



LAPORAN PENELITIAN
DANA SELAIN APBN FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
TAHUN ANGGARAN 2018

EKSISTENSI PEMBENTUKAN HUKUM OLEH HAKIM
MELALUI YURISPRUDENSI

Peneliti :

1. Tri Laksmi Indreswari, SH MH (Ketua)
NIP 197208232000032001
2. Anggita Doramia Lumbanraja, SH MH (Anggota)

FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG

2018

HALAMAN PENGESAHAN LAPORAN PENELITIAN
SELAIN APBN FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS DIPONEGORO
TAHUN ANGGARAN 2018

- 1.a. Judul Penelitian : Eksistensi Pembentukan Hukum
Oleh Hakim Melalui Yurisprudensi
- b. Jurusan : Ilmu Hukum
- c. Bidang Ilmu/Konsentrasi/Kompetensi : Hukum Dasar
2. Peneliti
- Ketua Peneliti
- a. Nama Lengkap dan Gelar : Tri Laksmi Indreswari, SH MH
b. Gol/Pangkat/NIP/NIDN : Penata/3C/197208232000032001/
0023287292
c. Jabatan Fungsional : Lektor
d. Bagian : Dasar Dasar Ilmu Hukum
e. Alamat rumah/telp/email : Jl Mangga Raya 43 Semarang/0816654593/
laksmiindreswari@yahoo.com
3. Anggota Peneliti :
- a. Nama Lengkap dan Gelar : Anggita Doramia Lumbanraja, SH MH
b. Gol/Pangkat/NIP/NIDN : Pembina Utama Madya/IV D/ Guru Besar
c. Bagian : Dasar Dasar Ilmu Hukum
4. Lokasi Penelitian : Jakarta, Surabaya
5. Kerjasama dengan Institusi Lain : -
6. Lama Penelitian : 6 bulan
7. Biaya yang diperlukan² : Rp 20.000.000,-

Semarang, Oktober 2018

Mengetahui

Ketua Peneliti/Ketua Bagian

Prof Dr Retno Saraswati, SH MHum Tri Laksmi Indreswari, SH MH

NIP 1967111919932002

NIP 197208232000032001

ABSTRAK

Pembentukan hukum pada dasarnya merupakan tugas pembentuk undang –undang dalam rangka menyelaraskan undang undang dengan perkembangan masyarakat. Namun demikian perkembangan masyarakat yang pesat dalam praktiknya tidak dapat diatur seluruhnya oleh undang - undang. Di sisi lain hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan undang undang tidak jelas atau undang - undanganya tidak ada maka disinilah ranah hakim melakukan pembentukan hukum. Penelitian ini memadukan penelitian doktrinal dan non doktrinal dengan tujuan untuk mengkaji pembentukan hukum oleh hakim khususnya hakim PTUN melalui yurisprudensi.

Keywords : Pembentukan hukum, yurisprudensi

PRAKATA

Puji syukur kami panjatkan kehadiran Allah SWT karena atas perkenanNya penelitian dengan judul “ Eksistensi Pembentukan Hukum Oleh Hakim “ dapat selesai dengan baik.

Penelitian ini dilakukan dengan meneliti peran hakim sebagai pembentuk hukum dalam konteks upaya penemuan hukum yang dilakukan hakim PTUN dalam memeriksa, memutus sengketa TUN yang masuk ke PTUN.

Kami berharap hasil penelitian ini dapat dijadikan bahan bacaan sekaligus pengayaan bagi pembaca terkait dengan permasalahan khususnya di bidang perbankan.

Semarang, Oktober 2018

Peneliti

DAFTAR ISI

Halaman judul.....	1
Halaman Pengesahan.....	2
Abstrak.....	3
Prakata.....	4
Daftar isi	
Bab I Pendahuluan.....	6
Bab II Tinjauan Pustaka.....	9
Bab III Proses Penelitian	16
Bab IV Hasil Penelitian dan Pembahasan	
1. Kedudukan Hakim PTUN	
sebagai Pembentuk Hukum	22
2. Peran yurisprudensi dalam pembentukan hukum.....	34
Bab V Penutup.....	43
Daftar Pustaka	

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar belakang

Pasal 1 ayat (3) Undang Undang Dasar Negara Tahun 1945 menyatakan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum. Berdasar rumusan pasal ini maka semua penyelenggaraan negara dan pemerintahan harus berdasarkan hukum. Indonesia sebagai negara hukum yang dibangun berdasar nilai - nilai yang hidup dan digali dari pandangan hidup bangsa yaitu Pancasila, hukum menempati kedudukan yang tertinggi (*supremacy of law*) sehingga pelaksanaan kehidupan berbangsa dan bernegara harus berdasarkan hukum.

Hukum pada dasarnya bertujuan mengatur kehidupan manusia agar tertib dan teratur. Secara umum hukum tidak dapat dilepaskan dari pengertian sebagai norma atau peraturan tertulis yang ditetapkan oleh negara dan berlaku mengikat bagi masyarakat. Keberadaan hukum dalam pengertian normatif ini mempunyai keterkaitan yang erat dengan masyarakat karena fungsi hukum disini adalah untuk mengatur masyarakat. Dengan demikian perkembangan masyarakat sudah seharusnya juga diikuti oleh perkembangan hukum yang merupakan ranah pembentukan hukum.

Pembentukan hukum pada dasarnya merupakan tugas pembentuk undang - undang dalam rangka menyelaraskan undang undang dengan perkembangan masyarakat. Namun demikian kehidupan manusia yang kompleks dan pesatnya perkembangan masyarakat dalam praktiknya tidak dapat diatur seluruhnya oleh undang - undang. Kesenjangan ini juga membawa konsekuensi ketika ada suatu perkara dimana undang undang tidak mengatur secara jelas atau malah belum ada undang - undang. Jika terjadi kondisi demikian maka ini sebenarnya merupakan ruang lingkup hakim untuk melakukan pembentukan hukum.

Hakim dalam melakukan pembentukan hukum tentu saja berbeda dengan pembentukan hukum yang dilakukan pembentuk undang - undang. Hakim dalam melakukan pembentukan hukum adalah melalui putusannyaterhadap suatu perkara. Keberadaan hakim sebagai pembentuk hukum ini juga dilandasi asas *ius curia novit*, yaitu hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukunya tidak jelas atau hukumnya tidak ada. Ketika hakim berhadapan dengan peristiwa konkret dimana peraturan perundang - undangannya tidak jelas atau bahkan tidak ada maka hakim dapat melakukan pembentukan hukum melalui yurisprudensi.

Demikian halnya hakim Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN), sebagai bagian dari kekuasaan kehakiman juga dapat melakukan pembentukan hukum ketika berhadapan dengan sengketa tata usaha negara. PTUN merupakan pengadilan yang memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara sehingga mempunyai kewenangan di lingkuan Tata Usaha Negara. Sengketa Tata Usaha Negara mempunyai pengertian sengketa yang timbul dalam bidang Tata Usaha Negara antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat Tata Usaha Negara baik di pusat maupun daerah sebagai akibat dikeluarkannya Keputusan Tata Usaha Negara termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang – undangan yang berlaku.¹

Berdasar uraian sebagaimana dijelaskan diatas maka penelitian ini difokuskan kepada pembentukan hukum yang dilakukan oleh hakim PTUN . Sengketa yang dihadapi hakim PTUN dalam kondisi tertentu juga memerlukan pembentukan hukum yaitu melalui yurisprudensi. Dengan demikian dalam penelitian ini akan dikaji eksistensi hakim PTUN dalam melakukan pembentukan hukum melalui yurisprudensi.

B. Perumusan masalah

Berdasar uraian latar belakang penelitian di atas, dapat diidentifikasi dan dirumuskan permasalahan sebagai berikut :

¹ Pasal 1 angka 10 Undang – Undang No 51 Tahun 2009ntentang Perubahan Kedua Atas Undang - Undang No 5 Tahun 1986 tentang PTUN

1. Bagaimanakah kedudukan hakim PTUN sebagai pembentuk hukum ?

2. Bagaimanakah peran yurisprudensi dalam pembentukan hukum ?

C. Tujuan Penelitian

Sesuai dengan identifikasi masalah sebagaimana diuraikan diatas maka penelitian ini mempunyai tujuan :

1. Untuk memahami kedudukan hakim PTUN sebagai pembentuk hukum
2. Untuk memahami peran yurisprudensi dalam pembentukan hukum.

D. Manfaat penelitian

Manfaat teoritis :

1. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan bagi perkembangan ilmu hukum, khususnya kajian – kajian yang berkaitan dengan Hukum Tata Usaha Negara.
2. Penelitian ini diharapkan dapat menambah kepustakaan berkaitan dengan Hukum Tata Usaha Negara

Manfaat praktis

Penelitian ini diharapkan dapat memiliki manfaat bagi para hakim dalam menjalankan tugas dan kewenangannya dalam memeriksa, menyelesaikan dan memutus sengketa TUN

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Kekuasaan Kehakiman

Pengaturan kekuasaan kehakiman di Indonesia secara historis dimulai pada tahun 1951 yaitu Undang Undang Darurat No 1 Tahun 1951 , dirubah dengan Undang undang No 19 Tahun 1964 kemudian dengan Undang Undang No 14 Tahun 1970 sebagaimana dirubah dan ditambah dengan Undang Undang No 35 Tahun 1999. Selanjutnya undang undang tentang kekuasaan kehakiman ini dirubah dengan dikeluarkannya Undang Undang No 4 Tahun 2004 dan yang berlaku saat ini adalah Undang Undang No 48 Tahun 2009.

