

# RECHTSVINDING : PENEMUAN HUKUM

( Suatu Perbandingan Metode Penemuan Hukum Konvensional dan Hukum Islam )

Oleh : Muliadi Nur

## Abstrak

*Tidaklah salah anggapan yang mengatakan bahwa undang-undang itu tidak sempurna, memang tidak mungkin undang-undang itu mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada kalanya undang-undang itu tidak lengkap dan ada kalanya pula tidak jelas, namun walau demikian undang-undang tersebut harus dilaksanakan. Olehnya maka penegak hukum (hakim) dalam menyelesaikan suatu ( permasalahan hukum konkret, entah karena aturan hukum yang mengaturnya tidak lengkap, tidak jelas atau bahkan tidak ada sama sekali, atau juga karena perubahan masyarakat yang sangat pesat, haruslah mencari dan menemukan hukumnya, dengan kata lain ia dituntut untuk melakukan suatu penemuan hukum oleh karena ia dilarang menolak menjatuhkan putusan dengan dalih tidak sempurnanya aturan hukum (undang-undang) yang mengatur.*

## A. Pendahuluan

Salah satu fungsi dari hukum ialah sebagai alat untuk melindungi kepentingan manusia atau sebagai perlindungan kepentingan manusia. Salah satu upaya yang semestinya dilakukan guna melindungi kepentingan manusia ialah hukum harus dilaksanakan secara layak. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara damai, normal, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar tersebut haruslah ditegakkan, dan diharapkan dalam penegakan hukum inilah hukum tersebut menjadikan kenyataan.

Dalam hal penegakan hukum tersebut, setiap orang selalu mengharapkan dapat ditetapkannya hukum dalam hal terjadinya peristiwa konkret, dengan kata lain bahwa peristiwa tersebut tidak boleh menyimpang dan harus ditetapkan sesuai dengan hukum yang ada (berlaku), yang pada akhirnya nanti kepastian hukum dapat diwujudkan. Namun perlu diingat bahwa dalam penegakan hukum terdapat tiga unsur yang oleh Gustav Radbruch dinamakan-

yang oleh Gustav Radbruch dinamakan sebagai tiga nilai dasar hukum, yang selalu harus diperhatikan guna mewujudkan hakikat dari fungsi dan tujuan itu sendiri, yaitu: kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeit*).<sup>1</sup>

Dalam menegakkan hukum diharapkan adanya kompromi antara ketiga unsur tersebut. Ketiga unsur itu haruslah mendapat perhatian secara proporsional seimbang. Tetapi dalam praktek tidak selalu mudah mengusahakan kompromi secara proporsional seimbang antara ketiga unsur tersebut.

Diakui bahwa tanpa kepastian hukum orang tidak mengetahui apa yang harus diperbuatnya yang pada akhirnya akan menimbulkan keresahan. Akan tetapi terlalu menitikberatkan pada kepastian hukum, terlalu ketat mentaati peraturan hukum akibatnya juga akan kaku serta tidak menutup kemungkinan akan dapat menimbulkan rasa ketidakadilan. Apapun yang terjadi peraturannya adalah demikian dan harus ditaati dan dilaksanakan. Dan kadang undangundang itu sering terasa kejam apabila dilaksanakan secara ketat (*lex dura sed tamen scripta*).

Berbicara tentang hukum pada umumnya, kita (masyarakat) hanya melihat kepada peraturan hukum dalam arti kaedah atau peraturan perundang-undangan, terutama bagi para praktisi. Sedang kita sadar bahwa undang-undang itu tidaklah sempurna, undang-undang tidaklah mungkin dapat mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada kalanya undang-undang itu tidak lengkap atau ada kalanya pula tidak jelas. Tidak hanya itu, dalam Al-Qur'an sendiri yang merupakan rujukan (umat Islam) dalam menentukan hukum akan suatu peristiwa yang terjadi, ada kalanya masih memerlukan suatu penafsiran (*interpretasi*), pada masalah-masalah yang dianggap kurang jelas dan dimungkinkan (terbuka) atasnya untuk dilakukan suatu penafsiran.

Dalam hal terjadinya pelanggaran undang-undang, penegak hukum (hakim) harus melaksanakan atau menegakkan undang-undang. Hakim tidak dapat dan tidak boleh menangguhkan atau menolak menjatuhkan putusan dengan alasan karena hukumnya tidak lengkap atau tidak jelas. Hakim dilarang menolak menjatuhkan putusan dengan dalih tidak sempurnanya undang-undang.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Historis)*. (Cet. I; Jakarta: Chandra Pratama, 1996), h. 95

Olehnya, karena undang-undang yang mengatur akan peristiwa kongkrit tidak lengkap ataupun tidak jelas, maka dalam hal ini penegak hukum (hakim) haruslah mencari, menggali dan mengkaji hukumnya, hakim harus menemukan hukumnya dengan jalan melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugaspetugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa hukum yang kongkrit. Hal ini merupakan proses kongkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa kongkrit.<sup>3</sup> Sementara sebagian orang lebih suka menggunakan istilah "pembentukan hukum" dari pada "penemuan hukum" oleh karena istilah penemuan hukum memberi sugesti seakan-akan hukumnya sudah ada.<sup>4</sup>

Dalam penemuan hukum, baik dalam hukum konvensional maupun dalam hukum Islam terdapat beberapa aliran serta metode-metode penemuan hukum, namun tulisan ini, penulis tidak akan membahas secara mendalam tentang aliran-aliran (*mazhab*) dalam penemuan hukum, melainkan ingin mencoba menyajikan suatu kajian secara sederhana yang bersifat komparatif terhadap metode-metode penemuan hukum menurut hukum konvensional dan hukum Islam.

