BAB 3

Isu Hukum

1. Mengidentifikasi Isu Hukum

Isu hukum mempunyai posisi yang sentral di dalam penelitian hukum sebagaimana kedudukan masalah di dalam penelitian lainnya, karena isu hukum itulah yang harus dipecahkan di dalam penelitian hukum sebagaimana permasalahan yang harus dijawab di dalam penelitian bukan hukum. Penelitian-termasuk grounded research-diawali dengan merumuskan masalah. Masalah timbul karena adanya dua proposisi yang mempunyai hubungan, baik yang bersifat fungsional, kausalitas, maupun yang satu menegaskan yang lain. Isu hukum juga timbul karena adanya dua proposisi hukum yang saling berhubungan satu Lerhadap lainnya. Oleh karena menduduki posisi yang sentral, salah dalam mengidentifikasi isu hukum, akan berakibat salah dalam mencari jawaban atas isu tersebut, dan selanjutnya salah pula dalam melahirkan suatu argumentasi yang diharapkan dapat memecahkan isu hukum tersebut.

Di dalam praktik hukum, kegagalan para pihak dalam membangun argumentasi untuk memecahkan isu hukum yang menjadi objek perkara mempunyai implikasi ditolaknya gugatan atau dakwaan tidak terbukti oleh hakim atau bahkan sebaliknya, yang mestinya gugatan harus ditolak malah dikabulkan atau da kwaan yang harusnya dapat ditangkis dan tidak terbukti malahan terbukti secara sah dan meyakinkan sehingga terdakwa harus dihukum. Atau, apabila hakim salah membangun argumentasi yang merupakan alasan atau pertimbangan dalam penjatuhan putusan juga berakibat gugatan yang mestinya ditolak tetapi dikabulkan, atau dakwaan yang mestinya tidak terbukti tetapi dinyatakan terbukti secara sah dan meyakinkan atau sebaliknya. Apabila hal-hal tersebut terjadi, akan menimbulkan implikasi lebih jauh, yaitu terganggunya rasa keadilan secara yuridis alau paling tidak berkurangnya kepastian hukum.

Di dalam ilmu hukum disebutkan bahwa tujuan hukum adalah untuk menciptakan ketertiban dan keadilan. Dalam membahas masalah tujuan hukum, banyak pendapat dikemukakan oleh para sarjana. Namun demikian, secara umum dapat dikemukakan bahwa tujuan hukum adalah sesuatu yang ingin dicapai oleh hukum. Menurut L.J. van Apeldoorn, tujuan hukum adalah untuk mempertahankan ketertiban masyarakat.[[1]](#footnote-1) Dalam mempertahankan ketertiban tersebut hukum harus secara seimbang melindungi kepentingan-kepentingan yang ada dalam masyarakat. Mengenai kepentingan-kepentingan yang ada dalam masyarakat ini, Roscoe Pound membedakan antara kepentingan pribadi, kepentingan publik, dan kepentingan sosial.[[2]](#footnote-2) Kepentingan pribadi berupa keinginan seseorang mengenai hal-hal yang bersifat pribadi, misalnya perkawinan. Kepentingan publik bersangkut paut dengan kehidupan kenegaraan, misalnya hak pilih dalam pemilihan umum. Adapun kepentingan sosial menyangkut kehidupan sosial, misalnya pemeliharaan moral. Apabila pandangan Van Apeldoorndikaitkan dengan pandangan Roscoe Pound tersebut, berarti dalam mempertahankan ketertiban masyarakat, hukum harus mampu menyeimbangkan kepentingan-kepentingan pribadi, publik, dan sosial. Pengaturan yang di dalamnya terdapat keseimbangan antara kepentingan-kepentingan tersebut oleh Van Apeldoorn dikatakan sebagai pengaturan yang adil. Oleh karena itulah kemudian Van Apeldoorn membicarakan masalah keadilan.

Keadilan menurut Ulpianus adalah sustitia est perpettra et constans voluntas jus suum cuique tribuendi yang kalau diterjemahkan secara bebas keadilan adalah suatu keinginan yang terus-menerus dan tetap untuk memberikan kepada orang apa yang menjadi haknya. Ini berarti bahwa keadilan harus senantiasa mempertimbangkan kepentingan yang terlibat di dalamnya.

Apabila keadilan terlalu dikedepankan sulit untuk terciptänya peraturan yang bersifat umum. Sebagai contoh dapat dikemukakan bahwa di suatu masyarakat hukum tertentu masyarakat memandang bahwa hubungan seksual di luar perkawinan merupakan pelanggaran berat dan adalah adil kalau para pelaku perbuatan tersebut dihukum mati. Adapun di masyarakat hukum yang lain dalam kasus yang sama para pelakunya hanya diwajibkan membayar sejumlah uang tertentu, dan sanksi demikian menurut masyarakat hukum tersebut sudah adil.

Untuk dapat menetapkan peraturan yang bersifat umum, rasa keadilan masyarakat sedikit banyak harus dikorbankan. Hal ini dimaksudkan untuk mendapatkan kepastian hukum. Oleh Van Apeldoorn dikatakan bahwa kepastian hukum dapat diartikan dari beberapa segi.[[3]](#footnote-3) Akan tetapi mengenai kepastian hukum tersebut, Van Apeldoom hanya mengetengahkan dua pengertian.[[4]](#footnote-4) Pertama, kepastian hukum berarti dapat ditentukan hukum apa yang berlaku berlaku untuk masalah-masalah yang konkret. Dengan dapat ditentukannya peraturan hukum untuk masalah-masalah yang konkret, pihak-pihak yang beperkara sudah dapat mengetahui sejak awal ketentuan-ketentuan apakah yang akan digunakan dalam sengketa tersebut. Oleh Roscoe Pound dikatakan bahwa adanya kepastian hukum memungkinkan adanya "predictability." Apa yang dikemukakan oleh Pound ini oleh Van Apeldoorn dianggap sejalan dengan apa yang diketengahkan oleh Oliver Wendell Holmes dengan pandangan realismenya. Holmes mengatakan, "The prophecies of what the Courts will do in fact and nothing more pretentious are what I mean by law". Oleh Van Apeldoorn dikatakan bahwa pandangan tersebut kurang tepat karena pada kenyataannya hakim juga dapat memberi putusan yang lain dari apa yang diduga oleh pencari hukum.[[5]](#footnote-5)

Kedua, kepastian hukum berarti perlindungan hukum. Dalam hal ini para pihak yang bersengketa dapat dihindarkan dari kesewenangan penghakiman. Ini berarti adanya kepastian hukum juga membatasi pihak-pihak yang mempunyai kewenangan yang berhubungan dengan kehidupan seseorang, yaitu hakim dan pembuat peraturan. Dengan demikian, pendapat Van Apeldoorn terhadap pandangan yang dikemukakan oleh Holmes juga mempunyai kelemahan. Memang benar hakim mempunyai kebebasan untuk menafsirkan peraturan hukum,memiliki diskresi bahkan bilamana perlu membuat hukum. Akan tetapi adanya peraturan untuk masalah-masalah yang konkret perlu dijadikan acuan dalam menyelesaikan perkara yang mirip yang dihadapkan kepadanya.[[6]](#footnote-6)Dari apa yang dikemukakan tersebut dapat dikatakan bahwa keadilan dalam halini harus didasarkan ketentuan hukum yang berlaku, bukan keadilan di luar ketentuan hukum. Oleh karena itulah argumentasi harus dibangun berdasarkan ketentuan hukur bukan atas dasar lainnya. Apabila hakim yang menangani suatu perkara kemudian menerima argumentasi yang dibangun di luar ketentuan hukum dan menjadikannya sebagai pertimbangan dalam penjatuhan putusan, hal itu akan menimbulkan tidak adanya kepastian hukum. Sebaliknya, apabila hakim membuat putusan berdasarkan pertimbangan sesuai dengan argumentasi yang diajukan oleh salah satu pihak yang secara prosedural memang dibolehkan oleh hukum, putusan tersebut akan menciptakan kepastian hukum. Akan tetapi bukan tidak mungkin putusan itu menimbulkan ketidakadilan secara hukum.