Pasal 1 ayat (1) Undang Undang no 48 Tahun 2009 menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Kekuasaan kehakiman yang merdeka ini dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan Tata Usaha Negara dan oleh sebuah Mahkamah konstitusi.

Kehadiran kekuasaan kehakiman yang merdeka merupakan salah satu pilar dari negara hukum yang dianut oleh Indonesia. Dengan adanya independensi kekuasaan kehakiman sebagai ciri utama negara hukum, maka diharapkan kekuasaan kehakiman dapat melakukan fungsi kontrol terhadap kekuasaan - kekuasaan negara lainnya disamping mencegah atau mengurangi terjadinya penyalagunaan wewenang atau kekuasaan.²Salah satu aspek penting yang

² Pontang Moerad, *Pembentukan Hukum Melalui Putusan Pengadilan Dalam Perkara Pidana*, Bandung : PT Alumni, 2005, hal 59

terkandung dalam independensi kekuasaan kehakiman adalah kemerdekaan hakim dalam memutus perkara sebagai dasar bagi berfungsinya proses peradilan yang baik.

Hakim dalam sistem peradilan memegang peran penting karena merupakan aktor yang bertugas memutus perkara. Terhadap tugas hakim ini Bagir Manan menyebutkan ada tiga kemungkinan peran hakim menerapkan hukum yaitu :³

- a. Hakim sekedar menjadi mulut undang undang. Meskipun ajaran “hakim sebagai mulut undang undang “ telah ditinggalkan , tetapi masih ada kemungkinan putusan hakim yang sekedar melekatkan ketentuan undang undang dalam suatu peristiwa konkrit. Perbedaannya di masa paham legisme, hakim sebagai mulut undang undang merupakan suatu kewajiban (imperatif). Sekarang walaupun hakim menjadi mulut undang undang semata mata karena kebebasan menemukan hukum dalam kaitan dengan suatu peristiwa konkrit. Dalam praktik hak semacam ini akan sangat jarang terjadi.
- b. Hakim sebagai penterjemah aturan hukum yang ada. Sebagai penterjemah hakim bertugas menemukan hukum baik melalui penafsiran, konstruksi atau penghalusan hukum. Kewajiban ini timbul karena turan yang ada tidak jelas atau karena suatu peristiwa hukum tidak persis sama dengan lukisan dalam undang undang.
- c. Hakim sebagai pembentuk hukum (judge made law). Hukum yang dibentuk hakim dapat berupa hukum baru, melengkapi hukum yang ada atau memberi makna baru terhadap hukum yang sudah ada. Tugas membentuk hukum dapat terjadi karena hukum yang ada belum (cukup) mengatur, atau hukum yang telah usang.

³Bagir Manan,*Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*, Jakarta : Asosiasi Advokat Indonesia, 2009, hal11-12

Sedangkan terhadap hakim tersebut Wiarda – Koopmans menyebutkan ada tiga fungsi hakim dalam menerapkan yaitu :⁴

a. Menerapkan hukum apa adanya

Fungsi ini menempatkan hakim semata mata “menempelkan “atau “memberikan tempat “ suatu peristiwa hukum dengan ketentuan ketentuan yang ada. Hakim seperti penjahit yang semata mata melekatkan dengan jahitan bagian bagian dari kain yang sudah dipotong sesuai tempatnya masing masing. Tidak ada kreasi karena kreasi ada pada perancang.

b. Hakim sebagai penemu hukum

Kenyataan menunjukkan , tidak ada atau hampir tidak ada suatu peristiwa hukum secara tepat terlukis dalam suatu kaidah undang undang atau hukum. Agar suatu kaidah undang undang (hukum) dapat diterapkan terhadap suatu peristiwa hukum, hakim harus melakukan rekayasa. Tanpa rekayasa peristiwa hukum yang bersangkutan tidak dapat diputus sebagaimana mestinya. Hakim wajib menemukan hukum.

c. Fungsi menciptakan hukum

Hakim bukan saja menerapkan hukum bagaimana adanya, bukan pula sekedar menemukan hukum, melainkan menciptakan atau membuat hukum. Menciptakan hukum dikonstruksikan sebagai upaya hakim yang harus memutuskan tetapi tidak tersedia aturan hukum yang dapat dijadikan dasar.

B. Pembentukan Hukum

Pembentukan hukum pada umumnya dilakukan oleh pembentuk undang - undang dengan cara merumuskan peraturan - peraturan yang berlaku umum. Namun dalam kajian ini yang dimaksud pembentukan hukum yang dilakukan

⁴Gr Van der Brught dan JDC Winkelman, Penyelesaian Kasus, terjemahan B Arief Shidarta , Jurnal Pro Justitia, Tahun XII, Januari 1994, hal 35-36

hakim. Pembentukan hukum yang dilakukan pembentuk undang - undang dengan membuat suatu peraturan untuk mengatur aspek kehidupan manusia. Sedangkan pembentukan hukum hakim adalah berkaitan dengan peristiwa konkret yang dihadapi di pengadilan. Pembentukan hukum seringkali dikaitkan dengan lembaga pembuat undang undang. Hal ini dapat dipahami mengingat pembentukan hukum adalah kewenangan dari lembaga legislatif. Namun demikian pembentukan hukum yang dilakukan pembuat undang undang mempunyai perbedaan dengan hakim sebagai pembentuk hukum.

Hakim sebagai pembentuk hukum bukan berarti mempunyai kewenangan yang sama dengan lembaga legislatif. Sebagai pembentuk hukum, hakim tidak berperan untuk membuat atau membentuk hukum sebagaimana dilakukan kekuasaan legislatif. Beberapa perbedaan peran pembentuk hukum antara hakim dengan legislatif adalah sebagai berikut :

Hakim	Legislatif
Pasal 5 Undang Undang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat	Pasal 20 A undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 yang menyatakan DPR memegang kekuasaan membentuk undang undang
Berbentuk putusan pengadilan	Berbentuk Undang Undang
Mengikat para pihak yang berperkara	Mengikat secara umum

Hakim dalam menyelesaikan dan memutus suatu perkara harus memilih aturan hukum yang akan diterapkan dalam peristiwa konkret yang dihadapi. Dengan demikian , melalui penyelesaian perkara konkret dalam proses peradilan dapat terjadi pembentukan hukum.⁵ Alasan – alasan dilakukannya pembentukan hukum ini sebagai berikut :⁶

⁵ Pontang Moerad, opcit hal 81

⁶ Ibid hal 82

- a. Undang - undang ada, tetapi sudah ketinggalan , sudah tidak sesuai dengan keadaan ketika peristiwa itu terjadi. Hakim kemudian membentuk hukum ;
- b. Undang- undang tidak ada. Di sini hakim mencari norma non hukum sekurang - kurangnya non undang - undang.

C. Yurisprudensi

Istilah yurisprudensi berasal dari kata *Jurisprudentia* (bahasa latin) yang berarti pengetahuan hukum (*rechtsgeleerdheid*). Di negara – negara yang menganut sistem hukum *Civil Law*, yurisprudensi diartikan sebagai putusan – putusan hakim yang telah berkekuatan hukum tetap dan diikuti oleh para hakim dalam kasus yang sama. Kumpulan yang demikian disebut sebagai *rechterschet* atau hukum yang lahir melalui putusan- putusan hakim atau peradilan.⁷ Sedangkan di negara negara menganut *Common Law* istilah *Jurisprudence* mempunyai arti teori ilmu hukum yang memuat prinsip - prinsip hukum positif dan hubungan hukum.

Badan Pembinaan Hukum Nasional memberikan pengertian yurisprudensi sebagai berikut :⁸

- a. Yurisprudensi yaitu peradilan yang tetap atau hukum peradilan (Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto) ;
- b. Yurisprudensi adalah ajaran hukum yang dibentuk dan dipertahankan oleh pengadilan (Kamus Pockema Andrea) ;
- c. Yurisprudensi adalah pengumpulan yang sistematis dari keputusan Mahkamah Agung dan keputusan Pengadilan Tinggi yang diikuti oleh hakim lain dalam memberikeputusan dalam soal yang sama (kamus Pockema Andrea) ;
- d. Yurisprudensi diartikan sebagai ajaran hukum yang dibentuk dan dipertahankan oleh peradilan (Kamus Koenen Endepols) ;

⁷ Paulus Effendi Lotulung, Penulisan Karya Ilmiah Tentang *Peranan Yurisprudensi Sebagai Sumber Hukum*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman RI, 1997, hal 7

⁸ Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, *Penyajian Hasil Penelitian Tentang Peranan Hukum Kebiasaan Dalam Hukum Nasional*, Jakarta, 1992

- e. Yurisprudensi diartikan sebagai pengumpulan yang sistematis dari putusan Mahkamah Agung dan Putusan Pengadilan Tinggi (yang tercatat) yang diikuti oleh hakim – hakim dalam memberikan putusnya dalam soal yang serupa
(Kamus Van Dale) ;
- f. Yurisprudensi adalah putusan – putusan hakim atau pengadilan yang tetap dan dibenarkan oleh Mahkamah Agung sebagai pengadilan kasasi, atau putusan – putusan Mahkamah Agung sendiri yang tetap.

