

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Norma Hukum

Norma adalah suatu ukuran yang harus dipatuhi oleh seseorang dalam hubungannya dengan sesamanya ataupun dengan lingkungannya. Istilah norma berasal dari bahasa Latin, atau kaidah dalam bahasa Arab. Sedangkan dalam bahasa Indonesia sering disebut dengan pedoman, patokan, atau aturan. Dalam perkembangannya, norma itu diartikan sebagai suatu ukuran atau patokan bagi seseorang dalam bertindak atau bertingkah laku dalam masyarakat, jadi inti suatu norma adalah segala aturan yang harus dipatuhi.¹

Sampai saat ini, baik pengertian kaidah maupun norma dipakai secara bersamaan oleh para sarjana di Indonesia. Dalam bukunya “perihal kaidah hukum” (1989:6), Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka mengemukakan bahwa, kaedah adalah patokan atau ukuran ataupun pedoman untuk berperilaku dan bersikap tindak dalam hidup. Apabila ditinjau bentuk hakekatnya, maka kaedah merupakan perumusan suatu pandangan (“*oordeel*”) mengenai perlakuan atau sikap tindak.

Mengutip dari buku Hans Kelsen “*Pure Theory of Law*” yang diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia, menyatakan bahwa norma-norma

¹ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan jilid 1*, (Yogyakarta, Kanisius, 2007) hal. 18

itu yang memiliki karakter norma hukum dan menjadikan perbuatan tertentu bersifat legal atau ilegal, merupakan obyek dari ilmu hukum. Tatanan hukum yang merupakan obyek dari pengetahuan ini merupakan tatanan norma perilaku manusia, Sebuah sistem norma yang mengatur perilaku manusia. Apa yang dimaksud dengan norma adalah sesuatu yang seharusnya ada atau seharusnya terjadi, khususnya bahwa manusia seharusnya berperilaku dengan cara tertentu. Ini merupakan makna dari tindakan manusia yang satu yang diarahkan kepada perilaku manusia yang lain.²

Sementara dalam literatur karya Prof. Dr. Satjipto Raharjo, S.H., Norma adalah sarana yang dipakai oleh masyarakat untuk menertibkan, menuntut dan mengarahkan tingkah laku anggota masyarakat dalam hubungannya satu sama lain. Untuk bisa menjalankan fungsinya yang demikian itu, barang tentu ia harus mempunyai kekuatan yang bersifat memaksa. Paksaan ini tertuju kepada para anggota masyarakat dengan tujuan untuk mematuhi. Sehingga dapat disimpulkan bahwasanya norma menurut Satjipto Raharjo adalah mempunyai kekuatan yang bersifat imperatif.

Dalam norma-norma hukum itu sendiri terdapat suatu penilaian. Penilaian yang dimaksud adalah kehendak masyarakat untuk mengarahkan tingkah laku anggota-anggota masyarakat itu dilakukan dengan membuat pilihan antara tingkah laku yang disetujui dan yang ditolak. Tingkah laku

² Hans Kelsen, *“Teori Hukum Murni (Pure Theory of Law): Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif,”* Diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien (Bandung, Nusamedia, 2007) hal 5

yang disetujui dan yang tidak itulah yang kemudian dijadikan norma dalam masyarakat itu. Oleh karena itu, norma hukum itu merupakan persyaratan dari penilaian-penilaian.³

Norma-norma penilaian itu oleh hukum diwujudkan dalam petunjuk dan tingkah laku. Atas dasar itu maka norma hukum itu bisa disebut sebagai norma petunjuk tingkah laku. Norma hukum memuat suatu penilaian mengenai perbuatan tertentu. Hal itu paling jelas tampak dalam bentuk suruhan dan larangan. Oleh karena itu, untuk memastikan apakah di situ kita menjumpai suatu norma atau tidak, keduanya bisa dipakai sebagai ukuran. Dengan patokan ini, ternyata tidak semua peraturan hukum itu mengandung norma hukum didalamnya. Beberapa peraturan yang demikian itu adalah (Zevenbergen,1925 : 112-113):

1. Peraturan-peraturan yang termasuk kedalam hukum acara;
2. Peraturan-peraturan yang berisi rumusan-rumusan pengertian yang dipakai dalam suatu kitab hukum;
3. Peraturan-peraturan yang memperluas, membatasi atau mengubah isi dari peraturan lain;
4. Peraturan-peraturan yang hanya menunjuk kepada peraturan lain.⁴

³ Satjipto Raharjo, *ilmu hukum* (Bandung, Citra Aditya Bakti,2012) hal. 30

⁴ Satjipto Raharjo, *ilmu hukum* (Bandung, Citra Aditya Bakti,2012) hal. 33

Peraturan-peraturan hukum yang termasuk ke dalam empat golongan tersebut di atas memang merupakan peraturan hukum tetapi sulit untuk juga disebut sebagai norma hukum.

Pembedaan antara peraturan hukum dan norma hukum ini sebaiknya dipahami, oleh karena ia juga akan mempertajam kemampuan dan penglihatan kita untuk melakukan analisis dalam kerangka penglihatan yang demikian itu, maka peraturan hukum itu tidak lain adalah lambang-lambang saja yang dipakai untuk menyampaikan norma-norma hukum. Lambang yang paling umum adalah dalam bentuk peraturan tertulis, tetapi ia juga bisa dinyatakan dalam bentuk tanda-tanda lain, seperti lukisan dan bahkan gerakan-gerakan badan. Oleh karena semua itu hanya lambang saja, maka ia bisa dimusnahkan, dibuang, dirusak, tanpa menghapuskan norma hukumnya sendiri.⁵

Peraturan hukum itu memuat suatu rumusan-rumusan yang bersifat abstrak. Hal ini perlu diperhatikan dengan seksama oleh kita sekalian, oleh karena ia merupakan salah satu ciri khas dari hukum. Apabila kita membuka kitab undang-undang, maka disitu kita akan menemukan uraian dalam bentuk kata-kata mengenai hal-hal yang kita ketemukan pula dalam kenyataan sehari-hari. Tetapi, menarik persamaan begitu saja antara hal-hal yang tercantum dalam kitab-kitab itu dan apa yang terjadi dalam kehidupan sehari-hari bisa menyesatkan. Kita sebaiknya bisa menarik batas yang tegas antara dunia peraturan dan dunia kenyataan. Peraturan-peraturan hukum itu merupakan

⁵ *Ibid.* Hal 334

bagian dari suatu tatanan lain dari tatanan kehidupan sehari-hari yang nyata. Peraturan-peraturan hukum itu merupakan bagian dari tatanan hukum dan oleh karena itu hendaknya dipahami dalam kerangka itu pula. Tatanan hukum itu memberikan suatu kualifikasi hukum terhadap kenyataan sehari-hari itu dan dengan demikian dengan sendirinya keduanya berbeda. Apabila ada orang yang melakukan penganiayaan terhadap orang lain, maka kita mengatakan bahwa orang itu telah melakukan suatu perbuatan nir-hukum terhadap orang lain (*unlawful act*). Tinjauan yang lebih dalam mengenai peristiwa itu akan mengatakan, bahwa perbuatannya sendiri (pemukulan dan sebagainya) tidaklah nir-hukum. Yang nir hukum itu bukanlah gerakan-gerakan badan atau otot seseorang, melainkan sifat dari perbuatan itulah. Hukumlah yang memberikan kualifikasi terhadap perbuatan itu sebagai perbuatan yang nir-hukum.⁶

Menarik kesimpulan dari pendapat di atas memberikan suatu garis penekanan bahwa hukum acara atau dalam hal ini dikaitkan dengan hukum acara ekonomi syariah ataupun semua hukum acara secara umum dan luas adalah sebuah peraturan hukum, namun dalam sisi tertentu hukum acara tidak bisa atau sulit dikatakan untuk dikategorikan dalam tatanan norma hukum. Oleh karena itu penulis membatasi pembahasan norma dikarenakan sudah ditarik kesimpulan bahwa hukum acara sulit dikatakan sebagai satu norma dalam hal ini norma hukum.

⁶ *Ibid.* hal 35

B. Hierarki Norma Hukum

Menurut Hans Kelsen hukum adalah termasuk dalam sistem norma yang dinamik (*nomodynamic*) oleh karena hukum itu selalu dibentuk dan dihapus oleh lembaga-lembaga otoritas yang berwenang membentuk dan menghapusnya, sehingga dalam hal ini tidak dilihat dari segi isi norma tersebut, tetapi dilihat dari segi berlakunya pembentukannya. Hukum itu adalah sah (*valid*) apabila dibuat oleh lembaga atau otoritas yang berwenang membentuknya serta bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, sehingga dalam hal ini norma yang lebih rendah (*inferior*) dapat dibentuk oleh norma yang lebih tinggi (*superior*), dan hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis membentuk suatu hierarki.⁷

Sementara Hans Nawiasky, salah seorang murid dari Hans Kelsen mengembangkan teori gurunya tentang teori jenjang norma dalam kaitannya dengan suatu negara. Hans Nawiasky dalam bukunya berjudul '*Allgemeine Rechtslehre*' mengemukakan bahwa sesuai teori Hans Kelsen, maka suatu norma hukum dari negara manapun selalu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang. Norma yang dibawah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar

⁷ Maria farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan jilid 1*,(Yogyakarta, Kanisius, 2007) hal. 23

pada norma yang lebih tinggi lagi, sampai pada suatu norma yang tertinggi yang disebut norma dasar.

