

materiil yang tersusun dalam suatu sistem yang berlaku dalam sebuah negara. Yang dimaksud dengan undang-undang dalam arti materiil adalah putusan pemerintah yang tertulis yang isinya berlaku umum, yang disebut juga peraturan hukum. Semua peraturan hukum yang dibuat oleh pemerintah yang sah disebut undang-undang. Sedangkan undang-undang dalam arti formal adalah putusan pemerintah yang karena prosedur pembentukan dan bentuk penampilannya dinamakan undang-undang.

G. SUMBER TATA HUKUM

Pada hakekatnya yang dimaksudkan dengan sumber hukum atau *bron* (Belanda) adalah tempat asal di mana dapat ditemukan atau digalinya serta diambilnya hukum atau landasan segala hukum.⁷³ Menurut Willem Zevenbergen, kata sumber hukum sering digunakan dalam beberapa arti, yaitu:

- a. Sebagai asas hukum, yaitu sebagai sesuatu yang merupakan permulaan hukum, misalnya kehendak Tuhan, akal manusia, jiwa bangsa dan sebagainya;
- b. Menunjukkan hukum terdahulu yang memberi bahan-bahan kepada hukum yang sekarang berlaku, seperti hukum Perancis, hukum Romawi dan sebagainya;
- c. Sebagai sumber berlakunya, yang memberi kekuatan berlaku secara formal kepada peraturan hukum (penguasa, masyarakat);
- d. Sebagai sumber dari mana hukum dapat dikenal, misalnya dokumen, undang-undang, lontar, batu bertulis dan sebagainya;
- e. Sebagai sumber terjadinya hukum, yaitu sumber yang menimbulkan hukum.⁷⁴

Secara umum dapat dibedakan adanya dua sumber hukum, yaitu sumber hukum material dan sumber hukum formal.⁷⁵ Yang dimaksud dengan sumber hukum material adalah faktor-faktor yang mempengaruhi atau turut menentukan isi dari hukum atau kaidah hukum. Faktor-faktor yang menentukan isi hukum itu dapat dibedakan ke dalam faktor-faktor idiil dan faktor-faktor kemasyarakatan. Faktor-faktor idiil adalah patokan-patokan yang tetap (tidak berubah), yang harus dipatuhi oleh pembentuk undang-undang dan badan-badan pembentuk hukum lainnya dalam menjalankan tugas masing-masing, yaitu keadilan, asas-asas kesusilaan yang paling dasar dan kesejahteraan masyarakat. Faktor-faktor kemasyarakatan menunjuk pada kenyataan masyarakat yang aktual dan yang menjadi landasan pengaturan kehidupan kemasyarakatan. Fakta-fakta kemasyarakatan itu bukanlah aturan hukum, melainkan material yang oleh pembentuk undang-undang dan pembentuk hukum lainnya yang diolah menjadi kaidah-kaidah hukum dengan bersaranakan faktor-faktor idiil. Faktor-faktor kemasyarakatan itu meliputi struktur dan kondisi ekonomi, struktur dan proses politik, kebiasaan, tata hukum yang ada, tata hukum dari negara lain, pandangan hidup, keyakinan keagamaan, keyakinan kesusilaan, keyakinan atau kesadaran hukum dan opini publik pada umumnya.⁷⁶ Sedangkan sumber hukum dalam arti formal adalah yang bertalian dengan masalah atau persoalan di manakah bisa didapatkan atau ditemukan ketentuan-ketentuan atau kaidah-kaidah hukum yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat. Sumber-sumber hukum dalam arti formal ini terdiri dari undang-undang, kebiasaan, keputusan pengadilan, traktat atau perjanjian dan pendapat para ahli hukum terkemuka sebagai sumber tambahan.⁷⁷

1. Sumber Hukum Material⁷⁸

Sumber hukum material adalah tempat dari mana materi hukum itu diambil, yang merupakan faktor-faktor yang mempengaruhi dan turut menentukan isi dari hukum atau kaidah hukum, baik yang merupakan faktor-faktor

⁷³ Lihat... Jazim Hamidi, *Revolusi Hukum Indonesia (Makna, Kedudukan, dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 Dalam Sistem Kenegaraan RI)*, Konstitusi Press, Jakarta, 2006, hlm. 75.

⁷⁴ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, 2002, hlm. 76.

⁷⁵ Lihat... N.E. Algra & K. van Duyvendijk, *Pengantar Ilmu Hukum* diterjemahkan oleh: J.C.T. Simorangkir dan diedit oleh: Boerhanoeddin Soetan Batoeah, Binacipta, Bandung, 1991, hlm. 16.
Bandingkan... Achmad Sanusi, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Tarsito, Bandung, 2002, hlm. 67-71.

Achmad Sanusi membagi sumber hukum itu menjadi dua, yaitu: 1) "*Sumber Hukum Normal*", dibagi lagi dalam sumber hukum normal yang langsung atas pengakuan undang-undang, seperti; UU, Perjanjian Antar Negara, dan Kebiasaan. Dan sumber hukum normal yang tidak langsung atas pengakuan undang-undang, seperti; Perjanjian, Doktrin, dan Yurisprudensi. 2) "*Sumber Hukum Abnormal*", yaitu seperti; *Proklamasi*, *Revolusi*, dan *Coup d'etat*.

⁷⁶ Lihat... Tim Pengajar Pengantar Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, *Pengantar Ilmu Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 1995, hlm. 82.

⁷⁷ Mochtar Kusumaatmadja & B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 2000, hlm. 59-60.

⁷⁸ Lihat... L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum* diterjemahkan oleh: Oetarid Sadino, Pradnya Paramita, Jakarta, 1996, hlm. 75-77.

Lihat pula... E. Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia* disadur dan direvisi oleh Moh. Saleh Djindang, Sinar Harapan, Jakarta, 1989, hlm. 78-82.

Lihat pula... Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Rineka cipta, Jakarta, 2001, hlm. 71-73.

idiil maupun yang merupakan faktor-faktor riil. Sumber hukum material tersebut meliputi sumber sejarah, sosiologis (fakta dan gejala kemasyarakatan) dan filosofis.

a.

Sumber Sejarah

Dalam sejarah, istilah sumber hukum mempunyai dua makna yaitu: **Pertama**, sumber untuk mengetahui hukum dan mengenal hukum (*kenbron*) apa yang berlaku pada suatu waktu di tempat tertentu. Sumber pengenalan hukum dalam sejarah ini meliputi semua jenis tulisan, misalnya: dokumen-dokumen, inskripsi-inskripsi dan piagam-piagam yang meliputi antara lain peraturan perundang-undangan, vonis-vonis, kontrak-kontrak tertulis, karya-karya tulis para ahli hukum, novel-novel dan tulisan-tulisan lain, demikian juga tulisan-tulisan yang tidak bersifat yuridis sepanjang memuat pemberitahuan mengenai lembaga-lembaga hukum. **Kedua**, sumber-sumber dari mana pembentuk undang-undang memperoleh bahan-bahan yang digunakan untuk membentuk undang-undang. Termasuk dalam pengertian ini adalah penggunaan sistem-sistem (tatanan) hukum yang berlaku di negara lain, dan sistem-sistem (tatanan) hukum dari mana tumbuh hukum positif suatu negara, misalnya *code civil* adalah merupakan sumber langsung yang terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Perdata di Indonesia yang merupakan turunan dari *Burgerlijk Wetboek* Belanda. Disamping itu, hukum Germania, Romawi dan Kanonik adalah merupakan sumber tidak langsung yang terpenting dari hukum perdata Belanda tersebut.

b.

