

BAB II

Tinjauan Pustaka

A. Landasan Teori

1. Pengertian Penemuan Hukum

Dalam kamus hukum disebutkan penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim, atau aparat lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum konkrit, dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkrit (*das sein*) tertentu.¹

Begitupun dalam literatur karangan Sudikno, menjelaskan penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim, atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum konkrit. Lebih lanjut dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit (*das sein*) tertentu.²

Menurut Paul Scholten, penemuan hukum oleh hakim merupakan sesuatu yang lain daripada hanya penerapan peraturan-peraturan pada

¹ Kamus Hukum "Citra Umbara", Bandung, hlm. 329

peristiwanya, kadang-kadang dan bahkan sangat sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan analogi ataupun *rechtssverwijning* (pengkonkretan hukum).³

Menurut John Z Laude, penemuan hukum adalah penerapan ketentuan pada fakta dan ketentuan tersebut kadangkala harus dibentuk karena tidak selalu terdapat dalam undang-undang yang ada.⁴

N.E.Algra dan van Duyvenjk, mengartikan penemuan hukum sebagai menemukan hukum untuk suatu kejadian konkret, dalam konteks ini hakim atau seorang pemutus yuridis lainnya harus dapat memberi penyelesaian yuridis. Selanjutnya dikemukakan bahwa penemuan hukum sebagai kegiatan hakim untuk mempergunakan berbagai macam teknik penafsiran, dan cara menguraikan dengan mempergunakan berbagai macam alasan yang tidak terdapat di dalam aturan hukum yang ada pada kejadian yang disampaikan padanya. Ia juga tidak hanya membuat hukum untuk persoalan yang ada di depannya, tetapi juga untuk kejadian yang sama, yang akan datang.⁵

Muhammad Busyro Muqoddas, berpendapat bahwa dengan bertitik tolak dari berbagai pendapat mengenai arti penemuan hukum dapat dikemukakan bahwa, penemuan hukum dalam hal ini yang dilakukan oleh hakim ada dua macam, yaitu : pertama, penemuan hukum dalam arti penerapan suatu peraturan pada suatu peristiwa konkret,

untuk peristiwa mana telah tersedia peraturannya secara jelas. Hal ini menunjukkan suatu metode yang lebih bersifat sederhana, dalam arti bahwa hakim hanya terbatas pada menerapkan suatu aturan hukum (undang-undang) yang sesuai dengan faktanya atau peristiwa konkretnya; kedua, penemuan hukum dalam arti pembentukan hukum, dimana untuk suatu peristiwa konkret tidak tersedia suatu peraturan yang jelas atau lengkap untuk diterapkan. Dalam hal ini hakim tidak menemukan aturan hukumnya (undang-undangnya) yang sesuai dengan fakta atau peristiwa konkretnya, sehingga ia harus membentuknya melalui suatu metode tertentu.⁶

2. Peristilahan dalam Penemuan Hukum

Ada beberapa peristilahan yang sering dikaitkan dengan penemuan hukum, yaitu :

- a) *Rechtsvorming* (pembentukan hukum), yaitu merumuskan peraturan-peraturan yang berlaku secara umum bagi setiap orang. Lazimnya dilakukan oleh pembentuk undang-undang.
- b) *Rechtstoepassing* (penerapan hukum), yaitu menerapkan peraturan hukum yang abstrak sifatnya pada peristiwanya. Untuk itu peristiwa konkret harus dijadikan peristiwa hukum terlebih dahulu agar peraturan hukumnya dapat diterapkan.

⁶*Ibid*, hlm. 29-30.

- c) *Rechtshandhaving* (pelaksanaan hukum), dapat berarti menjalankan hukum baik ada sengketa/ pelanggaran maupun tanpa sengketa.
- d) *Rechtschepping* (penciptaan hukum), berarti bahwa hukumnya sama sekali tidak ada, kemudian diciptakan, yaitu dari tidak ada menjadi ada.
- e) *Rechtsvinding* (penemuan hukum), dalam arti bahwa bukan hukumnya tidak ada, tetapi hukumnya sudah ada, namun masih perlu digali dan diketemukan. Hukum tidak selalu berupa kaidah (*das sollen*) baik tertulis ataupun tidak, tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa (*das sein*). Dari perilaku ini sebenarnya dapat digali atau diketemukan hukumnya (*vide* pasal 28 UU No. 4 Tahun 2004). Di dalam perilaku itulah terdapat hukumnya. Oleh karena itu istilah penemuan hukum dirasakan lebih tepat.⁷

3. Penemuan Hukum Dalam Sistem Hukum Indonesia

Indonesia dalam perspektif keluarga-keluarga hukum di dunia termasuk kedalam keluarga hukum civil law yang sering diperlawankan dengan keluarga hukum common law. Kedua sistem hukum ini merupakan dua sistem hukum utama yang banyak diterapkan di dunia, namun selain dua sistem hukum tersebut terdapat beberapa hukum lainnya yang diterapkan di dunia yakni sistem hukum Islam (*Islamic Law*) dan sistem hukum komunis (*Communist Law*). Indonesia menganut sistem hukum sipil, akibat penjajahan

yang dilakukan oleh Belanda selama kurun waktu 350 tahun melalui kebijakan *bewuste rechtspolitik*, yang kemudian pasca kemerdekaan tata hukum tersebut diresepsi menjadi tata hukum nasional Indonesia melalui Aturan Peralihan UUD 1945 Pasal II (Pra Amandemen) yang menyatakan : "segala badan negara dan peraturan yang ada masih berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini". Oleh karenanya, keberadaan lembaga dan aturan-aturan yang ada merupakan lembaga dan aturan-aturan yang dibawa oleh Belanda yang merupakan negara yang menganut sistem civil law.

Salah satu karakteristik utama dari civil law ialah penggunaan aturan-aturan yang tertulis dan terbukukan (terkodifikasi) sebagai sumber hukumnya. Untuk menerjemahkan aturan-aturan hukum tersebut, kepada peristiwa-peristiwa konkret, maka difungsikanlah seorang hakim. Seorang hakim memiliki kedudukan pasif di dalam menerapkan aturan hukum tersebut, dia akan menerjemahkan suatu aturan hukum apabila telah terjadi sengketa diantara individu satu dengan yang lainnya di dalam masyarakat yang kemudian hasil terjemahan aturan hukum tersebut ditetapkan di dalam suatu putusan pengadilan yang mengikat pada pihak-pihak yang bersengketa.

Penggunaan aturan hukum tertulis di dalam civil law, terkadang memiliki kendala-kendala tertentu. Salah satu kendala utama ialah, relevansi suatu aturan yang dibuat dengan perkembangan masyarakat. Hal ini dikarenakan aktivitas masyarakat selalu dinamis oleh karenanya apabila

aturan hukum yang dibentuk pada suatu masa tertentu belum tentu relevan dengan masa sekarang. Sehingga dapat disimpulkan bahwa aturan hukum selalu berada satu langkah dibelakang realitas masyarakat. Relevansi aturan hukum dengan persoalan masyarakat merupakan hal yang esensial demi terciptanya keadilan dan ketertiban di masyarakat. Aturan hukum yang tidak relevan, akan menciptakan kekacauan dan ketidakadilan, dan menjadi persoalan karena tidak dapat menjawab persoalan-persoalan yang ada di masyarakat. Relevansi di sini mengandung pengertian, bahwa hukum harus bisa memecahkan suatu persoalan dari suatu realitas baru masyarakat. Sehingga jika tidak, akan menyebabkan terjadinya apa yang disebut dengan *bankruptcy of justice* yakni suatu konsep yang mengacu kepada kondisi dimana hukum tidak dapat menyelesaikan suatu perkara akibat ketiadaan aturan hukum yang mengaturnya.

Untuk menyelesaikan persoalan ini, maka diberikanlah kewenangan kepada hakim untuk mampu mengembangkan hukum atau melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*), namun demikian dalam konteks sistem hukum civil law hal ini menjadi suatu persoalan. Hakim pada prinsipnya merupakan corong dari undang-undang, dimana peranan dari kekuasaan kehakiman hanya sebagai penerap undang-undang (*rule adjudication function*) yang bukan merupakan kekuasaan pembuat undang-undang (*rule making function*). Sehingga diperlukan batasan-batasan mengenai penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim dengan menggunakan konstruksi hukum

Indonesia di dalam keluarga-keluarga sistem hukum dunia, termasuk salah satu dari keluarga hukum Eropa Kontinental (*civil law*).

Sistem Eropa Kontinental ini, mengutamakan hukum tertulis dan terkodifikasi sebagai sendi utama dari sistem hukum eropa kontinental ini. Pemikiran kodifikasi ini dipengaruhi oleh konsepsi hukum abad ke-18 – 19. Untuk melindungi masyarakat dari tindakan-tindakan sewenang-wenang dan demi kepastian hukum, kaidah-kaidah hukum harus tertulis dalam bentuk undang-undang. Lebih lanjut pemikiran ini menyatakan bahwa, suatu undang-undang harus bersifat umum (*algemeen*). Sistem Civil Law mempunyai tiga karakteristik, yaitu adanya kodifikasi, hakim tidak terikat kepada preseden sehingga undang-undang menjadi sumber hukum yang terutama, dan sistem peradilan bersifat inkuisitorial. Bentuk-bentuk sumber hukum dalam arti formal dalam sistem hukum Civil Law berupa peraturan perundang-undangan, kebiasaan-kebiasaan, dan yurisprudensi.⁸

Umum baik mengenai waktu, tempat, orang atau obyeknya. Kedua, undang-undang harus lengkap, tersusun dalam suatu kodifikasi. Berdasarkan pandangan ini Pemerintah dan Hakim tidak lebih dari sebuah mesin yang bertugas untuk menerapkan undang-undang (*secara mekanis*). Berkebalikan dengan sistem eropa continental, sistem anglo saxon yang biasa disebut dengan sistem common law merupakan sistem hukum yang menjadikan yurisprudensi sebagai sendi utama di dalam sistem hukumnya. Yurisprudensi

ini merupakan keputusan-keputusan hakim mengenai suatu perkara konkret yang kemudian putusan tersebut menciptakan kaidah dan asas-asas hukum yang kemudian mengikat bagi hakim-hakim berikutnya di dalam memutus suatu perkara yang memiliki karakteristik yang sama dengan perkara sebelumnya. Aliran hukum ini menyebar dari daratan Inggris kemudian ke daerah-daerah persemakmuran Inggris (eks jajahan Inggris), Amerika Serikat, Canada, Australia dan lain-lain.

