pihak yang dijaga, dan ditegakkan keluhuran martabat, perilaku dan kehormatannya.

Dari perubahan UUD 1945, konstruksi sistem pemerintahan presidensiil telah mengalami beberapa penguatan. Penguatan sistem

presidensiil dalam UUD Negara RI tahun 1945 itu terlihat pada pengaturan kedudukan dan kewenangan dua lembaga negara, yakni Presiden dan DPR. Berdasarkan dari penguatan sistem presidensiil dalam UUD negara RI tahun 1945 itu.

5. Pengisian Ruang Kosong Hukum

Pengisian ruang kosong hukum adalah sesuatu yang harus dilakukan mengingat perkembangan dan perubahan dalam masyarakat yang demikian cepatnya dewasa ini. Dengan demikian, anggapan dari aliran lagisme, bahwa hukum merupakan suatu kesatuan yang tertutup (kesatuan bulat-lengkap), di luar undang-undang tidak ada hukum, tidak dapat dipertahankan lagi. Adalah suatu kenyataan bahwa pembuat undang-undang hanya menetapkan peraturan hukum yang bersifat umum, sehingga pertimbangan untuk hal-hal yang konkret diserahkan kepada hakim. Selain itu, pembuat undang-undang senantiasa tertinggal di belakang perkembangan masyarakat, sehingga terjadi suatu keadaan sedemikian rupa, adanya hal-hal baru dalam kehidupan masyarakat yang tidak ada peraturan hukumnya. Ini artinya ada ruang kosong dalam Sistem-sistem hukum yang harus diisi oleh hakim. Pengisian ruang kosong dalam sistem formil dari hukum ini dilakukan hakim manakala diajukan kepadanya suatu perkara yang tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, atau peraturan perundang-undangan yang ada dan berlaku tidaklah mungkin diterapkan walau ditafsirkan sekalipun.

Dalam melakukan pengisian ruang kosong dalam sistem formil dari hukum, hakim memeriksa sekali lagi sistem (materiil) yang menjadi dasar lembaga hukum yang bersangkutan. Berdasarkan ketentuan-ketentuan yang mengandung "kesamaan", maka hakim membuat suatu pengertian hukum, yang menjadi asas hukum dan menjadi dasar lembaga hukum yang bersangkutan. Misalnya, perbuatan menjual, memberi (menghadiahkan), menukar, dan membuat testament (mewariskan secara legat) mengandung kesamaan sebagai perbuatan yang dimaksudkan mengasingkan. Berdasarkan kesamaan ini maka hakim membuat pengertian hukum yang disebut "mengasingkan". Mengasingkan meliputi perbuatan menjual, member, menukarkan, dan membuat testamen. Mengasingkan adalah perbuatan hukum yang dimaksudkan oleh yang yang melakukannya untuk memindahtangankan (menyerahkan) sesuatu benda. Membuat pengertian hukum adalah perbuatan yang bersifat mencari asas hukum yang menjadi dasar peraturan hukum yang bersangkutan, yang terkenal dengan nama

'konstruksi'. Asas hukum atau pengertian hukum adalah konstruksi hukum (*rechtsconstructies*).³⁴⁸

Dalam Pasal 1576 KUHPerdara disebutkan "penjualan" tidak memutuskan hubungan persewaan yang dibuat sebelumnya. Berdasarkan persamaan yang ada di dalam perbuatan memberi, menukarkan, dan mewariskan secara legat dengan perbuatan "penjualan", sebagai perbuatan yang sama-sama untuk mengasingkan sesuatu benda. maka Pasal 1576 KUHPerdara yang hanya menyebut "penjualan" juga dapat diterapkan terhadap perbuatan memberi, menukar. dan membuat testamen".

Oleh karena konstruksi, maka hakim dapat menyempurnakan sistem (formil) hukum, yaitu sistem undang-undang yang berlaku. Dalam melakukan konstruksi hakim harus menggunakan akalny. Dalam sistem (formil) hukum tidak ada pertentangan antara anasir-anasir di dalamnya, sebab sistem hukum merupakan satu kesatuan yang logis. Apabila hakim memenuhi suatu ruang kosong dalam sistem hukum, pemenuhan itu harus berdasarkan suatu konstruksi yang logis. Pemenuhan (tambahan) itu tidak boleh bertentangan dengan pokok sistem hukum yang bersangkutan.³⁴⁹

Ada tiga sendi konstruksi hukum, yaitu *analogirechtsverfijning*, dan *argumentum a contrario*.

Analogi adalah suatu cara penerapan suatu peraturan hukum sedemikian rupa di mana peraturan hukum tersebut menyebut dengan tegas kejadian yang diatur kemudian peraturan hukum itu dipergunakan juga oleh hakim terhadap kejadian yang lain yang tidak disebut dalam peraturan hukum itu, tetapi di dalam kejadian ini ada anasir yang mengandung kesamaan dengan anasir di dalam kejadian yang secara tegas diatur oleh peraturan hukum yang dimaksud.

Misalnya Pasal 1576 KUHPerdara hanya menyebut "penjualan" sebagaiperbuatan hukum yang tidak memutuskan hubungan persewaan yang dibuat sebelumnya. Dengan analogi dari penjualan ditarik asas hukumnya yaitu pemindahan hak milik. Asas hukum ini kemudian diterapkan terhadap perbuatan-perbuatan yang lain, yaitu memberi, menukar, dan memberi secara legat yang mengandung anasir yang sama dengan perbuatan menjual, yaitu memindahkan hak milik. Jadi, perbuatan-perbuatan memberi, menukar, dan memberi secara legat, sebagaimana

³⁴⁸Utrecht, *op cit*, hlm, . 213.

³⁴⁹*Ibid*, hlm, 214.

perbuatan menjual, menurut Pasal 1576 KUHPerdara, tidak memutuskan hubungan persewaan yang dibuat sebelumnya.

"*Rechtsverfijnding*" (penghalusan hukum) adalah suatu cara penerapan peraturan hukum terhadap suatu kejadian, di mana kejadian ini pada umumnya jelas masuk dalam suatu peraturan hukum, tetapi karena beberapa hal, dianggap kejadian tersebut dikecualikan dari berlakunya peraturan hukum ini, selanjutnya hakim menyelesaikan kejadian itu menurut peraturannya sendiri.

Dengan cara demikian, kejadian tersebut dapat diselesaikan oleh hakim secara adil atau sesuai dengan "*werlijkheid*" sosial. Jika kejadian (peristiwa) itu tidak diselesaikan hakim dengan melakukan penghalusan hukum, niscaya kejadian tersebut tidak dapat diselesaikan secara adil.

Misalnya, dalam Pasal 1365 KUHPerdara disebutkan, bahwa tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menimbulkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut. A pengendara mobil menabrak B sehingga B luka-luka dan harus dirawat di rumah sakit dan karenanya mengeluarkan biaya perawatan seluruhnya Rp 1.000.000,00 (satu juta rupiah). Akan tetapi, dalam peristiwa tabrakan ini A tidak sepenuhnya bersalah, B pun juga mempunyai kesalahan, tidak menengok ke kiri dan ke kanan sebelum menyeberang jalan, artinya B juga kurang hati-hati. Sekiranya B bersikap hati-hati, tabrakan itu tidak akan terjadi. Oleh karena itu, dengan penghalusan hukum, A tidak dihukum untuk membayar seluruh kerugian B Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah), tetapi sebagian saja.

Dengan melakukan penghalusan hukum tersebut, berarti hakim menyempurnakan sistem hukum yang bersangkutan. Jika sistem undang-undang (sistem formil hukum) tidak dapat menyelesaikan secara adil atau sesuai dengan *werklijkheid* sosial semua perkara yang bersangkutan, hal itu berarti bahwa di dalam sistem undang-undang tersebut ada ruang kosong.³⁵⁰

Argumentum a contrario adalah cara penerapan suatu peraturan hukum dengan membuat kebalikan dari peristiwa tertentu yang diatur secara khusus oleh suatu peraturan hukum. Jadi, peraturan hukum yang mengatur secara khusus terhadap suatu peristiwa, tidak diberlakukan terhadap peristiwa (keadaan) yang lain.

³⁵⁰*Ibid*, hlm, 217.

Pasal 34 KUHPerdara menentukan, bahwa seorang perempuan tidak boleh kawin sebelum lewat tiga ratus hari sesudah perceraian dengan suaminya. Ketentuan ini dimaksudkan untuk menentukan siapa ayah dari anak yang lahir dari perempuan yang berada dalam masa tunggu tiga ratus hari itu. Jika waktu tunggu tiga ratus hari itu telah lewat, perempuan itu kawin lagi, kemudian melahirkan anak, maka ayahnya dianggap suaminya yang belakangan dari perempuan tersebut. Asas yang menjadi dasar konstruksi hukum di sini adalah “seorang laki-laki tidak bisa hamil”, sehingga dengan *argumentum a contrario* Pasal 34 KUHPerdara tidak berlaku bagi seorang duda.

Scholten mengatakan bahwa pada hakikatnya menjalankan undang-undang secara analogi dan secara *argumentum a contrario* tidak ada perbedaan, hanya hasilnya dari kedua cara tersebut yang berlainan. Analogi membawa hasil yang positif, yang mengakibatkan semakin luasnya ruang lingkup berlakunya suatu peraturan hukum, sedangkan *argumentum a contrario* membawa hasil yang negatif, bahwa suatu peraturan hukum hanya diberlakukan terhadap peristiwa yang diaturnya secara khusus saja dan tidak diberlakukan terhadap peristiwa-peristiwa lain. Namun, kedua cara menjalankan undang-undang itu berdasarkan konstruksi hukum.³⁵¹

Baik *analogi* maupun *argumentum & contrario* berakar pada postulat keadilan sebagaimana yang diajarkan Aristoteles, peristiwa yang sama diperlakukan sama (analogi), peristiwa yang tidak sama diperlakukan tidak sama. Tema ini menguasai setiap peradilan. Hakim harus memberi putusan yang sama terhadap peristiwa yang sama. Pokok pikiran ini direalisasikan dua sistem yang berbeda, yaitu sistem Anglo Amerika dan sistem Eropa Kontinental. Sistem Anglo Amerika mengikat hakim pada precedent. Hakim Amerika berpikir secara induktif, yaitu berpikir dari yang khusus ke pada yang umum. ia menemukan peraturan yang dijadikan dasar putusannya dari deretan putusan-putusan sebelumnya (*reasoning by analogy, reasoning from case to case*). Sedangkan sistem Eropa Kontinental mengikat hakim pada undang-undang, yaitu peraturan yang bersifat umum, yang menentukan agar peristiwa yang sama diberi putusan yang sama pula.

Hakim dalam sistem Eropa Kontinental berpikir secara deduktif yang berpikir dari yang umum kepada yang khusus.³⁵²

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² Sudikno Mertokusumo, Mengenal..., *op, cit*, hlm, 153.

PELAKSANAAN DAN PENEGAKAN HUKUM

A. Pelaksanaan dan Penegakan Hukum

Pelaksanaan hukum dalam kehidupan masyarakat sehari-hari mempunyai arti yang sangat penting karena apa yang menjadi tujuan hukum justru terletak pada pelaksanaan hukum itu. Ketertiban dan ketenteraman hanya dapat diwujudkan dalam kenyataan kalau hukum dilaksanakan, Memang hukum dibuat untuk dilaksanakan. Kalau tidak, peraturan hukum itu hanya merupakan susunan kata-kata yang tidak mempunyai makna dalam kehidupan masyarakat. Peraturan hukum yang demikian akan menjadi mati dengan sendirinya.

Pelaksanaan hukum dapat berlangsung dalam masyarakat secara normal karena tiap-tiap individu mentaati dengan kesadaran, bahwa apa yang ditentukan hukum tersebut sebagai suatu keharusan atau sebagai sesuatu yang memang sebaiknya. Dan pelaksanaan hukum juga dapat terjadi karena pelanggaran hukum. yaitu dengan menegakkan hukum tersebut dengan bantuan alat-alat perlengkapan negara.

Dalam menegakkan hukum ini ada tiga hal yang harus diperhatikan, yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan.³⁵³ Oleh karena itu. Satjipto Rahardjo dalam bukunya Masalah Penegakan Hukum, menyatakan bahwa penegakan hukum merupakan suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide tentang keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan sosial menjadi kenyataan. Proses perwujudan ide-ide itulah yang merupakan hakikat dari penegakan hukum.³⁵⁴

Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Setiap orang menginginkan dapat ditetapkannya hukum terhadap peristiwa konkret yang terjadi. Bagaimana hukumnya, itulah yang harus diberlakukan pada setiap peristiwa yang terjadi. Jadi, pada dasarnya tidak ada penyimpangan. Bagaimanapun juga hukum harus ditegakkan, sampai-sampai timbul

³⁵³ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal..., Ibid*, hlm. 130.

³⁵⁴ Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum*, Sinar Baru. tanpa tahun, hlm, 15.

perumpamaan, "meskipun besok hari akan kiamat, hukum harus tetap ditegakkan". Inilah yang diinginkan kepastian hukum. Dengan adanya kepastian hukum, ketertiban dalam masyarakat tercapai.³⁵⁵

Pelaksanaan dan penegakan hukum juga harus memperhatikan kemanfaatannya atau kegunaannya bagi masyarakat. Sebab hukum justru dibuat untuk kepentingan masyarakat (manusia). Karenanya, pelaksanaan dan penegakan hukum harus memberi manfaat bagi masyarakat. Dan jangan sampai terjadi pelaksanaan dan penegakan hukum merugikan masyarakat yang pada akhirnya akan menimbulkan keresahan.