Yurisprudensi merupakan salah satu sumber hukum formal yang memiliki fungsi sebagai berikut :⁹

1. Standart hukum dalam hal undang - undang tidak mengatur atau belum mengatur pemecahan kasus yang bersangkutan ;
2. Standar hukum yang sama dapat menciptakan kepastian hukum ;
3. Diciptakannya rasa kepastian hukum dan kesamaan hukum terhadap kasus yang sama, maka putusan hakim akan bersifat dapat diperkirakan (*predictable*) dan ada transparansi ;
4. Adanya standar hukum, maka dapat dicegah kemungkinan – kemungkinan timbulnya disparitas dalam berbagai putusan hakim yang berbeda dalam perkara yang sama. Andai kata pun timbul perbedaan putusan antara hakim yang satu dengan yang lainnya dalam kasus yang sama maka hal itu jangan sampai menimbulkan disparitas tetapi hanya bercorak sebagai variabel secara kasuistik (kasus demi kasus).

Berdasarkan sistem hukum Indonesia tidak menentukan jenis yurisprudensi namun dalam praktik peradilan dikenal 2 (dua) jenis yurisprudensi yang terdiri dari:

1. Yurisprudensi tidak tetap (biasa)
Yurisprudensi tidak tetap atau biasa adalah putusan pengadilan , putusan *judex factie* Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi serta putusan

⁹ Ibid hal 20

Mahkamah Agung yang telah memiliki kekuatan hukum tetap namun belum diuji melalui eksaminasi dan notasi dari tim yurisprudensi Hakim Mahkamah Agung.¹⁰

2. Yurisprudensi tetap

Yurisprudensi tetap adalah putusan – putusan hakim tingkat pertama, dan putusan tingkat banding yang telah berkekuatan hukum tetap atau putusan Mahkamah Agung sendiri yang telah berkekuatan tetap, atas perkara atau kasus yang belum jelas aturan hukumnya yang memiliki muatan keadilan dan kebenaran, telah diikuti berulang kali oleh hakim berikutnya dalam perkara yang sama, putusan tersebut telah diuji oleh Majelis Yurisprudensi yang terdiri dari para Hakim Agung di Mahkamah Agung, dan telah direkomendasikan sebagai yurisprudensi tetap yang berlaku mengikat dan wajib diikuti oleh hakim – hakim dikemudian hari dalam memutus perkara yang sama.¹¹

¹⁰ Achmad Kamil dan Fauzan, *Kaidah - Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Jakarta : Prenada Media group, 2008, hal 12

¹¹ Ibid hal 11

BAB III

PROSES PENELITIAN

A. Standpoint

Standpoint merupakan titik pandang atau berkaitan dengan posisi peneliti yang digunakan dalam melakukan penelitian. Penelitian ini termasuk dalam tradisi penelitian kualitatif . Denzin dan Lincoln memberi batasan penelitian kualitatif sebagai kajian yang “ *multimethod in focus, involving an interpretive, naturalistic approach to its subject matter*. Ditambahkan pula bahwa *qualitative researchers study things in their natural settings, attempting to make sense of, or interpret, phenomena in terms of the meanings people bring to them* . Dengan demikian Denzin dan Lincoln menyatakan bahwa penelitian kualitatif adalah penelitian yang menggunakan latar alamiah dengan maksud menafsirkan fenomena yang terjadi dan dilakukan dengan jalan melibatkan metode yang ada. ¹²

Mc Millan dan Schumacher menyebut penelitian kualitatif sebagai *inquiry in which researchers collect data in face to face situations by interacting with selected person in their settings (field research)*.¹³ Selanjutnya penelitian kualitatif pada dasarnya merupakan penelitian dalam ilmu sosial yang secara fundamental bergantung dari pengamatan pada manusia maupun dalam peristilahannya. ¹⁴Dengan penelitian kualitatif ini dilakukan pengamatan dan pengumpulan data dengan latar belakang (*setting*) alamiah atau secara natural (*naturalistic inquiry*), tidak memanipulasi subyek yang diteliti.

¹² Lexy J Moeleong, *Metode Penelitian Kualitatif* , Bandung : RMJ Rosdakarya, 2001, hal 4

¹³ Agus Salim, 2006, *opcit* hal 4

¹⁴ Lexy J Moeleong, *opcit* hal 4

B. Paradigma

Paradigma adalah seperangkat kepercayaan atau keyakinan dasar (*a set of basic value*) yang menuntun seseorang dalam bertindak dalam kehidupan sehari-hari. Paradigma dalam maknanya yang luas merupakan suatu sistem filosofis utama, induk atau ‘payung’ yang terbangun dari ontologi, epistemologi dan metodologi tertentu yang masing – masingnya terdiri dari satu ‘set’ belief dasar atau *worldview* yang tidak dapat begitu saja dipertukarkan (dengan *belief* dasar atau *worldview* dari ontologi, epistemologi dan metodologi paradigma lainnya).

Paradigma yang digunakan untuk memandu penelitian ini adalah *post positivisme* yang menurut Erlyn Indarti sejalan dengan aliran filsafat hukum legal realism atau legal behavioralisme.¹⁵ Aliran ini melihat hukum sebagai *law as it is made by the judge in the court of law*. Dengan kata lain, hukum dimengerti sebagai *judge made law*.

Pertanyaan	Post Positivsm
Ontologi	Realisme kritis; realitas eksternal, obyektif, dan real yang dipahami secara tidak sempurna
Epistemologi	Modifikasi dualis/obyektivis ; dualisme surut dan obyektivitas menjadi kriteria penentu : eksternal obyektivitas
Metodologi	Modifikasi eksperimental/manipulatif : falsifikasi dengan cara critical multiplism atau modifikasi ‘triangulasi’, utilisasi teknik kualitatif, setting lebih natural, informasi lebih situasional, dan cara pandang emic.

Berdasarkan tabel diatas paradigma postpositivism dapat diuraikan sebagai berikut :

- a. secara ontologi paradigma postpositivism adalah realisme kritis. Hukum menurut paradigma ini merupakan realitas eksternal yang bersifat obyektif dan real, serta yang hanya dapat dipahami secara tidak sempurna.

¹⁵ Erlyn Indarti, *Diskresi dan Paradigma Sebuah Telaah Filsafat Hukum*, Semarang, 2010. Undip

- b. Secara epistemologi , paradigma post positivisme merupakan modifikasi sehingga masih belum terlalu jauh beringust dari epistemologi positivisme yang dualis dan objektif.
- c. Secara metodologis adalah modifikasi eskperimental/manipulatif terhadap hukum yang ada namun sudah mengalami modifikasi.

C. Strategi Penelitian

1. Pendekatan penelitian

Penelitian ini dapat dikategorikan ke dalam ranah *Socio legal research*. Dalam *socio legal research* ini terdapat 2 (dua) penelitian yaitu pertama aspek legal research yang berupa hukum dalam arti norma peraturan perundang – undangan. Kedua aspek *socio research* yakni digunakannya metode dan teori - teori sosial tentang hukum untuk membantu peneliti dalam melakukan analisis. Menurut Soetandyo Wignyosubroto, kajian sosio legal dalam konteks judge behavior (perilaku hakim), mengkaji *law as it is decided by the judge through judicial processes*, bertolak dari pandangan bahwa hukum adalah apa yang diputuskan oleh hakim inkonkreto tersistemisasi sebagai *judge made law*, berorientasi behavioral dan sosiologik, bersaranakan logika induktif.

Penelitian ini merupakan perpaduan penelitian doktrinal dan penelitian non doktrinal. Penelitian doktrinal adalah penelitian hukum yang dikonsepskan dan dikembangkan atas dasar doktrin yang dianut pengkonsep dan/atau sang pengembang. Digunakannya penelitian doktrinal dengan tujuan untuk mengetahui pemahaman hakim berkaitan dengan pembentukan hukum, hukum dalam hal ini dikonsepskan sebagai putusan hakim *in concreto*. Sedangkan penelitian non doktrinal menempatkan hasil amatan- amatan atas realitas – realitas sosial untuk ditempatkan sebagai proposi umum alias premis mayor. Di sini yang dicari lewat proses *searching* and *researching* bukanlah dasar - dasar membenaran berlakunya sesuatu norma abitrasi atau amar putusan yang konkret melainkan pola – pola keajegan atau pola – pola memanifestasikan hadirnya hukum di alam kenyataan. . Dengan demikian digunakannya penelitian non doktrinal bekerja

untuk menemukan jawaban – jawaban yang benar dengan pembuktian kebenaran yang dicari di atau dari fakta – fakta sosial yang bermakna hukum sebagaimana tersimak dalam kehidupan sehari hari, atau fakta – fakta sebagaimana yang telah terintepretasi dan menjadi bagian dari dunia makna yang hidup di lingkungan.