## **B. Makna Penemuan Hukum**

### **1. Istilah Penemuan Hukum**

Istilah "penemuan hukum" oleh beberapa pakar sering dipertanyakan, apakah tidak lebih tepat istilah "pelaksanaan hukum", "penerapan hukum", "pembentukan hukum" atau "penciptaan hukum".<sup>5</sup>

Istilah "pelaksanaan hukum"<sup>6</sup> dapat berarti menjalankan hukum tanpa sengketa atau pelanggaran. Namun disamping itu pelaksanaan hukum dapat pula terjadi kalau ada sengketa, yaitu yang dilaksanakan oleh hakim dan hal ini sekaligus pula merupakan penegakan hukum.

---

<sup>2</sup> Lihat Pasal 27 UU Nomor 14 Tahun 1970 Tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman.

<sup>3</sup> Van Eikema Hommes, *Logica en rechtsvincling*, (roneografie) Vrije Universiteit, h.32.

<sup>4</sup> Algra, *Rechtsaanveng*, Drukkerij BV, Utrecht, 1975, h. 219

<sup>5</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar* (Cet. I; Yogyakarta: Liberty, 1996), h. 36

<sup>6</sup> *Ibid*

Adapun istilah "penerapan hukum"<sup>7</sup> tidak lain berarti menerapkan (peraturan) hukum yang abstrak sifatnya pada peristiwanya. Menerapkan hukum (peraturan) hukum pada peristiwa konkrit secara langsung tidak mungkin. Peristiwa konkrit itu harus dijadikan peristiwa hukum terlebih dahulu agar peraturan hukumnya dapat diterapkan.

Dan istilah "pembentukan hukum"<sup>8</sup> adalah merumuskan peraturan-peraturan yang berlaku umum, bagi setiap orang. Kalau lazimnya pembentukan hukum dilakukan oleh pembentuk undang-undang, maka hakim dimungkinkan pula membentuk hukum, yaitu kalau hasil penemuan hukumnya merupakan yurisprudensi yang diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkrit dan memperoleh kekuatan berlaku umum.

Sedangkan istilah "penciptaan hukum"<sup>9</sup> terasa kurang tepat karena memberikan kesan bahwa hukumnya itu sama sekali tidak ada, kemudian diciptakan (dari tidak ada menjadi ada). Hukum bukanlah selalu berupa kaedah baik tertulis maupun tidak, tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa, dan di dalam perilaku itulah terdapat hukumnya yang harus digali serta ditemukan. Dengan demikian, maka kiranya istilah "penemuan hukum" lah yang rasanya lebih tepat untuk digunakan.

## 2. Batasan Penemuan Hukum

Penemuan hukum yang dimaksud oleh Paul Scholten dalam (Achmad Ali, 1996:146) adalah sesuatu yang lain daripada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya. Kadang-kadang dan bahkan sangat sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan analogi ataupun *rechtsverwijning*.<sup>10</sup>

Sedang apa yang dimaksud dengan penemuan hukum oleh Sudikno Mertokusumo, lazimnya adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya yang diberi tugas untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum konkrit. Lebih

---

<sup>7</sup> *Ibid*

<sup>8</sup> *Ibid*

<sup>9</sup> *Ibid.*, hal. 37.

<sup>10</sup> Achmad Ali, *op.cit.*, h. 146.

lanjut dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah suatu proses kongkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa kongkrit (*das sein*) tertentu.<sup>11</sup>

Menemukan hukum merupakan karya manusia dan ini berarti antara lain bahwa setiap penerapan hukum selalu didahului oleh seleksi subyektif mengenai peristiwa-peristiwa dan peraturan-peraturan yang relevan. Selanjutnya penerapan sendiri selalu berarti merumus ulang suatu peraturan abstrak untuk peristiwa kongkrit.

Problematis yang berhubungan dengan penemuan hukum pada umumnya dipusatkan sekitar hakim dan pembentuk Undang-undang saja. Berbagai pihak melakukan penemuan hukum. Penemuan hukum boleh dikatakan merupakan problematis setiap pencari keadilan. Boleh dikatakan setiap orang yang berkepentingan dalam suatu perkara melakukan kegiatan menemukan hukum untuk peristiwa kongkrit.

Pada dasarnya setiap orang melakukan penemuan hukum. Oleh karena setiap orang selalu berhubungan dengan orang lain (melakukan interaksi), hubungan many diatur oleh hukum dan setiap orang akan berusaha menemukan hukumnya untuk dirinya sendiri, yaitu kewajiban dan wewenang apakah yang dibebaskan oleh hukum padanya.

Penemuan hukum terutama dilakukan oleh hakim dalam memeriksa dan memutus suatu perkara, penemuan hukum oleh hakim ini dianggap yang mempunyai wibawa. Ilmuan hukum dapat mengadakan penemuan hukum, namun hasil dari penemuan hukum oleh ilmuan tersebut bukanlah hukum melainkan ilmu atau doktrin. Walau demikian, sekalipun yang dihasilkan tersebut bukan hukum, akan tetapi dalam hal ini tetap digunakan istilah penemuan hukum juga, oleh karena doktrin tersebut apabila diikuti atau diambil alih oleh hakim dalam putusannya, maka secara otomatis hal itu (ilmu or doktrin) menjadi hukum. Dan selanjutnya uraian tentang penemuan hukum dalam kajian ini dibatasi pada (metode) penemuan hukum oleh hakim.