Untuk dapat menentukan isu hukum, perlu pemahaman yang mendalam mengenai ilmu hukum. Tidak mungkin seorang yang bukan ahli hukum mampu mengangkat isu hukum. Sebagaimana telah dikemukakan pada Bab 1 bahwa di dalam ilmu hukum terdapat tiga lapisan, yaitu dogmatik hukum, teori hukum, dan filsafat hukum. [[7]](#footnote-7) Oleh karena itu, di dalam penelitian hukum dalam tataran dogmatik hukum sesuatu menjadi isu hukum apabila di dalam masalah itu tersangkut ketentuan hukum yang relevan dengan fakta yang dihadapi. Untuk penelitian dalam tataran teori hukum isu hukum harus mengandung konsep hukum. Adapun untuk penelitian dalam tataran filosofis, isu hukum harus menyangkut asas-asas hukum.

Akan tetapi sebelum melakukan penelitian dalam tataran apa, yang pertama kali harus dilakukan oleh peneliti hukum adalah mengidentifikasi apakah isu yang dihadapkan kepadanya merupakan isu hukum atau bukan. Meskipun suatu masalah yang dihadapi merupakan kasus konkret yang dikemukakan oleh klien belum tentu di dalamnya terdapat isu hukum. Tidak dapat disangkal, adakalanya suatu kasus yang diajukan oleh klien bukan merupakan masalah hukum melainkan seakanakan masalah hukum. Sebagai contoh, scorang wanita usia kawin dan belum bersuami, hamil di luar perkawinan, datang kepada pengacara dan minta bantuan hukum untuk menggugat laki-laki yang dikatakan telah menghamilinya agar laki-laki itu mengawininya, karena laki-laki itu setelah dihubungi secara baik-baik oleh keluarga wanita itu menolak untuk bertanggung jawab atas perbuatan tersebut. Sekilas tampaknya masalah tersebut merupakan kasus di bidang hukum keluarga. Akan tetapi apabila dicermati, persoalan tersebut berada pada ruang lingkup moral daripada ruang lingkup hukum, karena tidak ada larangan bagi orang-orang yang telah cukup umur untuk melakukan hubungan seksual di luar perkawinan apabila kedua orang itu masih belum berkeluarga.

Meskipun demikian, pengacara yang dihubungi oleh wanita tersebut bukan tidak mungkin mencoba untuk menyusun gugatan ke pengadilan menggugat laki-laki yang discbut oleh wanita itu telah menghamilinya. Dalam menyusun gugatannya, pengacara tersebut tentunya membangun argumentasi hukum yang mendukung isi gugatannya. Ketentuan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 18 Tahun 2009 tentang Kekuasaan kehakiman menyebutkan bahwa, "Pengadilan tidak bolch menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya". Berdasarkan ketentuan tersebut, pengadilan wajib memeriksa yugatan yang diajukan oleh pengacara tersebut. Apabila pengadilan kemudian berpendapat bahwa walaupun argumentasi yang diajukan oleh pengacara wanita itu tidak berdasarkan hukum, tetapi sesuai dengan rasa keadilan masyarakat dan menjadikannya pertimbangan untuk mengabulkan gugatan wanita itu, hal ini menyebabkan adanya ketidakpastian hukum. Dengan menerima argumentasi yang diajukan oleh pengacara tersebut, pengadilan itu telah membangun suatu argumentasi di luar hukum dalam pertimbangannya untuk sampai kepada putusan. Putusan dengan pertimbangan demikian akan menyulitkan pengadilan berikutnya dalam perkara serupa. Apabila mengikuti pertimbangan tersebut, pengadilan berikutnya sama halnya dengan meneguhkan ketidakpastian hukum. Sebaliknya, apabila membuat pertimbangan atau mengajukan argumentasi yangmenolak gugatan juga menimbulkan ketidakpastian. Dalam hal inilah peranan daya interpretasi hakim sangat bermakna. Pasal 5 (1) UU Kekuasaan Kehakiman berbunyi: "Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat." Interpretasi hakim terhadap ketentuan inilah yang akan menentukan apakah argumentasi yang diajukan oleh pengacara wanita itu yang tidak dibangun atas dasar hukum dapat diterima atau tidak. Untuk dapat melakukan interpretasi perlu studi yang mendalam mengenai interpretasi.

Contoh lain dapat dikemukakan, seorang wanita datang ke kantor pengacara untuk mengadukan majikan suaminya yang dituduhnya telah menyebabkan suaminya melakukan bunuh diri. Menurut cerita wanita tersebut, majikan itu sering memarahi dan mengata-ngatai suaminya yang menyebabkan suaminya Friengambil sikap melakukan bunuh diri dengan minum obat serangga. Wanita itu minta bantuan pengacara untuk menggugat majikan tersebut. Fakta seperti itu seakan-akan merupakan kasus pidana, yaitu mengenai ajaran doenplegen. Apakah dalam hal ini pengacara tersebut lalu membantu wanita itu untuk mengadukan majikan orang yang bunuh diri itu ke kantor polisi? Seorang pengacara adalah seorang ahli hukum sehingga tidak sebodoh itu menuruti keinginan wanita itu. Jelaslah, agar tidak terkecoh dan dapat membedakan antara kasus nonhukum dan kasus hukum, ahli hukum harus menguasai ajaran-ajaran dan doktrin-doktrin hukum yang merupakan pengatahuan hukum yang mendasar yang harus dipunyai oleh setiap ahli hukum tidak peduli apa pun bidang minatnya.