Hans Nawiasky juga berpendapat bahwa selain norma itu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, norma hukum dari suatu negara itu juga berkelompok-kelompok, dan dikelompokkan norma hukum dalam suatu negara terdiri atas empat kelompok besar yaitu:

- a. Kelompok I : *staatsfundamentalnorm* (norma fundamental negara)
- b. Kelompok II : *staatsgrundgesetz* (aturan dasar negara/aturan pokok negara)
- c. Kelompok III : *formell gesetz* (undang-undang 'formal')
- d. Kelompok IV : *verordnung & autonome satzung* (aturan pelaksana & aturan otonom)

Kelompok norma hukum tersebut hampir selalu ada dalam tata susunan norma hukum setiap negara walaupun mempunyai istilah yang berbeda-beda ataupun adanya jumlah norma hukum yang berbeda dalam tiap kelompoknya.⁸

⁸ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan jilid 1*, (Yogyakarta, Kanisius, 2007) hal. 45

Dalam kaitanya dengan hierarki norma hukum, Hans Kelsen mengemukakan teori mengenai jenjang norma hukum (*stufentheorie*). Hans Kelsen berpendapat bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki (tata susunan), dalam arti, suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif yaitu Norma Dasar (*Grundnorm*).

Norma dasar merupakan norma tertinggi dalam suatu sistem norma tersebut tidak lagi dibentuk oleh norma yang lebih tinggi lagi, tetapi norma dasar itu ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat sebagai norma dasar yang merupakan gantungan bagi norma-norma yang berada di bawahnya, sehingga suatu norma dasar itu dikatakan *presupposed*. Teori jenjang norma hukum dari Hans Kelsen ini diilhami oleh seorang muridnya bernama Adolf Merkl yang mengemukakan bahwa suatu norma hukum itu selalu mempunyai dua wajah (*das Doppelte Rechtantlitz*). Menurut Adolf Merkl suatu norma hukum itu ke atas ia bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, tetapi ke bawah ia juga menjadi sumber dan menjadi dasar bagi norma hukum di bawahnya, sehingga suatu norma hukum itu mempunyai masa berlaku (*rechtkracht*) yang relatif. Oleh karena masa berlakunya suatu norma hukum

itu tergantung pada norma hukum yang berada di atasnya. Apabila norma hukum yang di atasnya dicabut atau dihapus, pada dasarnya norma-norma hukum yang berada di bawahnya akan tercabut dan terhapus pula.⁹

Sejak lahirnya negara Republik Indonesia dengan Proklamasi kemerdekaannya, serta diterapkannya Undang-Undang Dasar 1945 sebagai konstitusi, terbentuklah pula sistem norma hukum Negara Republik Indonesia. Apabila dibandingkan dengan teori jenjang norma (*stufentheorie*) dari Hans Kelsen dan teori jenjang norma hukum (*die Theorie vom Stufentordnung der Rechtsnormen*) dari Hans Nawiasky, maka dapat dilihat adanya cerminan dari kedua sistem norma tersebut dalam sistem norma hukum Negara Republik Indonesia. Dalam sistem norma hukum Negara Republik Indonesia maka norma-norma hukum yang berlaku berada dalam suatu sistem berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, sekaligus berkelompok-kelompok, dimana suatu norma itu berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, dan norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma dasar negara (*Staatsfundamentalnorm*) Republik Indonesia yaitu Pancasila.¹⁰

Di dalam sistem norma hukum Negara Republik Indonesia, Pancasila merupakan Norma Fundamental Negara yang merupakan norma hukum yang tertinggi. Penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum

⁹ *Ibid.* Hal 42

¹⁰ *Ibid* Hal 57

negara adalah sesuai dengan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 alinea keempat yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, dan Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis negara sehingga setiap materi muatan peraturan Perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.¹¹

Peraturan perundang-undangan merupakan peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui proses dan prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.¹²

Selanjutnya, pasal 7 ayat 1 (satu) Undang-undang No. 12 Tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan menetapkan jenis dan hierarki perundang-undangan Republik Indonesia. Menurut ketentuan tersebut, jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan adalah sebagai berikut:

¹¹ Penjelasan pasal 2 undang-undang No. 12 tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan

¹² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum, edisi revisi*,(Jakarta, Prenamedia Group, 2016) hal. 137

- 1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- 2) Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- 3) Undang-undang/peraturan pemerintah pengganti undang-undang;
- 4) Peraturan pemerintah;
- 5) Peraturan presiden;
- 6) Peraturan daerah provinsi;
- 7) Peraturan daerah kabupaten kota.¹³

Pasal 8 undang-undang tersebut diatas memerinci jenis peraturan perundang-undangan selain yang disebutkan dalam pasal 7 tersebut, yang mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, Badan, Lembaga, atau Komisi yang setingkat yang dibentuk oleh undang-undang atau pemerintah atas perintah undang-undang, dewan perwakilan rakyat daerah provinsi, gubernur, dewan perwakilan rakyat daerah kabupaten/kota, bupati/walikota, kepala desa atau yang setingkat. Adapun ayat 2 (dua) pasal 8 undang-undang itu menyebutkan bahwa:

¹³ *Ibid*, hal. 138

“Peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud di ayat 1 (satu), diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.”¹⁴

Mengenai “kewenangan” ini dapat dirujuk penjelasan pasal 8 ayat 2 (dua) yang berbunyi:

“Yang dimaksud dengan “berdasarkan kewenangan” adalah penyelenggaraan urusan tertentu pemerintah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan”

Jika bunyi penjelasan seperti itu sebenarnya masih kurang jelas juga. Dalam hal demikian, ahli hukum dapat menggunakan keahlian keilmuannya. Berkaitan dengan hierarki, tidak ada ketentuan yang secara tegas menetapkan dimana kedudukan peraturan-peraturan yang disebutkan dalam pasal 8 ayat 1 (satu) itu dalam hierarki peraturan perundang-undangan.¹⁵

Berbicara mengenai sumber hukum sepatutnya kita merujuk pada ketetapan MPR No. III/MPR/2000 ayat 1 ditentukan bahwa:

- (1) Sumber hukum adalah sumber yang dijadikan bahan untuk penyusunan peraturan perundang-undangan;
- (2) Sumber hukum terdiri atas sumber hukum tertulis dan sumber hukum tidak tertulis;
- (3) Sumber hukum dasar nasional adalah:
 - (i) Pancasila sebagaimana yang tertulis dalam pembukaan Undang-undang Dasar 1945, yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, dan Kerakyatan yang dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta

¹⁴ *Ibid* hal. 138

¹⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum, edisi revisi*, (Jakarta, Prenamedia Group, 2016) hal. 139

- dengan mewujudkan suatu Keadilan Sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, dan
- (ii) Batang tubuh Undang-undang Dasar 1945.¹⁶

Konstitusi merupakan hukum dasar yang dijadikan pegangan dalam penyelenggaraan suatu negara. Konstitusi dapat berupa hukum dasar tertulis yang lazim disebut undang-undang dasar, dan dapat pula tidak tertulis. Tidak semua yang negara memiliki konstitusi tertulis atau undang-undang dasar. Kerajaan Inggris biasa disebut sebagai negara konstitusional, tetapi tidak memiliki satu naskah undang-undang dasar sebagai konstitusi tertulis, disamping karena adanya negara yang dikenal sebagai negara konstitusional, tetapi tidak memiliki konstitusi secara tertulis, nilai dan norma yang hidup dalam praktik penyelenggaraan negara juga diakui sebagai hukum dasar, dan tercakup dalam pengertian konstitusi dalam arti luas. Oleh karena itu, undang-undang dasar sebagai konstitusi tertulis beserta nilai-nilai dan norma hukum dasar yang tidak tertulis yang hidup sebagai konvensi ketatanegaraan dalam praktik penyelenggaraan negara sehari-hari, termasuk kedalam pengertian konstitusi atau hukum dasar (*droit constitutionnel*) suatu negara.¹⁷

Ada beberapa bentuk dokumen yang biasa disebut hukum, yaitu dokumen berbentuk peraturan, dokumen berbentuk penetapan, dokumen berbentuk keputusan, dan dokumen berbentuk akta perjanjian atau persetujuan.

¹⁶ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2014) hal. 122

¹⁷ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta, Sinar Grafika, 2014) hal 29

Keempat dokumen tersebut dikeluarkan oleh atau terkait erat dengan empat jenis fungsi yang dikenal dalam jabatan hukum yang resmi yaitu: *legislative/regulative body* seperti parlemen, *administrative body* seperti badan eksekutif pemerintahan, *judicial body* seperti pengadilan atau *adjudicative body* seperti arbitrase, dan dokumen jabatan notaris berupa akta resmi. Dokumen lain yang juga diakui sebagai dokumen hukum yang bersifat menunjang dalam proses pembuktian hukum adalah persetujuan tertulis antara para pihak yang tidak bersifat notarial, terjemahan resmi dari *public interpreter*, dan laporan keuangan hasil *public accountant* serta berbagai dokumen yang berupa kode hukum dan kehormatan yang berlaku internal dalam aneka bentuk perkumpulan dan organisasi yang hidup dalam kegiatan masyarakat seperti anggaran dasar, anggaran rumah tangga, dan kode etik profesional. Ketiga terakhir ini dapat disebut mencakup pengertian *code of law*, *code of conduct*, dan *code of ethics* dalam setiap organisasi.¹⁸

Peraturan perundang-undangan mestilah disusun mulai yang paling tinggi, yaitu undang-undang dasar sampai tingkatan paling rendah, yaitu peraturan daerah kabupaten/kota atau bahkan peraturan desa. Pada prinsipnya, peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan materi peraturan yang lebih tinggi. Untuk menjamin konsistensi antarperaturan ini

¹⁸ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta, Sinar Grafika, 2014) hal. 244

dimungkinkan adanya mekanisme *judicial review* atau pengujian materi peraturan terhadap peraturan yang lebih tinggi.