Pelaksanaan dan penegakan hukum juga harus mencapai keadilan. Peraturan hukum tidak identik dengan keadilan. Karenanya, peraturan hukum yang bersifat umum dan mengikat setiap orang, penerapannya harus mempertimbangkan berbagai fakta dan keadaan yang terdapat dalam setiap kasus. A yang mencuri seekor ayam dan B yang juga mencuri seekor ayam yang sama besarnya, tidak niscaya dihukum penjara yang sama lamanya. Akan tetapi, sangat mungkin berbeda karena berat ringannya hukuman yang dijatuhkan, setelah mempertimbangkan berbagai macam fakta dan keadaan pada peristiwa pencurian itu. Misalnya dipertimbangkan: mengapa jadi sampai mencuri? Kapan pencurian terjadi? Bagaimana pencurian dilakukan? Siapa yang menjadi korban pencurian? Siapa yang melakukan pencurian? Di mana dan bagaimana keadaan barang yang dicuri? dan sebagainya, yang semuanya harus dipertimbangkan oleh aparat negara penegak hukum, terutama oleh hakim yang menjatuhkan putusan. Jadi, keadilan itu sifatnya kasuistis.

Selain daripada itu, perlu juga diperhatikan di sini, bahwa hukum yang di disertakan dan ditegakkan haruslah hukum yang mengandung nilai-nilai keadilan. Oleh karena itu, hakikat penegakan hukum yang sebenarnya kata Soerjono Soekanto, terletak pada kegiatan menyasikan hubungannilai-nilai yang terjabar di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mangejawantah dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara, dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.³⁵⁶

Untuk menjelaskan hakikat penegakan hukum itu, Soerjono Soekanto membuat uraian sebagai berikut: Manusia di dalam pergaulan

³⁵⁵Sudikno Mertokusumo, *Mengenal...*, *loc. Cit.*, hlm, 130.

³⁵⁶Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1986, hlm, 3.

hidup, pada dasarnya mempunyai pandangan-pandangan tertentu mengenai apa yang baik dan apa yang buruk. Pandangan-pandangan tersebut senantiasa terwujud dalam pasangan-pasangan tertentu, sehingga ada pasangan nilai ketertiban dengan nilai ketenteraman, pasangan nilai kelestarian dengan nilai perubahan, dan sebagainya. Dalam penegakan hukum pasangan nilai tersebut perlu diserasikan, misalnya perlu penyerasian antara nilai ketertiban dan nilai ketenteraman.³⁵⁷

Pasangan nilai-nilai yang telah diserasikan tersebut karena nilai-nilai sifatnya abstrak, memerlukan penjabaran secara lebih konkret dalam benak kaidah-kaidah hukum, yang mungkin berisikan suruhan, larangan, atau kebolehan. Kaidah-kaidah hukum ini menjadi pedoman atau patokan bagi perilaku atau sikap tindak yang dianggap pantas, atau seharusnya. Perilaku atau sikap tindak tersebut bertujuan untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian. Demikianlah konkretisasi dari penegakan hukum secara konsepsional.³⁵⁸

Gangguan terhadap penegakan hukum mungkin terjadi apabila ketidakserasian antara tritunggal nilai, kaidah hukum dan perilaku. Gangguan tersebut terjadi apabila terjadi ketidakserasian antara nilai-nilai yang berpasangan, yang menjelmadalam kaedah-kaedah yang bersimpang-siur, dan pola perilaku yang tidak terarah yang mengganggu kedamaian pergaulan hidup.

Oleh karena itu, kata Soerjono Soekanto, penegakan hukum bukan semata-mata berarti pelaksanaan perundang-undangan, walaupun dalam kenyataan di Indonesia kecenderungannya adalah demikian, sehingga pengertian *law enforcement* begitu populer. Bahkan ada kecenderungan untuk mengartikan penegakan hukum sebagai pelaksanaan keputusan-keputusan pengadilan. Pengertian yang sempit ini jelas mengandung kelemahan, sebab pelaksanaan perundang-undangan atau keputusan pengadilan, bisa terjadi malahan justru mengganggu kedamaian dalam pergaulan hidup.

Penegakan hukum di Indonesia, harus berarti penegakan hukum yang mengandung nilai-nilai yang sesuai dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Hal ini harus disadari karena hukum yang berlaku di Indonesia saat ini masih banyak yang merupakan warisan kolonial pemerintah Hindia Belanda seperti Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (*Wet Book van*

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.*, hlm, 4

strafrecht), Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*), Kitab Undang-Undang Hukum dagang (*wet book van Koophandel*). Hukum acara Perdata yang termuat dalam *Herziene Inlandsch Reglemen* dan *Rechtreglement voor de Buitengewesten* yang lasim disebut hukum-hukum pokok (*basic law*), semuanya merupakan peninggalan sebelum perang. Sebagai produk hukum masa lampau yang dibuat sedikit banyak atau keseluruhan untuk kepentingan penjajah, atas falsafah kapitalistis, materialistis, dan individualistis, maka peraturan-peraturan peninggalan kolonial tersebut tidak selamanya sesuai dengan rasa keadilan masyarakat Indonesia, yang sekarang sudah berada di alam kemerdekaan dan pembangunan.

B. Aparat Penegak Hukum

Setiap orang dalam pergaulan di dalam masyarakat harus memperhatikan dan melaksanakan (mentaati) peraturan hukum, agar tercipta kehidupan yang tertib dan tenteram. Kalau terjadi pelanggaran terhadap peraturan hukum yang berlaku, peraturan yang dilanggar itu harus ditegakkan.

Namun, dalam masyarakat negara modern. penegakan hukum itu diorganisir sedemikian rupa. sehingga orang yang menjadi korban atau menderita kerugian (materil maupun immateril) akibat pelanggaran hukum tersebut tidak menyelesaikan dengan caranya sendiri, tetapi dengan cara tertentu menurut ketentuan yang berlaku. Hal ini dimaksudkan untuk menghindari kekacauan yang justru timbul karena masing-masing anggota masyarakat bertindak menurut caranya sendiri.

Setiap pelanggaran hukum materil menimbulkan perkara (perdata, pidana dan tata usaha negara). Perkara-perkara yang terjadi karena adanya pelanggaran hukum ini, tidak boleh diselesaikan dengan cara main hakim sendiri (*eigenrechting*), tetapi dengan cara yang diatur dalam hukum formil (hukum. acara). Sebab, sebagaimana telah diuraikan, hukum formil adalah peraturan-peraturan hukum yang mengatur tentang bagaimana caranya menjamin ditegakkannya atau dipertahankannya hukum materil.

Aparat penegak hukum yang berkaitan dalam proses penegakan hukum. tidak selalu sama untuk setiap jenis pelanggaran hukum, yang menimbulkan berbagai macam perkara tersebut di atas. Dalam proses penyelesaian perkara pidana untuk menegakkan hukum pidana, aparat penegak hukum yang terkait dalam kepolisian, kejaksaan, pengadilan, dan lembaga pemasyarakatan. instansi-instansi penegak hukum ini kendatipun

mempunyai tujuan yang sama, namun satu sama lain berdiri sendiri dan mempunyai tugas, wewenang dan kewajiban masing-masing.

Kemudian, selain dari aparat penegak hukum tersebut di atas, untuk proses penyelesaian "tindak pidana khusus" ada pejabat pegawai negeri sipil, yang diberi wewenang khusus oleh undang-undang untuk melakukan tindakan-tindakan yang dimungkinkan dalam rangka penyelidikan dan penyidikan. Pejabat pegawai negeri sipil yang dimaksudkan misalnya pejabat bea dan cukai, pejabat imigrasi, dan pejabat kehutanan.

Dalam proses penyelesaian perkara perdata, yang merupakan perkara mengenai kepentingan pribadi, maka aparat penegak hukum yang menanganinya hanyalah hakim dan aparat pengadilan (panitera dan juru sita atau penggantinya). Aparat kepolisian hanyalah berperan untuk menjaga keamanan, manakala perlu bersama-sama anggota ABRI lainnya, supaya pengadilan dapat menyelesaikan perkara dengan sebaik-baiknya.

Hakim merupakan aparat penegak hukum yang selalu terkait dalam semua proses penyelesaian perkara, bahkan hakimlah yang memberikan putusan, yang menentukan hukumnya terhadap setiap perkara. Karena itulah sering dikatakan, bahwa hakim atau pengadilan merupakan benteng terakhir untuk menegakkan hukum dan keadilan.

Berikut ini diuraikan secara garis besar mengenai kekuasaan kehakiman di Indonesia. Ketentuan dasar yang mengatur kekuasaan kehakiman di Indonesia tercantum dalam Undang-Undang Dasar 1945 (setelah diamandemen) Pasal 24, Pasal 24A, Pasal 248, Pasal 24C, dan Pasal 25.

Pasal 24 menyatakan:

- (1) Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.
- (2) Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.
- (3) Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.

Pasal 24A menyatakan:

- (1) Mahkamah Agung; berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.
- (2) Hakim Agung harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, profesional, dan berpengalaman dibidang hukum.
- (3) Calon Hakim Agung diusulkan Komisi Yudisial kepada Dewan Perwakilan Rakyat untuk mendapatkan persetujuan dan selanjutnya ditetapkan sebagai Hakim Agung oleh Presiden,
- (4) Ketua dan wakil ketua Mahkamah Agung dipilih dari dan oleh Hakim Agung.
- (5) Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang.

Pasal 24B menyatakan:

- (1) Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan Hakim Agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim.
- (2) Anggota Komisi Yudisial harus mempunyai pengetahuan dan pengalaman di bidang hukum serta memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela.
- (3) Anggota Komisi Yudisial diangkat dan diberhentikan oleh Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat,
- (4) Susunan, kedudukan, dan keanggotaan Komisi Yudisial diatur dengan undang-undang.

Pasal 24C menentukan:

- (1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh undang-undang dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

- (2) Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau wakil presiden menurut undang-undang dasar.
- (3) Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden.
- (4) Ketua dan Wakil Mahkamah Konstitusi dipilih dari dan oleh hakim konstitusi.
- (5) Hakim Konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara.
- (6) Pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang.

Pasal 25 menyatakan:

Syarat-syarat untuk menjadi dan untuk diperhatikan sebagai hakim ditetapkan dengan undang-undang.

Sejumlah peraturan perundang-undangan yang mengatur kekuasaan kehakiman di Indonesia sekarang ini adalah:

1. Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 *jo* Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 *jo* Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.
2. Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 *jo* Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009.
3. Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum *jo* Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009.
4. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara;
5. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama *jo* Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006.
6. Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1997 tentang Peradilan Militer.
7. Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2002 tentang Pengadilan Pajak
8. Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Berdasarkan ketentuan Undang-Undang Dasar 1945 dan sejumlah undang-undang sebagaimana tersebut di atas maka dapat disimpulkan bahwa kekuasaan kehakiman di Indonesia sekarang ini dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Agung dan sebuah Mahkamah Konstitusi, badan peradilan umum, badan peradilan agama, badan peradilan militer, dan badan peradilan tata usaha negara. Keempat badan peradilan yang melaksanakan kekuasaan kehakiman tersebut berpuncak pada Mahkamah Agung sebagai Pengadilan Negara Tertinggi di samping Mahkamah Konstitusi.

Masing-masing pengadilan dalam lingkungan badan-badan peradilan tersebut mempunyai wewenang untuk menerima, memeriksa, dan mengadili, serta menyelesaikan perkara-perkara jenis tertentu yang merupakan kompetensi absolut. Karenanya, apa yang merupakan kompetensi suatu badan peradilan secara mutlak tidak mungkin dilakukan oleh badan peradilan yang lain.

Pengadilan dalam lingkungan badan peradilan umum mempunyai kewenangan untuk menerima, memeriksa, dan mengadili, serta menyelesaikan perkara-perkara perdata dan pidana sipil untuk semua penduduk (warga negara dan orang asing). Pengadilan dalam lingkungan peradilan umum ini terdiri dari Pengadilan Negeri yang memeriksa dan memutuskan perkara pada tingkat pertama, dan Pengadilan Tinggi yang memeriksa dan memutuskan perkara pada tingkat banding. Pengadilan Negeri berkedudukan di ibu kota Kabupaten/Kota, di mana daerah hukumnya meliputi daerah Kabupaten/Kota. Sedangkan Pengadilan Tinggi berkedudukan di ibu kota provinsi dan daerah hukumnya meliputi daerah provinsi.

Pengadilan dalam lingkungan peradilan agama mempunyai wewenang untuk menerima, memeriksa, dan mengadili, serta menyelesaikan perkara-perkara perdata khusus orang-orang yang beragama islam, yaitu perkara-perkara perkawinan, perceraian, pewarisan, wakaf, infak, dan sadakah. Pengadilan dalam lingkungan peradilan agama terdiri dari Pengadilan Agama yang memeriksa dan memutuskan perkara tingkat pertama dan Pengadilan Agama yang memeriksa dan memutuskan perkara tingkat banding. Pengadilan Agama berkedudukan di ibu kota kabupaten/kota, daerah hukumnya meliputi daerah kabupaten/kota. Sedangkan Pengadilan Tinggi Agama berkedudukan di ibu kota provinsi, yang daerah hukumnya meliputi daerah Provinsi.