Sumber Sosiologis

Yang dimaksud di sini adalah faktor-faktor sosial yang secara riil menentukan atau mempengaruhi isi kaidah hukum positif. Faktor-faktor sosial ini meliputi situasi dan sistem sosio-ekonomi, keyakinan keagamaan, dan kondisi kebudayaan pada umumnya. Sumber sosiologis ini memerlukan pendekatan multidisipliner dan interdisipliner, yaitu penyelidikan tentang faktor-faktor tersebut meminta kerja sama dari pelbagai ilmu pengetahuan lain, misalnya sejarah (sejarah hukum, agama dan ekonomi), psikologi, ilmu filsafat dan sebagainya.

c.

Sumber Filsafat

Dalam filsafat, sumber hukum dibagi lebih lanjut menjadi dua, yaitu: **Pertama**, sumber dari isi hukum yang dipandang dalam konteks pertanyaan "Bilamana suatu hukum atau aturan hukum dapat dikatakan baik?", "Ukuran (kriteria, norma kritik) apa yang dapat digunakan untuk menguji aturan hukum atau sistem (tatanan) hukum tertentu?". Pertanyaan-pertanyaan itu berdasarkan anggapan bahwa ada ukuran yang demikian. Menurut pandangan yang dahulu sangat tersebar dan kini masih dianuti oleh banyak orang, yaitu Tuhanlah merupakan sumber isi hukum. Pandangan tersebut disebut pandangan hukum teokratis, yang antara lain terdapat dalam "*Old Testament*". Pandangan itu sejalan dengan anggapan bahwa pemerintah yang menetapkan hukum, bertindak sebagai pengganti Tuhan di dunia. Selanjutnya menurut teori hukum kodrat yang rasionalistis, sebagaimana yang diajarkan oleh Hugo de Groot dan para pengikutnya, sumber dari isi hukum adalah budi (*rede*). Lebih lanjut menurut pandangan yang lebih modern, yaitu yang diperkenalkan oleh aliran historis dalam ilmu pengetahuan hukum, sebagai isi hukum harus disebut kesadaran hukum sesuatu bangsa, atau dengan perkataan lain, pandangan-pandangan yang hidup dalam masyarakat mengenai apa yang disebut hukum. Pandangan-pandangan tersebut bukan semata-mata hasil uraian akal budi, melainkan lambat laun tumbuh atas pengaruh berbagai faktor, misalnya faktor agama, ekonomi, politik, dan sebagainya. Karena pandangan itu berubah-ubah, maka hukum pun berubah juga. Konsekuensinya ialah, bahwa tidaklah terdapat ukuran yang berlaku obyektif untuk isi hukum, yaitu yang dengan alasan ilmiah dapat diterima oleh setiap orang. **Kedua**, sumber kekuatan mengikat dari hukum. Dalam konteks ini pertanyaannya adalah "Atas dasar apa warga masyarakat wajib mematuhi kaidah hukum?" atau "Mengapa hukum mempunyai kekuatan mengikat?". Kekuatan mengikat dari kaidah hukum bukan semata-mata didasarkan pada kekuatan yang bersifat memaksa, tetapi karena didorong oleh alasan kesusilaan atau kepercayaan, setiap orang akan mematuhi hukum.

2. Sumber Hukum Formal

Sumber hukum formal mengacu kepada suatu rumusan peraturan yang memiliki bentuk tertentu sebagai dasar berlaku, sehingga ditaati dan mengikat hakim dan para penegak hukum. Yang dimaksud adalah peristiwa-peristiwa dari mana atau dengan apa terbentuk kaidah hukum yang berlaku (kaidah hukum positif). Yang penting di sini adalah cara, yakni prosedur terbentuknya serta bentuk yang di dalamnya kaidah hukum tersebut dirumuskan. Dengan demikian, dapat dikatakan juga bahwa sumber hukum formal itu adalah sumber yang di dalamnya dapat ditemukan kaidah hukum positif. Sumber hukum formal merupakan tempat atau sumber dari mana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum, yang berkaitan dengan bentuk atau cara yang

menyebabkan peraturan hukum itu formal berlaku. Secara umum (tradisional) sumber hukum formal itu meliputi Undang-undang, Kebiasaan, Traktat, Yurisprudensi dan doktrin atau pendapat para ahli hukum terkemuka.⁷⁹

H. PEMBIDANGAN DALAM HUKUM⁸⁰

Hukum dapat digolongkan atau dibedakan ke dalam beberapa bidang. **Pertama**, berdasarkan wilayah atau tempat berlakunya hukum dalam masyarakat. Berdasarkan Wilayah atau tempat berlakunya, hukum dapat dibedakan menjadi Hukum Nasional dan Hukum Internasional. Hukum Nasional adalah hukum yang berlaku di suatu wilayah negara tertentu; dan yang dimaksud dengan Hukum Internasional adalah hukum yang mengatur hubungan hukum lintas batas negara.

Kedua, berdasarkan Bentuk atau wujud Kaidah Hukumnya. Berdasarkan bentuknya, hukum dapat dibedakan ke dalam Hukum Tertulis dan Hukum yang Tidak Tertulis. Hukum yang Tertulis ini disebut juga Teks Otoritatif. Wujud konkrit dari hukum yang tertulis ini dituangkan dalam yang dinamakan kodifikasi. Kodifikasi adalah pembukuan (penghimpunan) suatu bahan-bahan hukum tertentu secara sistematis dan lengkap di dalam suatu kitab undang-undang, agar tercapainya kesatuan (unifikasi) hukum, kepastian hukum dan penyederhanaan hukum.⁸¹ Contoh dari hukum kodifikasi ini adalah KUHPerdara, KUHPidana, KUHAPidana dan KUHAPerdara (HIR).