Namun demikian, pada perkembangannya kedua sistem hukum tersebut mengalami konvergensi (saling mendekat), yang ditandai dengan peranan yang cukup penting suatu peraturan perundang-undangan bagi sistem common law dan sebaliknya peranan yang signifikan pula dari yurisprudensi dalam sistem Eropa Kontinental.⁹

4. Aliran –aliran Penemuan Hukum

1) Aliran Legisme

Setelah adanya kondifikasi di negeri Perancis yang menganggap bahwa *Code Civil* Perancis sudah sempurna, lengkap serta dapat menampung seluruh masalah hukum, maka timbullah aliran Legisme. Aliran Legisme yaitu aliran dalam ilmu pengetahuan dan peradilan yang tidak mengakui hukum di luar undang-undang.¹⁰

⁹<http://wonkdermayu.wordpress.com> diakses tanggal 24 mei 2012

¹⁰ Sudikno Mertokusumo, *Memahami Hukum Sifat dan Fungsi*, (Yogyakarta: Liberty, 2002), Hal. 167

Hakim di dalam tugasnya terikat pada undang-undang sehingga pekerjaannya hanya melakukan pelaksanaan undang-undang belaka (*wetstoepassing*). Dengan pembentukan silogisme hukum atau *juridischesylogisme* yaitu suatu deduksi logis dari suatu perumusan yang luas, kepada keadaan khusus sehingga sampai kepada suatu kesimpulan.¹¹

Aliran ini berpendapat :

- a. Bahwa satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang
- b. Bahwa di luar undang-undang tidak ada hukum

Hukum dan undang-undang itu identik, sedangkan kebiasaan dan ilmu pengetahuan diakui sebagai hukum kalau undang-undang menunjukannya. Menurut aliran ini hakim tidaklah menciptakan hukum. Ajaran ini didasarkan atas pandangan MONTESQUIEU tentang negara ideal. Dalam negara ideal menurut MONTESQUIEU hakim itu harus tunduk pada undang-undang. Semua hukum terdapat dalam undang-undang. Hakim menerapkannya terhadap peristiwa yang konkrit. Ia tidak bertanggung jawab dan tidak dapat dicela.¹²

Kebaikan dari ajaran aliran Legisme yaitu :¹³

1. Dapat terjamin sebanyak-banyaknya kepentingan masyarakat/orang-orang

¹¹ Soerjono Dirjosisworo. *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Rajawali. 1991), hlm.159

¹² Soerjono Dirjosisworo. *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Rajawali. 1991), hlm.159

¹³ Soerjono Dirjosisworo. *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Rajawali. 1991), hlm.159

2. Terjaminnya kepastian hukum sehingga tindakan-tindakan sewenang-wenang orang-orang kuat serta penguasa dapat dihindarkan
3. Penyelewengan-penyelewengan para anggota masyarakat dari ketentuan undang-undang dapat pula sedikit dihindarkan
4. Adanya pegangan yang pasti bagi para fungsionaris dalam menjalankan tugas-tugasnya

Dalam aliran ini, hakim hanya merupakan pemutus perkara dan hanya didasarkan pada undang-undang saja. Kerena itu, aliran ini dianggap suatu usaha yang baik sekali dengan menghasilkan kesatuan dan kepastian hukum, maka banyak negara yang mengikuti Perancis antara lain Belanda, Belgia, Jerman, Swiss. Pengikutnya adalah Dr. Freiderich (Jerman) dan Van Swinderen (Belanda). Ternyata setelah berjalan lebih kurang 40-50 tahun aliran *Legisme* menunjukkan kekurangan-kekurangannya, yaitu bahwa permasalahan-permasalahan hukum yang timbul kemudian tidak dapat dipecahkan oleh undang-undang yang telah dibentuk.

2) Aliran Freie Rechtslehre

Aliran ini bertolak belakang dari aliran Legisme. Lahirnya Freie Rechtslehre (1840) justru kerana melihat kekurangan-kekurangannya aliran Legisme yang ternyata tidak dapat memenuhi kebutuhan dan tidak dapat mengatasi persoalan-persoalan baru. Aliran Freie Rechtslehre merupakan aliran bebas yang hukumnya tidak dibuat oleh badan Legislatif dan

Berbeda dengan aliran legisme di mana hukum terikat sekali dengan undang-undang, maka hakim dalam Freie Rechtslehre bebas menentukan atau menciptakan hukum, dengan melaksanakan undang-undang atau tidak. Pemahaman jurisprudensi adalah primer, sedangkan penguasaan undang-undang adalah sekunder. Di samping itu :

- a) Hakim benar-benar menciptakan hukum (*judge made law*) kerana keputusannya didasarkan kepada keyakinan hakim.
- b) Keputusan hakim lebih dinamis dan *up to date* kerana senantiasa mengikuti keadaan perkembangan di dalam masyarakat.
- c) Hukum hanya terbentuk oleh peradilan (*rechts-spraak*).
- d) Bagihakim Undang-undang, kebiasaan dan sebagainya hanya merupakan sarana saja dalam membentuk / menciptakan atau menemukan hukum pada kasus-kasus yang konkrit.
- e) Pandangan Freie Rechtslehre bertitik berat pada kegunaan sosial (*sosiale doelmatigheid*)

Hukum bebas ini timbul di dalam masyarakat dan diciptakan oleh masyarakat sendiri, berupa kebiasaan dalam kehidupan masyarakat dalam hukum konkrit (hukum alam) yang sudah menjadi tradisi yang diajarkan oleh agama maupun adat istiadat.

Freie Rechtslehre ditimbulkan untuk pertama kalinya di Jerman

dalam pertengahan abad 10 sekitar tahun 1840 oleh Herman

kantorowicz, Eugen Ehrlich dan Oscar Bulow, masing-masing dalam bukunya :

- a. Der Kampf um die Rechtswissenschaft
- b. Freie Rechtsvindung dan Freie Rechtswissenschaft
- c. Gesetz und Rechtsseramst

Aliran Freie Rechtslehre juga menjalar ke negeri-negeri lain antara lain negeri Belanda yang dianut oleh HJ Hamaker, JP Fockema Andre dan J H Heymans.

Tujuan dari Freie Rechtslehre adalah :

- a. Memberikan peradilan sebaik-baiknya dengan cara memberi kebebasan kepada hakim tanpa terikat Undang-undang, tetapi menghayati tata kehidupan sehari-hari.
- b. Membuktikan bahwa dalam Undang-undang terdapat kekurangan-kekurangan dan kekurangan itu perlu dilengkapi.
- c. Mengharapkan agar hakim dalam memutuskan perkara didasarkan kepada rechtside (cita keadilan).¹⁴

3) Aliran Rechtsvinding

Pada dewasa ini, pandangan-pandangan terhadap hukum banyak mengalami perubahan dikarenakan :

1. Hukum itu harus berdasarkan asas keadilan masyarakat yang terus berkembang.

2. Ternyata pembuat Undang-undang tidak dapat mengikuti kecepatan gerak masyarakat atau proses perkembangan sosial, sehingga penyusunan Undang-undang selalu tertinggalan.
3. Undang-undang tidak dapat menyelesaikan tiap masalah yang timbul. Undang-undang tidak dapat terinci (mendetail) melainkan hanya memberikan *algemeene richtlijnen* (pedoman umum) saja.
4. Undang-undang tidak dapat sempurna, kadang-kadang dipergunakan istilah-istilah yang kabur dan hakim harus memberikan makna yang lebih jauh dengan cara memberi penafsiran
5. Undang-undang tidak dapat lengkap dan tidak dapat mencakup segala-galanya. Di sana sini selalu leemten (kekosongan dalam undang-undang) maka hakim harus menyusunnya dengan jalan mengadakan rekonstruksi hukum, *rechtsverfijning* atau *argumentum a contrario*.
6. Apa yang patut dan masuk akal dalam kasus-kasus tertentu juga berlaku bagi kasus lain yang sama.

menurut Aliran *Rechtsvinding* hukum terbentuk dengan beberapa cara :

1. Karena pembentukan Undang-undang (*Wetgever*)
2. Karena administrasi (tata usaha) negara
3. Karena peradilan (*rechsspraak*)
4. Karena kebiasaan / tradisi yang sudah mengikat masyarakat
5. Karena ilmu (*wetenschap*)

Aliran *Rechtsvinding* merupakan aliran di antara aliran *Legisme* dan *Freie Rechtsbewegung*. Aliran ini tetap berpegang pada Undang-undang, tapi tidak seketat aliran *legisme*, karena hakim juga mempunyai kebebasan. Tetapi kebebasan ini tidak seperti kebebasan aliran *freie rechtsbewegung*. Hakim mempunyai kebebasan yang terikat (*gebonden vrijheid*) dan keterikatan yang bebas (*vrijegebondenheid*). Tugas hakim merupakan upaya untuk menyelaraskan Undang-undang dengan tuntutan zaman, dengan hal-hal yang konkrit yang terjadi dalam masyarakat dan bila perlu menambahkan undang-undang yang disesuaikan pada asas-asas keadilan masyarakat.

Kebebasan yang terikat dan keterikatan yang bebas yang tercermin pada kewenangan hakim dalam penafsiran undang-undang mengkonstruksi hukum dan memberi ungkapan-ungkapan *a contrario*. Bagi aliran ini juga, *jursprudentie* juga mempunyai arti yang penting di samping undang-undang, karena di dalam *jurisprudensi* terdapat makna hukum yang konkrit yang tidak terdapat dalam undang-undang. Namun, hakim tidak mutlak terikat dengan *jursprudentie*. Hakim dapat menafsirkan atau menambah (*aanvullen*)

Ada pembatasan mengenai kebebasan hakim seperti dikemukakan para ahli :

: : :

1. Logermann

Berpendapat bahwa hakim harus tunduk pada kehendak pembuat undang-undang dalam arti kehendak seperti yang diketahui dan tercantum dalam peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Kehendak ini tentunya tidak dapat dibaca dengan begitu saja dari kata-kata dalam undang-undang, maka hakim harus mencarinya dalam sejarah kata-kata tersebut, dalam sistem undang-undang atau kata-kata dalam arti pergaulan hidup sehari-hari. Hakim wajib mencari kehendak pembuat undang-undang, kerana ia tidak boleh membuat penafsiran yang berbeda dengan kehendak maksud pembuatnya. Setiap penafsiran dibatasi oleh kehendak pembuat undang-undang. Penafsiran yang tepat hanya penafsiran yang sesuai dengan kehendak pembuatnya dan baik penduduk administrasi maupun hakim tunduk pada kesimpulan yang logis.

2. Polak

Berpendapat bahwa penafsiran undang-undang harus didasarkan pada :

a. Materi peraturan perundangan-undangan yang

b. Tempat di mana undang-undang itu dilahirkan

c. Zaman/waktu undang-undang itu dibentuk

3. Ter Haar

Berpendapat sewaktu hakim menentukan hukum dan menetapkan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak, harus selalu berhubungan dengan masyarakat. Hakim harus memberi keputusan sesuai dengan keadaan sosial yang nyata (*socialer werkelijkheid*). Dengan demikian dapat tercapai maksud daripada hukum : "suatu keadilan berdasarkan asas keadilan masyarakat".¹⁵

4) Aliran Begriffsjurisprudenz

Ketidak mampuan legislator meremajakan Undang-undang pada waktunya merupakan alasan dasar untuk memberi peran yang lebih aktif kepada hakim untuk menyesuaikan Undang-undang pada keadaan yang baru. Dalam posisi seperti ini jurisprudensi mulai memperoleh peranan sebagai sumber hukum. Dalam abad 19 lahir aliran yang dipelopori oleh Rudolf von Jhering yang menekankan pada sistematik hukum.