Dalam sistem *check and balances* yang didasarkan atas doktrin pemisahan kekuasaan (*separation of power*), kegiatan pengujian materi peraturan ini biasanya dikaitkan dengan fungsi tambahan yang diberikan kepada lembaga pengadilan, yaitu Mahkamah Agung. Namun dalam perkembangan modern, muncul kecenderungan di berbagai negara demokrasi baru untuk membentuk Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) yang dapat difungsikan sebagai lembaga peradilan terhadap peraturan perundang-undangan. Mahkamah Konstitusi inilah idealnya menjadi tempat untuk melaksanakan fungsi *judicial review* tersebut secara penuh dan utuh, sedangkan Mahkamah Agung lebih memusatkan perhatiannya pada upaya mewujudkan keadilan bagi setiap warga negara.

Berkenaan dengan produk peraturan perundang-undangan, dalam rangka pembaruan hukum nasional, penataan kembali susunan hierarki peraturan perundang-undangan tersebut sangat dirasakan pentingnya. Hal ini terkait erat dengan kenyataan bahwa susunan hierarki peraturan perundang-undangan Republik Indonesia dewasa ini dirasakan tidak sesuai lagi dengan perkembangan kebutuhan. Di samping itu, era orde baru yang semula berusaha memurnikan kembali falsafah Pancasila dalam pelaksanaan UUD 1945 dengan menata kembali sumber tertib hukum dan tata urutan peraturan

peundang-undangan, dalam praktiknya selama 32 tahun belum berhasil membangun susunan peraturan perundang-undangan yang dapat dijadikan acuan bagi upaya memantapkan sistem peraturan perundang-undangan di masa depan. Lebih-lebih dalam praktiknya, masih banyak produk peraturan yang tumpang tindih dan tidak mengikuti sistem yang baku, termasuk dalam soal nomenklatur yang digunakan oleh tiap-tiap kementerian.

Bentuk peraturan perundang-undangan yang dikenal dalam UUD 1945 adalah Undang-Undang, peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang, dan peraturan pemerintah. Dalam penjelasan juga disebutkan bahwa UUD adalah bentuk konstitusi tertulis. Disamping yang tertulis itu masih ada pengertian konstitusi yang tidak tertulis yang hidup dalam kesadaran hukum masyarakat.

C. Kekuasaan Kehakiman

Montesquieu dalam bukunya "*L'Esprit des lois*" (1748) membagi kekuasaan dalam negara ke dalam 3 kekuasaan yaitu kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif, dan kekuasaan yudikatif.¹⁹ Atau dalam bahasa kita lebih dikenal dengan sebutan istilah Trias Politika. Merujuk dari ajaran trias politica Montesquieu tersebut memberikan pengertian sebagai berikut:

- (1) Kekuasaan legislatif adalah kekuasaan untuk membentuk dan menetapkan ketentuan-ketentuan hukum dalam bentuk undang-undang yang berlaku dalam suatu negara.

¹⁹ Maria farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan jilid 1*, (Yogyakarta, Kanisius, 2007) hal. 112

- (2) Kekuasaan eksekutif adalah kekuasaan melaksanakan undang-undang atau melaksanakan ketentuan hukum dalam bentuk undang-undang yang berlaku dalam suatu negara.
- (3) Kekuasaan yudikatif adalah kekuasaan peradilan di mana kekuasaan ini menjaga agar undang-undang, peraturan-peraturan atau ketentuan-ketentuan hukum lainnya benar-benar ditaati, yaitu dengan jalan menjatuhkan sanksi pidana terhadap setiap pelanggaran hukum/undang-undang. Selain itu kekuasaan yudikatif adalah mengawasi penerapan ketentuan-ketentuan hukum yang telah ada dan menjatuhkan sanksi bagi pelanggarnya menurut rasa keadilan di dalam peristiwa-peristiwa sengketa hukum yang konkret.²⁰

Dari ketiga cabang pemegang kekuasaan tersebut negara Indonesia memiliki fungsi kekuasaan kehakiman sebagai perwujudan dari pemegang kekuasaan yudikatif. Kekuasaan kehakiman merupakan pilar ketiga dalam sistem kekuasaan negara modern. Dalam bahasa Indonesia, fungsi kekuasaan yang ketiga ini seringkali disebut cabang kekuasaan “yudikatif”, dari istilah belanda *judicatif*. Dalam bahasa Inggris, di samping istilah *legislative*, *executive*, tidak dikenal istilah *judicative* sehingga untuk pengertian yang sama biasanya dipakai istilah *judicial*, *judiciary*, ataupun *judicature*.²¹

Kekuasaan kehakiman merupakan mandat dari konstitusi yang diamanatkan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 pada pasal 24 ayat (1), (2), dan (3) yang menyatakan bahwa:

- (1) Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

²⁰ *Ibid. hal. 113*

²¹ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2014) hal. 28

- (2) Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berda dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.
- (3) Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.

Selanjutnya, dalam tugasnya sebagai fungsi yudikatif, kekuasaan kehakiman memiliki dasar hukum berupa undang-undang dalam menjalankan tugasnya lebih lanjut dan terbebas dari pengaruh kekuasaan lainnya. Hal tersebut dipertegas sebagaimana bunyi pasal (1) Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

“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, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.”

Kemudian tentang badan atau lembaga yang menjalankan kekuasaan kehakiman sebagai salah satu pemegang kekuasaan negara tersebut, Bagir Manan menyatakan kekuasaan kehakiman terdiri dari kekuasaan kehakiman tertinggi dan kekuasaan kehakiman tingkatan lebih rendah. Kekuasaan kehakiman tertinggi dijalankan oleh Mahkamah Agung yang bersama-sama badan penyelenggara negara lainnya. Lebih lanjut Bagir Manan menyatakan bahwa untuk memahami asas kekuasaan kehakiman yang merdeka tidak terlepas dari ajaran Montesquieu mengenai tujuan dan perlunya pemisahan

kekuasaan, yaitu untuk menjamin adanya dan terlaksananya kebebasan politik (*political liberty*) anggota masyarakat negara.²²

Dari berbagai landasan hukum diatas dapat ditarik kesimpulan bahwa kekuasaan kehakiman haruslah diselenggarakan secara merdeka dalam artian tidak dapat dipengaruhi oleh kekuasaan yang lain baik eksekutif maupun legislatif yang sangat dominan dalam penyelenggaraan negara. Namun walaupun konstitusi terbaru tersebut baru dapat terlaksana secara seutuhnya setelah dikeluarkan undang-undang nomor 4 tahun 2004 tentang kekuasaan kehakiman. Karena sebelum tahun tersebut (sebelum 2004) keseluruhan administrasi peradilan maupun mahkamah agung masih berada di bawah kekuasaan menteri kehakiman, sebagaimana kita ketahui menteri adalah pembantu presiden dalam menyelenggarakan pemerintahan dan merupakan cabang kekuasaan eksekutif.

D. Mahkamah Agung

Selama masa perjalanan bangsa Indonesia yang pernah diduduki oleh Jepang, terdapat suatu badan kehakiman tertinggi pada zaman Jepang tersebut yang disebut *Saikoo Boom*, namun telah dihapuskan keberadaannya pada tahun 1944 dengan *Osamu Seirei* No. 2 Tahun 1944, dan tugasnya

²² Rimdan, *Kekuasaan Kehakiman: Pasca Amandemen Konstitusi*, (Jakarta, Kencana, 2012) Hal. 39

dilimpahkan kepada *Kootoo Hooin*, sehingga pada saat berlakunya Undang-Undang Dasar 1945 di Indonesia tidak ada badan kehakiman tertinggi.²³

Hingga akhirnya dibentuklah Mahkamah Agung di Indonesia yang dilakukan berdasarkan ketentuan pasal 24 Undang-Undang Dasar 1945 sebagai landasan konstitusionalnya. Mahkamah Agung Indonesia dalam sejarahnya merupakan kelanjutan dari “*Het Hooggerechts hof vor Indonesie*” (Mahkamah Agung Pemerintah Hindia Belanda di Indonesia) yang didirikan berdasarkan RO tahun 1842, diubah “*Het Hooggerechtshoof*” (HGH) merupakan hakim kasasi terhadap putusan *Raadvan Justite* (RV) pengadilan sehari-hari bagi orang-orang Eropa dan yang disamakan dengan mereka. *Het Hoogerechtshoof* berkedudukan di Jakarta. Setelah Indonesia merdeka, keberadaan lembaga *Het Hoogerechtshoof* (Mahkamah Agung) ini tetap dipertahankan dan diberlakukan sebagai lembaga negara Republik Indonesia berdasarkan pasal II aturan peralihan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 yang menetapkan bahwa “segala Badan Negara dan Peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar 1945”. Ketentuan aturan peralihan ini disepakati dalam sidang PPKI tanggal 18 Agustus 1945. Berdasarkan Ketua Mahkamah

²³ Sudikno Mertokusumo, *Sejarah Peradilan dan Perundangan Republik Indonesia*, (Yogyakarta, Cahaya Atma Pustaka, 2016) hal 48

Agung No. KMA/043/SK/VIII/1999 ditetapkan hari jadi Mahkamah Agung tanggal 19 Agustus 1945.²⁴

Membahas fungsi dan kewenangan Mahkamah Agung dapat ditelusuri dari penegasan pasal 1 Undang-undang No. 14 Tahun 1985 bahwa Mahkamah Agung adalah lembaga Tinggi Negara sebagaimana yang dimaksudkan dalam Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia No. III/MPR/1978. Penegasan tersebut diatur dalam pasal 11 Tap MPR No. III/MPR/1978 yang menyatakan:

- (1) Mahkamah Agung adalah Badan yang melaksanakan kekuasaan kehakiman yang dalam pelaksanaan tugasnya, terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh-pengaruh lainnya;
- (2) Mahkamah Agung dapat memberikan pertimbangan-pertimbangan dalam bidang hukum, baik diminta maupun tidak, kepada Lembaga-lembaga Tinggi Negara;
- (3) Mahkamah Agung memberikan nasihat hukum kepada Presiden/Kepala Negara untuk pemberian/penolakan grasi;
- (4) Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji secara materiil hanya terhadap peraturan-peraturan perundangan di bawah undang-undang”.²⁵

²⁴ Mukti Arto, *Konsepsi Ideal Mahkamah Agung Redefinisi Peran dan Fungsi Mahkamah Agung untuk Membangun Indonesia Baru*, (Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2001) Hal 181

Sementara dalam literatur lain diperoleh informasi yang lebih mendalam dan spesifik. Kekuasaan Mahkamah Agung diatur dalam Undang-undang No. 14 Tahun 1985 Bab III, pasal 28 sampai pasal 39. Dan dalam peraturan perundang-undangan lainnya. Kekuasaan Mahkamah Agung pada saat itu meliputi:

1. Memberi nasihat kepada Presiden.
2. Memberi pertimbangan hukum kepada Lembaga Tinggi Negara yang lain.
3. Turut mengawal demokrasi.
4. Menyelenggarakan administrasi Mahkamah Agung.
5. Memutus perkara kasasi.
6. Memutus sengketa yurisdiksi.
7. Memutus permohonan peninjauan kembali.
8. Melakukan uji materiil terhadap peraturan perundang-undangan.
9. Membina teknik penyelesaian perkara secara tuntas dan final.
10. Membina teknis dan administrasi yustisial.
11. Mengatur jalannya peradilan.
12. Mengawasi pengadilan.
13. Meminta keterangan, memberi petunjuk dan teguran.
14. Mengawasi Penasihat hukum dan Notaris.

²⁵ Zainal Arifin Hoesein, *Judicial Review di Mahkamah Agung RI Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, (Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2013) Hal 100

15. Menyelenggarakan LITBANGDIKLAT.

16. Tugas dan kewenangan lain.²⁶

Kekuasaan yang diberikan kepada Mahkamah Agung tersebut akan merupakan tugas dan fungsi Mahkamah Agung. Fungsi-fungsi tersebut pada dasarnya dapat dikelompokkan menjadi 5 (lima) fungsi, yaitu:

1. Fungsi Peradilan (*Justitiele functie*)
2. Fungsi pengawasan (*Toejiendi functie*)
3. Fungsi mengatur (*Regelende functie*)
4. Fungsi penasihat (*Advieserende functie*)
5. Fungsi Administratif (*Administratief functie*)²⁷

Dari salah satu kekuasaan Mahkamah Agung di atas terdapat lembaga hak uji materiil yang dimiliki oleh Mahkamah Agung. Adanya lembaga tersebut berfungsi untuk menjaga konsistensi peraturan perundang-undangan dengan peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih tinggi. Ketentuan pasal 37 undang-undang no 14 tahun 1985 disebut dapat dapat dipergunakan oleh Mahkamah Agung untuk memberikan semacam *legal*

²⁶ Mukti Arto, *Konsepsi Ideal Mahkamah Agung Redefinisi Peran dan Fungsi Mahkamah Agung untuk Membangun Indonesia Baru*, (Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2001) Hal. 214

²⁷ *Ibid*, Hal. 215

opinion bagi setiap rencana peraturan perundang-undangan yang dikeluarkan pemerintah.²⁸

1. Peradilan dalam Naungan Mahkamah Agung

Pada umumnya, dalam uraian-uraian tentang peradilan, entah yang dibicarakan itu tentang keseluruhan organisasi peradilan mengenai suatu negara, entah mengenai sejarahnya atau perkembangan peradilan mengenai suatu persoalan hukum tertentu, jarang sekali kita menjumpai definisi dari apa yang disebut dengan peradilan. Kebanyakan uraian-uraian itu dimulai tanpa memberi definisi atau pembatasan terlebih dahulu mengenai apa yang dimaksudkan dengan peradilan, dan langsung membicarakan persoalannya, sehingga menimbulkan kesan bahwa arti peradilan itu dianggap diketahui oleh umum.

Tidak mudah untuk memberikan definisi yang setepat-tepatnya dari istilah peradilan. Cornelis Van Vollenhoven mengakui bahwa memberi definisi tentang peradilan termasuk hal yang tersukar. Memang tidak ada suatu definisi yang sempurna yang mencakup segala-galanya dan memuaskan.

Menurut Mr. S.J. Fockema Andreae, peradilan adalah organisasi yang diciptakan oleh negara untuk memeriksa dan menyelesaikan sengketa hukum, juga fungsinya. Memang ada benarnya juga definisi tersebut, akan tetapi tidak kena betul, sebab peradilan bukanlah semata-mata meliputi sengketa hukum

²⁸ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, (Jakarta, Rajagrafindo Persada, 2014) Hal. 353

saja, tetapi juga penetapan ahli waris, pengesahan anak angkat dan masih banyak lainnya lagi. Itu semua bukanlah merupakan sengketa. Meskipun demikian tetap masuk dalam peradilan.

Dr. W.L.G. Lemaire mengartikan peradilan sebagai suatu pelaksanaan hukum (“... *rechtstoepassing dus ook rechtspraak*”). Pernyataan itupun tidak pula dapat disangkal kebenarannya. “juga peradilan” adalah pelaksanaan hukum, akan tetapi pelaksanaan hukum yang manakah peradilan itu? Pelaksanaan hukum yang dimaksudkan disini ialah pelaksanaan hukum dalam hal ada tuntutan hak.

Agak lebih memuaskan kiranya pendapat dari Mr. J. van Kan, “Peradilan adalah pekerjaan hakim atau badan pengadilan.” Hakim dan pengadilan itu menurut beliau adalah badan yang oleh penguasa dengan tegas dibebani tugas untuk memeriksa pengaduan tentang gugatan hak (hukum) atau memeriksa gugatan dan badan itu memberi putusan hukum.²⁹

Kata peradilan yang terdiri dari kata dasar “adil” dan mendapat awalan “per” serta akhiran “an” berarti segala sesuatu yang bertalian dengan pengadilan. Pengadilan di sini bukanlah diartikan semata-mata sebagai badan untuk mengadili, melainkan sebagai pengertian yang abstrak, yaitu “hal yang memberi keadilan”. “hal yang memberi keadilan” berarti yang bertalian dengan tugas badan pengadilan atau hakim dalam memberi keadilan, yaitu

²⁹ Sudikno Mertokusumo, *Sejarah Peradilan dan Perundangan Republik Indonesia*, (Yogyakarta, Cahaya Atma Pustaka, 2016) hal 2

memberi kepada yang bersangkutan, konkretnya kepada orang yang mohon keadilan terhadap apa yang menjadi haknya atau apa hukumnya. Dalam hal hakim atau pengadilan memberikan kepada yang bersangkutan tentang apa hak atau hukumannya sehingga selalu dipergunakan atau mendasarkan pada hukum yang berlaku, yang tidak lain berarti melaksanakan dan mempertahankan hukum atau menjamin ditaatinya hukum materiil dengan putusan. Dengan perkataan lain, peradilan adalah segala sesuatu yang bertalian dengan tugas hakim dalam memutus perkara, baik perkara perdata ataupun perkara pidana, untuk mempertahankan atau menjamin ditaatinya hukum materiil.

Pengadilan adalah lembaga kehakiman yang menjamin tegaknya keadilan keadilan melalui penerapan undang-undang dan kitab undang-undang (*wet en wetboeken*) dimaksud. Strukturnya dapat bertingkat-tingkat sesuai dengan sifat perkara dan bidang hukum yang terkait. Ada perkara yang cukup diselesaikan melalui peradilan pertama dan sekaligus terakhir, ada pula perkara yang diselesaikan dalam dua tingkat, dan ada pula perkara yang diselesaikan dalam tiga tahap, yaitu tingkat pertama, tingkat banding, dan tingkat kasasi. Hal ini dijelaskan dalam pasal 24 Undang-undang Dasar 1945 dan pasal 24 Undang-undang tentang kekuasaan kehakiman. Disebutkan bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan

badan peradilan yang berada dibawahnya, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Dalam sistem peradilan di Indonesia dewasa ini, terdapat empat lingkungan peradilan, yaitu masing-masing mempunyai lembaga-lembaga pengadilan tingkat pertama dan pengadilan tingkat banding. Pada tingkat kasasi semuanya berpuncak pada Mahkamah Agung (MA). Pengadilan tingkat pertama dan kedua dalam keempat lingkungan peradilan tersebut adalah:

- 1) Pengadilan Negeri (PN) dan Pengadilan Tinggi (PT) dalam lingkungan peradilan umum.
- 2) Pengadilan Agama (PA) dan Pengadilan Tinggi Agama (PTA) dalam lingkungan peradilan agama.
- 3) Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) dan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara dalam lingkungan peradilan tata usaha negara, dan
- 4) Pengadilan Militer (PM) dan Pengadilan Tinggi Militer dalam lingkungan peradilan militer.