2.Sumber , Teknik Pengumpulan dan Analisis data

2.1 Sumber data

Berdasarkan tipe penelitian yang dilakukan maka jenis data dalam penelitian ini dapat dikelompokkan menjadi data primer dan data sekunder. Data primer merupakan data empiris yang diperoleh secara langsung dari sumber informasi. Sedangkan data sekunder adalah data yang diperoleh melalui bahan – bahan kepustakaan. Dalam penelitian kepustakaan digunakan tiga jenis bahan hukum yang dijadikan obyek studi dokumen yaitu :

a. Bahan hukum primer

Bahan hukum primer adalah bahan hukum yang berasal dari putusan hakim serta peraturan -peraturan sebagai berikut :

1. Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
2. Undang Undang Kekuasaan Kehakiman No 48 Tahun 2009
3. Undang Undang Tentang PTUN
4. Putusan – putusan Pengadilan yang berkaitan dengan permasalahan

b. Bahan hukum sekunder

Bahan hukum sekunder merupakan bahan hukum yang memebrikan penjelasan mengenai bahan hukum primer yaitu :

1. Berbagai kepustakaan yang berkaitan dengan pembentukan hukum oleh hakim

2. Berbagai disertasi yang berkaitan dengan hakim
3. Berbagai jurnal hukum nasional maupun internasional yang berkaitan dengan hakim

c. Bahan hukum tersier

Bahan hukum tersier merupakan bahan - bahan yang mempunyai keterkaitan dengan bahan hukum primer maupun sekunder antara lain :

1. Kamus hukum, Black Law Dictionary
2. Kamus Besar Bahasa Indonesia

2.2 Teknik pengumpulan data

Pengumpulan data dalam penelitian ini diperoleh melalui observasi, wawancara serta intepretasi dokumen (teks). Wawancara dalam penelitian ini merupakan wawancara langsung yang dilakukan dalam rangka menggali informasi yang sedalam – dalamnya dari informan. Wawancara dilakukan secara mendalam (indepth interview) dengan tujuan mendapatkan informasi yang komprehensif dengan pertanyaan terbuka yang sudah direncanakan. Informan ini memiliki peran yang sangat signifikan dalam usaha pengumpulan data penelitian karena yang bersangkutan adalah informan – informan yang sangat paham berkaitan dengan permasalahan yang akan dikaji dalam penelitian ini.

2.3. Teknik Pengolahan data

Setelah data dikumpulkan , tahap selanjutnya adalah melakukan pengolahan data yaitu mengelola data agar tersusun secara runtut, sistematis sehingga memudahkan melakukan analisis. Pengolahan data dilakukan berdasarkan setiap perolehan data yang berasal dari lapangan maupun studi pustaka, dideskripsikan, direduksi dianalisis , serta ditafsirkan. Berdasarkan jenis penelitian kualitatif yang dipilih dalam penelitian ini maka data ditujukan pada upaya untuk menggali fakta natural setting dan pendalam kajian (verstehen).

2.4 Teknik analisa data

Untuk kepentingan analisis data, peneliti menggunakan analisis interaktif dengan membuat catatan – catatan di lapangan (field notes) yang deskripsi dan refleksi data. Analisis data ini dilakukan oleh penelitian agar dapat mendapatkan informasi yang lengkap, utuh serta komprehensif berkaitan dengan permasalahan yang tengah diteliti. Bahan penelitian yang diperoleh baik yang berasal dari sumber hukum primer maupun sekunder diteliti dan dilakukan klasifikasi dengan dasar analisis secara runtut, ajeg sehingga dapat ditarik kesimpulan yang dapat dipertanggungjawabkan secara rasional,

BAB IV

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Kedudukan hakim PTUN sebagai pembentuk hukum

Tugas hakim yang utama adalah memberi keputusan dalam setiap perkara atau konflik yang dihadapkan kepadanya, menetapkan hal-hal seperti hubungan hukum, nilai hukum dari perilaku serta kedudukan hukum pihak-pihak yang terlibat dalam suatu perkara. Hakim dalam hal ini mempunyai fungsi untuk dapat menyelesaikan perselisihan atau konflik secara secara imparial berdasarkan hukum yang berlaku . Hal ini dapat dicermati dari isi Pasal 1 butir (8) KUHAP yang menyatakan bahwa hakim adalah pejabat peradilan negara yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk mengadili. Selanjutnya pengertian mengadili sendiri dijelaskan dalam pasal 1 butir (9) KUHAP yaitu serangkaian tindakan hakim untuk menerima, memeriksa, dan memutus perkara pidana berdasarkan asas bebas, jujur dan tidak memihak di sidang pengadilan.

Pandangan klasik yang dikemukakan oleh Montesquieu dan Kant bahwa hakim dalam menerapkan undang – undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya tidak menjalankan peranannya secara mandiri. Hakim hanyalah penyambung lidah atau corong undang undang (*bouche de la loi*) sehingga tidak dapat mengubah kekuatan undang undanag , tidak dapat menambah dan tidak pula mengurangnya. ¹⁶Pandangan kasik ini kemudian mendapat kritik yang tajam dari

¹⁶Sudikno Mertokusumo, opcit hal 40

pandangan materiil. Menurut pandangan ini pelaksanaan hukum oleh hakim bukanlah semata mata hanya masalah logika murni dan penggunaan ratio yang tepat, tetapi lebih merupakan masalah pemberian bentuk yuridis pada asas asas hukum materiil yang menurut sifatnya tidak logis dan tidak mendasarkan pada pikiran yang abstrak tetapi lebih lebih pada pengalaman dan penilaian yuridis.¹⁷

Kegiatan hakim menjalankan tugasnya dalam memeriksa, memutus perkara memang harus berdasarkan aturan namun ini tidak berarti hakim hanya corong undang undang. Hal ini dikarenakan undang undang sebagaimana kita ketahui adalah produk lembaga legislatif yang dalam praktiknya tidak dapat mencakup semua aspek atau kegiatan manusia yang sangat kompleks. Tidak ada undang undang yang mengatur secara lengkap selengkap lengkapnya maupun jelas sejelas jelasnya. Satjipto Rahardjo mengemukakan beberapa kelemahan yang terdapat dalam perundang – undangan adalah sebagai berikut :¹⁸

1. Kekakuannya.

Kelemahan ini sebetulnya segera tampil sehubungan dengan kehendak perundang – undangan untuk menampilkan kepastian. Apabila kepastian ini hendak dipenuhi, ia harus membayarnya dengan membuat rumusan rumusan yang jelas, terperinci dan tegas dengan risiko menjadi norma norma yang berlaku.

3. Keinginan perundang – undangan untuk membuat rumusan rumusan yang bersifat umum mengandung risiko bahwa ia mengabaikan dan dengan demikian memperkosa perbedaan perbedaan atau ciri ciri khusus yang tidak dapat disamaratakan begitu saja. Terutama sekali dalam suasana kehidupan modern yang cukup kompleks dan spesialisasi ini, kita tidak mudah untuk membuat perampatan –perampatan.

¹⁷ Ibid hal 42

¹⁸ Satjipto Rahardjo. opcit , hal85

Hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutuskan suatu perkara dalam praktiknya menggunakan hukum tertulis yaitu peraturan perundang – undangan. Namun demikian suatu undang undang tidaklah mungkin lengkap selengkap-lengkapnyanya atau jelas sejelas-jelasnya sehingga hakim dalam hal ini dituntut untuk melakukan suatu tindakan ketika berhadapan dengan suatu kasus yang disebut dengan penemuan hukum. Pengertian penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau pelaku hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa konkrit. Penemuan hukum adalah proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkrit (*das sein*) tertentu.

Berkaitan dengan tugas hakim dalam melakukan penemuan hukum, seorang hakim kadangkala dihadapkan pada suatu permasalahan mengenai peraturan perundang-undangan, untuk itu ada beberapa teori atau metode yang dapat digunakan hakim dalam menghadapi permasalahan dimaksud, yaitu ¹⁹

1. Jika dalam isi suatu peraturan perundang-undangan mengandung suatu keaburan norma (*vage normen*) atau terjadi makna ganda atau adanya konflik norma (*antinomi normen*), maka hakim dapat melakukan penafsiran atau interpretasi. Jadi dalam hal ini peraturannya sudah ada, tetapi tidak jelas untuk diterapkan dalam peristiwa konkret maka interpretasi teks terhadap peraturannya masih tetap berpegangan pada bunyi teks tersebut.
2. Jika dalam suatu perkara yang variatif sifatnya, belum ada peraturan perundang-undangan yang mengaturnya maka hakim dapat melakukan konstruksi hukum. Dalam hal ini peraturan belum ada, sehingga terdapat kekosongan hukum (*rechts vacuum*) atau lebih tepat disebut kekosongan hukum (*wet vacuum*).