Inti ajaran ini menegaskan bahwa; yang ideal adalah apabila sistem yang ada berbentuk suatu piramida, yang mana dipuncak piramida terletak asas utama, dan dari puncak piramida dibuatlah

pengertian-pengertian baru (*Begriff*) dan selanjutnya dikembangkan sistem asas-asas dan pengertian-pengertian umum yang digunakan untuk mengkaji undang-undang.

Lebih memberikan kebebasan kepada hakim ketimbang aliran legisme, hakim tidak perlu terikat pada bunyi undang-undang, dia dapat mengambil argumentasinya dari peraturan-peraturan hukum yang tersirat dalam undang-undang. Dengan demikian lebih bersandar kepada ilmu hukum.¹⁶

5) Aliran *Freirechtbewegung*

Reaksi yang tajam terhadap aliran Legisme baru muncul pada sekitar tahun 1900 di Jerman. reaksi ini dimulai oleh Kantorowics dengan nama samaran Gnaeus Flavius. Aliran ini menantang keras pendapat yang menyatakan bahwa kodifikasi itu lengkap dan hakim dalam proses penemuan hukum tidak memiliki sumbangan kreatif. Pendapat aliran ini: Hakim memang harus menghormati undang-undang, tetapi ia dapat tidak hanya sekedar tunduk dan mengikuti undang-undang, melainkan menggunakan undang-undang sebagai sarana untuk menemukan pemecahan peristiwa konkrit yang dapat diterima.

Dapat diterima karena pemecahan yang diketemukan dapat menjadi pedoman bagi peristiwa konkrit serupa lainnya, di sini hakim tidak berperan sebagai penafsir undang-undang, tetapi sebagai pencipta hukum.¹⁷

6) Aliran *Sociologische Rechtsschule*

Aliran ini lahir akibat aliran *Freirechtbewegung*, aliran ini juga disebut aliran sosiologi hukum. Penganutnya Hamaker dan Hymans dari Negeri Belanda dan dari Amerika misalnya : Roscoe Pound. Pokok pikiran dari aliran ini ialah terutama hendak menahan dan menolak kemungkinan kesewenang-wenangan dari hakim, berhubungan dengan adanya “*freies Ermessen*” dari aliran hukum bebas di atas.

Mereka pada dasarnya tidak setuju dengan kebebasan bagi para pejabat hukum untuk menyampingkan undang-undang sesuai dengan perasaannya. Undang-undang harus tetap dihormati, tetapi sebaliknya memang benar hakim mempunyai kebebasan dalam menyatakan hukum, akan tetapi kebebasan tersebut terbatas dalam rangka undang-undang.

Menurut penganut aliran ini, hakim hendaknya mendasarkan putusan-putusannya pada peraturan undang-undang, tapi tidak kurang

¹⁷<http://donxsaturniev.blogspot.com/2010/05/aliran-penemuan-hukum.html>

pentingnya, supaya putusan-putusan tersebut dapat dipertanggung jawabkan terhadap asas-asas keadilan, kesadaran dan perasaan hukum yang sedang hidup dalam masyarakat.¹⁸

7) Aliran Open System van het Recht

Setelah melihat pandangan-pandangan aliran-aliran di atas adalah berat sebelah, yaitu kadang-kadang terlampau mengutamakan dogma, kepastian hukum, dan juga kadang-kadang mendudukan hakim dalam posisi yang terlalu penting dalam peranannya atau juga terlalu mementingkan kenyataan sosial.

Aliran ini diwakili oleh Paul Scholten, yang menjelaskan "Hukum itu merupakan suatu sistem ialah bahwa semua peraturan-peraturan itu saling berhubungan, yang satu ditetapkan oleh yang lain, bahwa peraturan-peraturan tersebut dapat disusun secara mantik dan unik yang bersifat khusus dapat dicarikan aturan-aturan umumnya, sehingga sampai pada asas-asasnya".

Betul bahwa hukum itu bersifat logis, akan tetapi karena sifatnya sendiri, dia tidak tertutup, tidak beku, sebab ia memerlukan putusan-putusan atau penetapan-penetapan yang selalu akan menambah luasnya sistem tersebut. Oleh karena itu tepat untuk disebut Sistem Terbuka. Selanjutnya dikatakan, bahwa sistem hukum itu adalah

dinamis, bukan saja pembentuk baru secara sadar oleh badan perundang-undangan. tetapi juga karena pelaksanaannya di dalam masyarakat. Pelaksanaan itu selalu disertai penilaian, baik sambil membuat konstruksi-konstruksi hukum ataupun penafsiran.

Badan perundang-undangan dalam membentuk hukum yang baru terikat untuk menemukan kontinuitas dengan yang lama, sedangkan hakim dalam mempertahankan hukum itu turut menambahkan sesuatu yang baru seraya mendapatkan hubungan yang telah ada.¹⁹

8) Aliran Hukum Modern

Penemuan hukum modern lahir sesudah Perang Dunia II, dibawah pengaruh *eksistensialisme* dan merupakan kritik terhadap pandangan hakim sebagai *subsumptie automaat*.

Dasar pemikiran atau pandangan ajaran ini diantaranya adalah:

- a. Positivesme undang – undang/legisme sebagai model *subsumptie automaat* tidaklah dapat dipertahankan.
- b. Yang menjadi titik tolak bukan sistem perundangan- undangan, tetapi masalah kemasyarakatan konkret yang harus dipecahkan.
- c. Tujuan pembentuk undang –undang dapat digeser, dikoreksi, tetapi tidak boleh diabaikan.

- d. Penemuan hukum modern berpendirian bahwa atas satu pertanyaan hukum dapat dipertahankan pelbagai jawaban dalam sistem yang sama.
- e. Tujuan hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia, maka dalam menemukan hukum harus diperhatikan pula perkembangan masyarakat dan perkembangan teknologi.
- f. Metode penafsiran yang digunakan terutama teleologis, yang lebih memperhatikan tujuan dari undang – undang dari pada bunyi kata – katanya saja. Sebagai contoh penetapan Pengadilan Agama Jakarta Selatan 20 April 1990, bahwa pernikahan melalui telepon antara calon suami dan calon istri saling berjauhan tempat tinggalnya dinyatakan tetap sah.

Dengan demikian, pandangan penemuan hukum modern dapat digolongkan dalam pandangan *problem oriented* dari ajaran *freirechtbewegung*, dimana justiciabel (pencari keadilan) lebih diutamakan.²⁰

9) Aliran Hukum Kritis

Pengertian Studi Hukum Kritis, antara lain dapat kita temukan di dalam tulisan yang berjudul *Critical Legal Studies: An Overview* yang diterbitkan oleh Legal Information Institute Cornell Law School. Di dalamnya, antara lain disebutkan :

“Critical Legal Studies (CLS) is a theory that challenges and overturns accepted norms and standards in legal theory and practice. Proponents of this theory believe that logic and structure attributed to the law grow out of the power relationship of the society. The law exists to support the interests of the party or class that forms it and is merely a collection of beliefs and prejudices that legitimize the injustice of society. The wealthy and the powerful use the law as an instrument for oppression in order to maintain their place in hierarchy”.

Dari definisi di atas maka dapat dinyatakan bahwa Studi Hukum Kritis adalah teori yang berisi penentangan terhadap norma-norma dan standard-standard di dalam teori dan praktek yang selama ini telah diterima. Penganut Studi Hukum Kritis percaya bahwa logika-logika dan struktur hukum muncul dari adanya *power relationship* dalam masyarakat.

Ketika munculnya Studi Hukum Kritis ini maka barulah penolakan-penolakan dan perlawanan-perlawanan terjadi kepada norma-norma yang sebelumnya telah diterima oleh masyarakat

Dengan demikian ide dasar dari Studi Hukum Kritis adalah pemikiran bahwa hukum tidak dapat dipisahkan dari politik dan hukum tidaklah netral dan bebas nilai. Dengan perkataan lain, dalam pandangan Studi Hukum Kritis, hukum di dalam pembuatan hingga

pemberlakuannya selalu mengandung pemihakan-pemihakan, sekalipun dalam *liberal legal order* dibentuk keyakinan akan kenetralan, objektivitas, dan prediktabilitas dalam hukum. Aliran Studi Hukum Kritis ini mempunyai beberapa karakteristik umum sebagai berikut:

1. Aliran Studi Hukum Kritis ini mengkritik hukum yang berlaku yang nyatanya memihak ke politik, dan sama sekali tidak netral.
2. Ajaran Studi Hukum Kritis ini mengkritik hukum yang sarat dan dominan dengan ideologi tertentu
3. Aliran Studi Hukum Kritis ini mempunyai komitmen yang besar terhadap kebebasan individual dengan batasan-batasan tertentu. Karena itu aliran ini banyak berhubungan dengan emansipasi kemanusiaan.
4. Ajaran Studi Hukum Kritis ini kurang mempercayai bentuk-bentuk kebenaran yang abstrak dan pengetahuan yang benar-benar objektif. Karena itu, ajaran Studi Hukum Kritis ini menolak keras ajaran-ajaran dalam aliran positivisme hukum
5. Aliran Studi Hukum Kritis ini menolak antara teori dan praktek, dan menolak perbedaan teori dan praktek, dan menolak juga perbedaan antara fakta (*fact*) dan nilai (*value*), yang merupakan karakteristik dari paham liberal. Dengan demikian, aliran Studi Hukum Kritis ini menolak kemungkinan teori murni (*pure theory*)

tetapi lebih menekankan pada teori yang memiliki daya pengaruh terhadap transformasi sosial praktis.

Pada prinsipnya, Studi Hukum Kritis menolak anggapan ahli hukum tradisional yang mengatakan sebagai berikut:

1. Hukum itu objektif. Artinya, kenyataan adalah tempat berpijaknya hukum.
2. Hukum itu sudah tertentu. Artinya, hukum menyediakan jawaban yang pasti dan dapat dimengerti.
3. Hukum itu netral. Artinya, yakni tidak memihak pada pihak tertentu.

Di samping menolak ketiga anggapan tersebut, para penganut ajaran studi hukum kritis mengajukan pandangannya sebagai berikut:

1. Hukum mencari legitimasi yang salah.

Dalam hal ini, hukum mencari legitimasi dengan cara yang salah, yaitu dengan jalan mistifikasi, dengan menggunakan prosedur hukum yang berbelit, dan bahasa yang susah dimengerti, yang merupakan alat pemikat sehingga pihak yang ditekan oleh yang punya kuasa cepat percaya bahwa hukum netral.

