

BAB I PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Permasalahan

Indonesia adalah suatu negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*), kekuasaan kehakiman merupakan badan yang sangat menentukan isi dan kekuatan kaidah-kaidah hukum positif. Kekuasaan kehakiman diwujudkan dalam tindakan pemeriksaan, penilaian dan penetapan nilai perilaku manusia tertentu serta menentukan nilai situasi konkret dan menyelesaikan persoalan atau konflik yang ditimbulkan secara imparial berdasarkan hukum sebagai patokan objektif.¹

Secara yuridis formal pelaksanaan tugas dan kewenangan seorang hakim dilakukan dalam kerangka menegakkan kebenaran dan keadilan. Hal itu sebagaimana yang telah dicita-citakan selama ini, dengan berpedoman pada hukum, undang-undang, serta nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hal ini telah tersirat dalam Undang Undang Kekuasaan Kehakiman. Undang Undang Kekuasaan Kehakiman sendiri telah mengalami beberapa kali perubahan, dimulai dari UU No. 19 Tahun 1964 tentang Ketentuan Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, UU No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman dan UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang secara keseluruhan disebut sebagai Undang Undang Kekuasaan Kehakiman.

Seperti kita ketahui pembuat undang-undang hanya menetapkan peraturan umum saja, dan pertimbangan tentang hal-hal konkret terpaksa diserahkan kepada

¹ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), hlm. 1.

hakim.² Hakim dituntut untuk mengisi kekosongan hukum demi tercapainya rasa keadilan dan keamanan. Sejarah perkembangan Undang Undang Kekuasaan Kehakiman, hakim selalu dituntut untuk menggali dan mengikuti perkembangan hukum yang ada di masyarakat, sebagaimana tersirat dalam Undang Undang Kekuasaan Kehakiman.

Kewajiban bagi hakim adalah untuk menemukan hukum yang hidup dalam masyarakat pada saat melakukan pemeriksaan perkara. Hal itu sebagaimana yang telah diatur dalam Pasal 20 ayat (1) Undang Undang No. 19 Tahun 1964 tentang Ketentuan Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan hakim sebagai alat revolusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dengan mengintegrasikan dari dalam masyarakat guna benar-benar mewujudkan fungsi hukum sebagai pengayoman. Pasal ini menyatakan bahwa seorang hakim wajib menemukan hukum yang hidup dalam masyarakat untuk diterapkan pada kasus pidana yang sedang diperiksa. Selain itu, ketentuan pasal ini menginginkan agar seorang hakim dapat mewujudkan fungsi hukum sebagai sarana pengayom masyarakat.

Sejarah perkembangan Kekuasaan Kehakiman setelah tahun 1964, yaitu pada tahun 1970 kembali mengalami perubahan dan perubahan itu tertuang pada Undang Undang No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Undang Undang tersebut masih mengharuskan hakim untuk menemukan hukum sebagaimana tersirat dalam Pasal 23 (1) yang menyatakan bahwa segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan-alasan

² *Ibid*, hlm. 4.

dan dasar-dasar putusan itu, juga harus memuat pula pasal-pasal tertentu dari peraturan-peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili. Pasal ini menyatakan sumber hukum tidak tertulis dapat digunakan sebagai sumber hukum dalam memutus dan mengadili suatu perkara khususnya dalam bidang hukum pidana, sedangkan dalam Pasal 27 ayat (1) menyatakan hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Secara garis besar menjelaskan bahwasannya seorang hakim selaku penegak hukum dituntut untuk menggali, mengikuti serta memahami nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat dengan menjadikan sumber hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum di dalam penemuan hukum demi mengisi kekosongan hukum (*rehctsvacuum*) yang terjadi saat itu.

Tahun 2004, Undang Undang Kekuasaan Kehakiman kembali mengalami perubahan dan menjadi Undang Undang No. 4 Tahun 2004. Undang Undang ini dalam ketentuannya masih mengharuskan hakim sebagai personal yang harus menemukan hukum, sebagaimana yang tersirat pada Pasal 28 ayat (1) tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan bahwa hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Pasal ini menjelaskan jika seorang hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami sumber hukum tidak tertulis dalam melakukan penemuan hukum demi mengisi kekosongan hukum (*rehctsvacuum*) dalam perkara hukum pidana yang saat itu sedang berlangsung.