Disamping itu, dewasa ini dikenal pula beberapa pengadilan khusus, baik yang bersifat tetap ataupun Ad Hoc, diantaranya yaitu:

- 1) Pengadilan Hak Asasi Manusia (HAM), sebagaimana diatur dalam Bab IX undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.
- 2) Pengadilan Tindak Pidana Korupsi, termuat dalam undang-undang tindak pidana korupsi (UU No. 31 Tahun 1999)
- 3) Pengadilan Niaga, menangani perkara kepailitan sebagaimana dimaksud dalam undang-undang nomor 37 tahun 2004 tentang kepailitan dan penundaan kewajiban pembayaran hutang.
- 4) Pengadilan perikanan, sebagaimana diatur dalam Bab XIII dalam undang-undang nomor 31 tahun 2004 tentang perikanan.
- 5) Pengadilan Anak, sebagaimana diatur dalam undang-undang nomor 3 tahun 1997 jo undang-undang nomor 11 tahun 2012 tentang pengadilan anak.
- 6) Pengadilan Hubungan Kerja Industrial, diatur dalam undang-undang nomor 2 tahun 2004 tentang penyelesaian perselisihan hubungan industrial.
- 7) Pengadilan Pajak, diatur dalam undang-undang nomor 14 tahun 2002 tentang pengadilan pajak (lihat juga undang-undang nomor 2 tahun 2005 tentang penetapan peraturan pemerintah pengganti undang-undang nomor 1 tahun 2005 tentang penangguhan mulai berlakunya undang-undang nomor 2 tahun 2004 tentang

penyelesaian perselisihan hubungan industrial menjadi undang-undang.

- 8) Mahkamah Syar'iyah Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, diatur dalam Bab XII mengenai Mahkamah Syar'iyah Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam dalam undang-undang nomor 18 tahun 2001 tentang otonomi khusus bagi provinsi daerah istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam.
- 9) Pengadilan Adat di Papua. Diatur dalam Bab XIV kekuasaan kehakiman dalam undang-undang nomor 21 tahun 2001 tentang otonomi khusus bagi Provinsi Papua.

Pengadilan HAM, Pengadilan Tipikor, Pengadilan Niaga, Pengadilan Perikanan, Pengadilan Anak, serta Pengadilan Hubungan Industrial termasuk kedalam lingkungan peradilan umum, sedangkan Pengadilan Pajak dapat digolongkan ke dalam lingkungan peradilan tata usaha negara. Untuk Mahkamah Syar'iyah digolongkan pada lingkungan peradilan agama. Sedangkan Pengadilan Adat juga pada peradilan umum. Disamping itu, ada badan-badan quasi pengadilan yang berbentuk komisi-komisi yang bersifat Ad Hoc. Misalnya Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), Komisi Penyiaran Indonesia (KPI), Komisi banding merek dan sebagainya.

Semua lembaga peradilan Ad Hoc dan quasi pengadilan sebagaimana disebutkan di atas mempunyai kedudukan yang khusus dalam sistem hukum

Indonesia, dan dapat saja selalu berubah di masa yang akan datang, baik itu bertambah maupun berkurang. Akan tetapi yang jelas, kesemuanya berfungsi menjamin agar hukum dan keadilan dapat ditegakkan dan diwujudkan dengan sebaik-baiknya.³⁰

2. Fungsi Pengaturan Mahkamah Agung

Perkembangan fungsi yudisial berdampak besar pada pertumbuhan fungsi-fungsi mahkamah agung yang lain. Ketika fungsi yudisial semakin terarah pada penyelesaian sengketa individual-individual saja, maka putusan-putusan Mahkamah Agung menjadi semakin kurang efektif sebagai suatu instrumen untuk memastikan penerapan hukum secara seragam oleh badan-badan peradilan yang berada dibawahnya. Pembuatan putusan Mahkamah Agung pun semakin kehilangan apa yang disebut oleh Martin Shapiro sebagai efek “pembuatan hukum”, yaitu kekuasaan untuk membentuk hukum bagi penerapan hukum secara umum bagi masyarakat secara menyeluruh di masa yang akan datang. Dorongan Mahkamah Agung untuk mengontrol badan-badan peradilan dibawahnya, mengurangi kemampuan Mahkamah Agung untuk mengawasi dan membimbing aparat kehakiman secara keseluruhan. Pada akhirnya, kemampuan Mahkamah Agung untuk menangani suatu masalah secara tepat dalam prosedur kasasi bisa jadi meningkat, tetapi

³⁰ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, (Jakarta, Rajagrafindo Persada, 2014) Hal 316

sebaliknya putusan badan-badan peradilan dibawahnya tidak menjadi lebih bisa diperkirakan (atau konsisten) dalam menangani kasus tersebut.³¹

Mahkamah Agung sebenarnya memiliki sedikit fungsi legislasi yang tersisa dari celah-celah legislator yang belum sanggup membuatnya. Fungsi yang dimaksud adalah *Regelende Functie*. Produk legislasi Mahkamah Agung antara lain Keputusan Mahkamah Agung (KMA), Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA), dan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA). SEMA adalah bentuk petunjuk yang berwujud edaran pimpinan Mahkamah Agung ke seluruh jajaran peradilan yang berisi petunjuk, teguran, ataupun peringatan sebagai bentuk bimbingan dalam rangka menjalankan fungsi pengawasan.³² Untuk pembatasan pembahasan maka penulis hanya mengambil produk PERMA untuk dikaji dalam fungsi pengaturan Mahkamah Agung ini.

Kedudukan PERMA diatur dalam pasal 79 undang-undang nomor 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Berdasarkan undang-undang tersebut PERMA berperan untuk mengisi kekosongan hukum materi yang belum diatur dalam undang-undang.³³

Sepanjang tahun 2016 Mahkamah Agung menerbitkan 14 (empat belas) Peraturan Mahkamah Agung (PERMA). Capaian ini merupakan jumlah

³¹ Sebastian Pompe, *Runtuhnya Institusi Mahkamah Agung (The Indonesian Supreme Court, A Study of Institutional Collapse)*, Diterjemahkan oleh Noor Choliz (Jakarta, Lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan, 2012) Hal 359

³² Icha Satriani, *Kedudukan Surat Edaran Mahkamah Agung (Skripsi)*, (Makassar, Universitas Hasanuddin, 2015) Hal. 62

³³ Nur Solikin, "Mencermati Pembentukan Peraturan Mahkamah Agung", dalam *Jurnal Rechtsvinding*, Februari 2017, hal. 2

terbanyak dibandingkan dengan tahun-tahun sebelumnya. Bahkan mencapai dua kali lipat apabila dibandingkan dengan tahun 2015 yang pada tahun tersebut Mahkamah Agung hanya menerbitkan 7 (tujuh) Peraturan Mahkamah Agung. Pada tahun 2014, 2013, dan 2012 sebanyak 5 (lima), 3 (tiga), dan 6 (enam) PERMA. Apabila diurutkan lagi sampai tahun 1999 jumlah penerbitan PERMA sangat sedikit. Data pada situs Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Mahkamah Agung (JDIH) jumlah antara 1-4 PERMA.³⁴ Selain soal jumlah, beberapa PERMA yang dibuat pada tahun 2016 juga memiliki materi yang sangat penting, diantaranya adalah PERMA no. 14 Tahun 2016 tentang Tata Cara Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah, yang akan menjadi pokok pembahasan pada bab selanjutnya.

3. Peradilan Agama

Salah satu *milestone* eksistensi perjalanan Peradilan Agama adalah lahirnya undang-undang nomor 3 tahun 2006 sebagaimana telah diubah menjadi undang-undang nomor 50 tahun 2009. Undang-undang No. 3 Tahun 2006 sendiri adalah hasil amandemen dari undang-undang nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Pasal 2 UU 3/ 2006 menyebutkan, “Peradilan Agama adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara-perkara tertentu yang dimaksud dalam undang-undang ini”. Frase “perkara-perkara tertentu”

³⁴ Nur Solikin, “Mencermati Pembentukan Peraturan Mahkamah Agung”, dalam Jurnal Rechtsvinding, Februari 2017, hal. 1

merupakan perubahan dari frase “perkara perdata tertentu” dalam pasal 2 UU 7/1989. Hal ini sebagai konsekuensi yuridis adanya perkembangan dan kebutuhan hukum bidang ekonomi syariah.³⁵

Penyebutan istilah Ekonomi Syariah mempertegas bahwa kompetensi absolut Pengadilan Agama tidak dibatasi dengan menyelesaikan sengketa di bidang perbankan syariah saja, melainkan juga di bidang ekonomi syariah lainnya, sebagaimana diuraikan dalam penjelasan Pasal 49 huruf (i) UU No. 3 Tahun 2006 yang dimaksud dengan “*ekonomi syari’ah*” adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari’ah, antara lain meliputi: 1) *bank syari’ah*; 2) *lembaga keuangan mikro syari’ah*. 3) *asuransi syari’ah*; 4) *reasuransi syari’ah*; 5) *reksadana syari’ah*; 6) *obligasi syari’ah dan surat berharga berjangka menengah syari’ah*; 7) *sekuritas syari’ah*; 8) *pembiayaan syari’ah*; 9) *pegadaian syari’ah*; 10) *dana pensiun lembaga keuangan syari’ah*; dan 11) *bisnis syari’ah*.³⁶

Berdasarkan amanat Undang-undang berkenaan dengan perluasan kewenangan Peradilan Agama tersebut, tentunya menjadi tantangan tersendiri bagi aparat Peradilan Agama; terutama para hakim dituntut untuk memahami segala perkara yang menjadi kompetensinya. Hal ini sesuai dengan adagium *ius curia novit*, - hakim dianggap tahu akan hukumnya, sehingga hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa perkara dengan dalih

³⁵ Majalah Peradilan Agama Edisi 8, Desember 2015, diunduh dari badilag.net

³⁶ Trubus Wahyudi, “Kesiapan SDM Peradilan Agama Masalah dan Solusi dalam Proses Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah” artikel pada badilag.net, Hal. 3

hukumnya tidak tahu atau kurang jelas. Keniscayaan untuk selalu memperkaya pengetahuan hukum, juga sebagai sebuah pertanggung jawab moral atas klaim bahwa apa yang telah diputus oleh hakim harus dianggap benar (*res judicata pro veritate habetur*).