---

<sup>11</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum* (Cet. I; Yogyakarta: PT. Citra Aditya bakti, 1993), h. 4.

### 3. Sistem Penemuan Hukum

Dalam perkembangan system penemuan dikenal dua system penemuan hukum, yaitu:<sup>12</sup>

#### a. Sistem Penemuan Hukum Heteronom

Sebagai prototype penemuan hukum heteronom terdapat dalam sistem peradilan negara-negara Kontinental termasuk di dalamnya Indonesia. Di sini hakim bebas, tidak terikat pada putusan hakim lain yang pernah dijatuhkan mengenai perkara sejenis. Hakim berfikir deduktif dari bunyi undang-undang (umum) menuju ke peristiwa khusus dan akhirnya sampai pada putusan. Dalam penemuan yang typis logistic atau heteronom hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara berdasarkan pada faktor-faktor di luar dirinya.

#### b. Sistem Penemuan Hukum Otonom

Sebagai prototype penemuan hukum otonom terdapat dalam sistem peradilan Anglo Saks yang menganut asas *the binding force precedent* atau *stare decisis et olio non movere*. Di sini hakim terikat pada putusan pada putusan hakim yang telah dijatuhkan mengenai perkara sejenis dengan yang akan diputus hakim yang bersangkutan. Memang di sini putusan hakim terdahulu yang mengikatnya, sehingga merupakan faktor di luar diri hakim yang akan memutuskan, tetapi hakim yang akan memutuskan itu menyatu dengan hakim terdahulu yang telah menjatuhkan putusan mengenai perkara yang sejenis dan dengan demikian putusan hakim terdahulu merupakan faktor di luar dirinya.

Namun di dalam perkembangannya dua sistem penemuan hukum itu saling mempengaruhinya, sehingga penemuan hukum tidak lagi murni otonom dan murni heteronom. Bahkan ada kecenderungan bergeser ke arah penemuan hukum otonom.

Antara penemuan hukum yang heteronom dan otonom tidak ada batas yang tajam. Di dalam praktek penemuan hukum kita jumpai kedua unsur tersebut (heteronom dan otonom).

Putusan pengadilan di negara-negara Anglo saks merupakan hasil penemuan hukum otonom sepanjang pembentukan peraturan dan penerapan peraturan itu dilakukan oleh hakim

---

<sup>12</sup> Sudikno Mertokusumo, Penemuan, op.cit., h. 40-42.

berdasarkan hati nuraninya, tetapi sekaligus juga bersifat heteronom karena hakim terikat pada putusan-putusan sebelumnya (faktor di luar diri hakim).

Hukum di Indonesia mengenal penemuan hukum heteronom sepanjang hakim terikat pada undang-undang, tetapi penemuan hukum ini juga mempunyai unsur-unsur otonom yang kuat, karena hakim seringkali harus menjelaskan atau melengkapi undang-undang menurut pandangannya sendiri.

Kalau asas peradilan yang berlaku di Indonesia itu ialah bahwa hakim tidak terikat pada putusan hakim terdahulu mengenai perkara yang sejenis, maka ini tidak sedikit hakim yang, dalam menjatuhkan putusannya, berkiblat pada putusan pengadilan yang lebih tinggi mengenai perkara serupa dengan yang dihadapinya.

#### 4. Dasar Hukum Positif Penemuan Hukum

Dalam pasal 1 UU No. 14 Tahun 1970 ditentukan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan, guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia. "Merdeka" di sini berarti "bebas". Jadi kekuasaan kehakiman adalah bebas untuk menyelenggarakan peradilan. Kebebasan kekuasaan kehakiman atau kebebasan peradilan atau kebebasan hakim merupakan asas universal yang terdapat dimana-mana, baik dinegaranegara Eropa timur, maupun di Amerika, Jepang, Indonesia dan sebagainya. Asas kebebasan peradilan merupakan dambaan setiap bangsa. Yang dimaksudkan dengan kebebasan peradilan atau hakim ialah bebas untuk mengadili dan bebas dari campur tangan dari pihak ekstra yudisiil.

Penemuan hukum di samping didasarkan pada ketentuan di atas, menemukan dasar hukumnya dengan jelas dan tegas pada pasal 27 UU No. 14 tahun 1970, yang berbunyi : Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Kata menggali mengasumsikan bahwa hukumnya itu ada tetapi tersembunyi, agar sampai pada permukaan masih harus digali, dicari dan diketemukan, bukannya tidak ada, kemudian lalu diciptakan.

### **C. Sumber Penemuan Hukum**

#### 1. Sumber Penemuan Hukum Konvensional

Sumber penemuan hukum tidak lain yang dimaksud adalah sumber atau tempat, terutama bagi hakim dalam menemukan hukumnya.

Sumber utama penemuan hukum dalam hukum konvensional menurut Sudikno Mertokusumo, adalah peraturan perundang-undangan, kemudian hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional dan doktrin.<sup>13</sup> Jadi menurutnya terdapat tingkatan-tingkatan, hierarki atau kewedanan dalam sumber hukum.

Dalam ajaran penemuan hukum "undang-undang" diprioritaskan atau didahulukan dari sumber-sumber hukum lainnya. Kalau hendak mencari hukumnya, arti dari sebuah kata maka terlebih dahulu dicari dalam undang-undang, karena undang-undang bersifat otentik dan berbentuk tertulis, yang lebih menjamin kepastian hukum.

Undang-undang merupakan sumber hukum yang penting dan utama, namun senantiasa perlu pula diingat bahwa undang-undang dan hukum tidaklah identik.