Perkembangan Undang Undang Kekuasaan Kehakiman mencapai puncaknya, yaitu pada Undang Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Undang Undang Kekuasaan Kehakiman ini menyatakan hakim sebagai penemu hukum dan tersirat pada Pasal 5 ayat (1) yang ketentuannya menyatakan hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Ketentuan dari pasal ini ialah hakim wajib untuk menggali dan mempelajari perkembangan hukum yang berlaku saat ini, hal tersebut dilakukan demi terciptanya keadilan bagi masyarakat, sedangkan pada Pasal 50 ayat (1) yang menyatakan putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.

Ketentuan pasal tersebut menjelaskan bahwa hakim secara tidak langsung dituntut untuk menjadikan hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum dalam memutus dan mengadili apabila suatu perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang. Kata memutus dan mengadili merupakan serangkaian kata yang tidak dapat dipisahkan, jadi ketika hakim harus memutus dan mengadili suatu perkara yang belum diatur dalam peraturan tertulis atau undang-undang tentu saja hakim dituntut untuk menggunakan sumber hukum tidak tertulis.

Secara esensial, ketentuan dari pasal-pasal tersebut mengharuskan hakim untuk menggali, mengikuti dan memahami keadaan masyarakat. Hakim dituntut untuk menjadikan hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum dalam memutus dan mengadili apabila suatu perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang.

Kata memutus dan mengadili merupakan serangkaian kata yang tidak dapat dipisahkan, jadi ketika hakim harus memutus dan mengadili suatu perkara yang belum diatur dalam peraturan tertulis atau undang-undang tentu saja hakim dituntut untuk menggunakan sumber hukum tidak tertulis dalam menemukan hukum. Sesungguhnya isi dari pasal-pasal tersebut sangatlah mulia dan menjunjung tinggi nilai keadilan, serta menempatkan seorang hakim sebagai personal yang wajib menemukan hukum demi mengisi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*). Semua itu seakan-akan menjadi sia-sia apabila dihantam dengan tembok besar yang bernama asas legalitas.

Penemuan hukum (*Rechtsvinding*) oleh hakim mungkin dapat diberlakukan dengan baik dalam bidang hukum di luar hukum pidana khususnya, dalam ranah hukum perdata. Penemuan hukum (*Rechtsvinding*) dalam bidang hukum pidana oleh hakim sangat tidak dimungkinkan dengan masih berlakunya Pasal 1 ayat (1) KUHP (Kitab Undang Undang Pidana), pasal ini menyatakan bahwa tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.

Asas legalitas yang dirumuskan dalam *Adagium (nullum delictum nula poena sine praevia lege poenali)* yang biasanya diterjemahkan ke dalam kalimat ‘tiada delik, tiada pidana, tanpa undang-undang pidana terlebih dahulu, ini mengisyaratkan bahwa tidak ada perbuatan dilarang dan diancam dengan pidana apabila perbuatan tersebut belum dinyatakan terlebih dahulu dalam suatu aturan undang-undang. Asas legalitas ini untuk menentukan adanya perbuatan pidana

tidak boleh digunakan analogi (kiyas) dan mengharuskan aturan-aturan pidana untuk tidak berlaku surut.

Isi pasal tersebut menjelaskan bahwa sesungguhnya suatu perbuatan yang dikatakan melanggar hukum apabila perbuatan tersebut sudah dan telah diatur dalam kekuatan ketentuan undang-undang khususnya, Undang-Undang Hukum Pidana. Secara tidak langsung asas legalitas mengharuskan keberadaan undang-undang terlebih dahulu ada sebelum perbuatan dilakukan. Jadi, selama perbuatan itu tidak diatur dalam undang-undang walaupun perbuatan itu merupakan hal yang sangat keji sekalipun tidak dapat dikatakan sebagai perbuatan pidana dan tidak dapat dikenai sanksi pidana.