Menurut Andi Syamsu Alam, tentang pembenahan di lingkungan peradilan agama dalam menerima tugas baru di bidang Ekonomi Syariah antara lain sejak Rakernas Mahkamah Agung RI di Pulau Batam bulan Oktober 2006 yang lalu, mulai dibentuk Tim Ekonomi Syariah pada setiap Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama di Seluruh Indonesia untuk segera siap menyelesaikan sengketa Ekonomi Syariah jika ada perkara yang masuk.

Selanjutnya tentang kesiapan SDM Pengadilan Agama dalam menangani sengketa ekonomi syariah termasuk perbankan syariah, berdasarkan hasil penelitian Tim Peneliti Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) Departemen Hukum dan HAM yang dipimpin oleh Akhyar Ari Gayo, SH., MH., tentang kesiapan Pengadilan Agama, memeriksa dan menyelesaikan perkara ekonomi syariah.³⁷

Muhaemin seorang pemerhati ekonomi syari'ah yang juga dosen UIN SGD Bandung melalui Republika online mengungkapkan beberapa hal penting yang menjadi 'pekerjaan rumah' para hakim pengadilan agama terkait perluasan kewenangannya dalam menangani sengketa perekonomian syariah.

³⁷ *Ibid*, Hal. 5

Pertama, para hakim pengadilan agama harus terus meningkatkan wawasan hukum tentang perekonomian syariah dalam bingkai regulasi Indonesia dan aktualisasi fiqh Islam.

Kedua, para Hakim Pengadilan Agama harus memiliki wawasan memadai tentang produk layanan dan mekanisme operasional perbankan syariah, lembaga keuangan mikro syariah, reksadana syariah, obligasi syariah dan surat berharga berjangka menengah syariah, serta sekuritas syariah. Mereka juga harus memahami pembiayaan syariah, pegadaian syariah, dana pensiun lembaga keuangan syariah, dan bisnis syariah.

Ketiga, para hakim agama juga perlu meningkatkan wawasan hukum tentang prediksi terjadinya sengketa dalam akad yang berbasis ekonomi syariah. Selain itu, perlu pula peningkatan wawasan dasar hukum dalam peraturan dan perundang-undangan, juga konsepsi dalam fiqh Islam.³⁸

E. Hukum Acara Peradilan Perdata

Dalam penyelesaian perkara melalui proses perdata, hakim dalam melaksanakan fungsi peradilan yang diberikan undang-undang kepadanya, berperan dan berfungsi untuk menegakkan kebenaran dan keadilan (*to enforce the truth and justice*)³⁹

³⁸ Habibulloh, "Tantangan Pengadilan Agama Menghadapi Perkembangan Ekonomi Syariah", Artikel pada badilag.net, 2011

³⁹ Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, (Jakarta, Sinar Grafika, 2015) hal. 70

Keberadaan hukum acara sangat penting karena tanpa hukum acara maka hukum materiil tidak akan berjalan begitupun sebaliknya. Menurut Dr. H. A. Mukti Arto S.H.,M.Hum. Hukum acara peradilan agama mempunyai 7 (tujuh) fungsi yaitu:

- 1) Untuk menjamin tegaknya hukum materiil, yakni hukum (syari'ah) islam dan peraturan perundang-undangan lainnya yang berlaku, yang mengatur pokok perkara yang sedang diproses di pengadilan. Hal ini merupakan fungsi pertama dan utama hukum acara;
- 2) Untuk melindungi hak keperdataan dan kepentingan para pihak yang berperkara dari hal-hal yang merugikan dirinya selama proses peradilan berlangsung maupun setelah proses peradilan selesai;
- 3) Untuk membuktikan kebenaran posita dan bantahannya sehingga hakim dapat memberikan putusan berdasarkan fakta hukum yang terbukti;
- 4) Untuk menjamin terwujudnya pelayanan yang adil dalam penyelenggaraan proses peradilan kepada para pihak;
- 5) Untuk menjamin ketertiban dan kepastian hukum proses peradilan, sehingga hak-hak para pihak terlindungi dengan baik secara seimbang satu sama lain;

- 6) Untuk menjamin kelancaran proses peradilan agar tidak berlarut-larut akibat ulah salah satu pihak atau akibat keadaan yang tidak menentukan;
- 7) Untuk memagari kesewenang-wenangan hakim dalam proses peradilan sehingga merugikan pencari keadilan.⁴⁰

Penerapan hukum acara ini dalam praktik beracara di pengadilan menjadi kompetensi dan tanggungjawab hakim pemeriksa perkara. Hakim adalah pemangku dan penanggungjawab hukum acara. Menurut sudikno mertokusumo, hakim sebagai stabilisator hukum harus sungguh-sungguh menguasai hukum acara. Hakim pada hakikatnya hanya diminta untuk mempertimbangkan benar tidaknya peristiwa yang disengketakan di hadapannya. Untuk mengetahui hukumnya, hakim dapat saja bertanya kepada ahlinya. Hakim merupakan personifikasi hukum acara.⁴¹

Hakim, dalam menunaikan tugasnya memutus perkara, selalu mendasarkan putusannya pada hukum yang ada. Hukum yang berlaku, yang dijadikan dasar itu, terutama ialah peraturan hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Kadang kalau undang-undang dan peraturan-peraturan hukum lainnya merupakan bagian dari keseluruhan perundang-undangan, dan perundang-undangan adalah bagian dari keseluruhan tata

⁴⁰ Mukti Arto, *Pembaruan Hukum Islam Melalui Putusan Hakim* (Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2015) hal. 117

⁴¹ *Ibid* hal 118

hukum suatu negara, maka putusan pengadilan yang juga berisikan hukum pun merupakan bagian dari keseluruhan tata hukum suatu negara. Tata hukum suatu negara merupakan satu kesatuan, satu sistem, yang tidak membiarkan adanya pertentangan di dalamnya. Sehingga putusan-putusan pengadilan mengenai perkara yang serupa, yang bertentangan satu sama lain, tidak selayaknya ada.

Maka oleh karena itu berkembang sebuah istilah adagium dalam bahasa Inggris *different judge, different law* atau dalam peribahasa Indonesia dikenal dengan istilah “lain ladang lain belalang, lain lubuk lain ikannya”. Begitulah para pencari keadilan mengeluhkan sebuah teori kepastian hukum yang seharusnya suatu peristiwa hukum yang terjadi dapat diprediksikan apa hukumnya. Walaupun kepastian hukum tidak berarti menjadi sebuah keseragaman hukum.

Pasal 4 ayat (1) undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman menyatakan bahwa pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang. Kata “mengadili menurut hukum” berarti melaksanakan proses peradilan sesuai dengan hukum acara. Dengan berlakunya undang-undang No. 7 Tahun 1989, maka peradilan agama telah memiliki hukum acara yang tidak pernah ada. Pasal 54 undang-undang tersebut menyatakan bahwa:

“Hukum acara yang berlaku pada pengadilan dalam lingkungan peradilan agama adalah hukum acara perdata yang berlaku pada pengadilan dalam lingkungan peradilan umum, kecuali diatur secara khusus dalam undang-undang ini”

Dengan berlakunya pasal 54 tersebut, maka pada pengadilan dalam lingkungan peradilan agama berlaku 2 (dua) hukum acara, yaitu hukum acara perdata yang berlaku pada pengadilan dalam lingkungan peradilan umum sebagai *lex generalis*, dan hukum acara khusus yang diatur dalam Undang-undang No. 7 Tahun 1989 yang khusus berlaku pada pengadilan dalam lingkungan peradilan agama sebagai *lex specialis*.

Penerapan hukum acara ini dalam praktik beracara di pengadilan menjadi kompetensi dan tanggungjawab hakim pemeriksa perkara. Hakim adalah pemangku dan penanggungjawab hukum acara. Menurut sudikno, hakim sebagai stabilisator hukum harus sungguh-sungguh menguasai hukum acara. Hakim pada hakikatnya hanya diminta untuk mempertimbangkan benar atau tidaknya peristiwa yang disengketakan di hadapannya. Untuk mengetahui hukumnya, hakim dapat saja bertanya kepada ahlinya. Hakim merupakan personifikasi hukum acara.

Secara yuridis hukum acara harus diterapkan secara benar agar hukum acara dapat berfungsi sebagaimana mestinya. Untuk itu, maka penerapan hukum acara ini dalam praktik peradilan pada dasarnya bersifat imperatif,

namun dalam keadaan tertentu dapat pula bersifat fakultatif sesuai dengan fungsi dan tujuan hukum acara dalam proses beracara.

Dalam mengemban fungsi-fungsi membuktikan kebenaran posita dan bantahannya, menjamin pelayanan yang adil kepada para pihak dalam penyelenggaraan proses peradilan, menjamin ketertiban dan kepastian hukum dalam proses peradilan, menjamin kelancaran proses peradilan dan memagari kesewenang-wenangan hakim, maka penerapan hukum acara bersifat imperative dan permanen sehingga tidak dapat diubah ataupun disimpangi oleh hakim atau siapapun kecuali melalui undang-undang. Dalam hal yang demikian, penyimpangan dari hukum acara hanya akan mengakibatkan hukum acara kehilangan fungsi yang diembannya.