Pengadilan dalam lingkungan peradilan militer berwenang untuk mengadili perkara yang terdakwanya prajurit atau disamakan dengan prajurit atau dianggap sebagai prajurit; sengketa tata usaha TNI; dan menggabung perkara gugatan ganti rugi dalam perkara pidana yang bersangkutan atas permintaan pihak yang dirugikan akibat tindak pidana tersebut. Pengadilan dalam lingkungan peradilan militer terdiri dari Pengadilan Militer, Pengadilan Militer Tinggi, Pengadilan Militer Utama, dan Pengadilan Militer Pertempuran.

Pengadilan dalam lingkungan peradilan tata usaha negara mempunyai wewenang untuk menerima, memeriksa, dan mengadili, serta menyelesaikan perkara-perkara tata usaha negara, yaitu perkara yang timbul dalam bidang tata usaha negara antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat tata usaha negara, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya keputusan tata usaha negara, termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sedangkan yang dimaksud dengan keputusan tata usaha negara adalah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang berisi tindakan hukum tata usaha negara berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

Pengadilan dalam lingkungan peradilan tata usaha negara terdiri dari Pengadilan Tata Usaha Negara yang memeriksa dan memutuskan perkara pada tingkat pertama dan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara yang memeriksa dan memutuskan perkara pada tingkat banding. Pengadilan Tata Usaha Negara berkedudukan di ibu kota Kabupaten/Kota, daerah hukumnya meliputi daerah kabupaten/kota. Sedangkan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara berkedudukan di ibu kota provinsi, daerah hukumnya meliputi daerah provinsi. Akan tetapi, pembentukan Pengadilan Tata Usaha Negara pada setiap ibu kota kabupaten/kota dan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara pada setiap ibu kota provinsi dilakukan secara bertahap sesuai dengan kebutuhan.

Perbedaan dalam empat lingkungan peradilan sebagaimana dimaksudkan di atas. tidak menutup kemungkinan adanya pengkhususan (diferensiasi/spesialisasi) dalam masing-masing lingkungan. Dalam lingkungan peradilan umum misalnya dapat diadakan pengkhususan, seperti Pengadilan Niaga (Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998).

Pengadilan Hak Asasi Manusia (Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000), Pengadilan Anak-anak dan Pengadilan Pajak (Undang-undang Nomor 14 Tahun 2002).

Setelah adanya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 jo Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. maka secara organisatoris, administratif dan finansial badan-badan peradilan sebagaimana disebutkan di atas, tidak lagi di bawah departemen masing-masing, tetapi berada di bawah Mahkamah Agung, terkecuali peradilan pajak yang berada di bawah pembinaan Departmen Keuangan.

Pemberian kebebasan pada kekuasaan kehakiman dalam melaksanakan peradilan memang sudah selayaknya, karena perbuatan mengadili adalah perbuatan yang luhur untuk memberikan suatu putusan terhadap suatu perkara yang semata-mata didasarkan pada kebenaran dan keadilan. Harus dijauhkan dari pengaruh atau tekanan dari pihak manapun, baik oknum, golongan dalam masyarakat, apalagi suatu kekuasaan pemerintah yang biasanya mempunyai jaringan yang kuat dan luas, sehingga dikhawatirkan pihak lainnya yang lemah akan dirugikan.

Semua badan peradilan tersebut dalam melaksanakan tugasnya harus menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasar Pancasila tersebut terutama dapat di lihat dalam setiap putusan pengadilan memakai kepala yang berbunyi:

"Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa."³⁵⁹

Semua itu merupakan jaminan moral kekuasaan kehakiman kepada pencari keadilan yang berperkara di pengadilan, yang tidak akan dibedakan kedudukan atau martabatnya satu dengan yang lain.

Peradilan juga harus memenuhi harapan pencari keadilan yang selalu menghendaki peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan. Tidak diperlukan pemeriksaan dan acara yang berbelit-belit yang dapat

³⁵⁹Dalam Penjelasan Pasal 4 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 disebutkan, "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa", adalah sesuai dengan Pasal 29 Undang-Undang Dasar 1945 yang berbunyi:

1. Negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa;
2. Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agama masing-masing dan untuk beribadat menurut agama dan kepercayaannya itu.

Perumusan ini berlaku untuk semua pengadilan dalam semua lingkungan peradilan.

menyebabkan proses bertahun-tahun, bahkan kadang-kadang harus dilanjutkan oleh ahli waris pencari keadilan. Biaya ringan artinya biaya yang serendah mungkin sehingga dapat terpicul oleh rakyat. Ini semua dengan tanpa mengorbankan ketelitian untuk mencari kebenaran dan keadilan.³⁶⁰

C. Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum

Seorang ahli sosiologi hukum, Satjipto Rahardjo, dalam bukunya *Masalah Penegakan Hukum* menyatakan penegakan hukum sebagai proses sosial, yang bukan merupakan proses yang tertutup, melainkan proses yang melibatkan lingkungannya. Oleh karena itu, penegakan hukum akan bertukar aksi dengan lingkungannya, yang bisa disebut sebagai pertukaran aksi dengan unsur manusia, sosial, budaya, politik, dan sebagainya.³⁶¹

Jadi, penegakan hukum dipengaruhi oleh berbagai macam kenyataan dan keadaan yang terjadi dalam masyarakat.

Sejalan dengan itu, Soerjono Soekanto, dalam pidato pengukuhan sebagai guru besar tetap dalam Sosiologi Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia tanggal 14 Desember 1983, membuat perincian faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan hukum tersebut sebagai berikut:

1. Faktor hukumnya sendiri.
2. Faktor penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum.
3. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum.
4. Faktor masyarakat, yakni lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan.
5. Faktor kebudayaan, yakni hasil karya, cipta, dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.³⁶²

Faktor-faktor tersebut mempunyai arti yang netral, sehingga dampak positif atau negatifnya terletak pada isi factor-faktor itu. Kelima faktor tersebut di atas ini saling berkaitan dengan eratnya, oleh karena merupakan

³⁶⁰Pasal 4 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 *jo.* Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009.

³⁶¹Satiipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum*, Sinar Baru, Bandung, tanpa tahun, hlm, 14.

³⁶²Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, RajaWali, Jakarta, 1986, hlm, 5.

esensi dari penegakan hukum, serta juga merupakan tolok ukur efektivitas penegakan hukum.³⁶³

Berikut ini diuraikan secara garis besar maksud faktor-faktor itu.

a. Faktor Hukumnya Sendiri

Semakin baik suatu peraturan hukum akan semakin memungkinkan penegakannya. Sebaliknya, semakin tidak baik suatu peraturan hukum, akan semakin sukarlah menegakkannya. Sekarang, bagaimana peraturan hukum yang baik itu?

Secara umum dapatlah dikatakan, bahwa peraturan hukum yang baik itu adalah peraturan hukum yang berlaku secara yuridis, sosiologis, dan filosofis.

Suatu peraturan hukum berlaku secara yuridis, kata Hans Kelsen apabila peraturan hukum tersebut penentuannya berdasarkan kaidah yang lebih tinggi tingkatannya. Ini berhubungan dengan teori "*Stufenbau*" dari Hans Kelsen. Dalam hal ini perlu diperhatikan, apa yang dimaksud dengan "efektivitas kaidah hukum" yang dibedakannya dengan "berlakunya kaidah hukum", oleh karena efektivitas merupakan fakta.³⁶⁴

Stufenbau theory dari Hans Kelsen ini sesuai dengan Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundangan-undangan sebagaimana tercantum dalam Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000 jo Undang-Undang Nomor 11 tahun 2012. Setiap peraturan hukum yang berlaku haruslah bersumber pada peraturan yang lebih tinggi tingkatannya. Ini berarti pula bahwa setiap peraturan hukum yang berlaku tidak boleh bertentangan dengan peraturan hukum yang lebih tinggi derajatnya.³⁶⁵

Selanjutnya, W. Zevenbergen menyatakan, bahwa suatu peraturan hukum mempunyai kelakuan yuridis jika peraturan hukum tersebut terbentuk menurut cara yang telah ditetapkan.³⁶⁶ Misalnya, undang-undang di Indonesia dibentuk oleh Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat (Undang-Undang Dasar 1945). Pasal 5 ayat (1)).

Suatu peraturan hukum berlaku secara sosiologis bilamana peraturan hukum tersebut diakui atau diterima oleh masyarakat kepada siapa

³⁶³ *Ibid*

³⁶⁴ Purnadi Purbacarakan dan Soerjono Soekanto, *Perihal ...*, *op. cit.*, hlm, 114.

³⁶⁵ Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Fakultas Hukum UI, Jakarta, 1983, hlm, 50.

³⁶⁶ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal...op.cit.* hlm, 115.

peraturan hukum tersebut ditunjukkan/diberlakukan (demikian menurut "*Anerkennungstheorie*", "*The Recognition Theory*"). Teori ini bertolak belakang dengan "*Machttheorie*", "*Power Theory*" yang menyatakan, bahwa peraturan hukum mempunyai kelakuan sosiologis apabila dipaksakan berlakunya oleh penguasa, diterima ataupun tidak oleh warga masyarakat.³⁶⁷ Agaknya teori yang disebutkan pertama lebih sesuai dengan masyarakat Indonesia.

Kemudian, suatu peraturan hukum berlaku secara filosofis apabila peraturan hukum tersebut sesuai dengan cita-cita hukum (*rechtsidea*) sebagai nilai positif yang tertinggi.³⁶⁸ Dalam negara Indonesia, cita-cita hukum sebagai nilai positif yang tertinggi adalah masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.

Hanya peraturan-peraturan hukum yang mempunyai ketiga unsur kelakuan itulah yang dapat berfungsi dengan baik dalam masyarakat. Kalau tidak, peraturan hukum tersebut bisa menjadi peraturan hukum yang mati atau dirasakan sebagai suatu tirai karena tidak berakar dalam hati sanubari masyarakat secara menyeluruh.

Selain mempunyai ketiga unsur kelakuan tersebut, peraturan hukum sebaiknya juga dapat menjangkau masa depan yang jauh, agar peraturan-peraturan hukum tersebut dapat berlaku lama dan dengan demikian akan didapat suatu kekekalan hukum. Peraturan hukum diciptakan dan dituangkan dalam bentuk perundang-undangan, bukan untuk mengatur keadaan yang statis atau tidak berubah-ubah, melainkan justru mengatur kehidupan masyarakat yang dinamis. Kedinamisan hidup dalam masyarakat ini sangat terasa pada zaman modern sekarang ini, lebih-lebih lagi dalam negara yang sedang berkembang atau sedang membangun seperti Indonesia. Karena itu, materi yang diatur dalam peraturan perundang-undangan haruslah lengkap, yang dirumuskan dengan teliti dan cermat walaupun tanpa menghilangkan sifatnya yang harus dapat mengikuti perkembangan keadaan (*bersifat luwes*) dan bahasa yang jelas agar tidak menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda.

b. Faktor Penegak Hukum

Penegak hukum yang dimaksudkan Soerjono Soekanto sebagai salah satu faktor yang menentukan proses penegakan hukum tidak hanya pihak-

³⁶⁷*Ibid.*, hlm, 117.

³⁶⁸*Ibid.*, hlm, 118.

pihak yang menerapkan hukum, tetapi juga pihak-pihak yang membuat hukum. Namun, yang dibicarakan di sini hanya dibatasi pihak-pihak yang terkait secara langsung dengan penerapan hukum.

Pihak-pihak yang terkait secara langsung dalam proses penegakan hukum, yaitu kepolisian, kejaksaan, kehakiman, kepengacaraan, dan masyarakatan, mempunyai peranan yang sangat menentukan bagi keberhasilan usaha penegakan hukum dalam masyarakat.

Secara sosiologis setiap penegak hukum tersebut mempunyai kedudukan (status) dan peranan (role). Kedudukan sosial merupakan posisi tertentu di dalam struktur masyarakat, yang mungkin tinggi, sedang ataupun rendah. Kedudukan tersebut sebenarnya merupakan suatu wadah, yang isinya adalah hak-hak dan kewajiban-kewajiban tertentu. Hak-hak dan kewajiban-kewajiban tadi merupakan peranan (role). Oleh karena itu, seseorang yang mempunyai kedudukan tertentu, lazimnya dinamakan memegang peranan. Suatu hak sebenarnya merupakan wewenang untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu. Sedangkan kewajiban adalah beban atau tugas.³⁶⁹

Masalah peranan dianggap penting oleh karena pembahasan mengenai penegak hukum sebenarnya lebih banyak tertuju pada diskresi. Diskresi menyangkut pengambilan keputusan yang tidak sangat terikat oleh hukum, di mana penilaian pribadi juga memegang peranan. Di dalam penegakan hukum diskresi sangat penting oleh karena:

- a. Tidak ada perundang-undangan yang sedemikian lengkapnya, sehingga dapat mengatur semua perilaku manusia.
- b. Adanya kelambatan-kelambatan untuk menyesuaikan perundang-undangan dengan perkembangan-perkembangan di dalam masyarakat, sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum.
- c. Kurangnya biaya untuk menerapkan perundang-undangan sebagaimana yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang.
- d. Adanya kasus-kasus individual yang memerlukan penanganan secara khusus.³⁷⁰

"Peranan yang seharusnya" dari kalangan penegak hukum tertentu telah dirumuskan dalam beberapa undang-undang. Selain itu, juga dirumuskan "peranan yang ideal". Sebagai contoh, dapat dikemukakan di

³⁶⁹ Soerjono Soekanto, *op.cit.*, hlm, 13.