Apabila dalam peraturan perundang-undangan tidak terdapat ketentuannya atau jawabannya, maka barulah mencari dalam hukum kebiasaan (yang tidak tertulis). Hukum kebiasaan pada umumnya melengkapi (pelengkap) undang-undang dan tidak dapat mengesampingkan undang-undang. Akan tetapi dalam keadaan tertentu hukum kebiasaan dapat saja mengalahkan undang-undang: hukum kebiasaan mengalahkan undang-undang yang bersifat pelengkap.

Dan kalau hukum kebiasaan ternyata tidak memberi jawaban, maka dicarilah dalam "yurisprudensi", yang berarti setiap putusan hakim, dapat pula berarti kumpulan putusan hakim yang disusun secara sistematis dari tingkat peradilan pertama sampai pada tingkat kasasi. Dan kadang pula yurisprudensi diartikan pandangan atau pendapat Para ahli yang dianut oleh hakim dan dituangkan dalam putusannya.

## 2. Sumber Penemuan Hukum Islam

Seperti halnya sumber hukum dalam hal penemuan hukum menurut hukum konvensional, maka dalam hukum Islam juga terdapat urutan atau hierarki tersendiri dalam hal penemuan hukum yaitu Al-Qur'an, Sunnati (hadits nabi) dan Jima.

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, h. 48.

#### **D. Aliran-aliran Penemuan Hukum**

Dalam penemuan hukum terdapat beberapa aliran. Sebelum tahun 1800 sebagian besar hukum adalah hukum kebiasaan, yang beraneka ragam dan kurang menjamin kepastian hukum. Keadaan ini menimbulkan gagasan untuk menyatukan hukum dan menuangkan dalam sebuah kitab undang-undang (*codex*), maka timbullah gerakan kodifikasi. Timbulnya gerakan kodifikasi ini disertai timbulnya aliran *legisme*, yaitu aliran dalam ilmu pengetahuan hukum dan peradilan yang tidak mengakui hukum di luar undang-undang.

Menurut aliran ini, hakim tidaklah menciptakan hukum. Ajaran ini didasarkan atas pandangan Montesquieu tentang, negara ideal, yang menurutnya hakim itu harus tunduk pada undang-undang. Menurut aliran ini semua hukum itu terdapat dalam undang-undang. Hakim menerapkannya pada peristiwa yang konkrit, ia tidak bertanggung jawab dan tidak dapat dicela. Pandangan ini berkuasa di Eropa antara 1830-1880.

Berbeda dengan itu, Portalis berpendapat bahwa kitab undang-undang meskipun tampaknya lengkap, tetapi tidak pernah rampung, sebab ribuan permasalahan yang tidak terduga akan diajukan kepada hakim. Undang-undang yang sudah ditetapkan itu tidak akan berubah, sedangkan manusia tidak pernah berhenti dan perkembangan itu selalu akan menimbulkan peristiwa baru.

Undang-undang ternyata tidak lengkap dan sering tidak jelas. Aliran *legisme* ini lama-lama ditinggalkan. Dan hakim diharapkan dapat menyesuaikan undang-undang dengan keadaan. Pada abad ke-19 lahirlah di Jerman dua aliran yang lebih lunak dari *legisme*, yaitu mazhab sejarah dan *Freirechtschule*. Menurut pandangan mazhab historis maka undang-undang tidak lengkap. Di samping undang-undang masih ada sumber hukum lain, yaitu kebiasaan. Menurut Von Savigny hukum itu berdasarkan sistem asas-asas hukum dan pengertian dasar dari mana untuk setiap peristiwa dapat diterapkan kaedah yang cocok. Hakim memang bebas dalam menerapkan undang-undang, tetapi ia tetap bergerak dalam sistem hukum yang tertutup.

#### **E. Aliran Penemuan Hukum Oleh hakim**

Di samping aliran di atas, dan ketika dirasakan betapa aliran *legis* tersebut tidak mampu lagi memecahkan problem-problem hukum yang muncul, maka oleh kalangan hukum

berpendapat bahwa melakukan penemuan hukum oleh hakim adalah sesuatu yang wajar dan bahkan sangat diperlukan.

Penemuan hukum bagaimanapun selalu dilakukan oleh hakim dalam setiap putusannya. Tidak ada teks yang jelas, tidak ada teks yang tanpa sifat *ambiguitas*, hal ini sudah menjadi sifat setiap bahasa.

#### a. Aliran *Begriffsjurisprudenz*

Aliran ini dikenal sebagai aliran yang mengawali dibolehkannya hakim melakukan penemuan hukum, aliran ini sekaligus memulaimperbaiki kelemahan yang ada pada ajaran Ajaran dari aliran ini bahwa sekalipun benar undang-undang itu tidak lengkap, namun undang-undang masih dapat menutupi kekurangan-kekurangannya sendiri, karena undang-undang memiliki daya meluas, yang bersi fat "*normlogisch*".

Penggunaan hukum-logika yang biasa di seb ut "*sillogisme*" menjadi dasar utama dari aliran ini. Dan olehnya, ia menempatkan rasio dan logika pada tempat yang sangat istimewa. Kekurangan undangundang menurut aliran ini hendaknya diisi dengan penggunaan hukumhukum logika dan memperluas undang-undang berdasarkan rasio.

Olehnya yang menjadi tujuan dari aliran *Begriffsjurisprudenz* ini adalah bagaimana kepastian hukum dapat terwujud, dengan tidak begitu memperhatikan rasa keadilan dan kemanfaatan hukum bagi warga masyarakat, sebab ia hanya melihat hukum sekedar persoalan logika dan rasio belaka.