Namun demikian, dalam mengemban fungsi menegakkan hukum materiel, maka hukum acara bersifat fakultatif dan fleksibel sehingga hakim berwenang melakukan perubahan dan atau penyimpangan manakala hukum acara yang ada tidak mampu menjamin tegaknya hukum materiiil.

Dengan demikian pula dalam mengemban fungsi melindungi hak keperdataan dan kepentingan para pihak yang berperkara, maka hukum acara juga bersifat fakultatif dan fleksibel sehingga hakim berwenang melakukan perubahan bahan dan atau penyimpangan manakala hukum acara tidak lagi mampu melindungi kepentingan para pihak yang berperkara dari hal-hal yang merugikan selama proses peradilan berlangsung maupun setelah proses

peradilan selesai. Dalam keadaan demikian, maka hukum acara akan senantiasa menyesuaikan diri dengan kepentingan para pihak demi terwujudnya keadilan.

Selain itu, dalam hal tertentu undang-undang memberikan kewenangan kepada hakim secara *ex officio* melakukan tindakan tertentu dengan menyimpang dari hukum acara apabila keadilan menghendaki demikian dan atau demi terciptanya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan. Pertimbangan secara *ex officio* ini harus dimuat dalam pertimbangan hukum.

Dengan demikian, maka penyimpangan terhadap hukum acara hanya dimungkinkan dalam 3 (tiga) hal, yaitu:

1. Dalam hal kepentingan para pihak tidak terlindungi dengan hukum acara yang ada sehingga harus dilakukan terobosan-terobosan tertentu dengan cara menyimpang hukum acara yang ada agar fungsi hukum acara untuk melindungi hak dan kepentingan para pihak dapat ditegakkan;
2. Manakala hukum acara yang ada tidak mungkin dapat menegakkan hukum materiel karena tidak sejalan lagi dengan hukum materiel yang hendak ditegakkannya sehingga harus dilakukan terobosan baru agar fungsi hukum acara dalam menegakkan hukum materiel tetap dapat dijaga, dan;

3. Apabila keadilan menghendaki atau hanya dapat terwujud jika hukum acara disimpangi atau demi terwujudnya peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan.

Menurut Bagir Manan, penyimpangan terhadap hukum acara hanya dapat dilakukan apabila dipenuhi tiga syarat, yaitu: pertama penyimpangan itu semata-mata untuk memaksimalkan efisiensi tanpa mengurangi hak para pihak yang berperkara untuk diadili secara jujur (*fair*) tidak berpihak (*impartial*), dan terbuka, *kedua*, tidak boleh menyimpangi asas umum peradilan yang baik dan benar; *ketiga*, harus ditunjukkan bahwa penyimpangan ini merupakan sesuatu yang diperlukan (*necessary, compelling*) baik ditinjau dari sudut manfaat (*doelmatigheid*) maupun dari sudut kepentingan hukum yang benar dan adil (*rechtmatigheid*).

Dalam dunia peradilan juga dikenal adagium *contra legem* yang artinya melawan atau menyimpangi aturan hukum positif yang berlaku. *Contra legem* diperlukan manakala hukum tertulis yang sudah ada tidak lagi mencerminkan nilai-nilai kebenaran dan keadilan untuk kasus yang dihadapi. Untuk dapat mempertahankan nilai-nilai kebenaran dan keadilan itulah, maka hakim boleh melakukan *contra legem* melalui hak *ex officio* yang dimiliki. Tugas pokok hakim adalah menegakkan hukum dan keadilan. Hukum dapat bersumber dari hukum tertulis maupun tidak tertulis. Apabila hukum tertulis

tidak ada atau hukum tertulis yang ada tidak lagi mencerminkan nilai-nilai keadilan, maka hakim wajib melakukan penemuan hukum.⁴²

Sementara bicara mengenai kepastian hukum, kepastian dan perlindungan hukum hanya dapat diberikan dengan cara menerapkan hukum normatif sesuai bunyinya. Kepastian hukum lebih bersifat general sehingga menghendaki kesamaan pada semua kasus. Kepastian hukum berada dalam ranah hukum *wadl'i*. Hukum *wadl'i* mengatur hubungan status hukum antar person. Dalam ranah ini tidak ada tempat untuk melakukan terobosan hukum. Hukum *wadl'i* merupakan hukum yang berfungsi melindungi ketertiban hukum, nilai-nilai kebenaran, dan perlindungan kemanusiaan. Hukum ini termasuk jenis hukum memaksa yang penerapannya bersifat imperatif.

Menurut Ridwan Syahrani, adanya hukum yang memaksa ini merupakan wujud dari tanggungjawab negara hukum untuk melindungi rakyatnya, untuk melindungi keselamatan dan kesejahteraan rakyatnya (Ridwan Syahrani, 1992: 41). Menurutnya, dalam negara hukum yang berdasarkan pancasila ini, sekurang-kurangnya ada 7 (tujuh) hal pokok dari rakyat yang harus dilindungi oleh negara yaitu: jiwanya, agamanya, akalanya, hartanya, keturunannya, harkat dan martabatnya, dan hak asasinya.

⁴² Mukti Arto, *Pembaruan Hukum Islam Melalui Putusan Hakim* (Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2015) hal. 78

Kesemuanya harus dilindungi dengan hukum yang memaksa, meskipun yang bersangkutan tidak menghendaknya.⁴³

F. Pembuktian

1. Definisi Pembuktian

Hukum pembuktian (*law of evidence*) dalam berperkara merupakan bagian yang sangat kompleks dalam proses litigasi. Keadaan kompleksitasnya makin rumit karena pembuktian berkaitan dengan kemampuan merekonstruksi kejadian atau peristiwa masa lalu (*past event*) sebagai suatu kebenaran (*truth*) meskipun kebenaran yang dicari dan diwujudkan dalam proses peradilan perdata, bukan kebenaran yang bersifat absolute (*ultimate truth*), tetapi bersifat kebenaran relatif atau bahkan cukup bersifat kemungkinan (*probable*).⁴⁴

Dalam memeriksa suatu perkara, hakim bertugas untuk mengkonstatir, mengkualifisir dan kemudian mengkonstituir. Mengkonstatir artinya hakim harus menilai apakah peristiwa atau fakta-fakta yang dikemukakan oleh para pihak itu benar-benar terjadi. Hal ini hanya dapat dilakukakn melalui pembuktian. Membuktikan artinya mempertimbangkan secara logis kebenaran

⁴³ Mukti Arto, *Pembaruan Hukum Islam Melalui Putusan Hakim* (Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2015) hal. 80

⁴⁴ Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, (Jakarta, Sinar Grafika, 2015) hal. 496

suatu fakta atau peristiwa berdasarkan alat-alat bukti yang sah dan menurut hukum pembuktian yang berlaku.⁴⁵

Dalam pembuktian tersebut, maka para pihak memberi dasar-dasar yang cukup kepada hakim yang memeriksa perkara yang bersangkutan guna memberi kepastian tentang kebenaran peristiwa yang diajukannya. Fakta ialah keadaan, peristiwa atau perbuatan yang terjadi (dilakukan) dalam dimensi ruang dan waktu. Suatu fakta dapat dikatakan terbukti apabila diketahui kapan, dimana dan bagaimana terjadinya.

Prinsip umum pembuktian dalam hal ini dalam perkara perdata diatur dalam *Het Herzien Inlands Reglement* dalam pasal 163 yang sudah sangat populer yaitu barang siapa mengatakan mempunyai suatu hak atau mengemukakan suatu perbuatan untuk meneguhkan adanya hak itu, atau untuk membantah hak orang lain, haruslah membuktikan adanya hak itu atau adanya perbuatan itu. Atau dalam bahasa akademik yang mudah dipahami adalah barang siapa menyatakan tentang suatu hak maka dia harus membuktikan.⁴⁶

2. Tujuan Pembuktian

Tujuan pembuktian ialah memperoleh kepastian bahwa suatu peristiwa atau fakta yang diajukan benar-benar terjadi, guna mendapatkan putusan

⁴⁵ Mukti arto, *praktek perkara perdata pada pengadilan agama*, (Pustaka pelajar, Yogyakarta, 2011) hal 139

⁴⁶ M. Fauzan, *Pokok-Pokok Hukum Acara Perdata Peradilan Agama dan Mahkamah Syar'iyah di Indonesia*, (Kencana, Jakarta, 2007) Hal 35

hakim yang benar dan adil. Hakim tidak dapat menjatuhkan putusan suatu putusan sebelum nyata baginya bahwa fakta atau peristiwa yang diajukan benar terjadi, yakni dibuktikan kebenarannya, sehingga nampak adanya hubungan hukum antara para pihak. Dalam hal ini yang dimaksud adalah kebenaran formil.

3. Teori Pembuktian

Dalam buku karangan Dr. Mukti Arto, S.H, M.Hum berjudul praktik hukum acara perdata di peradilan agama menyebutkan ada 3 (tiga) teori dalam pembuktian yaitu:

1) Teori pembuktian bebas.

Teori ini menghendaki adanya ketentuan-ketentuan yang mengikat hakim, sehingga penilaian pembuktian seberapa dapat diserahkan kepada hakim.

2) Teori pembuktian negatif

Di mana hakim terikat dengan ketentuan-ketentuan yang bersifat negatif sehingga membatasi hakim untuk melakukan sesuatu kecuali yang diijinkan oleh undang-undang.

3) Teori pembuktian positif

Di mana hakim diwajibkan untuk melakukan segala tindakan dalam pembuktian, kecuali dilarang dalam undang-undang.

Pendapat umum menghendaki teori pembuktian yang lebih bebas, untuk memberi kelonggaran kepada hakim dalam mencari kebenaran.