³⁷⁰ *Ibid*, hlm, 15.

sini peranan yang ideal dan peranan yang seharusnya dari kepolisian, kejaksaan dan kehakiman.

Peranan ideal pihak kepolisian disebutkan dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, yang menyatakan bahwa Kepolisian Negara dalam menjalankan tugasnya dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia (Pasal 4). Sedangkan peran yang seharusnya pihak kepolisian dirumuskan:

Kepolisian Negara Republik Indonesia merupakan alat negara yang berperan dalam memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat, menegakkan hukum, serta memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat dalam rangka terpeliharanya keamanan dalam negeri. (Pasal 5)

Dalam melakukan peranan tersebut, kepolisian Negara Republik Indonesia mempunyai tugas pokok:

- a. memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat;
- b. menegakkan hukum; dan
- c. memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat.

Peranan yang ideal dan peranan seharusnya pihak kejaksaan dirumuskan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1991 jo Undang-undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia. Peranan yang idealnya adalah:

"Dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya, kejaksaan harus mampu mewujudkan kepastian hukum, ketertiban hukum, keadilan, dan kebenaran berdasarkan hukum dan mengindahkan norma-norma keagamaan, kesopanan, dan kesusilaan, serta wajib menggali nilai-nilai kemanusiaan, hukum, dan keadilan yang hidup dalam masyarakat. " (Penjelasan Umum)

Sedangkan peranan yang seharusnya:

"Kejaksaan adalah lembaga pemerintahan yang melaksanakan kekuasaan negara dibidang penuntutan. (Pasal 2)

Dalam melakukan peranan tersebut, kejaksaan dan wewenang yang disebutkan dalam Pasal 27 yang menyatakan:

- (1) Di bidang pidana, kejaksaan mempunyai tugas dan wewenang:
 - a. melakukan penuntutan dalam perkara pidana;
 - b. melaksanakan penetapan hakim dan putusan pengadilan;

- c. melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan keputusan lepas bersyarat;
 - d. melengkapi berkas perkara tertentu dan untuk itu dapat melakukan pemeriksaan tambahan sebelum dilimpahkan ke pengadilan yang dalam pelaksanaannya dikoordinasikan dengan penyidik.
- (2) Di bidang perdata dan tata usaha negara, kejaksaan dengan kuasa khusus dapat bertindak di dalam maupun di luar pengadilan untuk dan atas nama negara atau pemerintah.
- (3) Dalam bidang ketertiban dan ketenteraman umum, kejaksaan turut menyelenggarakan kegiatan:
- a. peningkatan kesadaran penegakan hukum;
 - b. pengamanan kebijakan penegakan hukum;
 - c. pengamanan peredaran barang cetakan;
 - d. pengawasan aliran kepercayaan yang dapat membahayakan masyarakat dan negara;
 - e. pencegahan penyalahgunaan dan/atau penodaan agama;
 - f. penelitian dan pengembangan hukum serta statistik kriminal.

Kemudian, mengenai peranan yang ideal dan peranan yang seharusnya pihak kehakiman dirumuskan dalam Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 *jo* Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 *jo* Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

Peranan yang ideal disebutkan pada Pasal 1 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, Peranan yang seharusnya adalah sebagai berikut:

Penyelenggaraan kekuasaan kehakiman tercantum dalam Pasal 1 diserahkan kepada badan-badan peradilan dan ditetapkan dengan undang-undang, dengan tugas pokok untuk menerima, memeriksa, dan mengadili serta menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya (Pasal 2 ayat (1)).

Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan (Pasal 4 ayat (2)).

Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang. Dalam perkara perdata pengadilan membantu para pencari

keadilan dan berusaha sekeras-kerasnya mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan (Pasal 5).

Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili sesuatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak/atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya (Pasal 14 ayat (1)).

Persoalannya sekarang bagaimana peranan yang sebenarnya atau peranan yang aktual dari para penegak hukum tersebut? Bagaimana perilaku nyata dari para penegak hukum itu, di satu pihak menerapkan peraturan hukum dan di lain pihak melakukan diskresi di dalam keadaan-keadaan tertentu?

Penegak hukum merupakan golongan panutan dalam masyarakat, yang hendaknya mempunyai kemampuan-kemampuan tertentu, sesuai dengan aspirasi masyarakat. Mereka harus dapat berkomunikasi dan mendapatkan pengertian dari golongan sasaran, di samping mampu membawakan peranan yang dapat diterima oleh masyarakat. Selain itu, penegak hukum juga harus bijaksana untuk menumbuhkan partisipasi masyarakat, memperkenalkan peraturan-peraturan hukum baru, dan menunjukkan keteladanan yang baik.³⁷¹

Betapa pentingnya peranan penegak hukum dalam negara Indonesia, sebetulnya sudah diisyaratkan di dalam Penjelasan Umum Undang-Undang Dasar 1945 (yang ada sebelum diamandemen) yang mengingatkan:

"Yang sangat penting dalam pemerintahan dan dalam hal hidupnya negara ialah semangat, semangat para penyelenggara negara, semangat para pemimpin pemerintahan, Meskipun dibuat undang-undang dasar yang menurut kata-katanya bersifat kekeluargaan, apabila semangat para penyelenggara negara, para pemimpin pemerintahan itu bersifat perseorangan, undang-undang dasar tadi tentu tidak ada artinya dalam praktik. Sebaliknya, meskipun undang-undang dasar itu tidak sempurna, akan tetapi jikalau semangat para penyelenggara pemerintahan baik, undang-undang dasar itu tentu tidak akan merintang jalannya negara. Jadi, yang penting ialah semangat."

³⁷¹ *Ibid*

Penegak hukum yang memungkinkan ditegakkannya hukum dan keadilan di tengah-tengah masyarakat, menurut Baharuddin Lopa, yang ditulisnya dalam buku *Permasalahan Pembinaan dan Penegakan Hukum di Indonesia* adalah penegak hukum yang profesional dan bermental tangguh atau memiliki integritas moral yang tinggi.³⁷²

Aparat penegak hukum harus profesional. Menurut Ceril O. Houla dalam bukunya *Continuing Learning in the Professions* dideskripsikan bahwa adasembilan ciri yang melekat pada profesionalisme:

- a. Memiliki landasan pengetahuan yang kuat;
- b. Adanya kompetensi individual;
- c. Adanya sistem seleksi dan sertifikasi;
- d. Adanya kerja sama dan kompetensi yang sehat antar sejawat;
- e. Memiliki kesadaran profesi;
- f. Adanya kode etik profesi;
- g. Adanya sanksi profesional;
- h. Adanya militansi individual, dan
- i. Adanya organisasi anggota yang memiliki profesi serupa.

Muhammad Imanuddin Abdulrahim dalam tulisannya yang beri judul "Profesionalisme dalam Islam" pada Jurnal *Ulumul Qur'an* No. 2 Vol. IV Tahun 1993 mengemukakan, bahwa profesionalisme biasanya dipahami sebagai suatu kualitas, yang wajib dipunyai setiap eksekutif yang baik. Di dalamnya terkandung beberapa ciri. Pertama, mempunyai keterampilan tinggi dalam suatu bidang serta kemahiran dalam mempergunakan peralatan tertentu yang diperlukan dalam pelaksanaan tugas yang bersangkutan dengan bidang tadi. Kedua, mempunyai ilmu dan pengetahuan serta kecerdasan dalam menganalisis suatu masalah; peka di dalam membaca situasi; cepat dan tepat serta cermat dalam mengambil keputusan terbaik atas dasar kepekaan. Ketiga, mempunyai sikap berorientasi ke hari depan, sehingga mempunyai kemampuan mengantisipasi perkembangan lingkungan yang terbentang di hadapannya. Keempat, mempunyai sikap mandiri berdasarkan keyakinan akan kemampuan pribadi, serta terbuka dalam menyimak dan menghargai pendapat orang lain, namun cermat dalam memilih yang terbaik bagi diri dan perkembangan pribadinya.

³⁷²Baharuddin Lopa, *Permasalahan Pembinaan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, Venesia, Bulan Bintang, Jakarta, 1987, hlm, 4.

Selain profesionalisme, aparat penegak hukum juga harus mempunyai integritas moral yang tinggi, sehingga dapat menahan diri dari godaan-godaan kebendaan.

3. Faktor Sarana atau Fasilitas

Tanpa adanya sarana atau fasilitas tertentu, maka tidak mungkin penegakan hukum akan berlangsung dengan lancar. Sarana atau fasilitas tersebut, antara lain mencakup tenaga manusia yang berpendidikan dan terampil, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup, dan seterusnya. Kalau hal-hal itu tidak terpenuhi, mustahil penegakan hukum akan mencapai tujuannya.³⁷³

Bahwa sarana atau fasilitas mempunyai pengaruh yang sangat besar bagi kelancaran pelaksanaan penegakan hukum sangat mudah dipahami dan banyak sekali contoh yang dapat dilihat dalam masyarakat.

Peraturan tentang pendaftaran tanah misalnya, agaknya belum bisa dikatakan sudah dilaksanakan dengan baik, terbukti masih sangat banyaknya tanah-tanah dalam kota (apalagi di desa) yang belum terdaftar. Hal ini terjadi tidak lain karena kurangnya sarana atau fasilitas untuk melaksanakan peraturan pendaftaran tanah tersebut. Tenaga ahli jumlahnya terbatas, alat-alat kerja yang belum canggih, dana yang minim, dan sebagainya.

Asas peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan hingga saat ini masih belum bisa diwujudkan. Proses pemeriksaan perkara di pengadilan berjalan sangat lambat, apalagi kalau pemeriksaan suatu perkara sampai pada tingkat kasasi di Mahkamah Agung. Sebabnya antara lain karena jumlah hakim di pengadilan yang tidak sebanding dengan jumlah perkara yang harus diperiksa dan diputuskan, serta masih kurangnya sarana atau fasilitas lain untuk menunjang pelaksanaan peradilan yang baik.

Pembinaan terhadap narapidana di lembaga pemasyarakatan tidak dilaksanakan dengan sebaik-baiknya karena sarana atau fasilitas yang sangat kurang. Dengan demikian, efektivitas penerapan hukum pidana, agar terdakwa tidak melakukan lagi kejahatan atau pelanggaran mungkin sekali tidak tercapai.

Pihak kepolisian seharusnya akan dapat lebih berperan apabila mempunyai peralatan yang memadai untuk mendeteksi kriminalitas dalam masyarakat. Karena ketiadaan peralatan yang modern akibatnya banyak

³⁷³Soerjono Soekanto, *op.cit.*, hlm, 27.

kejahatan dalam masyarakat yang belum terberantas, atau banyak penyidikan yang berjalan sangat lambat. Misalnya, untuk membuktikan apakah suatu tanda tangan palsu atau tidak, kepolisian di daerah tidak dapat mengetahui secara pasti, karena tidak mempunyai alat buat memeriksanya, sehingga terpaksa dikirim ke Jakarta.

Dengan demikian, dapatlah disimpulkan, bahwa sarana atau fasilitas sangat menentukan dalam penegakan hukum. Tanpa sarana atau fasilitas yang memadai, penegakan hukum tidak akan dapat berjalan lancar dan penegak hukum tidak mungkin menjalankan peranannya yang seharusnya.

4. Faktor Masyarakat

Masyarakat di mana peraturan hukum berlaku atau diterapkan juga mempunyai pengaruh yang kuat terhadap pelaksanaan penegakan hukum. Sebab penegakan hukum berasal dari masyarakat dan bertujuan untuk mencapai kedamaian dalam masyarakat.

Bagian yang terpenting dari masyarakat yang menentukan penegakan hukum adalah kesadaran hukum masyarakat. Semakin tinggi tingkat kesadaran hukum masyarakat, maka akan semakin memungkinkan penegakan hukum yang baik. Sebaliknya, semakin rendah tingkat kesadaran hukum masyarakat, maka akan semakin sukar untuk melaksanakan penegakan hukum yang baik.

Apa yang dimaksud dengan kesadaran hukum?. Mungkin para ahli merumuskan bermacam-macam tentang apa yang sebenarnya dimaksud dengan 'kesadaran hukum' ini. Akan tetapi, dalam simposium Kesadaran Hukum Masyarakat dalam Masa Transisi tanggal 19-22 Januari 1975 di Semarang, telah disimpulkan secara umum bahwa kesadaran hukum, antara lain meliputi:

- a. pengetahuan tentang hukum;
- b. penghayatan fungsi hukum; dan
- c. ketaatan terhadap hukum.³⁷⁴

Dalam simposium itu juga dikostatir beberapa masalah kesadaran hukum:

- a. Adanya perbedaan antara kesadaran hukum masyarakat yang tradisional dan kesadaran hukum nasional.
- b. Belum diketahuinya dengan pasti tentang tingkat kesadaran hukum dalam masyarakat.