Pada kasus pertama, tidak terjadi pelanggaran hukum di bidang hukum perkawinan. Mungkin dapat dipersoalkan, bukankah di dalam hukum adat suatu masyarakat tertentu hubungan seksual di luar perkawinan merupakan perbuatan yang dilarang. Hal itu mungkin saja benar, tetapi persoalan itu bukan termasuk ke dalam ruang lingkup hukum perkawinan nasional, sehingga penyelesaiannya pun juga secara adat. Penyelesaian demikian tent u saja bukan merupakan penyelesaian melalui prosedur hukum yang dikenal di dalam hukum perdata. Apabila pengacara tersebut "nekat" mengajukan gugatan ke pengadilan, ia sebenarnya akan menghadapi kesulitan dalam merumuskan posita yang di dalamnya harus mengandung fakta hukum sehingga dapat menentukan petitumnya. Apabila fakta hukumnya tidak dapat diungkapkan, petitumnya juga tidak dapat ditentukan. Akan tetapi dengan mencoba keampuhan ketentuan Pasal 10 (1) jo Pasal 5 (1) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman yang ternyata memang kemudian dikabulkan oleh hakim, pengacara tersebut sebenarnya telah ikut andil dalam menciptakan ketidakpastian hukum.

Begitu pula dengan kasus kedua. Pada kasus kedua, terdapat suatu fakta hukum, yaitu matinya seseorang. Akan tetapi adakah ketentuan hukum yang dilanggar oleh majikan orang yang minum serangga sehingga menyebabkan terjadinya kematian tersebut? Alau dengan perkataan lain adakah hubungan kausalitas antara kematian itu dengan ancaman yang dilakukan oleh sang majikan tersebut? Dapat dipastikan bahwa semua ahli hukum akan mengatakan tidak. Oleh karena itulah masalah yang diajukan oleh istri orang yang bunuh diri dengan minum obat serangga tersebut tidak mengandung isu hukum. Dengan demikian, tidak perlu dilakukan penelitian hukum karena tidak ada isu hukum yang harus diselesaikan.

1. **Isu Hukum dalam Dogmatik Hukum**

Isu hukum dalam ruang lingkup dogmatik hukum timbul apabila: (1) para pihak yang beperkara atau yang terlibat dalam perdebatan mengemukakan penafsiran yang berbeda atau bahkan saling bertentangan terhadap teks peraturan karena ketidakjelasan peraturan itu sendiri; (2) terjadi kekosongan hukum; dan (3) terdapat perbedaan penafsiran atas fakta. Tidak dapat disangkal bawa isu hukum dalam ruang lingkup dogmatik hukumn lebih memberat kepada aspek praktis ilmu hukum. Akan tetapi tidak berarti bahwa kegunaan untuk praktik tersebut tidak dimungkinkan diperoleh dari penelitian yang bersifat akademis. Justru melalui penelitian akademis diharapkan diperoleh hasil untuk dapat diterapkan guna keperluan praktik hukum bukan sekadar wishful thinking semata-mata. Di lain pihak praktisi hukum dapat merujuk hasil penelitian tersebut dalam membuat legal memorandurn atau legal opinion atau gugatan, eksepsi, maupun pledoi. Begitu juga jaksa dalam menyusun dakwaan, replik dan tuntutarvrekuisitor dapat mempelajari kajian akademis itu yang relevan dengan perkara yang ditanganinya. Bahkan hakim sebagai pemutus sengketa sangat dianjurkan untuk merujuk kepada hasil penelitian hukum secara akademis, karena putusan yang diberikan akan dijadikan bahan kajian juga. Misalnya, Charles R. Richey, hakim di Pengadilan Negeri District of Columbia yang mengadili sengketa antara pemerintah Amerika Serikat sebagai Penggugat melawan Microsoft Corporation sebagai Tergugat atas dugaan pelanggaran terhadap Section 1 dan 2 Sherman Aer harus mempelajari tulisan-tulisan dan hasil penelitian hukum di bidang Antitrust Law. Dalam pengadilan di tingkat pertama tersebut dinyatakan bahwa Microsoft Corporation terbukti melakukan burding yang merupakan salah satu bentuk monopoli. Oleh karena itulah pengadilan tingkat pertama memerintahkan pihak Microsoft untuk memisahkan kedua produk yang di-bundling tersebut. Putusan itu kemudian dikuatkan oleh Pengadilan Banding Sirkuit New York. Hanya saja pada tingkat banding Microsoft tidak diwajibkan untuk memisahkan kedua produknya tersebut. Pihak Microsoft tidak kasasi, tetapi mencari upaya lain yang legal untuk meringankan denda yang dijatuhkan. Dari kajian yang dilakukan oleh hakim Richey dan kemudian ditambah oleh para hakim di pengadilan banding yang menghasilkan putusan yang telah mempunyai kekuatan yang tetap tersebut (in kracht van gewijsde) atau res judicata, kasus itu sangat berguna bagi mereka yang akan belajar hukum anti monopoli.

Akan tetapi, dari pengamatan saya, di Indonesia, saat ini para praktisi hukum sangat kesulitan menemukan hasil penelitian akademis yang mempunyai kegunaan praktis. Hal itu disebabkan oleh kesalahan pandangan mengenai penelitian hukum sebagaimana telah diuraikan pada Bab 1. Oleh karena itulah tidak salah kalau mereka lalu berpaling kepada tulisan-tulisan dan pandangan-pandangan para guru besar yang memperoleh gelar sarjana hukum sebelum tahun 1970, karena sangat kuat dogmatik hukumnya. Mereka sangat kuat dalam melakukan interpretasi dan pada umumnya mereka juga praktisi, sehingga tahu apa yang harus dilakukan dalam mengisi kekosongan hukum dan menginterpretasi fakta yang dihadapkan kepadanya. Mereka sendirilah yang melakukan penelitian terhadap hal-hal itu.

Ajaran interpretasi pertama kali diajarkan oleh F.C. von Savigny." [[8]](#footnote-8)Kejelasan interpretasi akan berfungsi sebagai rekonstruksi gagasan yang tersembunyi dibalik aturan hukum. Ajaran interpretasi ini menggunakan metode hermeneutik.'[[9]](#footnote-9) Digunakan nya metode ini karena adanya kebutuhan akan pembangunan hukum. Secara historis, penggunaan metode itu tidak dapat dilepaskan dari resepsi (penerimaan) Kode Justinianus pada abad XII di Italia, Kode Justinianus itu sendiri disusun pada abad VI. Oleh karena itulah dalam hal ini terdapat kebutuhan untuk membuat teks yang disusun enam abad sebelumnya dapat diterapkan pada abad XII tersebut. Dalam menghadapi hal itulah kemudian dikembangkan metode hermeneutik.