Dari pengertian tersebut, maka kodifikasi hukum memiliki beberapa unsur-unsur, yaitu sebagai berikut:

- a. **Kodifikasi tersebut meliputi jenis-jenis atau bidang-bidang hukum tertentu;** Dalam hal ini misalnya, bahan-bahan hukum yang meliputi hukum perdata saja, hukum pidana saja, hukum acara dan sebagainya.
- b. **Kodifikasi tersebut memiliki sistematika tertentu;** Setiap kodifikasi isinya disusun secara sistematis dengan sistematika tertentu, sehingga mudah dicari mengenai sesuatu hal. Misalnya, KUHPerdara memiliki sistematika sebagai berikut : Buku I mengenai orang, Buku II mengenai benda, Buku III mengenai perikatan dan Buku IV mengenai pembuktian dan daluarsa.
- c. **Kodifikasi tersebut mengatur jenis-jenis atau bidang-bidang hukum tertentu.** Pembukuan dari bahan –bahan hukum jenis tertentu secara lengkap dan menyeluruh dalam suatu kitab undang-undang. Yang dimaksud dengan lengkap dan menyeluruh, yaitu bahwa dalam suatu bidang hukum tertentu sedapat mungkin diatur materi mengenai pengertian atau konsep pokok dalam hukum, seperti subyek hukum, obyek hukum, perbuatan hukum, akibat hukum, lembaga hukum, dan sebagainya.

Tujuan dari dilakukannya kodifikasi terhadap suatu hukum tertulis ini, yaitu untuk memperoleh kepastian hukum, kesatuan hukum dan penyederhanaan hukum. Agar lebih jelasnya, maka masing-masing tujuan itu akan diuraikan lebih lanjut di bawah ini:

a. **Kepastian Hukum;**

Telah menjadi ciri khas dari suatu peraturan perundang-undangan bahwa suatu peraturan perundang-undangan adalah selalu terdapat kurang-kekurangannya dan memuat aturan-aturan yang tidak jelas artinya. Hal ini dapat menimbulkan ketidakpastian hukum. Karena kodifikasi adalah mengatur secara sistematis dan lengkap, maka kodifikasi diharapkan dapat terciptanya suatu kepastian hukum. Yang dimaksud dengan kepastian hukum menurut REINHOLD ZIPPELIUS, Kepastian Hukum mempunyai dua arti, yaitu: **Pertama**, kepastian dalam pelaksanaannya. Yang dimaksud ialah bahwa hukum yang resmi diperundangkan dilaksanakan dengan pasti oleh negara. Kepastian Hukum berarti bahwa setiap orang dapat menuntut agar hukum dilaksanakan dan tuntutan itu pasti dipenuhi, dan bahwa setiap pelanggaran hukum akan ditindak dan dikenakan sanksi menurut hukum juga. **Kedua**, kepastian orientasi. Yang dimaksud ialah bahwa hukum harus sedemikian jelas sehingga masyarakat dan hakim dapat berpedoman padanya. Itu berarti bahwa setiap istilah dalam hukum harus dirumuskan dengan terang dan tegas sehingga tak ada keragu-raguan tentang tindakan apa yang dimaksud. Begitu pula aturan-aturan hukum harus dirumuskan dengan ketat dan sempit agar keputusan dalam perkara pengadilan tidak dapat menurut tafsiran subyektif dan selera pribadi hakim. Kepastian orientasi menuntut agar ada prosedur pembuatan dan peresmian hukum yang jelas dan dapat diketahui umum. Kepastian orientasi ini juga menuntut agar hukum dikembangkan secara kontinu dan taat asas. Undang-undang harus saling kait-

⁷⁹ Lihat... E. Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia* disadur dan direvisi oleh: Moh. Saleh Djindang, Sinar Harapan, Jakarta, 1989, hlm. 83.

⁸⁰ Lihat... B. Arief Sidharta, *Sari Kuliah Pengantar Ilmu Hukum* (tidak dipublikasikan), Laboratorium FH UNPAR, Bandung, 1999, hlm. 60-61.

⁸¹ Lihat... J.C.T. Simorangkir & Woerjono Sastropranoto, *Pelajaran Hukum Indonesia*, Jakarta: Gunung Agung, 1962, hlm. 18;

Lihat pula... R. Subekti, *Beberapa Pemikiran Mengenai Sistem Hukum Nasional yang Akan Datang* dalam Majalah Hukum dan Keadilan No. 9 September-Oktober 1979, hlm. 47.

mengkait, harus menunjuk ke satu arah agar masyarakat dapat membuat rencana ke masa depan, begitu pula jangan dibuat undang-undang yang saling bertentangan.⁸²

b. Unifikasi atau kesatuan hukum;

Kodifikasi dilakukan untuk mencapai kesatuan hukum atau unifikasi hukum, yakni untuk menghindarkan diri dari sifat hukum yang beraneka ragam yang akan menimbulkan suatu perselisihan hukum (*Conflik of Law*) dan tidak ada aturan hukum lain yang berlaku selain dari materi yang terdapat di dalam kitab undang-undang yang bersangkutan.

c. Penyederhanaan hukum.

Sumber hukum yang tertulis adalah banyak sekali atau beraneka ragam menurut tempat dan waktu, sehingga perlu dihimpun dan disederhanakan dalam suatu kitab undang-undang.

Kodifikasi dari hukum yang tertulis ini dapat dilaksanakan berdasarkan beberapa prinsip, yakni kodifikasi terbuka dan kodifikasi parsial. Dengan prinsip kodifikasi terbuka dimaksudkan bahwa dimungkinkan di luar kitab undang-undang terdapat aturan-aturan yang berdiri sendiri. Sedangkan prinsip kodifikasi parsial ialah bahwa dalam melaksanakan kodifikasi suatu cabang hukum pokok, kodifikasi tersebut dilakukan mengenai bagian-bagian tertentu saja.⁸³ Hukum yang tertulis, di samping yang dikodifikasikan, dalam pelaksanaannya ada pula hukum tertulis yang Tidak Dikodifikasi, yakni hukum yang tidak dibukukan tetapi tersebar diberbagai bidang hukum.

Pembedaan hukum berdasarkan Bentuk atau wujud Kaidah Hukumnya ini, selain hukum yang tertulis tersebut, juga dikenal dengan apa yang disebut sebagai Hukum yang Tidak Tertulis. Adapun yang dimaksud dengan Hukum yang Tidak Tertulis tersebut adalah hukum yang berlaku dan ditaati oleh masyarakat namun wujudnya tidak dituangkan dalam suatu teks atau tulisan. Lazimnya hukum yang demikian itu disebut juga dengan Hukum Kebiasaan. Contoh dari hukum kebiasaan ini misalnya Hukum Waris Adat, yakni seperti Jawa, Sunda, Batak dan lainnya.

Ketiga, hukum juga dapat dibedakan berdasarkan Sifat dan Daya Mengikatnya. Berdasarkan Sifat dan Daya Mengikatnya, hukum dapat dibedakan ke dalam Hukum yang memaksa dan Hukum yang mengatur. Hukum yang memaksa adalah hukum yang tidak dapat dikesampingkan (Hukum Imperatif) dengan kesepakatan para pihak. Apabila hukum yang memaksa ini dilanggar, maka akan menimbulkan suatu akibat hukum tertentu yang dapat dikenakan bagi si pelanggarnya, yang disebut dengan sanksi hukum. Sedangkan yang dimaksud dengan Hukum yang mengatur (Hukum Fakultatif) adalah hukum yang dapat dikesampingkan dengan kesepakatan para pihak. Hukum yang mengatur ini, jika dilanggar tidak menimbulkan akibat hukum tertentu bagi pelanggarnya, seperti ketentuan hukum yang diatur dalam Buku III KUHPerdara khususnya tentang Perjanjian.