³⁷⁴BPHN. *Simposium Kesadaran Hukum Masyarakat dalam Masa Transisi*, Binatahta. Bandung. cet. I, 1975, hlm, 116.

c. Adanya jurang perbedaan antara apa yang diharapkan oleh pranata hukum dan pelaksana dari pranata itu.³⁷⁵

Menurut mazhab historis dan kebudayaan dari Von Savigny, satu-satunya sumber hukum adalah kesadaran hukum suatu bangsa.³⁷⁶

Kesadaran hukum merupakan pandangan yang hidup dalam masyarakat tentang apa hukum itu. Pandangan itu berkembang dan dipengaruhi oleh berbagai faktor, yaitu agama, ekonomi, politik, dan sebagainya. Pandangan tersebut selalu berubah. Oleh karena itu, hukum pun selalu berubah juga.³⁷⁷

Adanya kesadaran hukum masyarakat yang memungkinkan dilaksanakannya penegakan hukum, menurut Baharuddin Lopa, merupakan faktor, yang lebih dominan dari pada peraturan hukum dan aparat penegak hukum, karena peraturan hukum maupun aparat penegak hukum sendiri ditentukan juga oleh kesadaran hukum itu.³⁷⁸ Selanjutnya, Baharuddin Lopa mengatakan, kenyataan sebagian anggota masyarakat mematuhi hukum karena ada paksaan atau karena tidak ada pilihan lain. Kepatuhan hukum yang demikian bukanlah kepatuhan berdasarkan kesadaran hukum. Seseorang barulah dapat dikatakan mempunyai kesadaran hukum, apabila mematuhi hukum karena keikhlasannya, karena merasakan bahwa hukum itu berguna dan mengayominya. Dengan kata lain, dia mematuhi hukum karena merasakan bahwa hukum itu berasal dari hati nuraninya sendiri.³⁷⁹

Menurut sejarahnya masalah kesadaran hukum timbul di dalam kerangka mencari dasar sahnya hukum yang merupakan konsekuensi dari masalah yang timbul di dalam penerapan tata hukum atau hukum positif tertulis. Masalahnya kemudian berkisar pada apakah dasar sahnya hukum adalah pengendalian penguasa atau kesadaran warga masyarakat. Masalah ini timbul karena ada hukum yang tidak ditaati oleh warga masyarakat. Jadi, masalahnya di sini terpusatkan pada hukum di dalam arti tata hukum.

Ada sementara anggapan yang menyatakan bahwa kesadaran hukum bukanlah merupakan suatu penilaian hukum terhadap peristiwa-peristiwa konkret. Kesadaran hukum merupakan suatu penilaian terhadap apa yang dianggap sebagai hukum yang baik dan/atau hukum yang tidak baik.

³⁷⁵ *Ibid*

³⁷⁶ Sudlkn Mertokusumo. *op cit.* hlm, 98.

³⁷⁷ *Ibid*

³⁷⁸ Baharudddin Lopa, *op. cit.*, 1987, hlm, 6..

³⁷⁹ *Ibid*

Penilaian hukum di sini didasarkan pada tujuannya, yaitu apakah hukum tadi adil atau tidak, oleh karena keadilanlah yang diharapkan warga masyarakat.

Apabila tata hukum yang ada dipakai sebagai titik tolak, pungutan liar adalah bertentangan dengan undang-undang (hukum). Ini bukan kesadaran hukum. Suatu kesadaran hukum dianggap ada, bila misalnya, seseorang memberi penilaian apakah peraturan tertulis yang mengatur soal pemakaman di wilayah DKI Jakarta adalah adil atau tidak adil.

Jadi, kesadaran hukum tersebut merupakan suatu proses psikis yang terdapat dalam diri manusia, yang mungkin timbul dan mungkin pula tidak. Akan tetapi, tentang asas kesadaran hukum, itu terdapat pada setiap manusia, oleh karena setiap manusia mempunyai rasa keadilan.

Sudah tentu tentang penilaian adil tidaknya suatu hukum positif tertulis senantiasa bergantung pada taraf persesuaian antara rasa keadilan pembentuk hukum dan rasa keadilan warga masyarakat yang kepentingannya diatur oleh hukum tadi. Secara logis prosesnya adalah, bahwa seseorang harus memahami hukum tersebut, sebelum dia mempunyai kesadaran hukum.

Dengan demikian, kalau konsepsi tersebut di atas diikuti, adalah kurang tepat untuk menyatakan bahwa tata hukum Indonesia harus dibentuk atas dasar kesadaran hukum masyarakat. Yang mungkin lebih tepat adalah bahwa tata hukum Indonesia harus dibentuk atas dasar asas kesadaran hukum warga masyarakat, yakni rasa keadilan.

Jadi, adanya kesadaran hukum ditentukan oleh adanya penilaian terhadap hukum tertulis (atau apa yang dianggap hukum oleh masyarakat, terlepas dari adil tidaknya). Penilaian tersebut timbul oleh karena manusia dalam menentukan kehendaknya sangat ditentukan oleh keserasian antara pikiran dan perasaannya.

Kesadaran akan hukum memerlukan pengetahuan, dan pengetahuan mengenai hukum, apalagi jika sudah menyangkut prosedur serta teknik penyelenggaraannya, sehingga tidak terlalu sederhana untuk dipahami oleh orang banyak. Akan tetapi, kesadaran tentang rasa keadilan jauh lebih sederhana. Kesadaran ini melekat pada budi nuraninya. Kepekaan akan rasa keadilan juga setiap kali diasah dan diuji oleh kejadian-kejadian dalam lingkungan penghidupannya. Hal-hal yang terjadi dalam lingkungannya dan yang melanggar rasa keadilannya dengan amat mudah dapat ditangkap

dan melalui konfrontasi dengan kenyataan-kenyataan itu, kepekaannya diasah dan diasuh.

Masyarakat yang tidak mengetahui hukum pertanahan sebagaimana yang tercantum dalam Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) dengan seperangkat peraturan pelaksanaannya, sehingga tidak mempunyai kesadaran hukum yang memadai, tetapi dengan mudah merasakan "ketidakadilan" jika tanah miliknya yang dipakai untuk pembangunan fasilitas umum, hanya diberi ganti rugi Rp 100,00 (seratus rupiah) setiap meter persegi, sama dengan sebuah kerupuk.

Beberapa putusan atas kasus-kasus hukum oleh masyarakat dirasakan sebagai tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat. Mungkin saja secara teknis hukum, putusan-putusan itu memenuhi syarat-syarat formal. Akan tetapi, dari segi rasa keadilan masyarakat, lain persoalannya. Karena itu, aparat penegak hukum jangan hanya mengandalkan interpretasi teknis dan formal akan ketentuan hukum, tetapi juga harus mempertimbangkan rasa keadilan masyarakat.³⁸⁰

Secara naluriah, masyarakat mempunyai rasa keadilan. Rasa keadilan itu, sesuai dengan prinsip negara hukum dan asas hukum, harus dikembangkan, dijabarkan, dan disalurkan lewat hukum. Untuk itu, diperlukan kesadaran dan pengetahuan hukum. Itulah latar belakang gerakan memasyarakatkan hukum.

Pada tahun enam puluhan bahkan sampai tahun tujuh puluhan, dalam berbagai literatur tentang pembangunan di negara-negara berkembang di kedepankan pendapat, bahwayang harus lebih dahulu dibangun adalah ekonomi. Apabila tercapai kemajuan ekonomi, barulah dapat diupayakan pembangunan hukum. Jadi, pembangunan hukum dan pelaksanaannya menyusul kemudian setelah pembangunan ekonomi meningkatkan peri kehidupan rakyat. Barulah setelah berhasilnya pembangunan ekonomi, hukum bisa diberi tempat dan perhatian yang selayaknya.

Pandangan itu, sedikit banyak sejalan dengan kenyataan, bahwa di banyak negara berkembang, pembangunan tidak dilakukan dalam perangkat dan kebudayaan politik demokratis, tetapi dalam kebudayaan dan perangkat politik otoriter atau paternalis. Dalam kebudayaan dan perangkat politik yang demikian, bukanlah asas hukum serta pelaksanaannya secara berwibawa dan benar, melainkan berbagai pertimbangan, seperti prioritas,

³⁸⁰*Ibid*

preferensi, penilaian-penilaian yang subjektif. Dengan kata lain, pada pandangan dan kondisi demikian, posisi hukum sekunder, jika tidak dalam pandangan, niscaya dalam praktiknya.

Paham itu sejak akhir tahun tujuh puluhan telah ditinggalkan. Konsep pembangunan. sekalipun tetap mengenai prioritas, namun merupakan pembangunan yang simultan. Suatu pendekatan komprehensif yang dalam perencanaan, pelaksanaan, dan pengendaliannya, mengenai prioritas, tetapi tanpa menggeser atau menelantarkan yang lain-lain.

Sebab, tanpa pembangunan bidang hukum yang menjamin keadilan melalui perangkat dan asas hukum, pembangunan yang berhasil akan cenderung lebih mengutamakan pertumbuhan daripada pemerataan. Itulah latar belakang mengapa kita menganut paham trilogi. Suatu kombinasi atau suatu keserentakan, sekalipun mengenal prioritas.

Keadilan sosial, Kecuali prinsip hukum dan keadilan yang bersilat individual, artinya menyangkut orang perorang yang berurusan dengan prinsip hukum dan rasa keadilan, dalam masyarakat Indonesia juga berkembang kepekaan akan rasa keadilan sosial,

Ada relasi antara hukum dan keadilan yang menyangkut individu serta rasa keadilan yang menyangkut keadilan sosial atau rasa keadilan masyarakat. Akan tetapi. dapat pula terjadi, bahwa yang lebih dipersoalkan oleh masyarakat Indonesia menyangkut rasa keadilan sosial. Kita mewarisi separuh pergerakan dan amanat konstitusi yang dengan amat saratnya memerintahkan terlaksananya keadilan sosial.

5.Faktor Kebudayaan

Kebudayaan pada dasarnya mencakup nilai-nilai yang mendasari hukum yang berlaku, nilai-nilai mana merupakan konsepsi-konsepsi abstrak mengenai apa yang dianggap baik (sehingga dituruti) dan apa yang dianggap buruk (sehingga dihindari). Nilai-nilai tersebut lazimnya merupakan pasangan nilai-nilai yang mencerminkan 2 (dua) keadaan ekstrem yang harus diserasikan.³⁸¹

Maka. dari itu, kebudayaan Indonesia merupakan dasar atau mendasari hukum adat yang berlaku. Hukum adat tersebut merupakan kebiasaan yang berlaku di kalangan rakyat banyak. Akan tetapi, berlaku pula hukum tertulis (perundang-undangan) yang dibantu oleh golongan tertentu dalam masyarakat yang mempunyai kekuasaan dan wewenang

³⁸¹ Soerjono Soekanto, *faktor-faktor ..., op. cit*, hlm, 45.

untuk itu. Hukum perundang-undangan tersebut harus dapat mencerminkan nilai-nilai yang menjadi dasar dari hukum adat agar hukum perundang-undangan tersebut dapat berlaku secara efektif.³⁸²

Atas dasar uraian di atas, dapatlah disimpulkan, bahwa semakin banyak persesuaian antara peraturan perundang-undangan dan kebudayaan masyarakat, maka akan semakin mudahlah menegakkannya. Sebaliknya, apabila suatu peraturan perundang-undangan tidak sesuai atau bertentangan dengan kebudayaan masyarakat, maka akan semakin sukar untuk melaksanakan atau menegakkan peraturan hukum dimaksud.

Demikianlah faktor-faktor yang mempunyai pengaruh terhadap penegakan hukum. Mungkin pengaruhnya positif dan mungkin pula pengaruhnya negatif. Namun, dari semua faktor tersebut, faktor penegak hukum menempati titik sentral. Hal ini disebabkan undang-undang disusun oleh penegak hukum, penerapannya dilaksanakan oleh penegak hukum, dan penegak hukum dianggap sebagai golongan panutan oleh masyarakat luas.³⁸³

³⁸²*Ibid*, hlm, 49.

³⁸³*Ibid*, hlm, 53.

DAFTAR PUSTAKA

A. BUKU

- Abdurrahman, *Aneka Masalah Hukum Dalam Pembangunan Nasional*, Bandung, Alumni, 1979.
- Abu Daud Busroh dan Abu Bakar Busro, *Asas-asas Hukum Tata Negara*, Galia Indonesia, Jakarta, 1991.
- Abdul Djamal, *Pengantar Hukum Indonesia*, Rajawali Pres, Jakarta, 1984.
- Abdul Ghofur Ansori, *Hukum Islam, Dinamika dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Kreasi Total Media, Yogyakarta, 2008.
- Agasha Mugasha, *Good Faith Obligation in Commercial Contract, International Business Lawyer*, 1999.
- Algra & K. van Duyvendijk, *Rechtspraak*, 1981.
- Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Gunung Agung Tbk, Jakarta, 2002.
- , *Keterpurukan Hukum di Indonesia (Penyebab dan Solusinya)*, Bogor: Ghalia Indonesia, Oktober 2005.
- Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010.
- Antonius Sudirman, *Hati Nurani Hakim dan Putusannya*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2007.
- Anthony Allots, *The Limits Of Law*, Butterworths, London, 1980.
- Anwar Harjono, *Hukum Islam Keluasan dan Keadilannya*, Bulan Bintang, Jakarta, 1968.
- Anonim, *Ketrampilan Perancangan Kontrak*, Laboratorium Hukum Fakultas Hukum UNPAR, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, 1997.
- Andrey, *Asas Itikad Baik dalam Persetujuan Kreditur Mayoritas Pada Penyelesaian Kredit Sindikasi Macet Dalam Rangka Pengembangan Hukum Perbankan Indonesia*, Keni Media, Bandung, 2011.
- A. Mukti Arto, *Konsepsi Ideal Mahkamah Agung*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001.
- A. Ridwan Halim, *Hukum Perdata Dalam Tanya Jawab*, Cetakan Kedua, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1985.
- AV. Dicey, *Lectures on the Relations Between Law and Public Opinion in England During Nineteenth Century*, London Macmillan. Tth.
- Baharudddin Lopa, *Permasalahan Pembinaan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, Bulan Bintang, Jakarta, 1987.