Metode hermeneutik berpangkal dari suatu proposisi, bahwa terdapat adanya saling ketergantungan yang bermakna antara kehidupan manusia dan budayanya. Berbeda dengan alam yang tidak bernyawa, manusia bukan dikondisi oleh kausa, melainkan oleh pikiran atau aturan. Dengan perkataan lain, manusia memberikan makna kepada kehidupannya dan yang demikian ini tidak dapat diamati dengan menggunakan model ilmu-ilmu eksakta alam. Hal itu harus dipahami dari sisi dalam manusia itu sendin. Mengingat hukum merupakan aturan, bagi mereka yang mempelajari hukum, mereka harus memaparkan apa sebenarnya realitas itu. Tingkah laku masyarakat sebenarnya didasarkan atas interpretasi yang berarti mengenai apa yang mereka lakukan. Di dalam interaksi sosial, mercka berhubungan satu terhadap lainnya dalam bingkai yang sarat dengan norma. Dengan demikian, hubungan manusia di dalam interaksi sosial tidak bebas nilai sebagaimana yang dituntut oleh ilmu-ilmu alamiah atau ilmu-ilmu sosial yang memandang hukum bukan sebagai norma melainkan hanya sekadar gejala sosial. Pengertian-pengertian seperti "cukup umur," "korupsi tanggungjawab (responsibility)." "tanggung gugat (liability),"melanggar hukum (onrechtmatige daad)." "melawan hukum (wederrechtelijk)." desentralisasi, dan lainlain, merupakan pengertian-pengertian yang mengandung sifat normatifdan hal ini memang dibutuhkan oleh masyarakat untuk dapat diterapkan dalam kehidupan sosial. Isi aturanaturan itu tidak dapat dideduksi dari perilaku eksternal yang diamati belaka. Apabila hal itu yang dilakukan, peneliti akan kehilangan makna dari apa yang sesungguhnya dilakukan dalam Initannya dengan norma yang ada. Mengenai hal ini dapat dikemukakan suatu contoh, misalnya isu tentang dapat tidaknya suatu perjanjian yang dibuat oleh salah seorang Direktur suatu CV yang masih berusia 18 tahun dimintakan pembatalan. Dalam menghadapi isu ini, yang perlu dilihat adalah apakah perjanjian itu dibuat berdasarkan hukum Indonesia. Jika memang jawabnya ya, perlu dirujuk ketentuan Pasal 1320 BW.[[10]](#footnote-10) Salah satu syarat sahnya perjanjian adalah adanya kecakapan (bekwaamheid). Selanjutnya, dipertanyakan apakah usia 18 tahun menurut hukum cakap (bekwaam) untuk melakukan tindakan hukumn (rechtshandeling). Dalam menghadapi hal seperti itu perlu ditengok ketentuan mengenai usia berapa yang memungkinkan sescorang dianggap telah mampu untuk melakukan tindakan hukum. Di dalam Pasal 330 BW ditetapkan bahwa mereka yang belum 21 tahun penuh dan belum kawin dianggap minderjarig atau belum cukup umur. Ketentuan yang sama juga terdapat di dalam Staatsblad 1951 No. 54. Olch karena itulah semua golongan penduduk yang ada di Indonesia sebelum Z1 tahun penuh dan belum kawin dianggap minderjarig atau belum cukup umur. Istilah minderjarig tidak sama dengan belum dewasa, Cukup umur tidak sama dengan dewasa. Cukup umur dalam bahasa Belanda meerderjarig, sedangkan dewasa valwassen. Dalam bahasa Inggris, meerderjarig identik dengan legal age, sedangkan volwassen dalam bahasa Inggrisnya adult. Dewasa, volwassen, dan adult bukan pengertian hukum. Apabila menurut hukum Indonesia cukup umur adalah 21 tahun penuh atau sudah kawin, secara a contrario sualu perbuatan hukum yang dilakukan oleh seseorang yang belum berusia 21 tahun penuh dan belum kawin dapat dimintakan pembatalan. Oleh karena mengadakan perjanjian merupakan suatu perbuatan hukum, jawaban atas isu yang diajukan tersebut adalah perjanjian itu dapat dimintakan pembatalan.

Sebagai contoh lain, suatu PT telah gagal untuk membayar utangnya kepada bank BUMN yang berjumlah miliaran rupiah dan agunan yang dijaminkan jauh di bawah nilai utangnya. Peristiwa itu terjadi pada akhir tahun 1998, yaitu sebelum adanya perubahan terhadap UU No. 3 Tahun 1971 tentang Peniberantasan Tindak Pidana Korupsi. Isu hukum yang timbul adalah dapatkah perusahaan itu dianggap telah melakukan tindak pidana korupsi? Isu ini menimbulkan isu ikutan, yaitu siapa yang bertanggung jawab atas tindak pidana itu: Direksi? Direksi dan Komisaris? Mengingat pemegang saham PT ini hanya dua orang, yaitu yang seorang memegang 90% dan yang lain 10%, apakah pemegang saham mayoritas yang harus bertanggungjawab? Atau semua pemegang saham? Atau Direksi, Komisaris, dan semua Pemegang saham? Untuk menjawab isu tersebut, perlu diacu pengertian korupsi seperti tertuang di dalam UU No. 3 Tahun 1971. Apabila di dalam undang-undang itu didapatkan suatu ketentuan bahwa korupsi merupakan tindakan yang merugikan keuangan negara perlu dirujuk pengertian keuangan negara. Dalam hal demikian timbul isu apakah uang bank BUMN adalah keuangan negara? Untuk mendapatkan pengertian tentang keuangan negara, perlu dilihat Indonesiche Comptabiliteit Wet (ICW) yang waktu itu masih berlaku. Jika memang aset BUMN bukan termasuk aset negara, sudah barang tentu tuduhan itu akan gugur. Jika memang aset BUMN dapat ditafsirkan sebagai uset negara, perlu diajukan pertanyaan apakah kegagalan membayar utang merupakan suatu tindak pidana? Oleh karena terjadi perbedaan jumlah yang besar antara agunan dan kredit yang dikucurkan lalu dicari motivasi yang melatarbelakangi pengucuran kredit tersebut. Dugaan yang paling mungkin adalah adanya Indikasi penipuan. Apabila dikonstruksikan semacam itu yang harus dijadikan dasar tuduhan adalah Pasal 378 KUHP tentang Penipuan bukan lagi UU No. 3 Tahun 1971. Dalam hal ini isu hukumnya bukan tindak pidana korupsi melainkan penipuan. Lalu siapa yang dianggap sebagai pelaku perbuatan itu? Oleh karena dalam hal ini tindak pidana itu melibatkan beberapa orang, isu yang timbul adalah apakah ketentuan Pasal 55 KUHP tentang doenplegen (penyertaan) berlaku? Lalu siapa yang menjadi actor intelektualis dan actor materialis? Dari kedua contoh di atas dapat diktakan bahwa jawaban atas isu-isu hukum ini tidak mungkin tanpa adanya kegiatan interpretasi karcna dalam ketentuan undang-undang yang diacu di dalam contoh-contoh tersebut terlibat masalah pengertian hukum. Kesalahan dalam memahami pengertian hukum akan berakibat fatal bagi pencari keadilan. Lebih jauh lagi jilca putusan itu kemudian menjadi dasar pemikiran bagi hakim selanjutnya dalam perkara serupa, kerusakan pengertian bukan saja menyebabkan ketidakpastian, melainkan juga sudah menyentuh sisi hukum yang lebih tinggi, yaitu keadilan.