#### b. Aliran *Interessenjurisprudenz (Freirechtsschule)*

Aliran ini muncul sebagai kritik terhadap aliran *Begriffsjurisprudenz*. Dimana menurut aliran ini, undang-undang jelas tidak lengkap. Undang-undang bukan satu-satunya sumber hukum, sedang hakim dan pejabat lainnya mempunyai kebebasan yang seluas-luasnya untuk melakukan "penemuan hukum". Bahkan menurut aliran ini, untuk mencapai keadi lan yang setinggi-tingginya, hakim boleh menyimpang dari undang-undang, demi kemanfaatan ma syarakat.

Namun di sisilain, bagaimanapun aliran ini membuka peluang teijadinya kesewenangwenangan, karena hakim adalah manusia biasa yang takkan mungkin terlepas dari berbagai kepentingan dan pengaruh sekelilingnya, termasuk pengaruh kepentingan pribadi,

keluarga dan sebagainya. Faktor subyektif yang ada pada diri hakim sebagai manusia biasa, akan sangat mudah menciptakan kesewengwenangan dalam putusannya.<sup>14</sup>

### c. Aliran *Soziologische Rechtsschule*

Aliran ini lahir sebagai reaksi terhadap aliran *freirerechtsschule* yang pada pokoknya hendak menahan kemungkinan munculnya kesewenang-wenangan hakim, berkaitan dengan diberikannya hakim "*fi-eies ermessen*". Namunpun demikian aliran ini tetap mengakuibahwa hakim tidak hanya sekedar "terompet undang-undang", tetapi hakim hams juga memperhatikan kenyataan-kenyataan masyarakat, perasaan dan kebutuhan hukum serta kesadaran hukum warga masyarakat.

Hamaker, berpendapat bahwa hakim seyogianya mendasarkan putusannya sesuai dengan kesadaran hukum dan perasaan hukum yang sedang hidup di dalam masyarakat ketika putusan itu dijatuhkan.

Sejalan dengan Hamaker, I.H. Hymans menyatakan bahwa hanya putusan hakim yang sesuai dengan kesadaran hukum dan kebutuhan hukum warga masyarakat yang merupakan "hukum- dalam makna sebenarnya" (*het recht der werkelUlcheid*).<sup>15</sup>

## F. Metode Penemuan Hukum

### 1. Metode Penemuan Hukum Konvensional

Penemuan hukum adalah merupakan kegiatan terutama dari hakim dalam melaksanakan undangundang bila terjadi peristiwa konkrit, dimana dalam kegiatan tersebut (penemuan hukum) dibutuhkan adanya suatu metode (langkah) yang nantinya dapat dipergunakan oleh penegak hukum (hakim) dalam memberikan keputusan terhadap suatu peristiwa hukum yang terjadi, yang dipahami bahwa aturan hukum (UU) dalam peristiwa tersebut tidak jelas atau bahkan belum diatur sama sekali.

Salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan yang gamblang mengenai teks undang-undang agar ruang lingkup kaedah dapat ditetapkan sehubungan dengan peristiwa tertentu adalah melalui interpretasi atau penafsiran. Penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang hams menuju kepada pelaksanaan yang dapat

---

<sup>14</sup> Achmad Ali, *op.cit.*, h. 150

<sup>15</sup> *Ibid.*, h. 151.

diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa yang konkrit. Metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna undang-undang.

Pembenarannya terletak pada kegunaannya untuk melaksanakan ketentuan yang konkrit dan bukan untuk kepentingan metode itu sendiri.

#### a. Metode Subsumtif

Yang dimaksud metode subsumtif ini adalah di mana hakim harus menerapkan suatu teks undang-undang terhadap kasus in-konkret, dengan belum memasuki taraf penggunaan penalaran yang lebih rumit, tetapi sekedar menerapkan silogisme.

Achmad Ali (1996: 176). menggolongkan metode subsumtif ini ke dalam salah satu jenis interpretasi, yaitu interpretasi yang paling sederhana, karena metode subsumtif ini berdasarkan pada bunyi teks undang-undang.<sup>16</sup>

#### b. Interpretasi Menurut Bahasa (*Gramatikal*)

Metode interpretasi gramatikal 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 hanya sekedar membaca undang-undang. Di sini arti atau makna ketentuan undang-undang dijelaskan menurut bahasa sehari-hari yang umum. Metode interpretasi ini biasa juga disebut dengan metode obyektif.

Bagi Pitlo (1998: 18-31), interpretasi gramatikal berarti, bahwa kita mencoba menangkap arti suatu teks menurut bunyi kata-katanya. Ini dapat terbatas pada sesuatu yang otomatis, yang tidak disadari, yang kita selalu lakukan pada saat membaca. Tetapi dapat juga lebih mendalam. Sebuah kata dapat mempunyai berbagai arti; dalam bahasa hukum dapat berarti lain daripada bahasa pergaulan.

Dalam interpretasi gramatikal, kita mencoba menemukan makna kata dengan menelusuri kata mana yang oleh pembuat undang-undang digunakan dalam mengatur peristiwa sejenis dan sekaligus menelusuri di tempat mana lainnya dan dalam hubungan apa pembentuk undang-undang menggunakan kata yang sama.

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, h. 176.

### c. Interpretasi Teleologis atau Sosiologis

Metode interpretasi ini biasa digunakan apabila makna undang-undang itu ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Dengan interpretasi teleologis ini undang-undang yang masih berlaku tetapi sudah usang atau sudah tidak sesuai lagi, diterapkan terhadap peristiwa, hubungan, kebutuhan dan kepentingan masa kini, tidak peduli apakah hal ini semuanya pada waktu diundangkannya undang-undang tersebut dikenal atau tidak. Di sini peraturan perundang-undangan disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru.