2. Hukum dibelenggu oleh kontradiksi-kontradiksi

Dalam hal ini, pihak penganut Studi Hukum Kritis percaya, bahwa setiap kesimpulan hukum yang telah dibuat selalu terdapat sisi sebaliknya sehingga kesimpulan hukum tersebut hanya merupakan pengakuan terhadap pihak kekuasaan. Dengan hukum yang demikian, mereka akan berseru "pilih sisi/pihakmu, tetapi jangan berpura-pura menjadi objektif." Dalam hal ini, hakim akan memihak pada salah satu pihak (yang kuat) yang dengan sendirinya akan menekan pihak lain.

3. Tidak ada yang namanya prinsip-prinsip dasar dalam hukum

Ahli hukum yang tradisional percaya bahwa prinsip yang mendasari setiap hukum adalah "pemikiran yang rasional". Akan tetapi, menurut penganut Studi Hukum Kritis, pemikiran rasional itu merupakan ciptaan masyarakat juga, yang merupakan pengakuan terhadap kekuasaan. Karena itu, tidak ada kesimpulan hukum yang valid yang diambil dengan jalan deduktif maupun verifikasi empiris.

4. Hukum tidak netral

Para penganut Studi Hukum Kritis berpendapat bahwa hukum tidak netral, dan hakim hanya berpura-pura, atau percaya secara naif bahwa dia mengambil putusannya pada undang-undang, yurisprudensi atau prinsip-prinsip keadilan. Padahal, mereka selalu bisa dan selalu dipengaruhi oleh ideologi, legitimasi, dan mistifikasi yang dianutnya untuk memperkuat kelas dominan.

Jadi, pada dasarnya tujuan dari Studi Hukum Kritis adalah untuk menghilangkan halangan atau kendala-kendala yang dialami individu-individu yang berasal dari struktur sosial dan kelas (dalam masyarakat). Dengan hilangnya kendala-kendala itu diharapkan individu-individu itu dapat memberdayakan diri untuk mengembangkan pengertian baru tentang keberadaannya serta dapat secara bebas mengekspresikan pendapatnya.²¹

10) Gagasan Hukum Progressif

Hukum progresif lahir karena keadaan Indonesia pada masa lalu. Ada berbagai pergulatan pemikiran, berkaitan dengan usaha dari pemikir hukum untuk menawarkan gagasannya agar persoalan hukum di negeri ini tidak menemui 'jalan buntu'. Salah satu gagasan pemikiran yang penting dalam lingkup ini adalah hukum progresif tersebut. Pemikir penting yang berada di belakang gagasan tersebut, adalah Profesor Satjipto Rahardjo, guru besar Emeritus Sosiologi Hukum di Universitas Diponegoro, Semarang. Keadaan hukum Indonesia yang karut-marut, seperti menjadi cambuk bagi lahirnya gagasan hukum progresif tersebut. Proses ini tidak berlangsung dalam waktu singkat. Pergulatan gagasan dan pemikiran ini sudah berlangsung lama, makanya energi yang dilahirkan demikian menggumpal hingga

mencapai puncak gagasan hukum progresif ini pada tahun 2002. Namun demikian, bila kita melihat dari perkembangan berbagai tulisan dari pemikiran progresif Prof. Tjip, sepertinya telah dimulai jauh sebelum tahun 2002. Hal ini terlihat dari artikel yang ditulisnya secara rutin.

Pikiran progresif sarat dengan keinginan dan harapan. Ada satu hal yang penting, bahwa lahirnya hukum progresif dalam khazanah pemikiran hukum, berkaitan dengan upaya mengkritisi realitas pemahaman hukum yang sangat positivistik. Bila merujuk ke belakang, maka dapat diketahui bahwa gagasan hukum progresif (2002) muncul disebabkan oleh kegalauan menghadapi kinerja hukum yang banyak gagal untuk menyelesaikan persoalan-persoalan bangsa ini. Prof. Tjip, sebagai pencetus dan yang mengembangkan gagasan ini, melihat lebarnya kesenjangan antara kenyataan dan realitas. Ada harapan besar untuk hukum sebagai juru penolong ketika kekuasaan Presiden Soeharto runtuh –sampai-sampai dianggap supremasi hukum sebagai panacea, obat mujarab bagi semua persoalan. Sedangkan prestasi tidak memuaskan (Satjipto Rahardjo, April 2007).

Menurut Satjipto Rahardjo (2002), tipe penegakan hukum progresif dibutuhkan karena penerapannya menunjukkan selama ini

menunjukkan, meski bangsa meneriakkan supremasi hukum dengan keras, hasilnya tetap amat mengecewakan. Dimensi pentingnya adalah:

1. Dimensi dan faktor manusia pelaku dalam penegakan hukum progresif. Idealnya, mereka terdiri dari generasi baru profesional hukum yang memiliki visi dan filsafat yang mendasari penegakan hukum progresif;
2. Kebutuhan akan semacam kebangunan di kalangan akademisi, intelektual dan ilmuan serta teoritis hukum Indonesia.

Hukum progresif lahir untuk menegaskan bahwa hukum adalah untuk manusia, dan bukan sebaliknya (Satjipto Rahardjo, April 2005). "Hukum itu bukan hanya bangunan peraturan, melainkan juga bangunan ide, kultur, dan cita-cita." Dalam satu dekade terakhir, berulang-ulang Prof. Tjip menyebutkan satu hal penting, bahwa "tujuan hukum adalah membahagiakan manusia". Berulang kali Prof. Tjip mengingatkan bahwa letak persoalan hukum adalah di manusianya (Satjipto Rahardjo 2007, Satjipto Rahardjo 2006, Satjipto Rahardjo 2008).

Penegasan ini berbeda dengan Pemahaman hukum secara legalistik-positivistik dan berbasis peraturan (*rule bound*). Dalam ilmu hukum yang legalistik-positivistik, hukum sebagai institusi pengaturan yang kompleks telah direduksi menjadi sesuatu yang sederhana, linier, mekanistik, deterministik, terutama untuk kepentingan profesi (Satjipto

berpikir hukum masih dikuasai warisan berpikir abad ke-19 yang positivistic-dogmatis (Satjipto Rahardjo, 2007).

Mengenai dogmatika hukum, dicakup semua kegiatan ilmiah yang diarahkan untuk mempelajari isi dari sebuah tatanan hukum positif yang konkret, sifat dogmatikalnya itu terletak dalam hal bahwa orang sungguh-sungguh membatasi diri pada suatu sistem hukum spesifik –kaidah-kaidah hukum positif tertentu, dan menutup diri terhadap sistem-sistem hukum yang lain (Bernard Arief Sidharta 2008).

Di samping itu, dalam konteks positivisme hukum, oleh Hart (Dias, 1976) diartikan antara lain:

1. Hukum adalah perintah
2. keputusan dapat dideduksikan secara logis dari peraturan-peraturan yang sudah ada lebih dulu, tanpa perlu menunjuk kepada tujuan-tujuan sosial, kebijakan serta moralitas
3. penghukuman secara moral tidak dapat ditegakkan dan dipertahankan oleh penalaran rasional, pembuktian atau pengujian
4. hukum yang diundangkan/ditetapkan/ positif harus dipisahkan dari hukum yang seharusnya diciptakan/diinginkan.

Berbeda dengan hukum progresif, yang menghendaki kehadiran hukum untuk sesuatu yang lebih luas. Makanya ketika ada persoalan di dalam hukum, yang harus diperbaiki adalah hukumnya, bukan manusia yang justru dipaksa untuk menyesuaikan diri. Di sini

yang berlaku adalah 'hukum yang selalu dalam proses menjadi' (*law as a process, in the law making*). Dengan kata lain, hukum bukanlah sesuatu yang sudah final dan selesai. Hukum bukan merupakan institusi yang mutlak dan final, karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi tersebut (Satjipto Rahardjo 2007).

Kita bisa melihat apa yang dituliskan Prof. Tjip: "... moral hukum progresif, kandungannya, adalah kepedulian yang tidak kunjung berhenti, mengenai bagaimana mendorong hukum untuk memberikan yang lebih baik dan lebih baik lagi kepada bangsanya". Di samping itu, disebutkan pula: "... moral hukum progresif ingin mendorong agar cara kita berhukum tidak pernah mengenal waktu untuk berhenti, melainkan selalu ingin melakukan sesuatu menuju keadaan yang lebih baik".

Tinjauan Cara Berhukum Masa Lalu
Mengenai bagaimana hukum progresif diarahkan, Prof. Tjip menyebutkan bahwa: "... hukum progresif mengajak bangsa ini untuk meninjau kembali (*review*) cara-cara berhukum di masa lalu. Cara berhukum merupakan perpaduan dari berbagai faktor sebagai unsur, antara lain, misi hukum, paradigma yang digunakan, pengetahuan hukum, perundang-undangan, penggunaan teori-teori tertentu, sampai kepada hal-hal yang bersifat konstitusional dan politik seperti

tekad dan kepedulian (*commitment*), keberanian (*dare*), determinasi, empati, serta rasa-perasaan (*compassion*)”.

Bentuk ini, menurut Prof. Tjip, adalah “... cara berhukum progresif dimasukkan ke dalam tipe ‘berhukum dengan nurani’ (*conscience*). Penilaian keberhasilan hukum dilihat dari penerapannya yang bermakna dan berkualitas. Cara berhukum itu tidak hanya menggunakan rasio (logika), melainkan juga sarat dengan kenurani atau *compassion*”.

Kita bisa melihat dengan jelas bagaimana sebenarnya profil hukum progresif yang digagaskan Prof. Tjip, mulai dari kandungan, moralitasnya, serta tawaran cara-cara berhukum. Nurani mendapat tempat yang penting, dan ini sebenarnya dihindari oleh kalangan positivistik di mana hukum harus dibebaskan dari segala sesuatu yang bersifat meta-juridical (sebagaimana diteorisasikan oleh Hans Kelsen).

Sedangkan hukum progresif memiliki bentuk yang berbeda dengan positivistik. Untuk lebih jelasnya, hukum progresif ini dapat dijelaskan melalui runutan pengidentifikasian yang terdiri atas asumsi, tujuan, spirit, progresivitas, dan karakter.²²

5. Sebab-sebab dan Dasar Penemuan Hukum

Pada sekitar abad pertengahan di Eropa mulai berkembang aliran legalisme yang antara lain dipelopori oleh Montesque, Rousseou, Robbespierre, Fennet dan lain – lain. Penganut legalisme ini pada intinya berpandangan bahwa satu – satunya sumber hukum adalah Undang – undang. Undang – undang dianggap sudah lengkap dan jelas dalam mengatur segala persoalan yang ada di zamannya. Oleh karena itu hakim tidak boleh berbuat selain dari menerapkan undang – undang secara tegas. Hakim tidak lebih sekedar corong atau terompetnya undang – undang.

a. Pasal 1 UU No. 4 Tahun 2004 menyebutkan

“Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya Negara hukum Republik Indonesia”

Ketentuan Pasal 1 tersebut mengatur mengenai kebebasan atau kemerdekaan hakim. Kebebasan hakim merupakan kebebasan merupakan kebebasan yang bersifat universal dan berlaku di seluruh Negara yang memposisikan dirinya sebagai Negara hukum. Kebebasan hakim meliputi kebebasan untuk mengadili dan kebebasan dari campur

demikian implementasi kebebasan hakim bersifat kontekstual, tergantung dari Negara masing – masing.