Berikutnya yang **keempat**, hukum dapat dibedakan berdasarkan Waktu/Masa Berlakunya. Berdasarkan Waktu/Masa Berlakunya, hukum dapat dibedakan ke dalam *Ius Constitutum* atau hukum yang berlaku sekarang, yang disebut juga dengan nama Hukum Positif dan *Ius Constituendum*, yakni hukum yang dicita-citakan atau yang berlaku akan datang.

Kelima, hukum juga dapat dibedakan berdasarkan Fungsi Kaidah Hukumnya. Berdasarkan Fungsi Kaidah Hukumnya, hukum dapat dibedakan ke dalam Hukum Material (Hukum Substansif) dan Hukum Formal (Hukum Prosedural). Hukum Material (Hukum Substansif) adalah hukum yang mengatur mengenai substansi dari kepentingan manusia, baik sebagai individu maupun sebagai masyarakat yakni yang berisi hak dan kewajiban para subyek hukum. Hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari para subyek hukum ini pada umumnya diatur di dalam hukum perdata materiil (KUHPerdara: Perbuatan Melawan Hukum dan Ingkar Janji atau Wanprestasi), maupun diatur di dalam hukum pidana materiil (KUHPidana: Tindak pidana yang berupa kejahatan dan pelanggaran), ataupun diatur di dalam hukum administrasi negara atau hukum tata usaha negara material yang berisi kaidah-kaidah kewenangan. Dan untuk mempertahankan atau menegakkan hukum materiil tersebut (dengan perantaraan kekuasaan negara, yaitu hakim), diperlukan suatu hukum formil, yaitu Hukum Acara, baik Pidana, Perdata maupun tata usaha negara. Hukum Acara adalah keseluruhan peraturan hukum yang mengatur bagaimana caranya menjamin ditaatinya hukum materiil dengan perantaraan hakim, yaitu cara untuk mempertahankan hukum perdata materiil. Lebih konkrit lagi dapatlah dikatakan bahwa hukum acara mengatur tentang bagaimana caranya mengajukan tuntutan hak, memeriksa serta memutusnya dan pelaksanaan dari putusan tersebut.

Selanjutnya yang **keenam**, hukum dapat dibedakan berdasarkan Isi atau substansinya. Berdasarkan Isi atau substansinya, maka hukum dapat dibedakan ke dalam Hukum Publik, Hukum Privat atau Perdata, Hukum Perselisihan dan Hukum Sektoral. Hukum Publik berisi: Hukum Tata Negara; Hukum Administrasi; Hukum

⁸² Lihat... Franz Magnis Suseno, *Etika Politik*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2001, hlm. 79-80.

⁸³ Lihat... Abdurrahman, *Beberapa Pemikiran Teuku Mohammad Radhie tentang Pembaruan Hukum di Indonesia* dalam "Kumpulan Tulisan Untuk Mengenang Teuku Mohammad Radhie" disunting oleh: E. Suherman, *et. al.*, Jakarta: UPT Penerbitan Universitas Tarumanagara, 1993, hlm. 44.

Pidana; Hukum Acara; Hukum Pajak; dan Hukum Internasional. Hukum Perdata (Hukum Privat) berisi Hukum Sipil (*Burgerlijk recht, Civielrecht*) dan Hukum Dagang (*Handelsrecht*). Hukum Perselisihan terdiri dari Hukum Perselisihan Internal yang berisi Hukum Antargolongan, Antaragama, dan Antarwaktu serta Antaradat; dan yang terdiri dari Hukum Perselisihan Eksternal, yang berisi Hukum Perdata Internasional. Sedangkan Hukum Sektorial adalah hukum yang berisi sektor atau bidang-bidang tertentu seperti Hukum Ekonomi, Hukum Lingkungan, dan sebagainya.

I. BEBERAPA KONSEP YURIDIS

1. Hak dan Kewajiban⁸⁴

Hukum sebagai kumpulan peraturan atau kaedah mempunyai isi yang bersifat umum dan normatif, umum karena berlaku bagi setiap orang dan normatif karena menentukan apa yang seyogyanya dilakukan, apa yang tidak boleh dilakukan atau harus dilakukan serta menentukan bagaimana caranya melaksanakan kepatuhan pada kaedah-kaedah.

Dalam literatur hukum Belanda hukum disebut "*objectief recht*", obyektif karena sifatnya umum, mengikat setiap orang. Kata "*recht*" dalam bahasa hukum Belanda dibagi menjadi dua, yaitu "*objectief recht*" yang berarti hukum dan "*subjectief recht*" yang berarti hak dan kewajiban. Oleh karena itu, hukum harus dibedakan dari hak dan kewajiban, yang timbul kalau hukum itu diterapkan terhadap peristiwa konkrit. Tetapi kedua-duanya tidak dapat dipisahkan satu sama lain.

Tatanan yang diciptakan oleh hukum itu baru menjadi kenyataan apabila kepada subyek hukum diberi hak dan dibebani kewajiban. Setiap hubungan hukum yang diciptakan oleh hukum selalu mempunyai dua segi yang isinya di satu pihak hak, sedang di pihak lain kewajiban. Tidak ada hak tanpa kewajiban, sebaliknya tidak ada kewajiban tanpa hak.

Hak itu memberi kenikmatan dan kekuasaan kepada individu dalam melaksanakannya, sedangkan kewajiban merupakan pembatasan dan beban, sehingga yang menonjol ialah segi aktif dalam hubungan hukum itu, yaitu hak. Apa yang dinamakan hak itu sah karena dilindungi oleh sistem hukum. Pemegang hak melaksanakan kehendak menurut cara tertentu dan kehendaknya itu diarahkan untuk memuaskan.

Dalam setiap hak terdapat empat unsur, yaitu subyek hukum, obyek hukum, hubungan hukum yang mengikat pihak lain dengan kewajiban dan perlindungan hukum. Hak milik itu ada subyeknya, yaitu pemilik, sebaliknya setiap orang terikat oleh kewajiban untuk menghormati hubungan antara pemilik dan obyeknya yang dimilikinya. Yang dinamakan kewajiban ialah suatu beban yang bersifat kontraktual.

Hak dan kewajiban itu timbul apabila terjadi hubungan hukum antara dua pihak yang didasarkan pada suatu kontrak atau perjanjian. Jadi selama hubungan hukum yang lahir dari perjanjian itu belum berakhir, maka pada salah satu pihak ada beban kontraktual, ada keharusan atau kewajiban untuk memenuhinya.

Telah diketengahkan bahwa hukum sebagai kumpulan peraturan bersifat abstrak dan bahwa tatanan yang diciptakan oleh hukum itu baru menjadi kenyataan apabila kepada subyek hukum diberi hak dan dibebani kewajiban. Hak dan kewajiban itu timbul karena hukum. Konkretisasi hukum menjadi hak dan kewajiban itu terjadi dengan perantaraan peristiwa hukum.