Ketentuan undang-undang yang tidak sesuai lagi dilihat sebagai alat untuk memecahkan atau menyelesaikan sengketa dalam kehidupan bersama waktu sekarang. Interpretasi teleologic ini biasa juga disebut dengan interpretasi sosiologis, metode ini baru digunakan apabila kata-kata dalam undang-undang dapat ditafsirkan dengan pelbagai cara.

### d. Interpretasi Sistematis

Terjadinya suatu undang-undang selalu berkaitan dan berhubungan dengan peraturan perundang-undangan lain, dan tidak ada undang-undang yang berdiri sendiri lepas sama sekali dari keseluruhan perundang-undangan. Setiap undang-undang merupakan bagian dari keseluruhan system perundang-undangan. Metode interpretasi sistematis ini adalah merupakan metode yang menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan dengan jalan menghubungkannya dengan undang-undang lain, metode ini biasa pula disebut dengan interpretasi logis.

### e. Interpretasi Historis

Salah satu cara untuk mengetahui makna undang-undang dapat pula dijelaskan atau ditafsirkan dengan meneliti sejarah teijadinya. Penafsiran ini dikenal sebagai interpretasi historis, dengan kata lain penafsiran ini merupakan penjelasan menurut terjadinya undang-undang.

Terdapat dua macam interpretasi historis, yaitu penafsiran menurut sejarah undang-undang dan penafsiran menurut sejarah hukum. Dengan penafsiran menurut sejarah

undang-undang, hendak dicari maksud ketentuan undang-undang seperti yang dilihat oleh pembentuk undang-undang pada waktu pembentukannya.

f. Interpretasi Komparatif

Interpretasi komparatif ini adalah metode membandingkan antara berbagai sistem hukum. Dengan demikian metode ini hanya terutama digunakan dalam bidang hukum perjanjian internasional.

g. Interpretasi Futuristis

Interpretasi ini menjelaskan undang-undang yang berlaku sekarang (*ius constitutum*) dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum (*ius constituendum*). Misalnya suatu rancangan undang-undang yang masih dalam proses pengundangan, tetapi yang sudah pasti akan diundangkan (*dugaan politis*).

h. Interpretasi Restriktif

Interpretasi restriktif adalah metode interpretasi yang sifatnya membatasi, misalnya secara gramatikal, pengertian istilah tetangga dalam pasal 666 KUH. Perdata adalah setiap tetangga termasuk seorang penyewa dari pekarangan sebelahnya. Tetapi kalau dibatasi menjadi tidak termasuk tetangga penyewa, ini berarti kita telah melakukan interpretasi restriktif.

i. Interpretasi Ekstensif

Interpretasi ekstensif adalah metode interpretasi yang membuat interpretasi melebihi batas-batas hasil interpretasi gramatikal. Contohnya, perkataan menjual dalam Pasal 1579 dalam KUH. Perdata ditafsirkan iyas yaitu bukan setnata-mata hanya berarti jual beli saja, melainkan juga berarti peranan hak".

## **Metode Konstruksi**

a. Metode Argurnentum Per Analogian (Analogi)

Analogi merupakan salah satu jenis konstruksi hukum yang sering digunakan dalam perkara perdata, tetapi yang menimbulkan polemik penggunaannya dalam perkara pidana.

Analogi ini merupakan metode penemuan hukum di mana hakim mencari esensi yang lebih umum pada suatu perbuatan yang diatur atau peristiwa yang secara konkrit dihadapi hakim.

Bagi Paton, kegunaan menggunakan analogi secara baik dimungkinkan untuk memecahkan problem baru dengan suatu peraturan yang dapat ditempatkan dalam suatu hubungan yang erat dengan peraturan-peraturan yang telah diadakan. Dengan demikian dianggap bahwa hukum merupakan suatu susunan asas-asas yang sangat kokoh dan setiap usaha yang dilakukan untuk membuat hal itu tetap demikian.

Adapun tentang penerapan analogi dalam hukum pidana, terdapat perbedaan pendapat di kalangan pakar hukum. Sebagai contoh Sudikno Mertokusumo menulis bahwa :

"Hukum Inggris yang sebagian tertulis (statute law) dan sebagian tidak tertulis (common law) memperkenalkan analogi, meskipun demikian hakim di Inggris menolak menggunakan analogi terhadap hukum pidana".

Di Indonesia tampak masih disepakati bahwa analogi belum diterima untuk digunakan terhadap hakim mencari esensi yang lebih umum pada suatu perbuatan yang diatur atau peristiwa yang secara konkrit dihadapi hakim.

Bagi Paton, kegunaan menggunakan analogi secara baik dimungkinkan untuk memecahkan problem baru dengan suatu peraturan yang dapat ditempatkan dalam suatu hubungan yang erat dengan peraturan-peraturan yang telah diadakan. Dengan demikian dianggap bahwa hukum merupakan suatu susunan asas-asas yang sangat kokoh dan setiap usaha yang dilakukan untuk membuat hal itu tetap demikian.

Adapun tentang penerapan analogi dalam hukum pidana, terdapat perbedaan pendapat di kalangan pakar hukum. Sebagai contoh Sudikno Mertokusumo menulis bahwa : "Hukum Inggris yang sebagian tertulis (statute law) dan sebagian tidak tertulis (common law) memperkenalkan analogi, meskipun demikian hakim di Inggris menolak menggunakan analogi terhadap hukum pidana".<sup>17</sup>

Di Indonesia tampak masih disepakati bahwa analogi belum diterima untuk digunakan terhadap kasus pidana, walaupun beberapa terobosan pernah dicoba.