Kegiatan interpretasi seperti itu tidak mungkin tidak menggunakan metode hermeneutik. Dalam hal menyangkut. kehidupan manusia, hermeneutik menghadirkan kembali pemikiran Aristoteles mengenai model teleologis dengan mengabaikan model kausalitas ilmiah ilmu-ilmu alamiah. Menurut penganuit-penganut hermeneutik, aktivitas manusia ditentukan oleh gagasan-gagasan normatif yang ada di dalam diri manusia itu sendiri dan bukan ditentukan oleh proses mekanis tanpa tujuan sebagaimana terjadi pada makhluk lain yang bukan manusia. Pandangan kaum hermeneutik ini tidak sejalan dengan pandangan kaum positivistis yang dibangun oleh John Austin. Perlu dikemukakan di sini bahwa John Austin bersama-sama dengan John Stuart Mill sangat dipengaruhi oleh pemikiran ilmiah modern yang anti-metafisika. Oleh karena itulah Austin dengan positivismenya mengembangkan ilmu hukum sesuai dengan tuntutan ilmu modern. Ilmu modern mensyaratkan suatu pengetahuan mengenai adanya gejala tertentu yang harus diverifikasi secara empiris berdasarkan fakta yang dapat diobservasi. Berpegang kepada pola pikir semacam itu, Austin memandang hukur dalam kaitannya dengan gejala yang dapat diamati, yaitu aturan-aturan dan sanksi dari suatu institusi yang harus dipatuhi oleh masyarakat. Aspek normatif hukum harus dinyatakan ke dalam bentuk aturan tingkah laku lahiriah yang dapat diobservasi. Menurut Austin, evaluasi terhadap aturan hukum merupakan suatu hal lain. Dengan mengambil sikap semacam itu, Austin memperbincangkan hukum dari sudut pandang sosiolog hukum yang bebas nilai. Kiranya apa yang dilakukan oleh John Austin ini dilakukan juga oleh John Stuart Mill dalam membangun experimental design dalam penelitian ilmu sosial Akan tetapi, bagi mereka yang menempuh pendekatan ilmiah terhadap hukum seperti yang dibangun oleh Austin dan para sosiolog akan menghadapi beberapa masalah karena hukum memang dibentuk atas tujuan normatif sebagaimana tertuang di dalam ketentuan yang ada. Pertama, pelaku taat kepada hukum berdasarkan pertimbangan subjektif mengenal apa yang benar dan hal ini tidak dapat diobservasi. Kedua, ilmu hukum berkaitan dengan hal-hal yang bersifat normatif untuk kegiatan praktik hukum, sehingga dapat memberikan pemecahan yang tepat bagi masalah-masalah yuridis yang aktual. Ketiga, ilmu hukum berkaitan dengan faktor-faktor normatif yang tidak dapat diverifikasi, seperti 'iktikad baik," "kepatutan dan kelayakan,' dan "kesalahan'. Berdasarkan hal-hal tersebut dapat dikatakan bahwa persyaratan dan prosedur yang berlaku untuk ilmu-ilmu alamiah dan sosial tidak dapat digunakan di dalam ilmu hukum. Oleh karena itulah kemudian dikembangkan hermeneutik hukum.

Di dalam hermeneutik hukum, pandangan Hart relevan untuk dikemukakan. Meskipun Hart disebut sebagai kaum new positivist, ia kritis terhadap John Austin. Menurut Hart, pada saat masyarakat taat kepada aturan hukum, hal ini lebih dari sekadar aturan tingkah laku yang dapat diobservasi. Mereka bertindak atas dorongan kesadaran mengenai apa yang mereka lakukan. Kesadaran tersebut tidak dapat diobservasi. Di samping itu, perilaku manusia tidak sama dengan perilaku binatang Perilaku binatang ditentukan oleh naluri dan sensitivitas, misalnya kucing, jika lapar mencari makan dan setelah kenyang tidur. Perilaku manusia tidaklah demikian. Perilaku manusia disebabkan oleh jalan pikiran yang kompleks, sehingga apa yang mereka lakukan sebenamya selalu dapat menjadi objek interpretasi. Dalam hal inilah Hart memberi sumbangan yang berarti bagi hermeneutik hukum. Hart menyatakan bahwa tingkah laku manusia dipengaruhi oleh gagasan normatif si pelaku tersebut. Oleh karena itulah peneliti hukum harus menemukan makna tingkah laku tersebut melalui interpretasi.

1. Isu Hukum dalam Teori Hukum

Untuk menggali makna lebih jauh dari aturan hukum, tidak cukup dilakukan penelitian dalam ruang lingkup dogmatik hukum, tetapi lebih mendalam lagi memasuki teori hukum. Apabila penelitian dalam ruang lingkup dogmatik hukum, Isu hukum mengenal ketentuan hukum yang di dalamnya mengandung pengertian hukum berkaitan dengan fakta hukum yang dihadapi, untuk penelitian pada tataran teori hukum isu hukum harus mengandung konsep hukum. Konsep hukum dapat dirumuskan sebagai suatu gagasan yang dapat direalisasikan dalam kerangka berjalannya aktivitas hidup bermasyarakat secara tertib. Konsep-konsep hukum yang telah dikenal luas oleh masyarakat, misalnya Badan hukum, kadaluwarsa, kekuasaan, kewenangan, kepailitan, hak kekayaan intelektual, dan pertanggungjawaban pidana, sangat menunjang aktivitas dan transaksi sosial. Tidak dapat dibayangkan akankah kehidupan sosial dapat berlangsung seperti sekarang ini tanpa adanya konsep-konsep tersebut?

Penelitian hukum dalam tataran teori ini diperlukan bagi mereka yang ingin mengembangkan suatu bidang kajian hukum tertentu. Hal itu dilakukan untuk meningkatkan dan memperkaya pengetahuannya dalam penerapan aturan hukum. Dengan melakukan telaah mengenai konsep-konsep hukum, para ahli hukum akan lebih meningkatkan daya interpretasi dan juga mampu menggali teori-teori yang ada di belakang ketentuan hukum tersebut. Scbagai suatu contoh dapat dikemukakan masalah di bidang hak kekayaan intelektual. Pada saat terjadinya musibah gempa bumi dan tsunami Aceh pada 26 Desember 2001, beberapa stasiun televisi di antaranya SCTV, MetroTV, dan TVRI meliput bencana itu yang kemudian ditayangkan lewat siaran masing-masing. Bukan tidak mungkin tayangan itu direkam oleh mereka yang berkepentingan baik untuk dokumentasi pribadi atau untuk yang lain. Seandainya suatu rumah produksi sinetron atau film kemudian menghasilkan cerita yang dalam beberapa settingnya menayangkan apa yang telah ditayangkan oleh salah satu stasiun televisi tersebut, perlukah minta Izin kepada stasiun televisi itu dan membayar royalti kepada stasiun tersebut? Jika Idak, apakah rumah produksi itu dapat digugat oleh stasiun televisi itu apalagi sinetron tersebut ditayangkan di stasiun lain? Isu hukum yang timbul dari masalah ini adalah apakah dalam tindakan tersebut berlaku konsep hukum mengenai fair dealing dalam hukum di bidang hak kekayaan intelektual. Dalam hal ini peneliti harus dapat menemukan pengertian fair dealing tersebut. Sekali lagi di sini perlu pemahaman mengenai pengertian hukum tertentu. Apabila pengertian itu telah diketemukan, perlu dilihat lebih jauh untuk apa konsep fair dealing, itu diadakan? Hal ini diperlukan di dalam menelaah apakah konsep demikian tertuang di dalam ketentuan-ketentuan Undang-Undang Hak Cipta Indonesia. Jika memang ada ketentuan-ketentuan yang menyiratkan konsep fair dealing apakah benar-benar mengadopsi konsep itu atau mungkin ada penyimpangan atau mungkin ada modifikasi atau bahkan mungkin ada sesuatu yang lain yang hendak dituju, sehingga hanya meminjam" saja konsep itu untuk tujuan yang lain? Dalam hal ini peneliti sudah benarbenar masuk ke dalam ruang lingkup teori hukum. Mau tidak mau, suka atau tidak suka, peneliti perlu membuka buku-buku teks klasik maupun kontemporer. Seorang yang telah melakukan penelitian mengenai masalah tersebut dapat saja dipanggil sebagai saksi ahli di pengadilan dalam sengketa tersebut. Apabila dalam law firm terdapat divisi atau Departemen Hak Kekayaan Intelektual dan para penerap hukumjuga belajar hak kekayaan intelektual, para advokat dari kedua belah pihak akan beradu argumentasi melalui jawaban masing-masing ditambah dengan keterangan ahli akan berdiskusi mengenai sesuatu yang berada dalam ruang lingkup konsep. Jika hakim yang mengadili perkara itu juga menelaah lebih mendalam kasus yang dihadapinya dengan cara membanding: kan jawaban para pihak dengan literatur yang dibacanya dan pengadilan bersikap benar-benar sebagai pengadilan, niscaya akan memberi putusan yang sangat berguna bagi pengembangan konsep hukum di bidang hak kekayaan intelektual.