2. Masyarakat Hukum

Suatu masyarakat yang menetapkan tata hukumnya bagi masyarakat itu sendiri dan oleh sebab itu turut serta sendiri dalam berlakunya tata hukum itu, artinya tunduk sendiri kepada tata hukum itu, disebut "masyarakat hukum".⁸⁵

3. Subyek Hukum

Subjek hukum adalah pendukung hak dan kewajiban yaitu manusia dan badan hukum. "Manusia" adalah pengertian "biologis" ialah gejala dalam alam, gejala biologika, yaitu makhluk hidup yang mempunyai pancaindera dan mempunyai budaya. Sedangkan "orang" adalah pengertian yuridis ialah gejala dalam hidup bermasyarakat. Dalam hukum yang menjadi pusat perhatian adalah orang atau *persoon*.⁸⁶

4. Peristiwa Hukum

⁸⁴ Lihat... Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Sebuah Pengantar)...* Op. Cit., hlm. 42-51.

⁸⁵ Kusumadi Pudjosewojo, *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1976, hlm. 49.

⁸⁶ Achmad Ichsan, *Hukum Perdata IA*, Pembimbing Masa, Jakarta, 1969, hlm. 68.

Peristiwa Hukum, yaitu peristiwa yang terjadi di dalam masyarakat yang menimbulkan akibat hukum yang diterapkan oleh kaidah hukum, yaitu berupa menimbulkan/menghapuskan hak dan/atau kewajiban.⁸⁷

5. Perbuatan Hukum

Perbuatan hukum adalah perbuatan subyek hukum yang ditujukan untuk menimbulkan akibat hukum yang sengaja dikehendaki oleh subyek hukum. Pada dasarnya akibat hukum ini ditentukan juga oleh hukum. Unsur-unsur perbuatan hukum adalah *kehendak* dan *pernyataan kehendak* yang sengaja ditujukan untuk menimbulkan akibat hukum.⁸⁸

6. Obyek Hukum

Obyek Hukum adalah segala sesuatu yang bermanfaat bagi subyek hukum dan dapat dikuasai oleh subyek hukum.⁸⁹ Obyek hukum ini terdiri dari benda dan jasa tertentu.

J. PENALARAN HUKUM DAN PENEMUAN HUKUM⁹⁰

Problematisa pokok dalam Ilmu Hukum adalah menjawab pertanyaan atau memberikan penyelesaian masalah yang ditimbulkan oleh keraguan berkenaan dengan berlakunya hukum positif. Pertanyaan pokoknya adalah, dengan mengacu dan dalam kerangka tatanan hukum yang berlaku, apa hukumnya yang paling tepat atau yang paling dapat diterima bagi situasi konkret tertentu.

Salah satu fungsi hukum adalah menyelesaikan sengketa secara tertib dan adil. Untuk melaksanakan fungsi tersebut tadi, masyarakat memunculkan lembaga yang disebut pengadilan yang tugas pokoknya adalah menyelenggarakan peradilan. Untuk dapat melaksanakan peradilan (menyelesaikan konflik) dan karya hukum lainnya (untuk mencegah terjadinya konflik), maka diperlukan kemampuan berpikir yuridik.

Berpikir yuridik adalah suatu cara berpikir tertentu, yakni terpolat dan terarah, dalam konteks sistem kaidah-kaidah hukum positif dan kenyataan kemasyarakatan, untuk memelihara stabilitas dan prediktabilitas demi menjamin ketertiban dan kepastian hukum, untuk menyelesaikan kasus konkret secara imparial – obyektif – adil – manusiawi. Berpikir yuridik adalah metode berpikir yang digunakan untuk memperoleh, menata, memahami dan mengaplikasikan pengetahuan hukum. Model berpikirnya adalah model berpikir problematik-sistematisasi untuk menjamin stabilitas dan prediktabilitas dengan mengacu tujuan hukum, fungsi hukum, dan cita-hukum.

Masalah pokok dalam kegiatan berpikir yuridik adalah pertanyaan: apa yang seharusnya terjadi atau dilakukan orang tertentu, artinya apa hukumnya (apa hak dan kewajiban) para pihak dalam situasi konkret tertentu? Lebih konkret lagi: siapa berhak (berkewajiban) atas apa terhadap siapa berkenaan dengan apa dalam situasi konkret apa dan atas dasar apa? Tentu saja, pertanyaan yuridik ini akan timbul jika ada keraguan tentang apa hukumnya, apa yang seharusnya berlaku dalam situasi konkret hubungan-hukum tertentu.

Berpikir yuridik adalah berpikir secara analitik – sistematis – logikal – rasional terorganisasi dalam kerangka tertib kaidah-kaidah hukum positif secara kontekstual (dalam konteks fakta-fakta kemasyarakatan yang menimbulkan masalah terkait), sehingga mampu menghadapi dan menyelesaikan masalah hukum berdasarkan rasa keadilan dan kemanusiaan dengan mengacu cita hukum, yang dikarakterisasi dengan tujuan untuk mengidentifikasi hak dan kewajiban para pihak dalam situasi konkret tertentu dan dengan menggunakan metode yang disebut penalaran hukum (*legal reasoning*). Penalaran hukum adalah proses menalar dalam kerangka dan berdasarkan tata-hukum positif mengidentifikasi hak-hak dan kewajiban-kewajiban yuridik spesifik dari subyek-subyek hukum tertentu. Penalaran hukum adalah proses penggunaan alasan-alasan hukum (*legal reasons*) dalam menetapkan pendirian hukum yang dirumuskan dalam putusan hukum.

⁸⁷ B. Arief Sidharta, *Sari Kuliah P.I.H...* Op. Cit., hlm. 62.

⁸⁸ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Sebuah Pengantar)...* Op. Cit., hlm. 52.

⁸⁹ B. Arief Sidharta, *Sari Kuliah P.I.H...* Op. Cit., hlm. 62.

⁹⁰ Lihat... B. Arief Sidharta, *Penalaran Hukum* (tidak dipublikasikan) dalam materi Mata Kuliah “Teori Hukum”, Prodi Magister Ilmu Hukum, Program Pascasarjana Unpar, Bandung, Semester Ganjil Tahun Akademik 2003/2004, hlm. 1-2; Lihat pula... B. Arief Sidharta, *Pendahuluan ke Penalaran Hukum* (tidak dipublikasikan) dalam “Bahan-bahan Studi Untuk Mata Kuliah Penalaran Hukum”, Fakultas Hukum Unpar, Bandung, hlm. 1-2; Lihat pula... B. Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm. 160-168; Lihat pula... B. Arief Sidharta, *Implementasi Hukum Dalam Kenyataan (Sebuah Catatan Tentang Penemuan Hukum)* dalam “Pro Justitia” Tahun XIII Nomor 3 Juli 1995, Ikatan Alumni Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan Cabang Bandung, Bandung, hlm. 4-20; Lihat pula... B. Arief Sidharta, *Penelitian Hukum Normatif (Analisis Penelitian Filosofis dan Dogmatik)* (tidak dipublikasikan), Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 2006, hlm. 2;

Penalaran hukum (*legal reasoning*) atau argumentasi yuridis mencakup tipe-tipe penalaran sebagai proses-proses intelektual (akal-budi) untuk mencapai kesimpulan dalam memutus perkara yang digunakan oleh hakim, untuk memelihara rasionalitas dan konsistensi (taat asas) doktrin, dan untuk melaksanakan berbagai aktivitas yuridis lain seperti pembentukan undang-undang, penerapan hukum, penyelenggaraan peradilan, perancangan hukum, negosiasi transaksi hukum. Penalaran hukum ini terdiri atas unsur-unsur diskursus hukum, retorika hukum, dan logika hukum.