---

<sup>17</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum* (Yogyakarta: Liberty, 1986), h. 150

## b. Metode Argumentum A' Contrario

Metode ini menggunakan penalaran bahwa jika undang-undang menetapkan hal-hal tertentu untuk peristiwa tertentu, berarti peraturan itu terbatas pada peristiwa tertentu itu dan bagi peristiwa di luarnya berlaku kebalikannya.

Menurut Sudikno Mertokusumo,<sup>18</sup> pada argumentum a'contrario titik berat diletakkan pada ketidaksamaan peristiwanya. Di sini diperlakukan segi negatif dari Undang-undang.

Achmad Ali<sup>19</sup> menganggap, bahwa sebenarnya jika kita mengaitkan antara metode argumenta' contrarie ini dengan pembagian dua sistem hukum ke dalam sistem hukum Anglo saxon dan sistem hukum Eropa Kontinental, maka metode ini selaras dengan metode berpikir hakim di Eropa Kontinental. Di dalam sistem Anglo Saxon, para hakim cenderung berpikir secara induktif, khusus ke umum (*species ke general*). Hakim mencari dan menemukan peraturan sebagai dasar putusannya melalui sederetan putusan-putusan sebelumnya, jadi bersifat "*reasoning from case to case*", bersifat "*reasoning by analogy*".

Sedangkan di dalam sistem Eropa Kontinental, hakim cenderung berpikir secara deduktif, yaitu mengikat hakim dengan undang-undang yang merupakan peraturan umum agar sekelompok peristiwa tertentu yang serupa dapat diputus serupa pula. Di dalam sistem hukum ini, hakim mengadakan konkretisasi peraturan yang mengabstraksikan peristiwanya. Dengan demikian cara berpikir hakim di Eropa kontinental cenderung menggunakan ciri "*subsumptie*" dan "*sillogistis*".

## c. Rechtsvervijnings (Pengkongkretan Hukum)

Metode pengkongkretan hukum (*Rechtsvervijnings*) ini bertujuan untuk mengkongkretkan suatu aturan hukum yang terlalu abstrak. Sebagai contoh adalah pasal 1365 BW yang berbunyi: "Tiap perbuatan melanggar hukum yang membawa kerugian pada pihak lain, mewajibkan si pelaku yang karena salahnya menimbulkan kerugian itu, untuk mengganti kerugian itu".

Apa yang dimaksud perbuatan melanggar hukum di sini?, Bagaimana kriteria salah?, apakah hanya terbatas pada melanggar undang-undang atau lebih luas?,

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, h. 52.

<sup>19</sup> Achmad Ali, *op.cit.*, 11. 197.

Undang-undang jelas tidak memberikan jawaban. Untuk itu hakim harus menggunakan metode *rechtsverwijning* atau pengkonkritan hukum.

## 2. Metode Penemuan Hukum Islam

Metode penemuan hukum yang dimaksudkan dalam sub ini adalah "*tharigah*", yaitu jalan atau cara yang harus dilakukan oleh seorang mujtahid dalam memahami, menemukan dan merumuskan hukum *syara'*.

Penemuan hukum dalam hukum Islam (*ijtihad*), pada dasarnya adalah usaha memahami, menemukan dan merumuskan hukum *syara'*. Bagi hukum yang jelas terdapat *nash*, usaha yang dilakukan oleh penemu hukum (*mujtahid*) adalah memahami *nash* yang berisi hukum itu dan merumuskannya dalam bentuk rumusan hukum yang mudah dilaksanakan secara operasional. Bagi hukum yang tidak tersurat secara jelas dalam *nash*, kerja ijtihad adalah mencari apa yang terdapat dibalik *nash* tersebut, kemudian merumuskannya dalam bentuk hukum. Sedang bagi hukum yang sama sekali tidak ditemukan petunjuknya dalam *nash*, tetapi mujtahid menyadari bahwa hukum Allah pasti ada, maka kerja ijtihad adalah menggali sampai menemukan hukum Allah, kemudian merumuskannya dalam rumusan hukum yang operasional.

Dalam hal menemukan hukum dan menetapkan hukum di luar apa yang dijelaskan dalam *nash* Al-Quran dan Hadits, para ahli mengerahkan segala kemampuan nalarnya, mereka merumuskan cara atau metode yang mereka gunakan dalam menemukan hukum. Ada beberapa metode yang lahir dari hasil rumusan, diantaranya ada metode yang merupakan ciri khas (hasil temuan) seorang mujtahid yang berbeda (dan tidak digunakan oleh) mujtahid lainnya. Adanya perbedaan metode ini berimplikasi pada munculnya perbedaan antara hasil ijtihad seorang mujtahid dengan yang lainnya. Perbedaan metode tersebut ditentukan oleh jenis petunjuk dan bentuk pertimbangan yang dipakai oleh masing-masing mujtahid dalam berijtihad.

Meskipun ada beberapa metode ijtihad dalam menetapkan hukum, namun tidak semua metode itu disepakati penggunaannya. Dalam bahasan ini akan dikemukakan beberapa cara atau metode tersebut, di antaranya :

a. *Qiyas*

Secara bahasa *qiyas* berarti ukuran, mengetahui ukuran sesuatu, membandingkan atau menyamakan sesuatu dengan yang lain. Sedang pengertian *qiyas* secara terminologi terdapat beberapa defenisi, yang walaupun redaksi berbeda tapi mengandung pengertian yang sama. Diantaranya, yang dikemukakan Sadr al-Syari'ah, bahwa *qiyas* adalah memberlakukan hukum asal kepada hukum *furu'* disebabkan kesatuan 'Mat yang tidak dapat dicapai melalui pendekatan bahasa saja.<sup>20</sup>

b. *Istihsan*

*Istihsan* termasuk salah satu metode penemuan hukum (*ijtihad*) yang diperselisihkan oleh para ulama, meskipun dalam kenyataannya, semua ulama menggunakannya secara praktis.