| Contoh lain, di suatu bank terkenal di Indonesia cabang Kotamubago, Kabupaten Bolaang Mongandouw, Sulawesi Utara, seorang teller yang melayani nasabah yang akan mentransfer dana sebesar Rp 10.000.000 kepada adiknya di Kota Malang, Jawa Timur, tidak meneruskan perintah transfer dana itu tetapi memindahkan ke rekeningnya sendiri dan memberikan kepada nasabah slip transfer lengkap dengan cap dari bank itu seakan-akan dana itu memang ditransfer ke bank adiknya di Malang. Adik nasabah yang tidak menerima transfer dana tersebut menghubungi kakaknya yang mengirim dana tersebut dan kakaknya lalu mengadukan hal itu kepada bank tempat la mengirim transfer dana itu. Setelah diselidiki ternyata memang dana itu tidak ditransfer ke rekening bank si adik tetapi ke rekening teller-nya. Oleh karena uang sebesar Rp 10.000.000

diperlukan untuk membayar sumbangan masyarakat pada suatu perguruan tinggi tertentu di Malang dengan tidak dipenuhinya batas waktu untuk membayar menyebabkan anak si adik gagal masuk universitas tersebut. Mengingat hal itu si adik dengan bantuan teman-temannya minta bank itu diproses secara hukum baik dari segi pidana maupun perdata. Dari kasus ini, di samping isu mengenai tanggung gugat korporasi, timbul isu hukum apakah dalam hal ini terdapat corporate crime? Dalam menghadapi hal ini, peneliti harus memahami konsep hukum tentang corporate crime. Untuk masalah tersebut perlu dipertanyakan apakah konsep hukum respondeat superior yang berlaku pada hukum perdata juga berlaku bagi hukum pidana sehingga perbuatan teller di Kotamubago harus dipertanggungjawabkan juga oleh Direksi bank itu yang ada di Jakarta mengingat yang diberikan kepada nasabah adalah slip bank itu lengkap dengan capnya? Ataukah berlaku konsep vicarious liability? Telaah semacam itu masuk ke dalam ruang lingkup teori hukum pidana. Apabila perkara tersebut sampai ke pengadilan dan di pengadilan terjadi perdebatan antara penuntut umum dan advokat yang keduanya telah melakukan penelitian dalam ruang lingkup teori hukum pidana ditambah dengan keterangan seorang ahli, hal itu akan memicu hakim yang mengadili perkara itu untuk meluangkan waktu melakukan telaah terhadap teori tersebut. Hal itu dilakukan dalam kerangka menilai argumentasi yang diajukan oleh para pihak dan keterangan ahli. Dengan melakukan telaah tersebut hakim dapat memberikan putusan yang memuaskan para pihak. Kesalahan dalam menerapkan konsep karena kurangnya pemahaman akan berakibat fatal. Misalnya dalam kasus ini hakim berpendapat bahwa respondeat superior berlaku juga untuk hukum pidana sehingga direksi bank terkenal itu yang ada di Jakarta harus bertanggung jawab atas kesalahan teller yang dilakukan di Kotamubago, Kabupaten Bolaang Mongandouw, Sulawesi Utara, karena slip disertai cap yang diserahkan kepada nasabah adalah slip dan cap bank itu, hal itu akan menimbulkan kegoncangan bisnis. Dapat dipastikan apabila hal itu terjadi dengan pertimbangan biaya yang dipungut sangat kecil tetapi dengan tanggung jawab yang besar, banyak bank tidak akan bergerak dalam layanan transfer dana dan hal ini akan mengganggu transaksi bisnis dan perekonomian nasional. Sekali lagi di sini dikemukakan bahwa penelitian akan konsep-konsep hukum harus benar-benar dilakukan oleh ahli hukum. Jika tidak akan mempunyai implikasi yang luas.

Sebagaimana Hart, Gustav Radbruch menjadikan perasaan manusia sebagai titikanjak dalam menyusun teori hukumnya." [[11]](#footnote-11)Bahkan, lebih jauh dari Hart, Radbruch menentang positivisme yang bebas nilai yang tidak mengakui bahwa antara hukum dan moral terdapat hubungan yang tak dapat dipisahkan. Menurut Radbruch, hukum merupakan produk dari budaya manusia. Sebagaimana semua produk budaya mempunyai makna bagi masyarakat tertentu, hukum pun juga hanya dapat dipahami sebagai suatu upaya masyarakat dalam mewujudkan nilai-nila dan tujuannya. Menurut Radbruch, tujuan hukum adalah mene: tapkan aturan bagi suatu masyarakat dalam kerangka keadilan. Dalam kerangka inilah sebenarnya konsep hukum disusun. Tidak dapat disangkal bahwa hermeneutik merupakan instrumen yang sangat penting di dalam melakukan penafsiran, baik bagi ruang lingkup dogmatik hukum maupun dalam ruanglingkup teori hukum. Dengan perkataan lain, hermeneutik bermanfaat dalam memecahkan isu hukum pada tataran dogmatik dan teori hukum. Suatu pandangan yang mengangXap dogmatik hukum identik dengan bunyi teks perundangundangan adalah pandangan yang sudah sangat kuno yang tidak memahami perkembangan ilmu hukum. Mereka yang melecehkan dogmatik hukum juga tidak pernah paham akan undangan yang dikembangkan oleh mereka yang menentang paham legisme. Pandangan legisme benar-benar dipegang teguh oleh Robespierre yang menyatakan, "Le mot de jurisprudence doit êtres effacé notre langue, dans un pays qui a une constitution, une legislation, la jurisprudence ce n'est autre chose que la lor".[[12]](#footnote-12) Bagi mereka yang menggunakan metode eksperimen yang dikembangkan oleh J.S. Mill untuk penelitian sosial, mereka sebenarnya merupakan kaum legalis yang menyuarakan pandangan legisme melalui pandangan positivisme Austin. Hal semacam ini sudah ditinggalkan sejak abad XIX.