¹⁹Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks*, Yogyakarta : UII Press, 2005, hal.52-53

Hakim adalah profesi yang bekerja tidak hanya berdasar aturan semata tetapi mempunyai akal, hati nurani, pemikiran sehingga seharusnya memiliki kepekaan terhadap nilai nilai yang ada di masyarakat. Hakim selayaknya tidak hanya berperan sebagai corong undang undang tetapi menggunakan “kreativitasnya “ dalam memutus perkara .Hakim juga sebuah profesi yang unik jika dibandingkan aparat penegak hukum lainnya. Tugas hakim yang utama adalah memutus suatu perkara dimana perkara - perkara yang dihadapi sering bersifat kompleks dan berbeda satu dengan yang lain. Mengingat kompleksnya hakim dalam menjalankan tugasnya maka menurut Bagir Manan bahwa hakim dapat menjalankan fungsi fungsi berikut : ²⁰

1. Menjamin peraturan perundang undangan yang diterapkan secara benar dan adil. Apabila penerapan peraturan perundang undangan akan menimbulkan ketidakadilan , hakim wajib berpihak pada keadilan dan mengesampingkan undang undang.
2. Sebagai “ dinamisator “ peraturan perundang – undangan . Hakim dengan menggunakan metode penafsiran, konstruksi dan berbagai pertimbangan sosio kultural berkewajiban menghidupkan peraturan perundang undangan untuk memenuhi kebutuhan nyata masyarakat.
3. Melakukan “ koreksi “ terhadap kemungkinan kekeliruan atau kekosongan peraturan perundang undngan. Hakim wajib menemukan, bahkan menciptakan hukum hukum untuk mengoreksi atau mengisi peraturan perundang undangan.
4. Melakukan “ penghalusan “ terhadap peraturan perundang undangan tanpa penghalusan , peraturan perundang undangan begitu keras sehingga tidak keadilan atau tujuan tertentu secara wajar.

Berdasarkan uraian diatas maka hakim dalam melaksanakan tugasnya dapat melakukan pembentukan hukum. Istilah pembentukan hukum sering

²⁰Bagir Manan dalam Musakkir, *Putusan Hakim yang Diskriminatif dalam Perkara Pidana di Sulawesi Selatan : Suatu Analisis Hukum Empiris*, Ringkasan Disertasi, Makasar, Program Pasca Sarjana Universitas Hasanuddin, 2006 hal 10-11

bercampur dengan istilah penemuan hukum. Sudikno Mertokusumo memberikan definisi penemuan hukum sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum konkret. Van Eikema Hommes mengemukakan penemuan hukum juga sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa peristiwa hukum yang konkret. Ini merupakan konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret.

Pembentukan hukum adalah merumuskan peraturan peraturan umum yang berlaku umum bagi setiap orang. Lazimnya pembentukan hukum dilakukan oleh pembentuk undang undang, tetapi hakim dimungkinkan pula membentuk hukum jikalau hasil putusannya merupakan penemuan hukum yang di kemudian hari menjadi yurisprudensi tetap yang diikuti oleh para hakim selanjutnya . Yaitu putusan hakim yang mengandung asas – asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkret tetapi memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi putusan hakim itu mengandung dua unsur sekaligus yaitu :²¹

1. Merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkret
2. Merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang

Tugas utama hakim adalah memeriksa dan memutus suatu perkara yang masuk ke pengadilan. Dalam Pasal10 Undang Undang No 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa pengadilan dilarang menolak untuk

²¹Sudikno Mertokusumo, op cit 37

memeriksa, menegadili dan memutus sesuatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya . Berdasar rumusan pasal ini maka perkara yang masuk ke pengadilan harus diperiksa dan diputuskan oleh hakim meskipun belum ada peraturan perundang – undangannya. Di sisi lain kegiatan manusia dan dinamika sosial yang berkembang pesat dalam praktiknya tidak mungkin dapat diatur dalam peraturan perundang – undangan secara rinci, jelas dan lengkap. Maka dalam kondisi inilah hakim dapat melakukan pembentukan hukum.

Pembentukan hukum oleh hakim pada dasarnya berkaitan dengan tugas pengadilan yaitu menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Hal ini juga harus dilakukan oleh hakim PTUN yang mempunyai kewenangan sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman yang bertugas memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara. Adapun yang dimaksud dengan sengketa tata usaha negara menurut Pasal 1 angka 10 Undang Undang No 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Undang Undang No 5 Tahun 1986 adalah sengketa yang timbul dalam bidang tata usaha negara antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat tata usaha negara, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya keputusan tata usaha negara, termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang – undangan yang berlaku.

Unsur unsur sengketa tata usaha negara yang menjadi kewenangan PTUN dapat diuraikan sebagai berikut :²²

- a. Harus ada perbedaan pendapat tentang sesuatu hak ataupun kewajiban. Hak dan kewajiban tersebut adalah merupakan akibat saja dari penerapan hukum tertentu. Ini berarti bahwa sengketa timbul karena terlebih dahulu ada penerapan hukum yang dilakukan oleh Pejabat Tata Usaha Negara ;
- b. Sengketa itu terletak di bidang Tata Usaha Negara. Yang dimaksud Tata Usaha Negara adalah administrasi negara yang melaksanakan fungsi untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan baik di pusat maupun di daerah ;
- c. Subyek yang bersengketa adalah individu atau badan hukum perdata sebagai pihak penggugat dan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara sebagai pihak tergugat ;
- d. Sengketa tersebut timbul karena berlakunya keputusan Tata Usaha Negara

Kompetensi PTUN dalam memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa TUN berawal dengan dikeluarkannya keputusan TUN oleh badan atau pejabat TUN yang mempunyai pengertian suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat TUN yang berisi tindakan hukum TUN berdasarkan peraturan perundang – undangan yang berlaku, bersifat konkret, individual dan final yang membawa akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata. Hakim PTUN dalam menguji keabsahan keputusan TUN ini dalam praktiknya sering dihadapkan pada peraturan perundang – undangan yang

²² Muchsan, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*, Yogyakarta : Liberty , 1992, hal 58-59

tidak lengkap, tidak jelas , ketinggalan jaman atau bahkan belum ada peraturan perundang – undangya. Dalam ranah inilah hakim PTUN dituntut untuk dapat melakukan pembentukan hukum.

Hakim PTUN dalam memutus suatu sengketa TUN tidak sekedar menerapkan undang – undang namun juga mampu melakukan pembentukan hukum dengan alasan – alasan sebagai berikut :

- Ketidakjelasan undang – undang dalam mengatur suatu peristiwa konkret ;
- Undang – undang sudah ketinggalan jaman, usang , tidak sesuai dengan dinamika kehidupan masyarakat ;
- Undang – undang yang mengatur tertuang suatu peristiwa konkret belum ada.

Pembentukan hukum yang dilakukan hakim tidak hanya berupa putusan yang telah ada aturannya secara tegas, namun juga terhadap perkara dimana aturannya belum jelas atau bahkan belum ada. Jika dicermati peran hakim seperti ini sejalan dengan pendapat Oliver Holmes, Jerome Frank maupun Cardozo. Menurut Holmes aturan aturan hukum hanya menjadi salah satu faktor yang patut dipertimbangkan dalam keputusan yang berbobot. Adapun Jerome Frank memiliki pendapat yang sama. Menurutnya kebenaran tidak bisa disamakan dengan aturan hukum. ²³

²³Bernard L tanya, Yoan N Simanjuntak, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta, Genta publishing, 2010, hal 167

Selanjutnya Cardozo kewibawaan seorang hakim justru terletak pada kesetiannya menjunjung tinggi hukum itu. Oeh karena itu putusan hakim tidak boleh berkembang secara bebas tanpa batas. Kegiatan para hakim tetap terikat pada kepentingan umum sebagai inti kejadian. Cardozo menyatakan dalam kegiatannya hakim wajib mengikuti norma norma yang berlaku di masyarakat dan menyesuaikan putusan hakim itu dengan kepentingan umum. Berbagai kekuatan sosial mempunyai pengaruh insrumental terhadap pembentukan hukum. Hakim dalam hal ini bukanlah berperan sebagai legislator seperti hanya lembaga legislatif. Namun peran pembentukan hukum oleh hakim akan tampak pada putusan yang dibuatnya terlebih lagi jika putusan tersebut diikuti oleh hakim lain dalam perkara yang sama. Alasan pembentukan hukum yang dilakukan hakim menurut Logemann adalah sebagai berikut :

Tiap undang undang sebagai bagian dari hukum positif bersifat statis dan tidak dapat mengikuti perkembangan kemasyarakatan yang menimbulkan ruang kosong. Maka para hakimlah yang bertugas untuk mengisi ruang kosong itu dengan jalan mempergunakan penafsiran dengan syarat bahwa dalam menjalankannya mereka tidak boleh memperkosa maksud dan jiwa undang undang, dengan perkataan lain mereka tidak boeh sewenang – wenang.