- Bambang Waluyo, *Pidana dan Pemidanaan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004.
- Bagir Manan, *Konvensi Ketatanegaraan*, Armico, Bandung, 1987.
- , dan Kuntana magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tatanegara Indonesia*, Bandung, Alumni, 1993.
- Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Cetakan ke-XII, Edisi Djembatan, Jakarta, 2008.
- Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, West Publishing Co, St. Paul-Minn, 2004.
- Brice Dickson, *Introduction to French Law*, Pitman Publishing, London, 1994.
- Carl Joachim Friedrich, *The Philosophi of Law in Historical Perpektif*, Penrj. Raisul Muttaqin *Sejarah , Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, 2004.
- Chairuddin Ismail, *Direksi dan Komisaris dalam Perbuatan Melawan Hukum oleh Perseroan Terbatas-Konstruksi Hukum, Tanggung Jawab dan Perlindungan Hukum Pihak Ketiga*, Cetakan Pertama, Merlyn Press, Jakarta, 2005.
- Charles Sampford, *The Dis-order of Law a Critique of Legal Theory*, Basil Blackwell, 1989.
- Chidir Ali, *Badan Hukum*, PT Alumni, Jakarta, 1999.
- C. S. T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1979.
- de Knegt, AFM, dan de Knegt-Bos, C, *Prisma Woordenboek: Nederlands-Engels*, Utrecht-Netherlands, 2008.
- Dudu Duwara Machmudin, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bandung: Refika Aditama, 2013.
- E. Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Cetakan Keempat, PT. Penerbit dan Balai Buku Ikhtiar, Jakarta, 1957.
- Fence M. Wantu Dkk, *Cara Cepat Belajar Hukum Acara Perdata*, Reviva Cendekia, Jakarta, 2010.
- Fickar Hadjar dkk, *Pokok-Pokok Pikiran dan Rancangan Undang-Undang Makmah Konstitusi*, KRHN dan Kemitraan, Jakarta, 2003.
- Firmansyah dan Juliyus Wardi, *Merambah Jalan Pembentukan Mahkamah Konstitusi*, KRHN, Jakarta, 2002.
- Hamid S Attamimi, *UUD 1945-TAP MPR UNDANG-UNDANG*, dalam padmo wahyono (Penghimpin), *Masalah Ketatanegaraan Dewasa Ini*, ghalia Indonesia, Jakarta, 1984.
- Hans Kelsen, *Pure Theory Of Law*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, London, 1970.
- Hasanudin Rahman, *Contract Drafting, seri Ketrampilan Merancang Kontrak Bisnis*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.

- HasanuddinAF dkk, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pustaka Alhusna Baru Jakarta, 2004.
- Henry Campbell Black. *Black's Law Dictionary*. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co.
- HFA.Vollmar, *Hukum Benda Menurut KUHPerdara*, diterjemahkan oleh Chaidir Ali, Cetakan ke-II, Tasito, Bandung, 1990.
- Hurhainis Abdul Hay, *Dasar-dasar Ilmu Hukum Jilid II*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982.
- Iman Sudiyat, *Hukum Adat – Sketsa Asas*, Liberty, Yogyakarta, 1981.
- Imam Saukani dan A.Ahsin Thohari, *Dasar-Dasar Politik Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2008.
- Imre Lakatos and A. Musgrave, *Criticism and The Growth of Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge, 1974.
- Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks*, Yogyakarta: UII Press, 2005.
- Jhon Austin, *Lecture on Jurisprudence*, terpetik dalam, Hans Kelsen, *Pure Theory Of Law*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, London, 1970.
- Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitutionair'sme Indonesia*, Jakarta, Diterbitkan atas kerja sama Mahkamah Konstitusi dengan Pusat Studi HTN FH Universitas Indonesia, 2004.
- , *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Setjen dan Kepaniteraan, MKRI, Cetakan Kedua, Jakarta, 2006.
- , *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: Rajawali Pers, 2014.
- Joeniarto, *Selayang Pandang Sumber-sumber Hukum Tata Negara di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1991.
- John E.C. Brierley and Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law*, An Introduction to Quebec Private Law.
- Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia Publishing, Cetakan Kedua, Malang, 2005.
- J. Satrio, *Hukum Perjanjian (Perjanjian Pada Umumnya)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1992.
- J.F. Holleman (ed.), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1981.
- J.F.O'Connor. *Good Faith in English Law*. London: Dartmouth Publishing Co. 1990.
- Karen Vandekerckhove, *Piercing the Corporate Veil*, Netherlands: Wolters Kluwer, 2007.
- Kartini Muljadi, *Perikatan Pada Umumnya*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2003.

- Kartini Muljadi-Gunawan Wijaya, *Hak Istimewa, Gadai dan Hipotek*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2004.
- Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum*, Universitas Muhammadiyah University, Surakarta, 2004.
- Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan-Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia*, Cetakan 1, Bandung: Alumni, 2002.
- Konrad Zweight dan Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law, Volume II-The Institutional of Private Law*, Oxford Claradendon Press, 1987.
- Lawrence M. Friedman, *LegalSystem,AsocialSciencePerspective*. Russel Sage foundations, New York 1975.
- Lemaire, *Het Recht in Indonesie, th*.
- Lili Rasjidi dan IB. Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Penerbit: CV. Mandar Maju, Bandung, 2003.
- Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigation*, Blackwell, Oxford, 1958.
- L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht*, eerst deel, Dealgemene leer der verbintenissen, tweede druk, Batavia: J.B. Wolder, 1932.
- LJ. van Apel Dorn, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Recht*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1966.
- L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum dan tata Hukum Indonesia*, Alumni, Bandung, 1982.
- Marhainis Abdul Hay, *Dasar-dasar Ilmu Hukum, Jilid II*, PradnyaParamita, Jakarta, 1982.
- Maria Farida Indrati Suprpto, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Yogyakarta, Kanisius, 1998.
- Mariam Darus Badrulzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional*, Cetakan ke-II, Alumni, Bandung, 1997.
- dan dkk, *Kompilasi Hukum Perikatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*. Ghalia Indonesia, Jakarta, 2004.
- Mohd Syaful Syamsuddin, *Perjanjian-Perjanjian dalam Hubungan Industrial*, Sarana Bhakti Persada, Jakarta, 2003.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum, Masyarakat Dan Pembinaan Hukum Nasional*, Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Bandung , 1976.
- , *Pembinaan Hukum Dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Penerbit Binacipta, Bandung, 1986.
- , *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan (Kumpulan Karya Tulis)* Penerbit Alumni, Bandung, 2002.

- , dan B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 2000.
- , *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Penerbit Bina Cipta, Bandung, tth.
- Moh. Kusnardi dan Hermaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Cetakan ketujuh, Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, Jakarta, 1988.
- Munir Fuady, *Hukum Kontrak, (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Buku Pertama, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999.
- , *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.
- Moh. Koesnoe, *Kedudukan dan Fungsi Kekuasaan Kehakiman Menurut Undang-Undang Dasar 1945*, dalam Mudzakkir, *Selayang Pandang Sistem Hukum Indonesia*, Universitas Indonesia-Universitas Islam Indonesia, Jakarta, 1977.
- Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakan Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 2006.
- Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Fakultas Hukum UI, Jakarta, 1983.
- Ni'matul Huda, *Politik Ketatanegaraan Indonesia*, H Uli Press, Yogyakarta, 2004.
- Ninie Suparni, *Eksistensi Pidana Denda dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan*, Sinar Grafika, Jakarta, 1993.
- Notoamidjajo. *Demi Keadilan dan Kemanusiaan*, BPK, Gunung Mulia, Jakarta, 1975.
- Otje Salman, *Ikhtisar Filsafat Hukum*, Penerbit Armico, Bandung, 1987.
- , & Eddy Damian, (Ed), Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2002.
- Panji Setijo, *Pendidikan Pancasila Prespektif Sejarah Perjuangan Bangsa*, Grasindo, Jakarta, 2010.
- Paul Moedikdo, *Sociologie en Recht*, Boom, Meppel, 1972.
- Pipin Syarifin dan Zarkasy Chumaidy, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pustaka Setia, Bandung, 1998.
- Purnadi Purbacaraka, *Nilai-Nilai dan Konsepsi-konsepsi Hukum yang Perlu dikuasai oleh Sarjana Hukum dalam Masa Pembangunan Dewasa ini*, Semarang, Fakultas Hukum UNDIP, 1975.
- , dan Soerjono Soekanto. *Aneka Cara Pembedaan Hukum*, Alumni, Bandung, 1980.
- , & Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung, 1982.

- , dan Soerjono Soekanto, *Peraturan perundang-undangan dan Yurisprudensi*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1989.
- Post, *An Introduction to the Law*, tth.
- P.A.F. Lamintang, *Hukum Penitentier Indonesia*, Armico, Bandung, 1984.
- Peter L. Berger, *Humanisme Sosiologi*, Inti Sarana Aksara, Jakarta, 1988.
- Peter Gillies, *Business Law*, Seventh Edition, The Federation Press, Amandale, NSW.
- Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society*, Toward Responsive Law, diterjemahkan oleh Rafael Edy Bosco, *Hukum Responsif*, Huma, Jakarta, 2003.
- Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan (Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian dan Dari Undang-Undang)*, Mandar Maju, Bandung, 1990.
- P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press Oxford, 1979.
- Rachmadi Usman, *Hukum Hak Atas kekayaan Intelektual, Perlindungan Dan Dimensi Hukumnya di Indonesia*, Alumni, Bandung, 2005.
- , *Hukum Jaminan Keperdataan*, Cetakan-I, Sinar Grafika, Jakarta, 2008.
- Rachmat Setiawan, *Tinjauan Elementer Perbuatan Melanggar Hukum, Cetakan Pertama*, Bandung: Binacipta, 1991.
- Ridwan Khairandy, *Itikad baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pancasila, Jakarta, 2003.
- Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, Scott, Foresman and Company, London, England, 1988.
- Robert W. Emerson dan John W. Hardwicke, *Business Law*, Third Editions, Baron Educational Series Inc, Washington D.C. 1997.
- Romli Atmasasmita, *Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia & Penegakan Hukum*, ed. Aman Sembiring Meliala, dan Agus Takariawan dalam "Konsep Kekuasaan Kehakiman Yang Bebas, Merdeka dan Mandiri", Mandar Maju, Bandung, 2001.
- Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, Cetakan Kedua, Jakarta: Pascasarjana Fakultas Hukum – Universitas Indonesia, 2004.
- R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 1979.
- , *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 2003.
- R. Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perdata*, Cetakan Kelima, Sumur Bandung, Bandung, 1966.
- R. Soepomo, *Hukum Perdata Adat Jawa Barat*, Djambatan, Jakarta, 1967.
- Salim, HS, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, PT RajaGrafindo Persada, Cetakan Kedua, Jakarta, 2012.

- Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2012.
- , *Hukum Progresif (Penjelajahan Suatu Gagasan)*, Jakarta: Majalah Hukum Newsletter Nomor 59 Bulan Desember 2004, Yayasan Pusat Pengkajian Hukum, 2004.
- , *Hukum Progresif sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia, sebagaimana terdapat dalam Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006.
- , *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Kompas, Jakarta, 2007.
- , *Masalah Penegakan Hukum*, Sinar Baru, Bandung, 2012.
- Sjachran Basah, *Perlindungan Hukum Terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Penerbit Alumni, Bandung, 1992.
- Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1986.
- Soenarto Soerodibroto, *KUHP dilengkapi arrest Hoge Raad.tth.*
- Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*. Sinar Grafika, Jakarta, 2011.
- Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1986.
- Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Cetakan Ke-XXXIV, Intermedia, Jakarta, 2010.
- , *Hukum Perjanjian*, PT. Intermedia, Jakarta, 1984.
- Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993.
- , *Mengenai Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996.
- Sudiman Kartohadiprodo, *Pengantar Tata Hukum di Indonesia*, Cetakan Kelima, PT. Jakarta: Pembangunan Jakarta, 1967.
- Sumali, *Reduksi Kekuasaan Eksekutif*, UMM Press, Malang, 2002.
- Susi Moeimam dan Hein Steinhauer, *Nederlands-Indonesisch Woordenboek*, Leiden – Nederlands: KITLV Uitgeverij, 2004.
- Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank Di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993..
- SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara* Liberty, Yogyakarta, 2000.
- Ter Haar, *Asas-asas dan Susunan Hukum Adat (Beginnselen en stelsel van het Adatrecht)*, Pradnja Paramita d/h Wolters, Djakarta, 1960.
- Theo Huijbers, *Filsafat Hukum, Pustaka Filsafat*, Kanisius, Yogyakarta, 2005.
- Titik Triwulan Tutik, *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional*, Prenada Media Group, Jakarta, 2008.
- Ugo Matei, *Basic Principle of Property Law, A Comparative Legal and Economic Introduction*. Greenwood Press, London, 2000.
- Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Ichtiar, Jakarta, 1964.