Berbeda halnya dengan sumber hukum pidana, hukum perdata lebih terfokus pada asas kebebasan berkontrak. Hukum perdata masih mengakui adanya sumber hukum lain selain Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijke Wetboek*) sebagaimana yang sudah tersirat pada Pasal 1337 Kitab Undang Undang Hukum Perdata yang menyatakan bahwa suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum. Ketentuan dari pasal ini secara tegas mengakui sumber hukum lain diluar undang-undang yang telah ditentukan (hukum tidak tertulis).

Problematika utama dari Undang Undang Kekuasaan Kehakiman adalah dimana sesungguhnya pasal-pasal tersebut bertujuan mulia untuk menciptakan keadilan bagi masyarakat dan menjunjung tinggi hukum, dan seorang hakim dituntut untuk wajib menemukan hukum apabila ada salah satu perbuatan yang sangat keji serta merugikan banyak orang namun belum diatur oleh kekuatan

ketentuan undang-undang. Disisi lain, hakim tidak dapat mengkonstruksi perbuatan pidana karena harus dihadapkan dengan kekokohan dari asas legalitas sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menjadi tembok besar yang harus ditembus.

Asas legalitas inilah yang menjadi hambatan terbesar dalam pelaksanaan tugas dan fungsi dari Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman serta menimbulkan antinomi dalam hukum. Berbeda halnya dengan hakim perdata dalam menangani suatu perkara perdata yang diberikan kebebasan dalam menjatuhkan putusan maupun dalam mengisi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*), sehingga dengan mudahnya melakukan penemuan hukum.

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang dapat dirumuskan permasalahan yang menjadi isu hukum dalam skripsi ini, yaitu :

1. Mengapa penemuan hukum (*Rechtsvinding*) dalam bidang hukum pidana sulit dilakukan ?
2. Landasan yuridis apakah yang harus dibuat agar penemuan hukum (*Rechtsvinding*) dalam bidang hukum pidana dapat diberlakukan ?

1.3 Tujuan Penelitian

1. Mengetahui alasan mengapa masih sulit melakukan penemuan hukum (*Rechtsvinding*) dalam bidang hukum pidana.

2. Menganalisis perlu tidaknya dibuat aturan hukum yang baru untuk segera dibuat agar penemuan hukum (*Rechtsvinding*) dalam bidang hukum pidana dapat diberlakukan.

1.4 Manfaat Penelitian

Manfaat dari penelitian skripsi ini ada 2 yaitu, manfaat teoritis dan manfaat praktis.

1. Manfaat Teoritis yaitu :

Manfaat teoritis penelitian skripsi ini diharapkan memberikan suatu pemikiran bahwa terjadi ketiadaan fungsi Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 50 ayat (1) Undang Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

2. Manfaat Praktis yaitu :

Manfaat praktis penulisan skripsi ini diharapkan untuk menjadi tujuan agar sesegera mungkin dibuat aturan hukum yang mengatur tentang kekuasaan kehakiman yang baru demi menjunjung tinggi keadilan.

1.5 Keaslian

Setelah penulis mencari informasi tentang permasalahan yang akan dibahas dan ditulis di beberapa literatur dan internet penulis tidak menemukan penelitian ini pernah ditulis sebelumnya terlebih di Indonesia. Hal ini dikarenakan pembahasan yang akan dibahas dalam penulisan ini merupakan suatu pembaharuan hukum di Indonesia yang meliputi tentang Asas Legalitas yang bersifat kaku dan membentuk hambatan hukum untuk penemuan hukum dalam bidang hukum pidana

1.6 Metode Penelitian

1.6.1 Jenis Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan dalam penulisan skripsi ini adalah *Theoretical Research*. Menurut **Hutchinson**, *Theoretical Research is research which fosters a more complete understanding of the conceptual bases of legal principles and of combined effects of a range of rules and procedures that touch on a particular area of activity.*³ (terjemahan bebas: penelitian yang menumbuhkan pemahaman yang lebih lengkap dari basis konseptual prinsip-prinsip hukum dan efek gabungan dari berbagai aturan dan prosedur yang menyentuh pada area tertentu dari kegiatan).