Kebebasan hakim bukanlah kebebasan yang sebeb – bebasnya, tetapi ada pula pembatasannya, baik secara mikro maupun makro. Secara mikro kebebasan hakim di Indonesia dibatasi oleh Pancasila, UUD 1945, peraturan perundang – undangan, ketertiban umum dan kesusilaan. Khusus dalam perkara perdata, kebebasan hakim juga dibatasi oleh kepentingan pihak (Pasal 378 HIR). Sedangkan secara makro kebebasan hakim dibatasi beberapa hal, misalnya system pemerintahan/politik, system ekonomi, kebudayaan dan lain – lain.²³

b. Pasal 2 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004 menyatakan :

“Penyelenggaraan kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 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.”

c. Pasal 5 UU No.4 Tahun 2004

“Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang.” Pasal 5 ayat (1) ini tentunya lebih luas ruang lingkup

dibanding Pasal 20 AB, yang menyebutkan hakim mengadili Undang – undang, karena pengertian “hukum” disini bisa dalam arti hukum tertulis maupun hukum yang tidak tertulis.

Ketentuan AB (*Algemene Bepalingen van wetgeving*) sampai sekarang belum dicabut, tetapi berdasarkan asas “*lex posterior derogat legi priori*” semestinya AB tidak digunakan lagi. Menurut Sudikno Mertokusumo dalam hal ini berlaku penyimpangan, sebab kedua ketentuan tersebut bersifat saling melengkapi. Pasal 5 UU No. 14 Tahun 1970 memberi kebebasan yang luas kepada hakim, sedangkan Pasal 20 AB bersifat membatasi kebebasan hakim, yaitu mengadili hanya menurut undang – undang.

d. Pasal 14 UU No. Tahun 2004

Pasal 14 ayat (1) menyatakan “pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”. Dengan demikian hukum yang tidak atau kurang jelas, tidak dapat dijadikan alasan penolakan bagi hakim terhadap suatu perkara yang diajukan pencari keadilan. Hakim dianggap mengetahui akan hukumnya (*ius curia novit*).

Ketentuan pasal 14 tersebut mengandung asas *rechtweigering* (penolakan hukum). Asas seperti ini juga terdapat dalam pasal 22 AB,

yaitu “hakim yang menolak perkara dengan alasan membius

hukumnya tidak jelas, hukumnya tidak ada, dapat di tuntut karena menolak untuk mengadili”.

e. Pasal 23 Ayat (1) UU No.4 Tahun 2004, menyatakan:

“segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan – alasan dan dasar – dasar putusan itu, juga harus memuat pula pasal – pasal tertentu dari peraturan – peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili”

Dengan demikian putusan hakim harus disertai pertimbangan dan argumentasi hukum yang cukup, baik didasarkan aturan hukum tertulis maupun tidak tertulis. Menurut yurisprudensi Mahkamah Agung, putusan hukum yang tidak cukup dipertimbangkan dapat dipakai sebagai alasan pembatalan di tingkat kasasi.

f. Pasal 28 UU No. 4 Tahun 2004

Pentingnya hakim memperhatikan hukum tidak tertulis ini dipertegas lagi dalam ketentuan Pasal 28 ayat (1) yang menegaskan *“hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, menikutin, dan memahami nilai – nilai yang hidup dalam masyarakat”*. pasal 28 ini merupakan dasar dan alasan yang kuat bagi hakim dalam melakukan penemuan hukum.

g. Pasal 21 AB menyatakan :

“tiada seorang hakimpun atas dasar peraturan umum atau penetapan berhak memutus dalam perkara – perkara yang tunduk

pada putusannya”. Dengan kata lain bahwa hakim tidak boleh menempatkan diri sebagai pembentuk undang – undang, tidak boleh menempatkan diri dalam putusannya itu seolah – olah ia pembentuk undang – undang.

6. Sistem Penemuan Hukum

a) Penemuan Hukum Heteronom (*typisch logicitisch*)

Penemuan hukum heteronom adalah penemuan hukum yang dipengaruhi oleh faktor-faktor dari luar penemuan hukum itu sendiri, khususnya pengaruh undang-undang, termasuk juga pengaruh dari sistem pemerintahan, ekonomi, politik, dan sebagainya.

b) Penemuan Hukum Otonom (*materiel juridisch*)

Dalam penemuan hukum otonom hakim tidak lagi dipandang sebagai terompetnya undang-undang, tetapi sebagai pembentuk undang-undang yang secara mandiri memberi bentuk pada isi undang-undang dan menyesuaikannya dengan kebutuhan atau perkembangan masyarakat. Penemuan hukum otonom bersumber dari hati nurani sendiri, hakim tidak dipengaruhi oleh pengaruh luar atau faktor-faktor di luar dirinya.

7. Pelaku Penemuan Hukum

Penemuan hukum pada dasarnya dapat dilakukan oleh orang-orang perorangan, ilmuwan, penegak hukum atau pengusaha sekalian. Ne-

dalam diskursus penemuan hukum, lebih banyak dibicarakan pada upaya penemuan hukum oleh hakim, pembentuk undang-undang dan peneliti hukum. Penemuan hukum oleh hakim, tidak semata-mata menyangkut penerapan peraturan-peraturan hukum terhadap peristiwa konkret, tetapi juga penciptaan hukum dan pembentukan hukumnya sekaligus. Hakim melakukan penemuan hukum, karena ia dihadapkan pada peristiwa konkret atau konflik untuk diselesaikan, jadi sifatnya konflikatif. Hasil penemuan hukumnya merupakan hukum, karena mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum yang dituangkan dalam bentuk putusan dan sekaligus sebagai sumber hukum.²⁴

8. Sumber-sumber Penemuan Hukum

Sumber utama dalam penemuan hukum secara hirarki dimulai dari²⁵:

- a) Peraturan perundang-undangan (hukum tertulis)
- b) Hukum tidak tertulis (kebiasaan)
- c) Yurisprudensi
- d) Perjanjian Internasional
- e) Doctrine (pendapat ahli hukum)
- f) Putusan Desa
- g) Perilaku Manusia (*das sein*)

9. Metode Penemuan Hukum

Penemuan hukum selalu dilakukan oleh hakim yang sudah merupakan tugasnya, namun tidak menutup kemungkinan pihak-pihak lain juga melakukan penemuan hukum; seperti akademisi hukum dan penegak hukum lain. Dalam melakukan penemuan hukum terdapat 2 metode yang dikenal, yaitu metode interpretasi dan metode konstruksi.

Metode interpretasi berdasar pada hukum/aturan (based on rule). Bisa dikatakan metode interpretasi merupakan menafsirkan hukum dengan tetap berpegang pada bunyiteks (UU) tersebut. Jadi aturan itu sudah ada sebelumnya tapi masih samar-samar bagaimana pelaksanaannya hingga diinterpretasi/diperjelas agar memperoleh aturan yang jelas sehingga masyarakat dapat menerapkannya dengan baik. Interpretasi dapat dibedakan menjadi beberapa macam, yaitu²⁶:

1. Interpretasi dengan metode Substantif

Metode substantif adalah dimana hukum harus menerapkan suatu teks undang-undang terhadap kasus in-konkreto dengan belum memasuki taraf penggunaan penalaran yang lebih rumit, tetapi sekedar menerapkan sillogisme.

²⁶ Proses Penemuan Hukum, Partawati, 12 Maret 2009 in akademik, Hukum

Contoh : Pasal 378: “ barang siapa dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, dengan memakai nama palsu, dengan tipu muslihat, ataupun rangkaian kebohongan, menggerakkan orang lain untuk menyerahkan barang sesuatu kepadanya, atau supaya memberi hutang maupun penghapusan piutang diancam karena penipuan dengan pidana penjara paling lama empat tahun.”

Unsur daripada penipuan adalah :

- a. Dengan maksud untuk menguntungkan diri dengan melawan hukum;
- b. Menggerakkan orang untuk menyerahkan barang sesuatu;
- c. Dengan menggunakan salah satu upaya penipuan.

Maksud penipuan tidak ada, atau tidak dijelaskan.

2. Interpretasi Gramatikal

Interpretasi Grametikal adalah menafsirkan kata-kata dalam undang-undang sesuai dengan kaidah bahasa. Sedangkan menurut Pitlo interpretasi gramatikal adalah kita mencoba menangkap arti sesuatu teks menurut bunyi kata-katanya, ini dapat terbatas pada suatu yang otomatis, yang tidak disadari, yang kita lakukan pada saat membaca.

Contoh : Pasal 372 “barang siapa dengan sengaja dan melawan hukum memiliki barang sesuatu yang seluruhnya atau sebagian adalah

kenyaan orang lain, tetapi yang ada dalam kekuasaan hukum

karena kejahatan diancam karena penggelapan, dengan pidana paling lama empat tahun atau pidana denda paling banyak sembilan ratus rupiah.”

Perkataan “memiliki dan “Menggelapkan” dalam pasal 372 tidak selalu mengandung sifat bermanfaat bagi diri pribadi. Dan Pasal 372 KUHP perbuatan terdakwa tidak merupakan penggelapan akan tetapi suatu kasus perdata.

3. Interpretasi Historis

Interpretasi historis adalah terdiri atas dua jenis, yaitu: interpretasi menurut sejarah undang –undang dan interpretasi menurut sejarah hukum.

Dalam interpretasi undang – undang hanya dapat diketahui dari orang yang terlibat dalam proses penggodokan suatu perundang –undangan, jadi metode ini adalah kehendak pembuat undang-undang yang dianggap menentukan. Yang dibuktikan dengan beberapa surat-surat dalam pembahasan proses perundang-undangan sampai pada suatu keputusan.

Contoh : undang-undang no. 10 tahun 2004 tentang pembentukan perundang-undangan. Ketika dalam suatu materi undang –undang membutuhkan interpretasi, maka salah satu metode digunaka adalah

metode histroris. Artinya meminta keterangan dari anggota legislatif

yang menetapkan atau yang terlibat dalam proses pembentukan undang –undang sampai pada keputusan dalam lembaga legislatif.

4. Interpretasi Sistematis

Interpretasi sistematis adalah metode yang menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan system perundang –undangan. Jadi perundang undangan dianggap sebagai suatu sistem yang utuh.