1. Isu Hukum dalam Filsafat Hukum

Akhirnya, penelitian hukum yang berkaitan dengan isu mengenai asas hukum berada dalam tataran filsafat hukum. Untuk dapat memahami isu yang berkaitan dengan asas hukum, perlu terlebih dahulu dikemukakan pengertian asas hukum. J.H.P Bellefroid menyatakan bahwa peraturan-peraturan hukum yang berlaku umum dapat diuji oleh aturan-aturan pokok. Aturan-aturan pokok ini tidak perlu diuji lagi. Di atas aturan-aturan pokok ini tidak ada lagi aturan. Aturan-aturanpokok inilah yang disebut sebagai asas-asas hukum."[[13]](#footnote-13) Beberapa contoh asas hukum yang diketengahkan oleh Bellefroid antara lain:

* Seorang anak harus menghormati orangtuanya.
* Tiada pemidanaan tanpa kesalahan.
* Tiada suatu perbuatan yang dapat dihukum tanpa adanya

peraturan perundangan yang ada sebelumnya.

* Setiap orang dianggap tahu hukum.
* Tiada seorang pun wajib mempertahankan haknya berten tangan dengan kehendaknya.

Asas-asas hukum tersebut menampakkan diri ke permukaan melalui aturan-aturan hukum. Di dalam setiap aturan hukum dapat dilacak asas hukumnya. Menurut Bellefroid, setiap tertib hukum yang berlaku di setiap negara selalu ditopang oleh assi hukum. Ini berarti asas hukum yang berlaku di suatu negara berbeda dengan asas hukum yang berlaku di negara lain. Atau dengan perkataan lain asas hukum berbeda-beda antara satu negara dengan negara yang lain.

Apa yang dikemukakan oleh Bellefroid tersebut tidak seluruhnya benar. Memang, setiap bangsa memiliki pandangan hidup sendiri-sendiri dan pandangan hidup tersebut memengaruhi pandangan hukumnya. Pandangan hukum tersebut ikut menentukan asas hukum. Akan tetapi tidak dapat disangkal bahwa ada asas hukum yang berlaku secara universal atau paling tidak dianut oleh sebagian besar bangsa. Bahkan Pasal 38 (1) Statuta Mahkamah Internasional menyebutkan bahwa salah satu sumber hukum internasional adalah prinsip-prinsip hukum umum yang diakui bangsa-bangsa beradab (general minciples of law recognized by civilized nations). Contoh-contoh asas-asas hukum yang diketengahkan oleh Bellefroid bahkan merupakan asas-asas hukum yang berlaku secara universal. Di umping itu komunikasi antarbangsa dapat saling memengaruhi pandangan hidup masing-masing bangsa, sehingga tidak tertutup kemungkinan asas hukum yang berlaku di suatu negara dapat digunakan oleh negara lain. Atau peraturan hukum di suatu negara mengacu kepada asas hukum yang dianut oleh bangsa lain. Lebih-lebih dengan adanya globalisasi ekonomi pasca ditandatanganinya Marrakesh Agreement akhir 1993 tidak sulit untuk mendapatkan asas-asas hukum di bidang hukum bisnis yang kompatibel antara yang diterapkan oleh undangundang suatu negara dengan negara lain anggota World Trade Organization:

Asas-asas hukum juga dapat mengalami perubahan. Akan tetapi mengingat asas hukum merupakan sesuatu yang bersifat abstrak, perubahan asas hukum sangatlah lambat dibandingkan dengan perubahan peraturan hukum. Dengan berpegang kepada pandangan bahwa asas hukum yang berlaku di suatu negara dapat digunakan di negara lain, dapatlah dikemukakan bahwa asas hukum yang lama yang asli yang dimiliki oleh suatu negara mungkin dapat diganti oleh asas hukum yang dimiliki oleh bangsa lain, karena asas hukum yang asli tersebut tidak lagi sesuai dengan situasi yang ada.

Asas-asas hukum mempunyai arti penting bagi pembentukan hukum, penerapan hukum, dan pengembangan ilmu hukum. Bagi pembentukan hukum, asas-asas hukurti memberikan landasan secara garis besar mengenai ketentuan-ketentuan yang perlu dituangkan di dalam aturan hukum. Di dalam penerapanhukum asas-asas hukum sangat membantu bagi digunakannya penafsiran dan penemuan hukum maupun analogi. Adapun bagi pengembangan ilmu hukum asas hukum mempunyai kegunaan, karena di dalam asas-asas hukum dapat ditunjukkan berbagai aturan hukum yang pada tingkat yang lebih tinggi sebenarnya merupakan suatu kesatuan. Oleh karena itulah penelitian terhadap asas-asas hukum mempunyai nilai yang sangat penting baik bagi dunia akademis, pembuatan undangundang, maupun praktik peradilan.

Sebagai contoh isu hukum dalam ruang lingkup asas hukum adalah apakah putusan Mahkamah Konstitusi tertanggal 25 Juli 2004 yang menyatakan tidak berlaku Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 tentang Penuntutan terhadap Tersangka Bom Bali sesuai dengan asas hukum? Dalam menghadapi isu ini, peneliti harus mempelajari ketentuan undang-undang itu yang sebenarnya merupakan penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 2 Tahun 2002. Selanjutnya, yang harus diacu adalah ketentuan-ketentuan konstitusi yang dilanggar oleh undang-undang yang berasal dari Perpu itu. Apabila ternyata kemudian di dalam konstitusi, yaitu Pasal 28 I UUD 1945 yang telah diamendemen disebutkan bahwa "hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia," isu hukum itu lalu bergeser apakah konstitusi itu tidak mengandung asas hukum yang saling bertentangan? Dalam hal demikian peneliti perlu menalaah lebih jauh timbulnya asas Nullun delictum nulla poena sina praevea lege poenali yang diajarkan oleh Anselm von Feurbach. Apakah ajaran Feurbach ini harus diterapkan secara mutlak untuk perbuatan yang bertentangan dengan hak asasi manusia sekalipun? Pemahaman demikian akan menimbulkan isu hukum ikutan, yaitu apakah ketentuan konstitusional Pasal 28 I yang menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut sesuai dengan asas hukum yang dikemukakan oleh Feurbach dalam teori vom psyschologischen zwarig-nya? Sebelum Feurbach menyusun teori itu perlu juga dibaca (sedapat mungkin buku aslinya) tulisan Montesquieu yang berjudul L'Esprit des Lois yang pertama kali memunculkan asas tersebut. Apabila peneliti tidak mampu menemukan buku aslinya atau tidak paham bahasanya, peneliti dapat juga mencari rujukan dari penulis-penulis yang mempunyai kualifikasi tinggi yang membahas asas tersebut seperti Paul Scholten dan lainlain. Dalam melakukan penelitian mengenai asas retroaktivitas itu, peneliti juga dapat membandingkan dengan kasus Adolf Eichmann dan Peradilan Nuremberg. Bukan tidak mungkin peneliti kemudian memang menemukan bahwa pencantuman ketentuan itu dalam UUD 1945 tidak sesuai dengan asas tersebut. Apabila hal itu yang terjadi peneliti dapat merekomendasikan seyogianya ketentuan itu dicabut.