Diskursus hukum menunjuk pada proses intelektual untuk: (a) mempengaruhi pikiran dan tindakan secara langsung; (b) preservasi dan pengembangan tradisi dan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat hukum yang terorganisasi secara politik sebagai suatu keseluruhan; dan (c) preservasi dan pengembangan tradisi dan nilai-nilai profesi hukum.

Salah satu bentuk diskursus hukum adalah *retorika hukum*. Dalam arti umum, retorika menunjuk pada seni persuasi melalui "*appeals to emotions*" dan seni memperoleh dukungan umum melalui "*appeals to reason*" sebagai cara penalaran. Retorika menggunakan pernyataan subjungtif, normatif dan imperatif, yang dikemukakan untuk mempengaruhi pikiran atau perilaku orang. Aturan hukum yang biasanya dirumuskan dalam kalimat indikatif, sesungguhnya memiliki signifikansi retorikal di samping signifikansi logikal. Aspek retorikal dari penalaran hukum ditujukan pada perilaku, pada aktivitas hukum yang mencakup baik pembentukan hukum maupun pemberian putusan hukum. Jadi, retorika hukum ditujukan untuk mempengaruhi pikiran dan perilaku dalam pembentukan hukum dan pengambilan putusan hukum. Ciri khas dalam retorika hukum adalah "*appeal to authority*" (mengacu otoritas, kewenangan, dasar hukum), yakni mengacu pada apa yang biasa disebut sumber hukum (formal) yang memberikan kewenangan tersebut. Sumber hukum yang pada masa kini sudah dikenal dan diakui umum adalah perundang-undangan (termasuk traktat), preseden (yurisprudensi), kebiasaan, dan ekuitas yang berakar dalam kesadaran hukum atau rasa keadilan. Dalam retorika hukum, maka alasan-alasan yang dikemukakan untuk melandasi suatu pendapat pada akhirnya akan selalu mengacu pada perangkat sumber hukum tersebut.

Salah satu bentuk retorika hukum adalah *logika hukum*. Logika hukum adalah logika yang diterapkan pada bidang hukum. Sifat khasnya pada logika hukum adalah bahwa walaupun silogisme penting dan perlu dalam Ilmu Hukum, namun tidak adekuat sebagai metode penalaran hukum. Sebab, dalam Ilmu Hukum premis-premisnya belum atau tidak terberi (*not given*), melainkan harus diciptakan. Aturan hukum yang dipandang sebagai premis mayor selalu memerlukan kualifikasi atau interpretasi dalam konteks kenyataan faktual yang konkret. Selain itu, dinamika kehidupan selalu memunculkan situasi baru yang terhadapnya belum ada aturan yang dapat diterapkan. Itu sebabnya, aturan hukum air selalu mengalami pembentukan dan pembentukan ulang. Premis minornya berupa fakta yuridis, yakni fakta-fakta dari sebuah kasus dalam masalah hukum, juga tidak begitu saja terberi, melainkan harus dipersepsi dan dikualifikasi dalam konteks aturan hukum, yang relevan, untuk kemudian diseleksi dan diklasifikasi berdasarkan kategori-kategori hukum. Jadi, fakta yuridis bukanlah "bahan mentah", melainkan fakta yang sudah diinterpretasi dan dievaluasi. Juga kesimpulannya tidak begitu saja "mengalir" dari premis-premis seperti yang dapat diharapkan dalam silogisme. Dalam penalaran hukum, kesimpulannya itu sering tergantung pada "penilaian kelayakan" (*judgment*) dari pengambil putusan. Karena itu, dalam praktek yang sering terjadi adalah proses "*backward-thinking*", yaitu proses penalaran hukum dirumuskan dalam bentuk silogistik. Tentang kualitas logikal penalaran hukum, H.J. Berman menunjuk pada ciri-ciri khas penalaran hukum sebagai berikut ini. **Pertama**, penalaran hukum berusaha mewujudkan konsistensi dalam aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum. Dasar pikirannya adalah keyakinan bahwa hukum harus berlaku sama bagi semua orang yang termasuk ke dalam yurisdiksinya. Kasus yang sama harus diberi putusan yang sama berdasarkan asas *similia similibus* (persamaan). **Kedua**, penalaran hukum berusaha memelihara kontinuitas dalam waktu (konsistensi historikal). Penalaran hukum akan mengacu pada aturan-aturan hukum yang sudah terbentuk sebelumnya dan putusan-putusan hukum terdahulu sehingga dapat menjamin stabilitas dan prediktabilitas. **Ketiga**, dalam penalaran hukum terjadi penalaran dialektikal, yakni menimbang-nimbang klaim yang berlawanan, baik dalam perdebatan pada pembentukan undang-undang maupun dalam proses mempertimbangkan fakta yang diajukan para pihak dalam proses negosiasi. Dalam tiga ciri khas penalaran hukum itu secara implisit terkandung *analogi*, yakni membanding-bandingkan hal atau kejadian untuk menemukan kesamaan dan perbedaan, untuk kemudian berdasarkan temuan itu menarik kesimpulan. Pada dasarnya, bentuk logika hukum yang paling utama adalah *penalaran analogikal*. Penalaran analogikal sebagai pola dasar penalaran hukum dapat dibedakan ke dalam *analogi doktrin-hukum* dan *analogi preseden*. Analogi doktrin-hukum dirumuskan dalam undang-undang dan bentuk aturan hukum yang lain. Di sini yang terjadi misalnya membandingkan kasus yang dihadapi dengan kasus yang secara eksplisit diatur dalam sebuah aturan hukum. Berdasarkan kesamaan dan perbedaan antara dua kasus tersebut ditentukan apakah kasus yang tengah dihadapi termasuk ke dalam jangkauan keberlakuan atau wilayah penerapan aturan hukum tersebut atau tidak. Pada analogi preseden yang terjadi adalah membandingkan fakta-fakta dari kasus yang dihadapi dengan fakta-fakta dari kasus-kasus sudah

diputus di masa lalu untuk menemukan sebuah kasus sudah diputus terdahulu yang fakta-faktanya dapat dibantah dengan fakta-fakta dari kasus yang sedang dihadapi. Kemudian mendistilasi, dari kasus yang sudah diputus yang dapat dibandingkan itu, asas (kaidah hukumnya) yang digunakan sebagai landasan putusan kasus tersebut, dan selanjutnya menerapkah asas (kaidah) tersebut pada kasus yang sedang dihadapi.