Pergeseran peran hakim yang semula sebagai corong undang undang menjadi pembentuk hukum pada dasarnya bertujuan untuk menciptakan putusan hukum yang peka terhadap situasi dan kondisi masyarakat. Hal ini dapat kita kaitkan dengan teori Nonet Selznick yang mengajukan model hukum responsif.

Nonet Selznick mengajukan model hukum responsif. Perubahan sosial dan keadilan sosial membutuhkan tatanan hukum yang responsif.²⁴

Nonet dan Selznick lewat hukum responsif menempatkan hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan – ketentuan sosial dan aspirasi publik. Sesuai dengan sifatnya yang terbuka maka tipe hukum ini mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan – perubahan sosial demi mencapai keadilan dan emansipasi publik. Itulah sebabnya hukum responsif mengandalkan dua “doktrin” utama. Pertama hukum itu harus fungsional, pragmatik, bertujuan dan rasional. Kedua kompetensi menjadi patokan evaluasi terhadap suatu pelaksanaan hukum. Tatanan hukum responsif menekankan :²⁵

1. Keadilan substantif sebagai dasar legitimasi hukum
2. Peraturan merupakan sub ordinasi dan prinsip kebijakan
3. Pertimbangan hukum harus berorientasi pada tujuan dan akibat bagi kemashalatan masyarakat
4. Penggunaan diskresi sangat dianjurkan dalam pengambilan keputusan hukum dengan tetap berorientasi pada tujuan
5. Mempupuk sistem kewajiban sebagai ganti sistem paksaan
6. Moralitas kerja sama sebagai prinsip moral dalam menjalankan hukum
7. Kekuasaan didayagunakan untuk mendukung vitalitas hukum dalam melayani masyarakat
8. Penolakan terhadap hukum harus dilihat sebagai gugatan terhadap legitimasi hukum
9. Akses partisipasi publik dibuka lebar dalam rangka integrasi advokasi hukum dan sosial.

²⁴Bernard L Tanya, Yoan N Simanjuntak opcit, hal 205

²⁵ Ibid 206-207

Sudikno Mertokusumo juga menyebutkan walaupun undang – undang itu jelas, tidak mungkin undang – undang itu lengkap dan tuntas, tidak mungkin undang – undang itu mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara lengkap dan tuntas, karena kegiatan kehidupan manusia itu tidak terbilang banyaknya. Kecuali itu undang – undang adalah hasil karya manusia yang sangat terbatas kemampuannya. Ketentuan undang – undang tidak dapat diterapkan begitu secara langsung pada peritwanya. Untuk dapat menerapkan ketentuan undang – undang yang berlaku umum dan abstrak sifatnya itu pada peristiwa konkret dan khusus sifatnya, ketentuan undang – undang itu harus diberi arti, dijelaskan atau ditafsirkan dan diarahkan atau disesuaikan dengan peritwanya untuk kemudian baru diterapkan pada peristiwa konkret.²⁶

Hakim PTUN berdasar hasil penelitian mempunyai kedudukan penting dalam melakukan pembentukan hukum ketika memeriksa, memutus sengketa TUN. Hakim PTUN dalam hal ini melakukan terobosan hukum dengan melakukan pembentukan hukum dalam bentuk penemuan hukum. Hakim PTUN dengan demikian tidak semata – mata menerapkan undang – undang sebagai sumber hukum utama tetapi juga melakukan pembentukan hukum khususnya dengan penggunaan yurisprudensis sebagai sumber hukum utama selain undang – undang. Jika dicermati maka hakim PTUN dapat disebut tidak mengidentikkan hukum dengan semata – mata dengan undang – undang.

Pembentukan hukum oleh hakim tidak dapat dipungkiri merupakan salah satu karakteristik tradisi hukum *Common Law*. Indonesia sebagai negara yang

²⁶ Sudikno Mertokusumo, A Pitlo, 1993, hal 12

sistem hukumnya berakar dari tradisi hukum *Civil Law* kurang familiar dengan istilah ini, hakim dalam konteks ini lebih mengenal penemuan hukum. Pontang Moerad²⁷ mengemukakan pembentukan hukum lazimnya dilakukan oleh pembentuk undang – undang, maka hakim dimungkinkan juga membentuk hukum, yang dapat diikuti hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat, yaitu putusan mengandung asas- asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkret, tetapi mempunyai kekuatan yang berlaku umum.

Barda Nawawie Arief menyatakan supremasi hukum tidak semata – mata diartikan sebagai sumpremasi undang – undang. Tujuan penegakan hukum tidak hanya penegakkan *Rule of law*, melainkan juga *Rule Of Social Cohibitation (Rule of Community atau regulation of socialist life atau Rule of Justice)*. Secara konstitusional frase kata “ hukum dan keadilan lebih mengandung makna substansial atau material tidak sekedar kepastian atau penegakaan hukum yang formal tetapi substantif atau material certainty.²⁸

Penggunaan undang – undang sebagai sumber hukum utama maupun tugas hakim sebagai corong undang – undang sudah seharusnya ditinggalkan. Bagir Manan mengemukakan bahwa pelaksanaan hukum tidaklah sekedar mulut undang – undang , tetapi juga harus menggunakan asas dan kaidah undang – undang sebagai dasar untuk menjamin penerapan hukum yang sesuai dengan cita – cita dan dasar suatu negara yang berdaulat. Hakim harus selalu sungguh – sungguh mempertimbangkan faktor – faktor kultural yang hidup nyata dalam masyarakat.

²⁷Pontang Moerad,opcit hal 80

²⁸Barda Nawawi Arief, Reformasi Sistem Peradilan (sistem penegakkan Hukum di Indonesia), Semarang, Universitas Diponegoro, 2012, hal 61

Hakim harus dapat mengesampingkan kaidah – kaidah hukum jika bertentangan dengan keadilan masyarakat.²⁹ Kedudukan hakim PTUN dalam melakukan pembentukan hukum dalam proses peradilan di PTUN sangat penting mengingat peran hakim tidak hanya menegakkan hukum tetapi yang lebih penting adalah mewujudkan keadilan dalam putusannya.

B. Peran yurisprudensi dalam pembentukan hukum

Lembaga peradilan merupakan instrumen utama dalam penegakan hukum yang berfungsi menerima, memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang diajukan kepadanya. Dalam proses peradilan tersebut hakim dapat disebut sebagai aktor utama yang mempunyai peran penting bagaimana putusan suatu perkara dapat dijatuhkan. Tugas utama hakim adalah mengadili dan memutus perkara, terhadap tugas mengadili ini, Roscou Pound menyebutkan ada 3 (tiga) langkah yang dilakukan hakim dalam mengadili suatu perkara yaitu :³⁰

1. Menemukan hukum, menetapkan kaidah mana dari sekian banyak kaidah di dalam sistem hukum yang akan diterapkan atau jika tidak ada yang dapat diterapkan (yang mungkin atau tidak mungkin) dipakai sebagai satu kaidah untuk perkara lain sesudahnya berdasarkan bahan yang sudah ada menurut suatu cara yang diatur oleh sistem hukum;
2. Menafsirkan kaidah yang dipilih atau ditetapkan demikian yaitu menentukan maknanya sebagaimana pada saat kaidah itu dibentuk dan berkenaan dengan kekuasaan yang dimaksud ;
3. Menerapkan pada perkara yang sedang dihadapi kaidah yang ditemukan dan ditafsirkan.

²⁹ Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, Yogyakarta : Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2003, hal 264

³⁰ M Radjab, *Pengantar Filsafat Hukum*, Jakarta, Bhatara, 1972, hal 62

Gr Van der Brught dan JDC Winkelman menyebutkan bahwa seorang hakim haruslah melakukan tujuh langkah dalam menghadap suatu kasus, yaitu :

- a. Meletakkan kasus dalam sebuah peta (memetakan kasus) atau memaparkan kasus dalam sebuah iktisar (peta), artinya memaparkan secara singkat duduk perkara dari sebuah kasus (menskematisasi) ;
- b. Menterjemahkan kasus itu ke dalam peristilahan yuridis (mengkualifikasi (pengkualifikasian)) ;
- c. Menyeleksi aturan – aturan yang relevan ;
- d. Menganalisis dan menafsirkan (interpretasi) terhadap aturan – aturan hukum ;
- e. Menerapkan aturan – aturan hukum pada kasus ;
- f. Mengevaluasi dan menimbang (mengkaji) argumen – argumen penyelesaian ;
- g. Merumuskan (formulasi) penyelesaian.

Salah satu fungsi hukum adalah untuk menyelesaikan konflik yang terjadi di masyarakat yang dilakukan melalui pengadilan. Fungsi pengadilan sebagai tempat penyelesaian konflik ini sejalan dengan apa yang dikemukakan Harry C Brademeier sebagai berikut:³¹

“ The function of the law is the orderly resolution of conflict. As this implies, ‘the law’ (the clearest model of which I shall tak to be the court system) is brought into operation afer there has been a conflict. Someone claims that his interests have been violated by someone else. The court task is to render a decision that will prevent the conflict and all the potential conflict like it-from disrupting productive cooperation..”