Contoh lain di dalam penelitian dengan isu dalam ruang lingkup asas hukum adalah apakah batas-batas kebebasan hakim. Dalam menghadapi isu demikian, peneliti perlu mempelajari mengapa hakim mempunyai suatu diskresi. Hal itu terkait dengan pandangan-pandangan legisme.[[14]](#footnote-14) Selanjutnya, peneliti akan mencari pandangan-pandangan yang menentang pandangan tersebut. Rujukan akan yurisprudensi mengenai pandanganpandangan itu sangat dibutuhkan. Dengan pemahaman teori yang cukup mendalam ditambah pemikiran filosofis mengenai posisi hakim dalam penerapan hukum, akan didapatkan batas-batas diskresi hakim, paling tidak sesuai dengan situasi yang dihadapinya. Dalam hal inilah peneliti perlu menelaah filsafat yang berkembang dari suatu masa ke masa yang lain.[[15]](#footnote-15) Penelitian ini seakan-akan menempatkan kebebasan atau diskres hakim sebagai suatu variabel terikat sedangkan perkembangan filsafat sebagai variabel bebas. Sebenarnya tidak seperti itu. Dapat saja pengadilan membuat putusan yang menentang pandangan yang berlaku pada masa dibuatnya putusan itu. Putusan ini kemudian menjadi landasan filosofis bagi putusan hakim berikutnya, misalnya kasus Lindenbaum. Cohen (1919) menjadi Landmark Decision untuk kasus perbuatan melanggar hukum (onrechtmatige daad'). Putusan itu menentang pandangan yang berkembang pada saat itu. Di dalam putusan itu terlihat hakim mempunyai diskresi yang besar untuk menetapkan pengertian perbuatan melanggar hukum. Yang perlu dikemukakan oleh peneliti adalah makna kebebasan yang dimiliki oleh hakim dalam perkara itu bukan kebebasan itu sendiri. Meminjam istilah dari bidang hukum administrasi, kebebasan itu harus mempunyai doelmatigheid atau tujuan sesuai dengan bevoegleid atau ruang lingkup kewenangan yang dimilikinya, bahkan menurut pendapat saya harus sesuai dengan expertise atau keahlian yang dimiliki oleh hakim tersebut. Dalam hal inilah penelitian itu menjadi bermakna timbul karena adanya dua proposisi hukum yang mempunyai hubungan yang bersifat fungsional, kausalitas maupun yang slu menegaskan yang lain. Identifikasi hubungan ini diperlukan ilalam kerangka untuk apa penelitian itu diadakan.

Isu hukum yang timbul karena hubungan yang bersifat kausalitas memuat proposisi yang satu dipikirkan sebagai penyebab yang lain. Sebagai suatu contoh dalam praktik hukum adalah apakah putusan Mahkamah Konstitusi tertanggal 23 Juli 2004 tentang dinyatakan tidak berlakunya UU No. 16 Tahun 2003 menyebabkan pidana mati yang dijatuhkan terhadap terpidana Amrozi, Muchlas, dan Imam Samodra atas dasar undang-undang itu menjadi gugur? Jika memang jawabannya positif, lalu apakah mereka lalu bebas demi hukum? Jika negatif, apakah mereka perlu diadili lagi atas dasar hukum yang lain? Jika demikian, apakah tidak bertentangan dengan asas nie bis in idem? Atau adakah jawaban lain? Di dalam hukum sebenarnya tidak ada yang namanya kemungkinan ketiga, yaitu bisa ya dan bisa tidak. Di dalam hukum tidak dimungkinkan seorang dinyatakan bersalah dan tidak bersalah sekaligus atau terbukti dan sekaligus tidak terbukti melakukan perbuatan yang dituduhkan kepadanya. Di dalam hukum terdapat apa yang disebut tertii exclutie, yaitu tidak adanya kemungkinan ketiga. Jika ternyata Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa putusan itu tidak berlaku untuk putusan-putusan yang telah dijatuhkan sebelum undang-undang itu dinyatakan tidak berlaku apakah hal ini bukan merupakan suatu tertii exclutie yang dilarang oleh hukum? Hal ini tentu saja menimbulkan isu hukum baru dalam ruang lingkup hubungan kausalitas, yaltu apakah putusan Mahkamah Konstitusi semacam itu tidak menimbulkan ketidakadilan secara hukum? Dalam hal semacam itu penelitian itu menjadi bermakna

1. P. van Dijk, Op. dr., hlm. 10-12 [↑](#footnote-ref-1)
2. Edgar Bodenheilmer, Jurisprudence: The Method and Philosophy of Law, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1962, hlm. 111. [↑](#footnote-ref-2)
3. P Van Dijk, op.cit.hlm.110 [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibid. [↑](#footnote-ref-4)
5. Lihat catatan tentang Holmes di Bab IL [↑](#footnote-ref-5)
6. Jika bukan masalal pidana, dapat digunakan analogi [↑](#footnote-ref-6)
7. Lihat pandangan yang dikemulakan oleh lan Cijssels dan Mark van Hockpada Bab l. [↑](#footnote-ref-7)
8. Lihat Peter Mahmud Muzuki. "The Judge's Task to Find Land under the Indonesian law", Midik, Vol. 19, No. 2, Maret 2004, hlm. 92-96 [↑](#footnote-ref-8)
9. Istilah hermeneutik berasal dari nama dewa Yuran Hermes yang dalam mitologi Yunani dewa tersebut bertugas untuk membuat kebenaran dewa menjadi dipahami oleh manusia Lihat Peter Mahmud Marzuki. Ibid,. [↑](#footnote-ref-9)
10. Di dalam New Burger Wetboek (NEW) Belanda tidak lagi berdapat betentuan sepatul Pasal 1320 BW. Perjantan dikaitkan dengan perbuatan hukum se: hingga masalah kalian murid, sudah tercakup di dalamnya [↑](#footnote-ref-10)
11. Peter Mahmud Marzuki, Loc. cit [↑](#footnote-ref-11)
12. Kata putuskan pengadilan harus sesuai dengan lidah kita dalam suatu negarn yang memiliki konstitusi, suatu undang-undang,putusan pengadilan tidak lain daripada undang-undang [↑](#footnote-ref-12)
13. J.H.P. Bellefrald, Inveling tot de Rediteranschap in Nederland, Dekker & Vin de Vert, Nijmegen, 1955, hlm. 14. [↑](#footnote-ref-13)
14. Lihat Peter Mahmud Marzuki Op.cit. hlm. 85-100. [↑](#footnote-ref-14)
15. Lihat pendekatan historis,infra. [↑](#footnote-ref-15)