1.6.2 Pendekatan Penelitian

Adapun pendekatan masalah dengan mengumpulkan data dalam penulisan skripsi ini menggunakan tiga (3) pendekatan yaitu :

1. Pendekatan Konseptual (*Conseptual Approach*). Pendekatan konseptual dilakukan jika peneliti tidak beranjak dari aturan hukum yang ada dengan mempelajari perundang-undangan dan doktrin-doktrin didalam ilmu hukum.⁴ Kegunaan penelitian ini dilakukan karena memang belum atau tidak ada aturan hukum untuk masalah yang dihadapi.
2. Pendekatan Komperatif pendekatan ini dilakukan dengan membandingkan undang-undang suatu negara dengan undang-undang dari satu atau lebih negara lain mengenai hal yang sama.⁵ Pendekatan ini bertujuan untuk

³ Peter Mahmud Marzuki, ***Penelitian Hukum***, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2007), hlm. 32.

⁴ *Ibid*, hlm. 95.

⁵ *Ibid*, hlm. 95.

membandingkan satu undang-undang dengan undang-undang lainnya terkait isu hukum yang menjadi masalah dalam penulisan skripsi.

3. Pendekatan Historis dilakukan dengan menelaah latar belakang apa yang dipelajari dan perkembangan pengaturan mengenai isu yang dihadapi.⁶ Kegunaan penelitian ini dilakukan untuk mengetahui sejarah dan perkembangan dari isu hukum yang akan ditulis.

1.6.3 Bahan Hukum

Bahan hukum merupakan dasar yang akan dijadikan acuan atau rujukan oleh penulis dalam penulisan skripsi ini. Adapun bahan hukum yang dipergunakan penulis dalam penulisan skripsi ini meliputi bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier.

1. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum Sekunder, yaitu berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Bahan hukum sekunder dapat berupa tulisan-tulisan tentang hukum baik dalam bentuk buku maupun jurnal-jurnal.⁷

2. Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum tersier adalah bahan hukum yang memberikan penjelasan atau petunjuk terhadap hukum primer dan sekunder.⁸ Adapun bahan hukum tersier yang digunakan dalam penulisan skripsi ini adalah kamus-kamus, kliping atau artikel yang berasal dari media cetak dan media elektronik.

⁶ *Ibid*, hlm. 94.

⁷ *Ibid*, hlm. 142.

⁸ *Ibid*, hlm. 143.

1.6.4 Pengumpulan Bahan Hukum dan Analisis

Pengumpulan bahan hukum yang dilakukan saya sebagai penulis meliputi beberapa pendekatan penelitian yaitu :

Pengumpulan dan analisa dalam menggunakan pendekatan historis, bahan hukum yang perlu dikumpulkan adalah peraturan perundang-undangan, putusan-putusan pengadilan, dan buku-buku hukum dari waktu ke waktu.⁹ Dalam melakukan pengumpulan ini penulis membaca dan memilih tema yang nantinya akan dijadikan sebuah permasalahan yang dan dijadikan isu hukum dalam penulisan skripsi ini.

Pengumpulan bahan hukum dengan menggunakan pendekatan komparatif, peneliti harus mengumpulkan ketentuan perundang-undangan ataupun putusan-putusan pengadilan negara lain mengenai isu hukum yang hendak dipecahkan.¹⁰ Penulis melakukan perbandingan satu undang-undang dengan undang-undang lain mengenai isu hukum yang hendak dipecahkan.

Pengumpulan bahan hukum pendekatan konseptual yang perlu diperhatikan dalam pengumpulan data konseptual adalah apa yang harus dikumpulkan terlebih dahulu bukan peraturan perundang-undangan karena belum ada aturan perundang-undangan untuk isu hukum yang harus dipecahkan.¹¹ Proses pengumpulan data ini penulis wajib membaca dan mengetahui poin pokok yang nantinya akan dijadikan tema dalam membuat rumusan masalah.

⁹ *Ibid*, hlm. 195.

¹⁰ *Ibid*, hlm. 195.

¹¹ *Ibid*, hlm. 196.