Pengadilan sebagai tempat penyelesaian konflik diwujudkan dengan dikeluarkannya putusan pengadilan terhadap suatu perkara. Menurut Djokosoetono, putusan hakim yang baik harus dapat memenuhi dua persyaratan yakni kebutuhan teoritis maupun kebutuhan praktis. Kebutuhan teoritis menilik

³¹Achmad Ali dan Wiwie Heryani, *Sosiologi Hukum Kajian Empiris Terhadap Pengadilan*, Kencana Prenadamedia Grup, Jakarta, 2012, 65

kepada isi beserta pertimbangannya. Putusan tersebut dapat dipertanggungjawabkan dari segi ilmu hukum. Sedangkan kebutuhan praktis dengan putusan diharapkan dapat menyelesaikan sengketa hukum yang ada dan dapat diterima para pihak maupun masyarakat.³²

Pengadilan dalam tataran normatif berfungsi menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 dan juga merupakan aspek penting dari terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia. Terkait dengan pengadilan tersebut maka putusan pengadilan merupakan hasil akhir dari proses penyelesaian perkara di pengadilan. Sudikno Mertodikusumo memberikan definisi putusan pengadilan sebagai suatu pernyataan oleh hakim sebagai pejabat negara yang diberi wewenang untuk itu, diucapkan di persidangan dan bertujuan untuk mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara atau sengketa antara para pihak.³³

Dalam konteks putusan pengadilan maka ada dua pendekatan yang dapat digunakan untuk mengkajinya yaitu pendekatan tradisional dan pendekatan non tradisional.³⁴ Pendekatan tradisional adalah suatu studi hukum dan putusan pengadilan dari sudut pandang (*point of view*) normatif semata. Pendekatan tradisional ini meliputi pendekatan dari aliran legisme dan positivisme yuridis. Sedangkan pendekatan non tradisional merupakan studi hukum dan putusan pengadilan dari optik multidisiplin untuk memperoleh pemahaman yang

³²Abdullah, *Pertimbangan Hukum Hakim*, hal 23

³³Sudikno Mertodikusumo, *Hukum Acara Perdata*, Liberty, Yogyakarta, 1998, hal 167

³⁴Soetandyo Wignjosoebroto, *Sosiologi Hukum : Perannya Dalam Pengembangan Ilmu Hukum dan Studi tentang Hukum*, Makalah dalam Seminar Nasional "Pendayagunaan Sosiologi Hukum Dalam Masa Pembangunan dan Restrukturisasi Global, Semarang 12-13 November 1996, hal 5

komprehensif tentang ekstensitas dan bekerjanya hukum positif dan putusan pengadilan di masyarakat. Aliran yang termasuk dalam pendekatan non tradisional ini adalah *Sociological Jurisprudence*, aliran *Legal Realism* dan aliran *Behavioral Jurisprudence*.

Putusan pengadilan merupakan komponen yang penting dalam proses peradilan terlebih apabila putusan hakim tersebut menjadi yurisprudensi. Tidak semua putusan hakim disebut yurisprudensi, suatu putusan hakim dapat disebut sebagai yurisprudensi apabila sekurang – kurangnya memiliki 5 unsur sebagai berikut :³⁵

- putusan atas suatu peristiwa yang belum jelas hukumnya ;
- putusan tersebut telah merupakan putusan tetap ;
- telah berulang kali diputus dengan putusan yang sama dalam kasus yang sama ;
- memenuhi rasa keadilan ;
- putusan itu dibenarkan oleh Mahkamah Agung

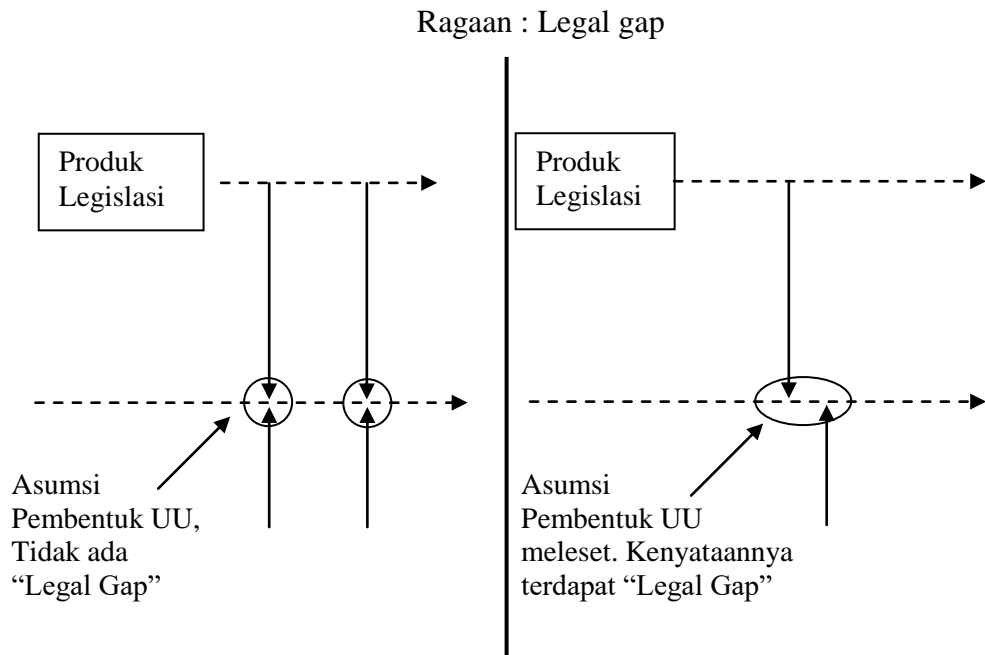
Berkaitan dengan yurisprudensi sebagai sumber hukum bagi hakim dalam memutus perkara ini terdapat perbedaan antara sistem hukum *Civil Law* dengan *Common Law*. Dalam sistem hukum *Civil Law*, karakteristik utamanya adalah kodifikasi sehingga hakim tidak terikat pada yurisprudensi. Peran legislatif menurut sistem hukum *Civil Law* sangat besar dalam membentuk undang – undang. Berbeda dengan sistem hukum *Common Law* yang memandang yurisprudensi sebagai sumber hukum utama. Menurut sistem hukum *Common Law*, asasnya adalah *the binding of precedent* yaitu hakim terikat pada putusan –

³⁵ Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, *Penyajian Penelitian tentang Peraturan Hukum Kebiasaan dalam Hukum Nasional*, Jakarta, 1994

putusan hakim terdahulu pada perkara yang sama. Sumber hukum dalam sistem hukum *Common Law* dikenal dengan *judge made law* .

Perbedaan implementasi antara sistem hukum *Civil Law* dengan *Common Law* untuk masa sekarang tidak ada lagi merupakan dikotomi yang tegas. Indonesia sebagai negara yang menganut sistem hukum *Civil Law* , berkaitan dengan yurisprudensi ini juga sudah mendekati ke sistem hukum *Common Law*. Hal ini berdasar hasil penelitian juga dapat ditemukan dalam PTUN. Hakim – hakim PTUN dalam praktiknya sudah menggunakan yurisprudensi sebagai sumber hukum dalam memutus sengketa TUN. Hal ini dilatarbelakangi oleh kompleksnya perkara dan semakin pesatnya perkembangan masyarakat dalam praktiknya seringkali tidak diikuti oleh produk legislasi yang ada.

Berdasar hasil kajian penelitian, sengketa yang diperiksa dan harus diputus hakim PTUN dalam praktiknya tidak jarang belum ada undang – undang yang mengaturnya. Kondisi ini dapat memungkinkan terjadinya legal gap jika hakim PTUN hanya menggunakan undang – undang sebagai sumber hukum utama dalam memutus sengketa TUN. Kondisi ini dapat terjadi karena sengketa TUN yang masuk ke PTUN mempunyai legal gap dengan peraturan perundang – undangan yang ada atau bahkan belum ada undang – undang. Lebih lanjut kondisi ini digambarkan oleh Shidarta dalam ragaan sebagai berikut



Berdasarkan uraian dan ragaan sebagaimana dikemukakan Shidarta diatas maka dapat dicermati salah satu kelemahan undang – undang adalah potensi munculnya jurang ketertinggalan atau *legal gap* antara peristiwa konkret dengan apa yang diatur dalam undang – undang. Kondisi ini tentu akan menimbulkan permasalahan dalam konteks proses di pengadilan mengingat hakim merupakan profesi yang berhadapan dengan peristiwa – peristiwa konkret . Hakim yang semata mata menggunakan sumber hukum utama undang – undang akan berhadapan dengan *legal gap* tersebut. Pengutamaan undang – undang sebagai sumber hukum oleh hakim khususnya dalam membangun penalaran hukum dalam putusan suatu perkara dalam praktiknya tidak semuanya mampu mewujudkan nilai keadilan. Terlebih lagi undang – undang seringkali merupakan produk politik , hukum sebagai formalitas dari kehendak – kehendak politik sehingga dimungkinkan nilai keadilan terabaikan.