Jadi, dalam menyelesaikan masalah hukum, penalaran hukum melibatkan baik *induksi*, jika penalarannya berdasarkan kasus-kasus terdahulu yang sudah diputus, maupun *deduksi*, jika penalarannya bertolak dari aturan hukum yang berlaku umum. Tidak jarang pula dalam hukum digunakan penalaran yang di dalamnya terdapat unsur induksi dan unsur deduksi, yakni *abduksi* yang berada di antara induksi dan deduksi. Pada abduksi yang terjadi adalah berdasarkan kenyataan konkret terberi yang dipandang problematis disugestikan suatu aturan umum yang dapat memberikan penjelasan tentang kejadian-kejadian khusus tertentu. Yang terjadi di sini adalah pembentukan *hipotesis*. Abduksi berbeda dari deduksi yang bertolak dari aturan umum, dan berbeda dari induksi yang bertolak dari sejumlah kejadian khusus.

Penalaran analogikal sesungguhnya pada dirinya sendiri tidak cukup untuk memaksakan secara konklusif produk hukum tertentu (seperti kesimpulan pada deduksi). Sebab, pada tipe penalaran ini terdapat wilayah ketidak pastian yang cukup luas, sedangkan kriteria untuk menseleksi kesamaan dan perbedaan tetap terbuka bagi perdebatan. Namun, walaupun dari dirinya sendiri tidak memaksakan suatu produk hukum tertentu, penalaran analogikal meletakkan batas-batas pada produk hukum (kesimpulan). Hal ini disebabkan oleh tiga hal, yaitu: **Pertama**, dalam tiap masyarakat, kesamaan dan perbedaan tertentu, sangat kuat dirasakan sehingga tidak dapat disangkal; **Kedua**, doktrin hukum tertentu sering membatasi rentang yang di dalamnya dapat ditemukan analogi, misalnya dalam hukum pidana dan hingga derajat tertentu untuk hal tertentu dalam hukum bisnis tidak digunakan penalaran analogikal, karena dalam bidang-bidang ini stabilitas dan prediktabilitas sangat dibutuhkan; **Ketiga**, tiap sistem hukum menetapkan perangkat prosedur dan metode untuk menarik analogi.

Seperti yang telah dikemukakan tersebut diatas, bahwa salah satu fungsi hukum adalah menyelesaikan sengketa secara tertib dan adil. Untuk melaksanakan fungsi tersebut tadi, masyarakat memunculkan lembaga yang disebut pengadilan yang tugas pokoknya adalah menyelenggarakan peradilan. Peradilan adalah pranata (institusi) untuk secara rasional-terorganisasi memberikan penyelesaian definitif secara imparial-obyektif dan adil-manusiawi terhadap suatu sengketa dalam kerangka sistem hukum dan berdasarkan aturan hukum positif, jadi dengan menerapkan kaidah hukum secara kontekstual terhadap fakta-fakta relevan dari kejadian yang menimbulkan sengketa terkait.

Upaya untuk mewujudkan tujuan serta fungsi-fungsi hukum tersebut diatas, dilaksanakan dengan menetapkan dan merumuskan putusan-putusan hukum. Putusan hukum dapat berupa putusan hukum pada tataran makro dan putusan hukum pada tataran mikro. Putusan pada tataran makro adalah putusan hukum yang memuat aturan hukum, yakni yang isinya berlaku secara umum dan karena itu bersifat abstrak; produknya adalah kaidah hukum in abstracto. Proses menetapkan dan merumuskan putusan hukum pada tataran makro ini disebut pembentukan hukum dan produknya disebut undang-undang yang mencakup undang-undang dalam arti formal dan peraturan pemerintah pada tingkat nasional dan peraturan daerah pada tingkat daerah. Keseluruhan produk pembentukan hukum itu disebut perundang-undangan yang memuat aturan-aturan hukum in abstracto. Proses pembentukan hukum ini dilaksanakan oleh badan legislatif. Putusan hukum makro menampilkan diri dalam bentuk: *legal advice*, *legal opinion*, rekuisitoir, pleidoi, gugatan, jawaban terhadap gugatan, vonis, ketetapan, perundang-undangan, traktat, doktrin dan teori hukum. Putusan-putusan hukum itu dapat dibedakan ke dalam dua kelompok. **Pertama**, putusan hukum otoritatif, yakni putusan yang memiliki kekuatan mengikat yang kepatuhannya dapat dipaksakan dengan menggunakan alat kekuasaan negara, misalnya perundang-undangan, traktat, vonis, dan ketetapan. **Kedua**, putusan hukum non-otoritatif, yakni putusan hukum yang belum atau tidak mempunyai kekuatan mengikat, seperti rekuisitoir, pleidoi, gugatan, jawaban, *legal advice*, *legal opinion*, proposisi hukum, doktrin dan teori hukum.

Putusan hukum pada tataran mikro, adalah putusan yang secara konkret menetapkan apa yang dalam situasi konkret tertentu harus dilakukan atau dilarang dilakukan oleh orang tertentu atau apa yang menjadi kewajiban dan hak dari orang tertentu. Putusan hukum ini adalah putusan hukum in concreto yang menghasilkan kaidah hukum in concreto, yakni putusan yang dalam kerangka tatanan hukum yang berlaku secara kontekstual menetapkan siapa berhak (berkewajiban) atas apa terhadap siapa, berkenaan dengan apa, dalam situasi konkret apa, dan berdasarkan apa. Putusan hukum in concreto ini dibedakan ke dalam putusan birokratik (ditetapkan oleh birokrasi pemerintahan yang disebut ketetapan) dan putusan judisial (putusan dari lembaga peradilan yang disebut vonis).

Menurut Sudikno Mertokusumo, agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar itu harus ditegakkan. Kegiatan yang berupa menegakkan hukum yang telah dilanggar tersebut itulah yang disebut dengan istilah "Penegakan Hukum". Melalui kegiatan

penegakkan hukum inilah, maka pelaksanaan dari makna dan isi hukum yang merupakan sarana serta sistem pengaturan perilaku manusia menjadi kenyataan.⁹¹ Kegiatan Penegakan Hukum ini dilakukan oleh para penganut profesi hukum, seperti polisi, jaksa, hakim, advokat, notaris, dan sebagainya.