- van Apeldoorn, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*, Zwolle, 1995.
- van HAMEL, *Inleiding*, sebagaimana ditulis dalam PAF Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997
- Volmar, H.V.A., *Hukum Benda Menurut KUHPerdara*, terjemahan Chaidir Ali, Cetakan Ke-II, Tarsito, Bandung, 1990.
- William Tetley. *Good Faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*. www.mcgill.ca.
- Win Voerman, *Komisi Yudisial Di Beberapa Negara Uni Eropa*, terjemahan Adi Nugroho dan M.Zaki Hussein tth.
- Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Eresco, Bandung, 1981.
- , *Hukum Perdata Tentang Perjanjian-Perjanjian Tertentu*, Sumur Bandung, Bandung, 1985.
- , *Asas-asas Hukum Perdata*. Sumur Bandung, Bandung, 1996.
- , *Perbuatan Melanggar Hukum-Dipandang dari Sudut Hukum Perdata*, Cetakan I, Mandar Maju, Bandung, 2000.
- W. Friedman, *Teori dan Filsafat Hukum, Telaah Kritis atas Teori-teori Hukum* (Susunan I), Penerbit CV. Rajawali, Jakarta, 1990.
- W. Martin and G.A.J. Tops, *Groot Woordenboek Nederlands-Engels*, Cetakan Kedua, Utrecht-Nederland: Van Dale Lexicografie bv, 1991.
- Yehezkiel Dior. *Law and Social Change*, in Joel 8. Grossman and Mary H. Grossman, *Law and change in modern America*. Pacific Palisades. California; Goodyear Publishing inc. 1971.
- Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Bandung: Alumni, 2000.

B. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

- Undang Undang Dasar 1945
- Kitab Undang-undang Hukum Perdata
- Kitab Undang-undang Hukum Pidana
- Kitab Undang-undang Hukum Dagang
- Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan
- Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970^{jo} Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 ^{jo} Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.
- Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004^{jo} Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009.
- Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum^{jo} Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama
jo Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006.

Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1997 tentang Peradilan Militer.

Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2002 tentang Pengadilan Pajak

UU Nomor. 10 Tahun 2004 Jo. UU Nomor. 12 Tahun 2011 tentang
Pembentukan Peraturan Perundang-undangan,

TAP MPRS No.XX/MPRS/1966

TAP MPR No.V/MPR/1973

TAP No.IX/MPR/1978

Ketetapan MPR No.III/MPR/2000

C. SUMBER LAIN

A.M. Mujahidin, *Hukum Progresif : Jalan Keluar dari Keterpurukan Hukum di Indonesia*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi Nomor 257 Bulan April 2007, Ikahi, Jakarta, 2007.

Advokasi Untuk Independensi Peradilan, Jakarta 2002.

Bagir Manan, *Tertib Peraturan Perundang-undangan Menurut Ketetapan MPR RI Nomor. III/MPR/2000*, *Material Course Hukum Perundang-undangan*, Jakarta, jurnal Hukum NO. 23 Vol. 10. Mei 2003.

BPHN. *Simposium Kesadaran Hukum Masyarakat dalam Masa Transisi*, Binatahta. Bandung. cet. 1, 1975.

David M. Trubek. *Towada Social Theory*, the Yale Law Journal, No. 1. 1972.

D. Gasking, Cluster; Australian Journal of Legal Pluralism, 1960.

Jimly Asshiddiqie, *Tara Urut Perundang-undangan dan Problema Peraturan Daerah*, makalah yang disampaikan dalam rangka "Lokakarya Anggota DPRD se-Indonesia, yang diselenggarakan oleh LPSHET di Jakarta, 22 Oktober 2000.

-----, *Struktur Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan Keempat UUD Tahun 1945*, Makalah disampaikan pada Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII dengan tema *Penegakkan Hukum Dalam Era Pembangunan Berkelanjutan*, diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia RI, Denpasar, 14-18 Juli 2003.

Johannes Gunawan, *Penggunaan Perjanjian Standard Dan Implikasinya Pada Asas Kebebasan Berkontrak*, Padjadjaran, majalah Ilmu Hukum dan Pengetahuan Masyarakat, *Journal of Law and Social Science*, Fakultas Hukum, Universitas Padjadjaran, Bandung, No. 3-4, 1987.

- Laporan Tim Kerja Terpadu Mengenai Pengkajian Pelaksanaan TAP MPR-RI Nomor X/MPR/1998 Berkaitan dengan *Pemisahan Yang Tegas Antar Fungsi-fungsi Yudikatif dari Eksekutif* (sesuai Keppres No. 21 Tahun 1999) tanggal 4 Juni 1999.
- Leli Joko Suryanto, *Asas Keadilan Pada Kontrak Alih Daya (Outsourcing) dalam Hubungan Industrial di Indonesia*, Desertasi Undip, Semarang, 2010.
- Moh. Mahfud , MD, *Refleksi dan Sistem Ketatanegaraan di Indonesia*, Makalah Keynote Speech disampaikan pada acara “Seminar Ketatanegaraan dan Refleksi Akhir Tahun” yang diselenggarakan oleh Asosiasi Pengajar HTN dan HAN Jawa Timur pada 27 Desember 2009 di Jember Jawa Timur.
- Mohammad Fajrul Fallak, *Kritik Atas Mahkamah Konstitusi*, *Kompas*, 22 Mei 2002.
- Padmo Wahjono, *Sistem Hukum Nasional dalam Negara Hukum Pancasila*, Pidato Ilmiah pada Peringatan Dies Natalis Universitas Indonesia ke-33, Rajawali, Jakarta.
- Ranti Fauza, *Perlindungan Desain Industri Dikaitkan Dengan Pembangunan Ekonomi Indonesia Dalam Era Perdagangan Bebas*, Disertasi, 2002.
- Sutan Remy Sjahdeini, dkk, *Naskah Akademis Peraturan Perundang-undangan Tentang Perbuatan Melawan Hukum*, Badan Pembinaan Hukum Nasional – Departemen Kehakiman RI, Jakarta, 1993-1994.
- Syihabudin, *Masalah yang Terkait dengan Peraturan Perundang-undangan Indonesia Setelah Amandemen UUD 1945*, Program Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2003.
- <http://www.pengertianpakar.com/2015/05/pengertian-badan-hukum.html>, diakses pada tanggal 23 Mei 2016.

GLOSARIUM

- Kaedah Hukum : merupakan peraturan yang dibuat oleh penguasa Negara yang isinya mengikat setiap orang yang dalam pelaksanaannya dapat dipaksakan oleh alat perlengkapan Negara.
- Kaedah Agama : merupakan peraturan hidup yang diterima sebagai perintah, larangan dan anjuran yang datangnya dari tuhan yang sifatnya universal
- Kaedah Kesusilaan : merupakan kaedah kehidupan pribadi yang khusus menyangkut hati nurani individu dalam pergaulan hidupnya dengan sesama.
- Kaedah Kesopanan : merupakan peraturan hidup yang muncul dari pergaulan segolongan manusia. Peraturan ini harus diikuti dan di taati sebagai pedoman yang mengatur tingkah laku manusia yang satu terhadap manusia yang lain
- Hukum : peraturan-peraturan yang bersifat memaksa, yang menentukan tingkah laku manusia dalam lingkungan masyarakat yang dibuat oleh badan badan resmi yang berwajib, pelanggaran mana terhadap peraturan-peraturan tadi berakibatkan diambilnya tindakan, yaitu dengan hukum tertentu.
- Undang-Undang : Merupakan peraturan Negara yang mempunyai kekuatan hukum yang mengikat, di adakan dan di pelihara oleh Negara.
- Kebiasaan : Merupakan perbuatan manusia yang dilakukan secara berulang-ulang dalam hal yang sama.
- Yurisprudensi : Merupakan putusan hakim mahkamah agung yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (inkrach).
- Traktat : hukum yang ditetapkan oleh negara-negara di dalam suatu perjanjian antara Negara. Atau

- dengan kata lain traktat merupakan perjanjian antar Negara yang melibatkan kepentingan dua atau lebih negara.
- Doktrin : hukum yang berasal dari pendapat para ahli hukum
- Kodifikasi : pembukuan jenis-jenis hukum tertentu dalam kitab undang-undang secara sistematis dan lengkap
- Hukum Perdata : segala hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan.
- Pidana : pidana berwujud suatu nestapa, diberikan oleh Negara, kepada para pelanggar, reaksi-reaksi atas delik dapat memberikan reaksinya atau imbalannya pada pelanggar, yaitu berupa ancaman hukuman atau pidana
- Hukum Acara Perdata : Hukum yang mengatur bagaimana cara-cara memelihara dan mempertahankan hukum perdata materiel yaitu hukum yang memuat aturan-aturan yang mengatur kepentingan-kepentingan dan hubungan-hubungan yang berwujud perintah dan larangan-larangan.
- Hukum Acara Pidana : Hukum yang mengatur bagaimana cara-cara memelihara dan mempertahankan hukum pidana materiel.
- Peristiwa Hukum : suatu peristiwa yang didasarkan hukum menimbulkan atau menghapuskan hak
- PerbuatanHukum : setiap perbuatan manusia yang dilakukan dengan sengaja untuk menimbulkan hak dan kewajiban.
- PerbuatanMelanggar Hukum : Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.
- Akibat Hukum : segala akibat yang terjadi dari segala perbuatan hukum yang dilakukan oleh subjek hukum terhadap obyek hukum ataupun akibat-

akibat lain yang disebabkan karena kejadian-kejadian tertentu yang oleh hukum yang bersangkutan sendiri telah ditentukan atau dianggap sebagai akibat hukum.

- Sumber Hukum : segala sesuatu yang telah menimbulkan aturan-aturan yang mempunyai kekuatan yang bersifat memaksa, artinya yaitu aturan-aturan yang kalau dilanggar akan mengakibatkan sanksi yang tegas dan nyata.
- Subyek Hukum : pendukung hak dan kewajiban
- Badan Hukum : Segala sesuatu yang berdasarkan tuntutan kebutuhan masyarakat yang demikian itu oleh hukum diakui sebagai pendukung hak dan kewajiban.
- Objek Hukum : segala sesuatu yang berguna bagi subjek hukum (manusia atau badan hukum) dan yang dapat menjadi pokok suatu perhubungan hukum karena sesuatu itu dapat di kuasai si subjek hukum.
- Sistem Hukum : merupakan suatu kesatuan sistem yang tersusun atas integritas sebagai komponen sistem hukum, yang masing-masing memiliki fungsi tersendiri dan terikat dalam suatu kesatuan hubungan yang saling terkait, bergantung, mempengaruhi, dan bergerak dalam kesatuan proses yakni proses sistem hukum untuk mewujudkan tujuan hukum.
- Asas Hukum : Pikiran-pikiran dasar yang ada di dalam dan di belakang aturan hukum; (*ratio legis*) dari peraturan hukum. Nilai-nilai yang melandasi norma-norma hukum.
- Kebebasan Berkontrak : Kebebasan membuat, menentukan bentuk, isi perjanjian apa saja asalkan isinya tidak bertentangan dengan kepatutan, undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.
- Interpretasi : merupakan penjelasan setiap istilah dari suatu perjanjian apabila terdapat pengertian ganda

atau tidak jelas dan para pihak memberikan pengertian yang berbeda terhadap istilah yang sama atau tidak dapat memberikan arti apa pun terhadap istilah tersebut.

Penegakan Hukum : merupakan suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide tentang keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan sosial menjadi kenyataan.