Lebih lanjut , legal gap ini terjadi juga karena undang – undang tidak mungkin sempurna , dapat mengatur aspek kehidupan secara jelas. Realitas menunjukkan adakalanya undang – undang itu tidak lengkap atau bahkan belum ada undang – undang yang mengaturnya. Kelemahan – kelemahan yang dimiliki undang – undang inilah yang dapat menimbulkan kesulitan jika pola pikir hakim berorientasi pada undang – undang sebagai sumber hukum utama.

Pandangan bahwa undang - undang dianggap jelas , lengkap dan dapat digunakan dalam menyelesaikan semua permasalahan adalah berlebihan. Mengingat perkembangan masyarakat yang cepat dalam pertimbangannya seringkali tidak diikuti dengan pengaturan dalam undang - undang. Persoalan hukum sebagai aturan dapat diindikasikan sebagai berikut : ³⁶

1. Peraturan hukum yang ada sudah *out of date*. Peraturan hukum yang ada tidak lagi sesuai dengan gagasan ideal masyarakat terkini yang terus menerus bergerak dan berkembang secara dinamis ;
2. Peraturan hukum yang ada tidak harmonis atau belum menyatu dalam suatu sistem hukum positif. Peraturan hukum yang ada tidak lagi sesuai dengan peraturan hukum yang lain disebabkan karena adanya peraturan hukum (legislasi) baru di bidang kehidupan yang lain, baik substansinya memiliki kedudukan yang tinggi (mengatur/memberi landasan/*umbrella act*) ;
3. Ada aspek kehidupan manusia yang belum diatur oleh aturan hukum. Persoalan tersebut muncul setelah peraturan hukum yang ada tidak dapat dicanggihkan melalui teknologi ilmu hukum untuk merespon permasalahan kehidupan sehari-hari ;
4. Praktik penerapan atau penegakan hukum yang dirasakan langsung oleh masyarakat (*law in action/law in concreto*) ternyata tidak sesuai dengan hukum yang ada dalam peraturan perundang-undangan hukum positif (*law in book/law in abstracto*) karena tidak diterapkan atau tidak ditegakkan sebagaimana seharusnya oleh aparat penegak hukum disebabkan karena terjadi penyimpangan dalam penegakan dan penerapan hukum ;

³⁶Mudzakir, *Eksaminasi Publik, Partisipasi Masyarakat Mengawasi Peradilan*, ICW, Jakarta, 2003, hal. 92-93

Penggunaan yurisprudensi sebagai sumber hukum pada dasarnya telah menunjukkan bahwa hakim PTUN tidak lagi sebagai corong undang – undang. Hakim PTUN berdasarkan hasil penelitian melakukan terobosan hukum dengan menggunakan yurisprudensi dan tidak hanya mengedepankan undang – undang sebagai sumber hukum utama. Hal ini jika dicermat sejalan dengan penganut *Legal Realism* yaitu Holmes dengan ungkapannya yang terkenal yaitu *the life of the law has not been logic, but experience*. Hukum bagi Holmes adalah kelakuan aktual para hakim (*patterns of behaviour*), dimana *pattern of behaviour* hakim itu ditemukan oleh tiga faktor, terdiri (1) kaidah – kaidah hukum yang dikonkretkan oleh hakim dengan metode interpretasi dan konstruksi ; (2) moral hidup, pribadi hakim, dan (3) kepentingan sosial.

Mengingat setiap kasus adalah unik menurut *Legal Realisme* , dan struktur fakta dari masing – masing kasus itulah yang menentukan hukumnya. Menurut *Legal Realisme*, hakim bahkan harus membuat distansi dengan putusan – putusan terdahulu. Bagi Holmes, hukum bukan semata - mata berkaitan dengan logika tetapi juga fakta empiris dan pragmatis hukum juga merupakan hal yang penting. Hukum dalam hal ini tidak bersifat statis namun berkembang mengikuti perkembangan dan dinamika masyarakat. Dalam praktik pengadilan, tidak semua perkara telah diatur di undang – undang atau bisa saja sudah diatur namun tidak lengkap atau tidak jelas. Lebih lanjut Satjipto Rahardjo mengemukakan ada 3

(tiga) hal pokok penyebab perundang – undangan yang berlaku positif di Indonesia memiliki berbagai kelemahan dan kekurangan sebagai berikut : ³⁷

1. Sebagian besar perundang – undangan yang berlaku di negara Indonesia sebagaian warisan pemerintahan kolonial. Ciri khas produk hukum zaman kolonial adalah individualistis dan feodalistis ;
2. Terkadang perundang – undangan diciptakan untuk memenuhi kebutuhan sesaat dan biasanya untuk kepentingan politik atau kelompok atau golongan tertentu ;
3. Sebagian perundang – undangan yang ada tidak relevan lagi dengan realita sosial , hal ini terjadi akrena perubahan sosial yang berkembang dengan pesat sedangkan di sisi lain undang – undang terlambat mengikuti peristiwa yang diatur.

Mencermati kelemahan – kelemahan yang dimiliki undang – undang maka sudah seharusnya hakim PTUN juga menggunakan yurisprudensi sebagai sumber hukum dalam memutus sengketa TUN. Keterikatan hakim PTUN dalam menggunakan yurisprudensi adalah bersifat *persuasive force of precedent*, bukan berdasarkan *the force of binding precedent* seperti dalam sistem hukum *Common Law*. Keterikatan hakim dalam menggunakan yurisprudensi oleh karena faktor – faktor sebagai berikut :³⁸

1. Putusan hakim yang lebih tinggi yaitu putusan yang dibuat oleh Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung mempunyai kekuasaan ;
2. Sebab psikologis, apabila hakim bawahan menyimpang dari putusan sebelumnya, maka nanti pada akhirnya akan dibatalkan juga dalam tingkat pemeriksaan yang lebih tinggi ;
3. Hakim bawahan berpendapat sama dengan putusan – putusan sebelumnya.

³⁷ Satjipto Rahardjo, opcit hal 30

³⁸ Utrecht dalam Moh Saleh Djindang, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Jakarta, 1999, hal 122 - 123

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Kedudukan hakim PTUN sebagai pembentuk hukum adalah sangat penting mengingat sengketa TUN yang masuk ke PTUN dalam praktiknya tidak selalu dapat diputus semata mata berdasarkan undang – undang. Dinamika kehidupan masyarakat yang pesat dalam praltiknya dapat menimbulkan legal gap sehingga dalam ranah inilah hakim PTUN dapat melakukan pmbentukan hukum
2. Hakim PTUN dalam memutus sengketa TUN dapat menggunakan yurisprudensi sebagai sumber hukum . Tidak semua putusna hakim merupakan yurisprudensi dan dalam proses peradilan di Indonesia hakim pada dasarnya tidak terikat pada yurisprudensi. Namun demikian peran yurisprudensi sangat vital dalam pembentukan hukum mengingat sengketa TUN yang dihadapi hakim PTUN bersifat kompleks.

B. Saran

1. Perlu lebih ditingkatkan peran hakim PTUN dalam melakukan pembentukan hukum mengingat tugas hakim tidak semata mata menegakkan hukum namun juga mewujudkan keadilan dalam putusannya .
2. Hakim hakim PTUN perlu ditingkatkan dalam menggunakan menciptakan yurisprudensi sehingga dapat digunakan sebagai acuan hakim PTUN lain dalam perkara yang sama

DAFTAR PUSTAKA

Arief, Barda Nawawie, 2012, *Reformasi Sistem Peradilan (Suatu Penegakan Hukum di Indonesia)*, Semarang : Universitas Diponegoro

Hamidi, Jazim, 2005, *Hermeneutika Hukum teori Penemuan Hukum Baru dan Interpretasi Teks*, Yogyakarta, UII Press

Indarti, Erllyn. 2010. *Diskresi dan Paradigma Sebuah Telaah Filsafat Hukum*. Semarang. Undip

Kamil, Achmad dan Fauzan.2008. *Kaidah- Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Jakarta : Prenada Media Group

Muchsan, 1992, *Suatu Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat pemerintah PTUN di Indonesia*, Yogyakarta : Liberty

Manan, Bagir, 2009. *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*, Jakarta, Asosiasi Advokat Indonesia

2001. *Teori dan Politik Konstitusi*, Yogyakarta, Fakultas Hukum UII,

Moerad, Pontang, 2005, *Pembentukan Hukum Melalui Putusan Pengadilan Dalam Perkara Pidana*, Bandung, PT Alumni

Moeleong, Lexy. 2001. *Metode Penelitian Kualitatif*. Bandung : RMJ Rosdakarya

Radjab, Muhammad, 1972, *Pengantar Filsafat Hukum*, Jakarta : Bhatara

Salim, Agus. 2006. *Teori dan Paradigma Penelitian*, Yogyakarta : Tiara Wacana

Artikel/ Makalah

Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, 1992, *Penyajian Hasil penelitian Tentang Penerapan Hukum Kebiasaan dalam Hukum Nasional*, Jakarta

Lotulung, Paulus Efendi, 1997, *Peranan Yurisprudensi Sebagai Sumber Hukum*, Jakarta, Badan Penerbit Hukum Nasional Departemen Kehakiman

Shidarta, Arief, 1994, *Jurnal pro Justisia Tahun XII*