Namun dalam pelaksanaan penegakkan hukum ini, adakalanya peristiwa hukum yang muncul dalam masyarakat, tidak diatur secara jelas oleh hukum (hukum positif/teks otoritatif). Dengan kata lain, hukum yang ada dan berlaku tidak memadai atau belum mengatur secara eksplisit, sehingga hukum tersebut tidak dapat diterapkan dalam peristiwa hukum yang terjadi tersebut. Bahkan adakalanya pula peristiwa hukum yang terjadi tersebut tidak diatur sama sekali oleh hukum positif. Hal ini dikarenakan telah menjadi kodratnya bahwa hukum positif itu tidak pernah lengkap dan jelas. Memang tidak mungkin hukum positif itu mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada kalanya hukum positif itu tidak lengkap dan tidak jelas. Dalam hal terjadi pelanggaran hukum positif, meskipun hukum positif itu tidak lengkap atau tidak jelas, maka hakim harus melaksanakan atau menegakkan hukum positif tersebut. Hakim tidak dapat menanggukuhkan pelaksanaan atau penegakan hukum positif yang telah dilanggar. Hakim tidak dapat dan tidak boleh menanggukuhkan atau menolak menjatuhkan putusan dengan alasan karena hukum positifnya tidak lengkap atau tidak jelas. Ia dilarang menolak menjatuhkan putusan dengan dalih tidak sempurnanya hukum positif atau tidak ada hukumnya. Mau tidak mau ia harus menjatuhkan putusan. Oleh karena itu, hakim harus mencari hukumnya, harus menemukan hukumnya, dan akhirnya ia harus melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Penemuan hukum (*rechtsvinding*) pada dasarnya merupakan wilayah kerja hukum yang sangat luas cakupannya. Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit. Ia dapat dilakukan oleh orang-perorangan (individu), ilmuwan / peneliti hukum, para penegak hukum (hakim, jaksa, polisi, dan pengacara / advokat), direktur perusahaan swasta dan BUMN/BUMD sekalipun. Penemuan hukum (*rechtsvinding*) ini merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit.

Dalam penemuan hukum, pusat perhatian terutama diarahkan pada kejadian khusus (konkret individual), pada masalah kemasyarakatan konkret tertentu yang untuknya harus ditemukan suatu penyelesaian berdasarkan (kaidah-kaidah) hukum yang berlaku. Hal ini, jika berkenaan dengan perselisihan konkret, adalah khas tugas dari hakim. Putusan individual yang merupakan khas tugas dari hakim ini diambil berdasarkan (dengan mengacu pada) aturan-aturan umum atau undang-undang. Aturan-aturan ini "diterapkan". Penerapan ini bukanlah semata-mata subsumsi mekanis yang murni berupa meletakkan suatu kejadian di bawah (ke dalam) suatu aturan, tetapi dalam banyak hal bersifat kreatif. Juga dalam segi lain, putusan individual terkait pada yang umum, putusan itu tidak hanya berlaku untuk kejadian khusus itu saja, tetapi berpretensi juga untuk berlaku bagi kejadian-kejadian lain yang sejenis.

Penemuan hukum oleh hakim ini, tidak semata-mata menyangkut penerapan peraturan-peraturan hukum terhadap peristiwa konkret, tetapi juga penciptaan hukum dan pembentukan hukumnya sekaligus, yang dilakukan dengan menggunakan metode-metode yang terdiri dari metode Interpretasi dan Konstruksi Hukum.

Hal tersebut juga dikemukakan oleh A. Pittlo, bahwa:

"Di samping itu ialah bahwa dalam kegiatan menafsirkan ada unsur menciptakan. Dapat dikatakan, bahwa mereka yang menelanjangi apa yang terdapat di belakang teks, hanyalah mengkonstatir apa yang ada, tetapi tidak dapat disangkal bahwa pekerjaannya itu sekaligus bersifat mencipta, sebab tanpa kegiatan itu tidak dapat diketahui apa yang ada. Penafsir adalah sebagai penggali harta karun. Ia tidak menciptakan harta karun, tetapi tanpa kegiatannya menggali harta karun tidak ada artinya. Setiap penemuan adalah juga penciptaan."⁹²

Metode Interpretasi hukum dilakukan dalam hal peraturannya ada, tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkret. Interpretasi terhadap teks peraturannya pun masih tetap berpegang pada bunyi teks itu. Sedangkan metode konstruksi hukum dilakukan dalam hal peraturannya memang tidak ada, jadi terdapat kekosongan hukum (*rechts vacuum*) atau lebih tepat disebut dengan kekosongan undang-undang (*wet vacuum*). Untuk mengisi kekosongan undang-undang ini, biasanya hakim menggunakan penalaran logisnya yang berupa metode analogi, metode *argumentum a-contrario*, metode pengkonkritan hukum, dan fiksi hukum serta *argumentum a fortiori*.

Menginterpretasi aturan hukum adalah upaya menemukan makna dari aturan hukum itu, artinya mendistilasi atau menampilkan ke permukaan kaidah hukum atau makna hukum yang tercantum atau tersembunyi di dalam aturan hukum yang bersangkutan. Tentang cara atau metode untuk menemukan kaidah hukum itu, dalam studi hukum sudah lama dikembangkan berbagai metode interpretasi yang mencakup metode gramatikal, metode historikal, metode sistematikal, metode teleologikal dan sosiologikal. Tentang metode-metode

⁹¹ Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 1.

⁹² A. Pitlo, *Evolusi Dalam Hukum Perdata* diterjemahkan oleh: Sudikno Mertokusumo dalam Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 80.

itu tidak ada ketentuan tentang urutan hierarkhikal. Padahal tidak mustahil bahwa metode-metode tersebut menghasilkan tafsiran yang berbeda-beda.

Namun studi hermeneutik menunjukkan bahwa kesemua metode perlu dilibatkan secara proporsional dalam kaitan antara yang satu dengan lainnya setiap kali menginterpretasi sebuah aturan hukum. Interpretasi secara hermeneutikal (dari titik berdiri interpretator atau penstudi sebagai partisipan) dilakukan dengan jalan berdasarkan pemahaman tata bahasa atau kebahasaan (gramatikal) aturan hukum tersebut yang dipahami dalam konteks latar belakang sejarah pembentukannya (historikal) dalam kaitan dengan tujuan yang mau diwujudkannya (teleologikal) yang menentukan isi aturan hukum positif itu (untuk menemukan *ratio-legisnya*) serta dalam konteks hubungannya dengan aturan-aturan hukum positif yang lainnya (sistematikal), dan secara kontekstual merujuk pada faktor-faktor kenyataan kemasyarakatan dan kenyataan ekonomi (sosiologikal) dengan mengacu pandangan hidup, keagamaan, serta nilai-nilai kultural dan kemanusiaan yang fundamental (filosofikal) dalam proyeksi ke masa depan (futurologikal).

Jika interpretasi menghasilkan lebih dari satu makna hukum atau memunculkan lebih dari satu kaidah hukum, maka ilmuwan hukum atau praktisi hukum harus mengambil sikap, artinya secara terargumentasi harus menentukan pilihan mana yang menurut keyakinannya yang paling tepat dengan mempertimbangkan berbagai faktor kenyataan kemasyarakatan, nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat, akseptabilitas dan efektivitasnya serta keadilan.