Contoh : dalam suatu masyarakat mengajukan perkara ke pengadilan maka pihak pengadilan tidak boleh menolak dengan alasan buka wewenang atau tidak ada hukum yang mengaturnya. Sebab undang dianggap sebagai suatu sistem yang utuh. tentu ada aturan dalam perundangn undangan yang mengaturnya.

5. Interpretasi Sosiologis dan Theologis

Metode ini menetapkan makna undang-undang berdasarkan tujuan kemasyarakata. Suatu undang–undang yang masih berlaku tetapi sebenarnya sudah usang dan tidak sesuai lagi dengan kebutuhan zaman. Interpretasi ini berdasarkan hubungan, kebutuhan masa kini, dengan tidak memperdulikan apakah hal itu pada waktu diundangkannya undang-undang itu dikenal atau tidak.

Contoh : Kompilasi Hukum Islam (KHI) merupakan aturan untuk agama Islam pada soal perceraian, pernikahan dan warisan dalam KHI

banyak pasal tidak berlaku dalam kondisi sosial sekarang ini; seperti

persoalan pembagian warisan 1 : 2 akan tetapi dalam acara peradilan agama tetap menggunakan 1 untuk perempuan dan 2 untuk laki-laki. Walaupun aturan tersebut masyarakat belum mengetahui dan menyepakatinya.

6. Interpretasi Komparatif

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

Contoh: perbandingan sistem Hukum antara anglo saxon dan eropa continental.

7. Interpretasi Futuristis

Interpretasi ini dijelaskan undang-undang yang berlaku sekarang ius Constitutum, dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum ius constitendum.

Contoh : rumusan delik "pencurian" atas informasi elektronik via internet ditetapkan dengan berpedoman pada rumusan RUU Teknologi Informasi.

8. Interpretasi Restriktif

Interpretasi restriktif adalah metode interpretasi yang...

Contoh : pasal 666 KUH Perdata dalam setiap tetangga termasuk seorang penyewa pekarangan sebelanya. Tetapi kalau dibatasi menjadi tidak termasuk tetangga penyewa.

9. Interpretasi Ekstensif

Interpretasi ekstensif adalah metode interpretasi yang membuat interpretasi melebihi batas-batas hasil interpretasi gramatikal.

Contoh : Pada pasal 492 KUH Pidana ayat (1) "Barang siapa dalam keadaan mabuk di muka umum merintangai lalu lintas, atau mengganggu ketertiban, atau mengancam keamanan oranglain, atau melakukan sesuatu yang harus dilakukan dengan hati-hati atau dengan mengadakan tindakanpenjagaan tertentu lebih dahulu agar jangan membahayakan nyawa atau kesehatan orang lain, diancam dengan pidana kurungan paling lama enam hari, atau pidana denda paling banyak tiga ratus tujuh puluh lima rupiah. Kalimat "dimuka Umum" bukan hanya dijalan lalu lintas, atau yang mengganggu ketertiban, atau mengancam keamanan orang lain. Akan tetapi meliputi semua tempat yang etrsedia bagi umum dalam hal ini losmen-losmen dan tempat minum

Metode konstruktif berdasar pada fakta yang ada (*based on fact*) dimana aturan hukumnya belum ada kemudian dibangunlah (dikonstruktifkannlah) aturan hukum agar menjadi jelas suatu perbuatan hukum ada hukum nya . Metode konstruktif untuk mengisi kekosongan hukum yang sedang terjadi, jadi hakim menggunakan pikiran logis dan melihat kehidupan masyarakat yang ada dengan tidak mengesampingkan hukum sebagai system. Dalam metode konstruktif dapat dibedakan dalam beberapa hal , yaitu²⁷ :

1. Metode Argumentum Per analogis (analogi)

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

Contoh : dalam Pasal 1576 KU.perdata hanya mengatur tentang jual-beli tidak mengatur tentang wakaf maka hakim wajib melakukan penemuan hukum berdasarkan asas *ius curia novit*. Mencari esensinya peralihan Hak, maka metode ini digunakan penalaran induksi, berfikir dari yang khusus (*Species*) ke yang umum (*Genus*).

2. Metode Argumentum A'Contrario

Menggunakan penalaran bahwa jika undang-undang menetapkan hal-

hal tertentu untuk peristiwa tertentu, berarti peraturan itu terbatas pada

peristiwa tertentu itu dan bagi peristiwa diluarnya berlaku kebalikannya.

Contoh : pada pasal 53 UU No.10 Tahun 2004 menjelaskan “masyarakat berhak memberikan masukan secara lisan atau tertulis dalam rangka penetapan maupun pembahasan rancangan undang-undang dan rancangan peraturan daerah”. Penjelasan partisipasi tersebut ketika diatur dalam tata tertib legislatif. Artinya, keterlibatan bukan menjadi suatu kemutlakan kecuali diizinkan dalam tata tertib legislatif.

3. Rechtsverviijnings (pengkongkritan hukum) oleh Hakim
Metode pengkongkritan hukum ini bertujuan untuk mengkongkritkan suatu aturan hukum yang terlalu abstrak.

Contoh : pasal 363 (1) KUHP “dengan tuduhan menyuruh melakukan pencurian, orang yang disuruh melakukan harus orang yang tidak dapat ipertanggungjawabkan atas perbuatannya. Artinya bahwa pencurian yang dilakukan oleh dua orang atau lebih secara bersekutu, harus dilakukan secara turut serta melakukan dan bukan secara pembantuan.

4. Fiksi Hukum.

Adalah metode penemuan hukum yang mengemukakan fakta-fakta baru kepada kita, sehingga tampil personifikasi baru dihadapi kita (satjipto Raharjo, 1982: 136).

contoh : dengan fiksi bahwa setiap orang dianggap mengetahui hukum yang berlaku sekalipun ia buta huruf atau tidak mengetahuinya sama sekali, berarti ia tetap diatur oleh hukum; contoh Pasal 372 "barang siapa dengan sengaja dan melawan hukum memiliki barang sesuatu yang seluruhnya atau sebagian adalah kepunyaan orang lain, tetapi yang ada dalam kekuasaannya bukan karena kejahatan diancam karena penggelapan, dengan pidana paling lama empat tahun atau pidana denda paling banyak sembilan ratus rupiah."

Dalam hal ini seseorang sekalipun tidak pernah mengetahui tentang aturan pasal tersebut, ketika ia melakukannya maka ia dikenakan sanksi. Karena dianggap telah mengetahui aturan yang berlaku.

Jadi terdapat pengecualian sebagai tambahan syarat yang ditetapkan oleh hakim jadi diketahui apa yang dimaksud dalam putusan tersebut. Dalam buku Prof. Peter Mahmud Marzuki telah dicontohkan pasal 249 UU hukum pidana Belanda mengenai perbuatan pidana perbuatan mesum antara pasien dan pemelihara kesehatan. Disana telah dijelaskan bahwa ada pengecualian tertentu karena hidup bersama diluar perkawinan di belanda bukan merupakan perbuatan mesum. Jadi dalam *Rechtverfijning*, hakim melakukan pengecualian pengecualian baruterhadap undang undang yang terlalu luas dan kemudian dipersempit atau diperjelas oleh hakim agar dapat dikonkrit kan dalam suatu kasus. *Rechtverfijning* adalah hal yang sangat penting dalam

Restriktif. Metode Restriktif merupakan penafsiran undang-undang sesuai dengan kata kata yang tercantum dalam undang undang tersebut dengan memberi batasan agar tidak suatu kasus dapat ditemukan titik terangnya.²⁸

10. Sengketa Tanah dan Penyelesaiannya

1) Pengertian Sengketa Tanah

Akhir-akhir ini kasus pertanahan muncul ke permukaan dan merupakan bahan pemberitaan di media massa. Secara makro penyebab munculnya kasus-kasus pertanahan tersebut adalah sangat bervariasi yang antara lain :

- a. Harga tanah yang meningkat dengan cepat.
- b. Kondisi masyarakat yang semakin sadar dan peduli akan kepentingan / haknya.
- c. Iklim keterbukaan yang digariskan pemerintah.²⁹

Pada hakikatnya, kasus pertanahan merupakan benturan kepentingan (*conflict of interest*) di bidang pertanahan antara siapa dengan siapa, sebagai contoh konkret antara perorangan dengan perorangan; perorangan dengan badan hukum; badan hukum dengan badan hukum dan lain sebagainya. Sehubungan dengan hal tersebut di atas, guna kepastian hukum yang

²⁸<http://www.scribd.com/doc/51181391/metode-penemuan-hukum>

²⁹ makalahdanskripsi.blogspot.com/2008 (akses 24 Mei 2012)

diamanatkan UUPA, maka terhadap kasus pertanahan dimaksud antara lain dapat diberikan respons / reaksi / penyelesaian kepada yang berkepentingan (masyarakat dan pemerintah),

Menurut Rusmadi Murad, pengertian sengketa tanah atau dapat juga dikatakan sebagai sengketa hak atas tanah, yaitu :

Timbulnya sengketa hukum yang bermula dari pengaduan sesuatu pihak (orang atau badan) yang berisi keberatan-keberatan dan tuntutan hak atas tanah, baik terhadap status tanah, prioritas, maupun kepemilikannya dengan harapan dapat memperoleh penyelesaian secara administrasi sesuai dengan ketentuan peraturan yang berlaku.³⁰

2) Penyelesaian Sengketa Tanah

Cara penyelesaian sengketa tanah melalui BPN (Badan Pertanahan Nasional) yaitu :

Kasus pertanahan itu timbul karena adanya klaim / pengaduan / keberatan dari masyarakat (perorangan/badan hukum) yang berisi kebenaran dan tuntutan terhadap suatu keputusan Tata Usaha Negara di bidang pertanahan yang telah ditetapkan oleh Pejabat Tata Usaha Negara di lingkungan Badan Pertanahan Nasional, serta keputusan Pejabat tersebut dirasakan merugikan hak-hak mereka atas suatu bidang tanah tersebut. Dengan adanya klaim tersebut, mereka ingin mendapat

³⁰*ibid*

penyelesaian secara administrasi dengan apa yang disebut koreksi serta merta dari Pejabat yang berwenang untuk itu. Kewenangan untuk melakukan koreksi terhadap suatu keputusan Tata Usaha Negara di bidang pertanahan (sertifikat / Surat Keputusan Pemberian Hak Atas Tanah), ada pada Kepala Badan Pertanahan Nasional.

Kasus pertanahan meliputi beberapa macam antara lain :

1. mengenai masalah status tanah,
2. masalah kepemilikan,
3. masalah bukti-bukti perolehan yang menjadi dasar pemberian hak dan sebagainya.