Secara etimologi *istihsan* berarti menyatakan dan meyakini baiknya sesuatu. Tidak terdapat perbedaan pendapat ulama *ushul fiqhi* dalam mempergunakan lafal *istihsan* dalam pengertian etimologi. Sedang secara terminologi Imam Malik sebagaimana dinukilkan oleh Imam Syathibi mendefenisikan *istihsan* dengan: memberlakukan kemaslahatan *juz'i* ketika berhadapan dengan dengan kaidah umum, yang hakikatnya bahwa mendahulukan *mashlahah al-mursalah* dari *qiyas*.<sup>21</sup>

c. *Mashlahah al-mursalah*

Secara etimologi *mashlahah* sama dengan manfaat, baik dari segi lafal maupun makna. *Mashlahah* juga berarti manfaat atau suatu pekerjaan yang mengandung manfaat. Secara terminologi, Imam Ghazali mengemukakan bahwa pada prinsipnya *mashlahah* adalah mengambil manfaat dan menolak kemudaratan dalam rangka memeli hara tujuan-tujuan *syara'*.<sup>22</sup>

Imam al-Ghazali memandang bahwa suatu kemaslahatan hams sejalan dengan tujuan *syara'* (agama, jiwa, akal, keturunan dan harta), sekalipun bertentangan dengan tujuan-tujuan manusia, karena kemaslahatan manusia tidak selamanya didasarkan kepada kehendak *syara'*, tetapi sering didasarkan kehendak hawa nafsu.

---

<sup>20</sup> H. Nasrun Haroen, *Ushul Fiqh I* (Cet. I; Jakarta: Logos, 1996), h. 62

<sup>21</sup> *Ibid.*, h. 102.

<sup>22</sup> *Ibid.*, h. 114.

#### d. *Istishhab*

Secara etimologi, *istishhab* berarti "minta bersahabat" atau "membandingkan sesuatu dan mendekatkannya". Secara terminologi terdapat beberapa metode *istishhab*, Imam al-Ghazali mendefinisikan *istishhab* dengan : berpegang pada dalil akal atau syara', bukan didasarkan karena tidak mengetahui adanya dalil, tetapi setelah dilakukan pembahasan dan penelitian cermat, diketahui tidak ada dalil yang mengubah hukum yang telah ada.<sup>23</sup>

Ibn Flazm mendefinisikan *istishhab* dengan berlakunya hukum asal yang ditetapkan berdasarkan nash (ayat atau hadits) sampai ada dalil lain yang menunjukkan perubahan hukum tersebut. Kedua defenisi ini, pada dasarnya mengandung pengertian bahwa hukum yang sudah ada pada masa lampau tetap berlaku untuk zaman sekarang dan yang akan datang selama tidak ada dalil lain yang mengubah hukum itu.

#### e. *'Urf*

Secara etimologi *'urf* berarti "yang baik". Sedang *surf* menurut ulama ushul fiqhi adalah kebiasaan mayoritas kaum baik dalam perkataan atau perbuatan. Berdasarkan defenisi tersebut, Mushthafa Ahmad al-Zarqa mengatakan bahwa *surf* merupakan bagian dari adat, karena adat lebih umum dari *surf* Suatu *surf* menurutnya harus berlaku pada kebanyakan orang di daerah tertentu, bukan pada pribadi atau kelompok tertentu.<sup>24</sup>

#### f. *Mazhah Shahabi*

*Mazhah shahabi* berarti pendapat para sahabat rasulullah saw, yang dimaksud pendapat sahabat adalah pendapat para sahabat tentang suatu kasus yang dinukilkan para ulama, baik berupa fatwa maupun ketetapan hukum, sedangkan ayat atau hadits tidak menjelaskan hukum terhadap kasus yang dihadapi sahabat tersebut. Disamping belum adanya *ijma* para sahabat yang menetapkan hukum tersebut. Persoalan yang dibahas para ulama ushul fiqhi adalah apabila pendapat para sahabat itu diriwayatkan dengan jalur yang shahih, apakah wajib diterima, diamalkan dan dijadikan dalil?.

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, h. 128.

<sup>24</sup> *Ibid.*, h. 137.

## **G. Penutup**

1. Metode penemuan hukum konvensional (yang biasa dipergunakan) terbagi kepada dua yaitu, metode interpretasi dan konstruksi. Sedangkan metode penemuan hukum Islam meliputi: qiyas, istihsan, mashlahah mursalah, istishhab, `urf, mazhab shahabi.
2. Pada dasarnya dari segi metode penemuan hukum yang digunakan, baik dalam hukum konvensional maupun dalam hukum Islam terdapat beberapa persamaan, dan perbedaan, yang pada intinya dapat dikombinasikan dan saling melengkapi. Namun apabila dilihat dari sudut sumber hukum dalam metode penemuan hukum tersebut terdapat perbedaan yang sangat prinsipil, dimana sumber hukum dalam metode penemuan hukum Islam bersumber dari Al-Qur'an dan hadits, sedang sumber hukum metode penemuan hukum konvensional adalah UU, kebiasaan, dll, yang nota bene adalah hasil karya (produk) manusia.