DAFTAR SINGKATAN

A

AB : Algemene Bevelingen

B

BW : Burgerlijk Wetboek

BPK : Badan Pengawas Keuangan

C

CC : Code Civil

D

DPR : Dewan Perwakilan Rakyat

G

GBHN : Garis-Garis Besar Haluan Negara

H

HAM : Hak Asasi Manusia

HMI : Hak Milik Intelektual

J

Jo : Juncto

K

KEPRES : Keputusan Presiden

KEPMEN : Keputusan Menteri

KUH Dagang : Kitab Undang-undang Hukum Dagang

KUH Perdata : Kitab Undang-undang Hukum Perdata

KUHPidana : Kitab Undang-undang Hukum Pidana

KY : Komisi Yudisial

KUHAP : Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana

M

MK : Mahkamah Konstitusi

MA : Mahkamah Agung

MPR : Majelis Permusyawaratan Rakyat

P

PP : Peraturan Pemerintah

PERPU : Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang

PT : Pengadilan Tinggi

PN : Pengadilan Negeri

PERDA	:	Peraturan Daerah
PPK	:	Perjanjian Pembiayaan Konsumen
R		
RUU	:	Rancangan Undang Undang
U		
UU	:	Undang-undang
UUD45	:	Undang Undang Dasar 45
UUPA	:	Undang-Undang Pokok Agraria
W		
WvK		<i>Wetboek van Koophandel</i>

A

A. Brinz, 140
A. Mukti Arto, 239, 276
A. Ridwan Halim, 136, 276
A.M. Mujahidin, 235, 284
A.N. Houwing, 140
Abdul Djamal, 163, 166, 276
Abdul Ghofur, 167, 276
Abdurrahman, 276
Abu Bakar Busro, 107, 276
Abu Daud Busroh, 107, 276
Achmad Ali, 45, 46, 49, 52, 229, 276
Advokasi, 284
Agasha Mugasha, 196, 276
Ahmad Ali, 47, 52, 234
Ahmad Rifai, 222, 234, 276
Algra & K, 34, 276
Andrey, 196, 276
Anonim, 178, 276
Anthony Allots, 1, 6, 276
Antonius Sudirman, 225, 276
Anwar Harjono, 168, 276
Aristoteles, 1, 46, 250
Asas Hukum, 139, 175, 288
AV. Dicey, 4, 276

B

B.W., 141
badan hukum, 136, 139, 140, 141, 142,
143, 144, 145
Badan Hukum, 139, 140, 141, 142, 144,
145, 277, 288
Bagir Manan, 103, 108, 115, 119, 126,
128, 277, 284

Baharudddin Lopa, 271, 276
Bambang Waluyo, 75, 277
Binder, 140
Boedi Harsono, 277
Brice Dickson, 152, 277
Bryan A. Garner, 140, 277

C

C.W. Opzoomer, 140
Carl Joachim Friedrich, 277
Chairuddin Ismail, 95, 277
Charles Sampford, 7, 277
checks and balances, 240, 241
Chidir Ali, 141, 277

D

DavidMTrubek., 5, 284
de Knecht, 96, 277
Dictionary, 140, 277
Doktrin, 47, 59, 165, 287
DPD, 243
DPR, 241, 243, 244, 247
Dudu Duwara, 84, 100, 277

E

E. Utrecht, 88, 107, 141, 277
Eddy Damian, 70
Eropa Kontinental, 147, 149, 163, 165,
166, 250

F

F.J. Van der Heyden, 140
Fence M. Wantu, 277

Fickar Hadjar, 241, 277
Firmansyah, 241, 277
Firmansyah dan Juliyus Wardi, 241, 277
Formil, 56, 72, 73

H

Hak Cipta, 70
Hak Milik, 151, 155, 290
Hamid S Attamimi, 115, 277
Hans Kelsen, 262, 277, 278
harta, 140, 142, 144
Hasanuddin, 166, 278
Hasanudin Rahman, 176, 277
Henry Campbell, 199, 278
HFA.Vollmar, 278
Holder, 140
Hukum, 70, 136, 140, 141, 142, 143,
144, 145, 276, 277, 281, 282, 283,
288, 290
Hukum Acara Perdata, 8, 80, 277, 287
Hukum Acara Pidana, 73, 80, 287, 290
Hukum Perdata, 59, 60, 65, 66, 67, 69,
84, 86, 87, 88, 90, 99, 136, 138, 147,
156, 164, 190, 199, 210, 214, 254,
276, 281, 282, 283, 287, 290
Hurhainis Abdul Hay, 164, 278

I

I, 1, 20, 44, 56, 83, 103, 136, 161, 170,
208, 251
Imam Saikani, 157, 278
Iman Sudiyat, 278
Indonesia, 238, 240, 242, 243, 246, 280,
282, 285
Interpretasi, 208, 211, 212, 213, 217,
219, 220, 221, 222, 278, 288

J

J. Satrio, 188, 190, 191, 192, 193, 278
J.F. Holleman, 278

Jakarta, 70, 283
Jazim Hamidi, 222, 278
Jhon Austin, 278
Jimly Asshiddiqie, 118, 123, 124, 126,
131, 140, 174, 240, 241, 278, 284
Joeniarto, 106, 278
Johannes Gunawan, 182, 284
John E.C. Brierley, 153, 278
Johnny Ibrahim, 222, 278
Judicial Review, 245

K

Kaedah Agama, 17, 286
Kaedah Hukum, 12, 18, 23, 29, 30, 32,
280, 286
Kaedah Kesopanan, 18, 25, 26, 286
Kaedah Kesusilaan, 18, 286
Karen Vandekerckhove, 87, 278
Kartini Muljadi, 66, 200, 278, 279
Kebebasan Berkontrak, 176, 178, 182,
199, 281, 282, 284, 288
Kebiasaan, 26, 58, 109, 111, 113, 229,
286
kekayaan, 139, 140, 142, 144
Kepmen, 17
Kepres, 17
Khudzaifah Dimiyati, 279
Kodifikasi, 9, 65, 68, 163, 209, 287
Komariah Emong, 95, 279
Konrad Zweigert, 179, 279
Konsolidasi, 140, 278
Koperasi, 287, 288

L

L.C. Hofmann, 95, 279
Law, 1, 2, 4, 7, 16, 51, 140, 148, 152,
153, 154, 164, 165, 166, 177, 179,
182, 194, 199, 240, 276, 277, 278,
279, 281, 282, 283, 284
Lawrence M. Friedman, 4, 51, 161, 279

Legal, 4, 6, 7, 49, 140, 153, 236, 237,
277, 279, 282, 284
Leli Joko Suryanto, 196, 285
Lemaire, 13, 279
Lili Rasjidi, 279
L.J. van Apel Dorn, 279
Imre Lakatos, 3, 278
Ludwig Wittgenstein, 5, 6, 279

M

Mahkamah Agung, 238, 239, 242, 243,
244, 246, 276
Mahkamah Konstitusi, 239, 240, 241,
243, 245, 277
Marhainis Abdul Hay, 165, 279
Maria Farida Indrati, 116, 129, 279
Mariam Darus Badruzaman., 156, 158,
159, 190, 200, 279
Marwan Mas., 30, 136, 279
Materiel, 56, 95, 279
Menteri, 290
Mochtar Kusumaatmadja, 44, 107, 279,
280
Moh. Kusnardi, 107, 262, 280
Moh. Mahfud , MD, 242, 285
Moh. Mahfud MD, 245, 280
Moh.Koesnoe, 238, 280
Mohammad Fajrul Fallak, 245, 285
Mohd Syaufil, 189, 279
Molengraaff., 140
MPR, 242, 244
Munir Fuady, 183, 233, 280

N

Ni'matul Huda, 242
Niniek Suparni., 73, 280
Nood weer, 96
Notoamidjajo, 170, 280

O

Objek Hukum, 145, 288
Otje Salman, 280
Overmacht, 96

P

P.A.F. Lamintang, 74, 281
P.S. Atiyah, 177, 281
Padmo Wahjono, 117, 157, 285
Paul Moedikdo, 16, 280
Pembelaan Terpaksa, 40, 96
pemisahan kekuasaan, 238, 240, 241
Perbuatan, 22, 39, 41, 72, 85, 86, 88, 89,
90, 92, 93, 94, 95, 97, 99, 139, 150,
277, 281, 283, 285, 287
Perbuatan Hukum, 85, 86, 287
Perbuatan Melanggar Hukum, 88, 99,
281, 283, 287
perdata, 139
Perdata, 29, 67, 69, 92, 147, 164, 199,
214, 254, 290
Peristiwa Hukum, 287
Perpu, 77, 122, 123, 131
Perseroan Terbatas, 136
Perusahaan Negara, 136, 290
Peter Gillies, 154, 281
Peter L. Berger, 2, 281
Philippe Nonet, 240, 281
Philippe Nonet dan PhilipSelznick, 240,
281
Pidana, 12, 29, 60, 65, 66, 72, 73, 74, 75,
76, 77, 78, 79, 84, 95, 96, 139, 202,
204, 205, 206, 218, 253, 277, 279,
280, 283, 287, 290
Pipin Syarifin, 83, 84, 280
Presiden, 240, 241, 242, 247
presidensiil, 242, 246
Purnadi Purbacaraka, 16, 23, 25, 141,
173, 262, 280
Purwahid Patrik, 187, 188, 189, 281

R

R . Rochmat Soemitro, 142
R. Soepomo, 281
R. Subekti., 69, 86, 88, 90, 161, 193, 281
R. Wirjono Prodjodikoro, 88, 281
Rachmadi Usman, 155, 281
Rachmat Setiawan, 88, 91, 93, 94, 96,
97, 99, 281
Ranti Fauza, 148, 285
Ridwan Khairandy, 176, 178, 179, 198,
199, 281
Robert Cooter, 154, 281
Robert W. Emerson, 148, 281
Romli Atmasasmita, 281
Ronald Dworkin, 2, 281
Rosa Agustina, 92, 93, 95, 281
Roscoe Pound, 53, 54, 55, 236
Rosjidi Ranggawidjaja, 119

S

Salim, HS, 142, 281
Satjipto Rahardjo, 83, 157, 234, 235,
236, 251, 282
Setiawan, 88, 91, 93, 94, 197
SF. Marbun, 107, 282
sistem pemerintahan, 246
Sjachran Basah, 282
Soemitro, 142
Soenarto Soerodibroto, 40, 282
Soerjono Soekanto, 23, 25, 66, 173, 252,
261, 262, 263, 264, 269, 274, 280,
281, 282
Soeroso, 85, 101, 282
Sri Soedewi Masjhoen, 142
Sri Soemantri, 243, 282
Subekti, 44, 69, 87, 142, 157, 180, 181,
186, 193, 198, 282
Sudikno Mertokusumo, 13, 25, 33, 34,
44, 104, 107, 163, 170, 171, 172, 211,
218, 220, 232, 250, 251, 252, 282
Sudiman Kartodiprojdo, 143

Sudiman Kartohadiprojdo, 88, 282
Sumali, 244, 282
Sumali XE "Sumali" ., 244, 282
Susi Moeimam, 89, 282
Sutan Remy Sjahdeini, 94, 177, 178,
179, 282, 285
Syihabudin., 285

T

TAP MPR, 114, 115, 119, 122, 131, 277,
284, 285
Ter Haar, 282
Theo Huijbers, 51, 282
Titik Triwulan Tutik, 136, 156, 282
Traktat, 59, 109, 112, 113, 114, 286
Trias Politika, 238

U

Undang-Undang, 12, 30, 57, 63, 65, 67,
73, 77, 82, 84, 99, 109, 111, 121, 122,
125, 129, 131, 133, 135, 138, 139,
141, 147, 164, 173, 174, 175, 187,
208, 210, 213, 214, 230, 237, 238,
239, 241, 244, 253, 255, 257, 258,
259, 260, 261, 262, 265, 266, 267,
273, 277, 280, 281, 283, 284, 286,
290, 291
Utrecht, 11, 60, 88, 89, 96, 107, 210,
211, 248, 277, 282, 283
UUD Negara RI tahun 1945, 247

V

V.F.M. Den Hartog, 143
van Apeldoorn, 10, 16, 33, 70, 71, 105,
279, 283
van HAMEL, 202, 203, 206, 283
Vermogen, 142
Volmar, H.V.A., 283
Von Savigny, 140

W

W. Friedman, 70, 283
W. Friedman,, 70, 283
W. Martin, 89, 283
Wakil Presiden, 241, 242
William Tetley, 196, 283
Win Voerman, 283
Wirjono Prodjodikoro, 59, 69, 99, 139,
283

Y

Yayasan, 136

Yehezkiel Dio, 4, 283
Yudha Bhakti Ardhiwisastra, 208, 211,
283
Yurisprudensi, 17, 58, 111, 112, 116,
173, 227, 281, 286

Z

Zaakwaarneming, 86, 99
zadelijk, 141

BIODATA PENULIS



Dr. Tami Rusli, S.H., M.Hum., lahir di Metro, 3 September 1963, telah mengabdikan diri sebagai dosen sejak 1987 di Fakultas Hukum Universitas Bandar Lampung. Pendidikan TK, SD, SMP dan SMA ditempuh di Metro. Pendidikan tinggi hukum Strata 1 (S1) di Universitas Lampung, Strata 2 (S2) di Program Studi Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Airlangga Surabaya, dan Strata 3 (S3) diselesaikan di Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang.

Program kekhususan yang menjadi bidang keahlian penulis sesuai dengan mata kuliah yang di asuh adalah:

Pengantar Ilmu Hukum (S1), Hukum Dagang (S1), Hukum Perikatan (S1), Hukum Perlindungan Konsumen (S1) Fakultas Hukum, Hukum Bisnis (S1) Fakultas Ekonomi, Hukum Pembiayaan Perusahaan (S2), Teori Hukum (S2), Sistem Badan Hukum (S2). Program Studi Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Bandar Lampung

Pada saat ini penulis menjabat sebagai Ketua Penyunting Pelaksana Jurnal Pranata Hukum Program Studi Magister Ilmu Hukum Program Pasca Sarjana dan Keadilan Progresif Program Studi Ilmu Hukum Universitas Bandar Lampung.

Buku ini merupakan Karya penulis sebagai buah karya akademik. Melalui telaah filosofis, asas-asas dan teori-teori hukum serta konsep Yang lugas, cerdas dan sederhana.

Melalui pemikiran ini penulis mengajak kepada semua pihak, khususnya akademisi hukum untuk memahami dasar hukum sebagai langkah awal mempelajari hukum.



Jl. Zainal Abidin Pagar Alam No.26, Labuhan Ratu, Kedaton, Kota Bandar Lampung, Lampung 35142