Setelah menerima berkas pengaduan dari masyarakat tersebut di atas, pejabat yang berwenang menyelesaikan masalah ini akan mengadakan penelitian dan pengumpulan data terhadap berkas yang diadukan tersebut. Dari hasil penelitian ini dapat disimpulkan sementara apakah pengaduan tersebut dapat diproses lebih lanjut atau tidak dapat. Apabila data yang disampaikan secara langsung ke Badan Pertanahan Nasional itu masih kurang jelas atau kurang lengkap, maka Badan Pertanahan Nasional akan meminta penjelasan disertai dengan data serta saran ke Kepala Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional Provinsi dan Kepala Kantor Pertanahan Kabupaten / Kota setempat letak tanah yang disengketakan

Bilamana kelengkapan data tersebut telah dipenuhi, maka selanjutnya diadakan pengkajian kembali terhadap masalah yang diajukan tersebut yang meliputi segi prosedur, kewenangan dan penerapan hukumnya.

Agar kepentingan masyarakat (perorangan atau badan hukum) yang berhak atas bidang tanah yang diklaim tersebut mendapat perlindungan hukum, maka apabila dipandang perlu setelah Kepala Kantor Pertanahan setempat mengadakan penelitian dan apabila dari keyakinannya memang harus distatus quokan, dapat dilakukan pemblokiran atas tanah sengketa. Kebijakan ini dituangkan dalam Surat Edaran Kepala Badan Pertanahan Nasional tanggal 14-1-1992 No 110-150 perihal Pencabutan Instruksi Menteri Dalam Negeri No 16 tahun 1984.

Dengan dicabutnya Instruksi Menteri Dalam Negeri No 16 Tahun 1984, maka diminta perhatian dari Pejabat Badan Pertanahan Nasional di daerah yaitu para Kepala Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional Provinsi dan Kepala Kantor Pertanahan Kabupaten/Kota, agar selanjutnya di dalam melakukan penetapan status quo atau pemblokiran hanya dilakukan apabila ada penetapan Sita Jaminan (CB) dari Pengadilan. (Bandingkan dengan Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional No 3 Tahun 1997 Pasal 126)

Oleh karena itu, dapat disimpulkan bahwa apabila Kepala Kantor Pertanahan setempat hendak melakukan tindakan *status quo* terhadap suatu Keputusan Tata Usaha Negara di bidang Pertanahan (sertifikat/Surat Keputusan Pemberian Hak Atas Tanah), harusnya bertindak hati-hati dan memperhatikan asas-asas umum Pemerintahan yang baik, antara lain asas kecermatan dan ketelitian, asas keterbukaan (*fair play*), asas persamaan di dalam melayani kepentingan masyarakat dan memperhatikan pihak-pihak yang bersengketa.

Terhadap kasus pertanahan yang disampaikan ke Badan Pertanahan Nasional untuk dimintakan penyelesaiannya, apabila dapat dipertemukan pihak-pihak yang bersengketa, maka sangat baik jika diselesaikan melalui cara musyawarah. Penyelesaian ini seringkali Badan Pertanahan Nasional diminta sebagai mediator di dalam menyelesaikan sengketa hak atas tanah secara damai saling menghormati pihak-pihak yang bersengketa. Berkenaan dengan itu, bilamana penyelesaian secara musyawarah mencapai kata mufakat, maka harus pula disertai dengan bukti tertulis, yaitu dari surat pemberitahuan untuk para pihak, berita acara rapat dan selanjutnya sebagai bukti adanya perdamaian dituangkan dalam akta yang bila perlu dibuat di hadapan notaris sehingga mempunyai kekuatan pembuktian yang sempurna.

Pembatalan keputusan tata usaha negara di bidang pertanahan oleh Kepala Badan Pertanahan Nasional berdasarkan adanya cacat hukum/administrasi di dalam penerbitannya. Yang menjadi dasar hukum kewenangan pembatalan keputusan tersebut antara lain :

1. Undang-Undang No 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.
2. Peraturan Pemerintah No 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah.
3. Keputusan Presiden No 34 Tahun 2003 tentang Kebijakan Nasional Di Bidang Pertanahan.
4. Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional No 3 Tahun 1999.

Dalam praktik selama ini terdapat perorangan/ badan hukum yang merasa kepentingannya dirugikan mengajukan keberatan tersebut langsung kepada Kepala Badan Pertanahan Nasional. Sebagian besar diajukan langsung oleh yang bersangkutan kepada Kepala Badan Pertanahan Nasional dan sebagian diajukan melalui Kepala Kantor Pertanahan Kabupaten/Kota setempat dan diteruskan melalui Kepala

3) Kekuatan Pembuktian dalam Penyelesaian Sengketa Tanah

Pembuktian, menurut Prof. R. Subekti, yang dimaksud dengan membuktikan adalah meyakinkan hakim tentang kebenaran dalil atau dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan.

Kekuatan Pembuktian, secara umum kekuatan pembuktian alat bukti tertulis, terutama akta otentik mempunyai tiga macam kekuatan pembuktian, yaitu:

1. Kekuatan pembuktian formil.

Membuktikan antara para pihak bahwa mereka sudah menerangkan apa yang ditulis dalam akta tersebut.

2. Kekuatan pembuktian materil.

Membuktikan antara para pihak, bahwa benar-benar peristiwa yang tersebut dalam akta itu telah terjadi.

3. Kekuatan mengikat.

Membuktikan antara para pihak dan pihak ketiga, bahwa pada tanggal tersebut dalam akta yang bersangkutan telah menghadap kepada pegawai umum tadi dan menerangkan apa yang ditulis dalam akta tersebut.

Oleh karena menyangkut pihak ketiga, maka disebutkan bahwa kata otentik mempunyai kekuatan pembuktian keluar. Sertifikat adalah buku tanah dan surat ukurnya setelah dijilid menjadi satu bersama-sama dengan suatu kertas sampul yang bentuknya ditetapkan dengan peraturan pemerintah.

Kekuatan Pembuktian Sertifikat, terdiri dari :

1. Sistem Positif

Menurut sistem positif ini, suatu sertifikat tanah yang diberikan itu adalah berlaku sebagai tanda bukti hak atas tanah yang mutlak serta merupakan satu – satunya tanda bukti hak atas tanah.

2. Sistem Negatif

Menurut sistem negatif ini adalah bahwa segala apa yang tercantum didalam sertifikat tanah dianggap benar sampai dapat dibuktikan suatu keadaan yang sebaliknya (tidak benar) dimuka sidang pengadilan.

4) Hal – Hal yang Menyebabkan Terjadinya Sengketa Tanah

Menurut Kepala BPN Pusat, setidaknya ada tiga hal utama yang menyebabkan terjadinya sengketa tanah:³¹

1. Persoalan administrasi sertifikasi tanah yang tidak jelas, akibatnya adalah ada tanah yang dimiliki oleh dua orang dengan memiliki sertifikat masing-masing.
2. Distribusi kepemilikan tanah yang tidak merata. Ketidakseimbangan dalam distribusi kepemilikan tanah ini baik untuk tanah pertanian maupun bukan pertanian telah menimbulkan ketimpangan baik secara ekonomi, politis maupun sosiologis. Dalam hal ini, masyarakat bawah, khususnya petani/penggarap tanah memikul beban paling berat. Ketimpangan distribusi tanah ini tidak terlepas dari kebijakan ekonomi yang cenderung kapitalistik dan liberalistik. Atas nama pembangunan tanah-tanah garapan petani atau tanah milik masyarakat adat diambil alih oleh para pemodal dengan harga murah.
3. Legalitas kepemilikan tanah yang semata-mata didasarkan pada bukti formal (sertifikat), tanpa memperhatikan produktivitas tanah. Akibatnya, secara legal (*de jure*), boleh jadi banyak tanah bersertifikat dimiliki oleh perusahaan atau para pemodal besar, karena mereka telah membelinya dari para petani/pemilik tanah, tetapi tanah tersebut lama ditelantarkan begitu saja. Mungkin sebagian orang menganggap remeh dengan memandang sebelah mata persoalan sengketa tanah ini, padahal persoalan ini merupakan persoalan yang harus segera di cari kan solusinya. Kenapa demikian? Karena sengketa tanah sangat

berpotensi terjadinya konflik antar ras, suku dan agama. Akibatnya harga diri harus dipertaruhkan.

5) Tata Kelola Penyelesaian Sengketa Pertanahan

Penanganan kasus pertanahan dimaksudkan untuk memberikan kepastian hukum atas penguasaan, pemilikan, penggunaan dan pemanfaatan tanah. Penanganan kasus pertanahan untuk memastikan tidak terdapat tumpang tindih pemanfaatan, tumpang tindih penggunaan, tumpang tindih penguasaan dan tumpang tindih pemilikan tanah.

Penanganan kasus pertanahan untuk memastikan pemanfaatan, penguasaan, penggunaan dan pemilikan sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan serta bukti kepemilikan tanah bersifat tunggal untuk setiap bidang tanah yang dipersefiskan.

Berdasarkan rekomendasi penanganan sengketa pertanahan dilakukan:

- a. penelitian/pengolahan data pengaduan;
- b. penelitian lapangan;
- c. penyelenggaraan Gelar Kasus;
- d. penyusunan Risalah Pengolahan Data;
- e. penyiapan berita acara/surat/keputusan; dan/atau
- f. monitoring dan evaluasi terhadap hasil penanganan sengketa

Dalam kaitannya dengan sengketa tertentu yang dipandang penting oleh Kepala BPN RI dalam penanganannya dapat dibentuk Tim. Penanganan sengketa dilakukan dengan jangka waktu penyelesaian paling lama 3 (tiga) bulan sejak diterimanya pengaduan atau informasi sengketa. Untuk penanganan sengketa, batas waktu penyelesaian dapat diperpanjang dengan persetujuan Kakan. Kakanwil atau Deputi.

Kakan, Kakanwil, dan Direktur di lingkungan Kedeputan Bidang Pengkajian dan Penanganan Sengketa dan Konflik Pertanahan, melakukan pengawasan dan pengendalian terhadap penanganan sengketa sesuai kewenangannya.

Kegiatan penelitian/pengolahan data pengaduan meliputi:

- a. penelitian kelengkapan dan keabsahan data dari pengadu;
- b. penelitian data dari pengadu;
- c. pencocokan data yuridis dan data fisik, dan data pendukung lainnya;
- d. kajian kronologi sengketa; dan
- e. analisis aspek yuridis, fisik dan administrasi.

Untuk kelengkapan data yang diperlukan dalam penanganan sengketa, dapat dilakukan dengan mencari data dari pengadu, arsip di BPN RI, Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional, Kantor Pertanahan, instansi terkait, atau

- 1) Kakanwil untuk Surat Tugas yang diterbitkan oleh Kakan;
- 2) Kakan untuk Surat Tugas yang diterbitkan oleh Kasi.

Surat Tugas paling sedikit memuat nama petugas, jabatan dan lokasi obyek tanah yang diteliti. Dalam hal diperlukan kegiatan lapangan untuk meneliti obyek yang diperselisihkan, pelaksanaannya harus:

- a. dilengkapi Surat Tugas;
- b. melakukan pemberitahuan kepada pihak yang menguasai tanah, pemilik, penduduk sekitar lokasi dan /atau pejabat dari lingkungan/dusun/desa/ kelurahan setempat;
- c. disaksikan paling sedikit oleh dua orang terdiri dari yang menguasai obyek tanah, pemilik, penduduk sekitar lokasi dan/atau pejabat dari lingkungan/dusun/desa/kelurahan setempat; dan
- d. dibuatkan Berita Acara yang ditandatangani oleh petugas dan para saksi.

Dalam hal terdapat saksi yang tidak bersedia menandatangani Berita Acara, diberikan catatan pada kolom tanda tangan bahwa saksi yang bersangkutan tidak bersedia menandatangani dengan disertai alasannya. Hasil kegiatan penelitian lapangan dibuatkan Berita Acara Hasil Penelitian Lapangan sebagai data pendukung penyusunan Bicalah Pengelahan

Data.Berita Acara Hasil Penelitian Lapangan merupakan dokumen yang disertakan dan tidak terpisahkan dari Berkas Penanganan Sengketa Pertanahan.

Gelar Kasus dapat dilakukan melalui persuasif, fasilitasi, mediasi para pihak dalam rangka penanganan sengketa.Gelar Kasus jikadiperlukan dapat melibatkan instansi terkait dan/atau unsur masyarakat seperti akademisi, tokoh masyarakat/adat/agama, atau pemerhati/pegiat agraria.Gelar Kasus diselenggarakan atas perintah Deputy, Kakanwil, atau Kakan.Setiap perintah penyelenggaraan Gelar Kasus ditembuskan kepada Kepala BPN RI.Susunan organisasi Gelar Kasus terdiri dari pimpinan, sekretaris, pemapar dan peserta.

Pimpinan Gelar Kasus:

- a) Deputy atau Direktur di lingkungan Kedeputian Bidang Pengkajian dan Penanganan Sengketa dan Konflik Pertanahan, di tingkat BPN RI;
- b) Kakanwil atau Kabid, di tingkat Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional;
- c) Kakan atau Kasi, di tingkat Kantor Pertanahan.

Unsur pelaksana Gelar Kasus:

- a. Sekretaris ditunjuk oleh Pimpinan Gelar Kasus;
- b. Pemapar adalah atasan langsung Pengolah/Ketua Tim; dan

c. Peserta sesuai dengan undangan

Urutan acara Gelar Kasus meliputi:

- a. pembukaan;
- b. pemaparan kasus pertanahan;
- c. tanggapan dan diskusi; dan
- d. kesimpulan dan penutupan.

Hasil Gelar Kasus yang dipimpin oleh:

- a. Deputi disampaikan kepada Kepala BPN RI;
- b. Direktur disampaikan kepada Deputi;
- c. Kakanwil disampaikan kepada Deputi;
- d. Kabid disampaikan kepada Kakanwil;
- e. Kakan disampaikan kepada Kakanwil;
- f. Kasi disampaikan kepada Kakan.

Pelaksanaan Gelar Kasus dicatat dalam Notulen GelarKasus dan hasilnya dibuatkan Berita Acara Gelar Kasus. Notulen Gelar Kasus ditandatangani oleh pimpinan dan sekretaris, dandisimpan dalam berkas penanganan kasus pertanahan. Berita Acara Gelar Kasus ditandatangani oleh

semua peserta, dan merupakan dokumen yang harus dilampirkan dalam berkas penanganan kasus perkara. Berita Acara Gelar Kasus dapat diberikan kepada peserta untuk menjamin obyektivitas dan transparansi penanganan kasus pertanahan kecuali Gelar Kasus Internal.

Jenis Gelar Kasus dalam rangka penanganan kasus pertanahan:

- a. Gelar Internal;
- b. Gelar Eksternal;
- c. Gelar Mediasi; dan
- d. Gelar Istimewa.

Gelar Internal bertujuan:

- a. menghimpun masukan pendapat para petugas/pejabat;
- b. mengidentifikasi sengketa dan konflik yang diperselisihkan;
- c. rencana penyelesaian.

Peserta Gelar Internal:

- a) anggota Tim Pengolah; dan
- b) pegawai/pejabat dari Kantor BPN RI, Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional dan/atau Kantor Pertanahan

Substansi hasil Gelar Internal:

- a. rumusan pokok masalah obyek, subyek dan pokok sengketa dan konflik;
- b. kronologi kasus pertanahan;
- c. analisis kasus pertanahan; dan
- d. alternatif penyelesaian.

Gelar Eksternal bertujuan:

- a. melengkapi keterangan dan pendapat dari internal dan eksternal Kantor BPN RI, Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional dan/atau Kantor Pertanahan agar pembahasan lebih komprehensif;
- b. mempertajam analisis kasus pertanahan; dan
- c. memilih alternatif penyelesaian.

Peserta Gelar Eksternal:

- a. Tim Pengolah;
- b. pihak pengadu dengan atau tanpa pihak termohon;

Substansi hasil Gelar Eksternal:

- a. uraian kasus; : : :
- b. kronologi lengkap kejadian kasus pertanahan;
- c. analisis aspek kasus pertanahan; dan
- d. alternatif dan pemilihan prioritas penyelesaian kasus pertanahan.

Gelar Mediasi bertujuan:

- a. menampung informasi/pendapat dari semua pihak yang berselisih, dan pendapat dari unsur lain yang perlu dipertimbangkan;
- b. menjelaskan posisi hukum para pihak baik kelemahan/kekuatannya;
- c. memfasilitasi penyelesaian kasus pertanahan melalui musyawarah; dan
- d. pemilihan penyelesaian kasus pertanahan.

Peserta Gelar Mediasi:

- a. Tim Pengolah;
- b. Pihak pengadu, termohon dan pihak lain yang terkait;
- c. Pejabat Kantor BPN RI, Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional dan/atau Kantor Pertanahan dan instansi/lembaga yang terkait;
- d. Pakar dan/atau saksi ahli yang terkait dengan kasus pertanahan;
- e. Tim Mediator dari Kantor BPN RI, Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional dan/atau Kantor Pertanahan atau eksternal BPN RI; dan

f. Unsur-unsur lain yang diperlukan.

Substansi hasil Gelar Mediasi:

- a. kronologi kasus pertanahan;
- b. analisis dan alternatif penyelesaian kasus pertanahan;
- c. kesimpulan hasil musyawarah kasus pertanahan; dan
- d. rekomendasi dan tindak lanjut putusan Gelar Kasus.

Setiap Pejabat Kantor BPN RI, Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional dan/atau Kantor Pertanahan yang menangani kasus pertanahan, sebelum mengambil keputusan penyelesaian kasus pertanahan harus melakukan Gelar Mediasi.

Penyelenggaraan Gelar Mediasi untuk:

- a. menjamin transparansi dan ketajaman analisis;
- b. pengambilan putusan yang bersifat kolektif dan obyektif; dan
- c. meminimalisir gugatan atas hasil penyelesaian kasus.

Dalam hal Gelar Mediasi tidak dapat dihadiri oleh salah satu pihak yang berselisih, pelaksanaannya dapat ditunda agar semuapihak yang berselisih dapat hadir. Apabila pihak yang berselisih sudah diundang 3 (tiga)

Gelar Istimewa bertujuan:

- a. menyelesaikan kasus pertanahan yang sangat kompleks;
- b. menyelesaikan perbedaan keputusan mengenai penanganan kasus pertanahan antara pejabat BPN RI atau pejabat instansi lainnya;
- c. mengkoreksi keputusan Pejabat BPN RI yang bermasalah; dan
- d. menetapkan upaya hukum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 .

Peserta Gelar Istimewa:

- a. Pejabat Eselon I BPN RI;
- b. Staf Ahli Kepala BPN RI;
- c. Pihak pengadu, termohon dan pihak lain yang terkait;
- d. Pejabat Kantor BPN RI, Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional dan/atau Kantor Pertanahan dan instansi/lembaga yang terkait;
- e. Pakar dan/atau saksi ahli yang terkait dengan kasus pertanahan; dan
- f. Unsur-unsur lain yang diperlukan.

Substansi hasil Gelar Istimewa:

- a. pokok permasalahan;
- b. analisis permasalahan;
- c. keputusan penyelesaian permasalahan; dan
- d. rekomendasi kepada Kepala BPN RI

Keputusan Gelar Istimewa merupakan keputusan BPN RI yang paling akhir dalam penyelesaian kasus pertanahan atau penyelesaian perbedaan pendapat antara pejabat BPN RI. Keputusan Gelar Istimewa yang telah disahkan oleh Kepala BPN RI wajib dilaksanakan oleh pejabat yang bersangkutan. Keputusan tidak segera dilaksanakan oleh pejabat yang bersangkutan, setelah melebihi 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal keputusan, dapat diambil alih pelaksanaannya oleh pejabat yang lebih tinggi secara berjenjang sebagai berikut:

- a. Kakanwil dapat mengambil alih tindakan untuk melaksanakan keputusan yang tidak dilaksanakan oleh Kakan;
- b. Deputi dapat mengambil alih tindakan untuk melaksanakan keputusan yang tidak dilaksanakan oleh Kakanwil atau Kakan;
- c. Kepala BPN RI dapat mengambil alih tindakan untuk melaksanakan keputusan yang tidak dilaksanakan oleh Deputi.

Pejabat yang tidak melaksanakan keputusan dikenakan sanksi administrasi sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan. Risalah Pengolahan Data merupakan dokumen resmi BPN RI yang menjadi bagian tidak terpisahkan dengan dokumen penanganan dan penyelesaian kasus pertanahan. Risalah Pengolahan Data merupakan rangkuman hasil kegiatan

Pengolah/Tim berdasarkan komitmen terhadap kebenaran, kejujuran dan prosedur sehingga dapat dipertanggungjawabkan secara hukum.

Risalah Pengolahan Data harus disetujui dan ditandatangani oleh pejabat kedepuitan secara berjenjang. Susunan dan substansi Risalah Pengolahan Data disesuaikan dengan Risalah Pengolahan Data yang diatur dalam Peraturan Kepala BPN RI yang mengatur mengenai tata naskah yang didalamnya paling kurang memuat:

- a. pokok kasus pertanahan, meliputi tipologi, obyek, subyek dan posisi kasus;
- b. data pendukung dari para pihak dan dari sumber lainnya;
- c. uraian kasus pertanahan, meliputi kronologi dan penanganan kasus pertanahan;
- d. analisa kasus pertanahan, antara lain dasar hukum, dan analisa yuridis, fisik, sosial;
- e. kesimpulan berupa resume, pendapat hukum dan rekomendasi; dan
- f. pernyataan tanggung jawab (*legal statement*)