4. Hukum Pembuktian

Pembuktian harus mengikuti hukum pembuktian. Menurut hukum pembuktian dalam hukum acara perdata, maka pembuktiannya adalah:

1) Bersifat mencari kebenaran formil.

Dari setiap peristiwa yang harus dibuktikan adalah kebenarannya. Dalam acara perdata, kebenaran yang dicari ialah kebenaran yang bersifat formil. Mencari kebenaran formil berarti bahwa hakim tidak boleh melampaui batas-batas yang diajukan oleh pihak-pihak yang berperkara. Jadi tidak melihat kepada bobot atau isi, akan tetapi melihat kepada luas daripada pemeriksaan oleh hakim. Sehingga karenanya, hakim dilarang untuk menjatuhkan putusan atas perkara yang tidak dituntut. Hal ini berbeda dengan hukum acara pidana yang mengharuskan hakim mencari kebenaran materiil.

2) Tidak diisyaratkan adanya keyakinan hakim.

Dalam pembuktian dibedakan antara perkara pidana dan perdata. Pembuktian dalam perkara pidana mensyaratkan adanya keyakinan hakim, sedang dalam perkara perdata tidak secara tegas mensyaratkan adanya keyakinan.

3) Alat bukti harus memenuhi syarat formil dan materiil.

Hukum acara sebagai hukum formil mempunyai unsur materiil dan unsur formil. Unsur materiil yaitu yang mengatur tentang wewenang, misalnya ketentuan tentang hak dari pihak yang dikalahkan. Sedang unsur formil adalah yang mengatur tentang bagaimana caranya menggunakan wewenang tersebut.

Dalam hukum pembuktian pun, terdiri dari unsur materiil dan unsur formil. Hukum pembuktian materiil mengatur tentang dapat tidaknya diterima pembuktian dengan alat-alat bukti tertentu di persidangan serta kekuatan pembuktiannya, sedang hukum pembuktian formil mengatur cara mengadakan pembuktian.

4) Hakim wajib menerapkan hukum pembuktian.

Hakim wajib mengikuti ketentuan-ketentuan yang mengatur hukum pembuktian, baik tentang alat bukti, menerima atau menolak alat bukti dalam pemeriksaan perkara, pembebanan pembuktian dan sebagainya.⁴⁷

Seperti yang dijelaskan diatas, para pihak yang berperkara memikul beban pembuktian (*burden of proof*) untuk diajukan di depan persidangan mengenai kebenaran yang seutuhnya. Akan tetapi, setelah hakim dalam

⁴⁷ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, (Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2011) Hal. 142

persidangan menampung dan menerima segala sesuatu kebenaran tersebut, dia harus menetapkan kebenaran itu. Sejauh mana dan dalam bentuk serta wujud kebenaran yang bagaimana yang harus ditemukan dan ditegakkan, para ahli hukum dan praktik peradilan berpendapat cukup dalam bentuk kebenaran formil (*formiele waarheid*), yaitu cukup sebatas kebenaran yang sesuai dengan formalitas yang diatur oleh hukum. Serta Hakim tidak dituntut mencari dan menemukan kebenaran materiil (*materiele waarheid*) atau kebenaran hakiki (*ultimate truth*) berdasarkan keyakinan hati nurani.⁴⁸

Akan tetapi, kebenaran formil itu tidak diartikan atau ditafsirkan dan dimanipulasi sebagai bentuk kebenaran yang setengah-setengah atau kebenaran yang diputar balik. Namun, harus merupakan kebenaran yang diperoleh dari sebagai hasil penjabaran semua fakta dan peristiwa yang terjadi dan diperoleh selama proses persidangan berlangsung. Memang tidak diwajibkan mencari dan menyelidiki kebenaran dalam proses persidangan secara kualitatif, karena Hakim membatasi kewajiban itu hanya sampai pada pencarian kebenaran kuantitatif. Oleh karena itu, kebenaran yang dicari cukup bersifat relatif, akan tetapi harus kebenaran yang utuh atau bulat yang saling berkaitan dengan kasus yang terjadi di antara pihak yang berperkara. Tanpa mengurangi penjelasan di atas, tidak ada larangan bagi pengadilan atau Hakim perdata untuk mencari dan menemukan kebenaran hakiki atau kebenaran

⁴⁸ Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, (Jakarta, Sinar Grafika, 2015) hal. 71

sejati. Namun apabila kebenaran hakiki (materiil) tidak dapat ditemukan dalam proses persidangan, hukum membenarkan cukup menemukan dan mengambil putusan berdasarkan kebenaran fakta formil.⁴⁹

G. Keterangan Ahli

Keterangan ahli (*expertise*) ialah keterangan pihak ketiga yang obyektif yang bertujuan membantu hakim dalam pemeriksaan guna menambah pengetahuan hakim itu sendiri. Dalam pendapat lain mengatakan bahwa pengertian ahli adalah keterangan yang diberikan oleh seorang yang mempunyai keahlian khusus, tentang hal yang diperlukan untuk membuat terang suatu perkara guna kepentingan pemeriksaan.⁵⁰

Bantuan dari orang ketiga yaitu dalam hal ini orang yang Ahli di bidangnya untuk memperoleh kejelasan objektif bagi hakim, atas suatu peristiwa yang dipersengketakan dalam suatu perkara. Kalau saksi biasa dilarang menyimpulkan dan menilai terhadap apa yang dialami/dilihat/diketahui/didengarnya tetapi harus menyebutkan “sebab ia tahu” maka saksi ahli malahan kebalikannya, ia diminta untuk memberikan penilaian atau kesimpulan menurut keahliannya se-objektif mungkin. Karena bagi saksi ahli juga berlaku sumpah walaupun redaksinya berlainan.⁵¹

⁴⁹ Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, (Jakarta, Sinar Grafika, 2015) hal. 71

⁵⁰ Hari Sasangka, *Hukum Pembuktian dalam Perkara Perdata untuk Mahasiswa dan Praktisi*, (Bandung, Mandar Maju, 2005) Hal 132

⁵¹ Roihan Rasyid, *Hukum Acara Peradilan Agama*, (Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2013) Hal. 199

Jadi alasan yang mendasari pengangkatan ahli adalah karena perkara yang disengketakan berada di luar jangkauan pengetahuan dan pengalaman Hakim atau pihak-pihak yang berperkara, sehingga diperlukan informasi atau opini dari seorang yang kompeten dan berpengalaman di bidang itu. Sekiranya Hakim dapat mengambil konklusi dari gugatan, jawaban, replik, maupun duplik serta alat bukti yang disampaikan para pihak, tidak beralasan lagi mengangkat ahli. Jika halnya demikian, kalau apa yang disengketakan berkenaan dengan teknologi, rekayasa, praktik bisnis apalagi bisnis berprinsip syariah dan sebagainya sehingga Hakim tidak memiliki pengertian atau hanya sedikit pengetahuan akan hal tersebut, maka sangat dibutuhkan opini atau pendapat ahli tersebut yang berkompeten.⁵²

Keterangan ahli juga sering disebut saksi ahli, diatur dalam pasal 154 HIR, pasal 181 RBg, pasal 215 Rv, bunyi selengkapnya dari pasal 154 HIR/Pasal 181 RBg adalah sebagai berikut:

- (1) Apabila pengadilan berpendapat bahwa perkaranya akan dapat dijelaskan dengan suatu pemeriksaan atau peninjauan oleh seorang ahli, maka ia dapat atas permintaan para pihak atau karena jabatan, mengangkat ahli tersebut;
- (2) Dalam hal demikian, ditetapkan hari sidang dimana para ahli itu akan mengutarakan laporan mereka, baik secara tertulis atau secara lisan dan menguatkan laporan itu dengan sumpah;
- (3) Tidak boleh diangkat menjadi ahli, mereka yang sedianya tidak akan dapat didengar sebagai saksi;
- (4) Pengadilan tidak sekali-kali diwajibkan mengikuti pendapat ahli, apabila keyakinannya bertentangan dengan itu.

⁵² Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, (Jakarta, Sinar Grafika, 2015) hal. 792

Dalam pasal 181 RBg, antara ayat (2) dengan ayat (3), diselipkan ketentuan yang berbunyi: “Jika seseorang ahli tinggal atau berada di luar daerah hukum kedudukan pengadilan, keterangannya itu diberikan di tempat seorang ahli itu tinggal atau berdiam, selanjutnya seorang ahli itu disumpah oleh pemerintah ditempatnya. Juga berita acara pemeriksaan dikirim segera kepada ketua dan berita acara tersebut dibacakan di persidangan”. Sedangkan ayat (3) dari HIR menjadi ayat (4), dan ayat (4) menjadi ayat (5).⁵³

Undang-undang tidak memberikan ketentuan siapakah yang dianggap sebagai ahli, dengan demikian maka tentang ahli dan tidaknya seseorang tidak dapat ditentukan oleh pengetahuan atau keahlian khusus, melainkan ditentukan oleh pengangkatannya oleh hakim berdasarkan pertimbangannya. Hakim dapat mengangkat seorang ahli berdasarkan *ex officio* (pasal 222 Rv)

Hakim menggunakan keterangan ahli dengan maksud agar hakim memperoleh pengetahuan yang lebih mendalam tentang sesuatu yang hanya dimiliki oleh seorang ahli tertentu, misalnya dalam hal-hal yang bersifat teknis, kebiasaan tertentu, ilmu kedokteran dan sebagainya.

Hakim juga boleh menggunakan keterangan ahli mengenai hukum sekalipun yang berlaku dalam masyarakat, waktu atau bidang tertentu. Menggunakan keterangan ahli bertujuan memperoleh kebenaran dan keadilan pada masalah yang bersangkutan.

⁵³ *Ibid* Hal 132

1. Syarat-syarat Saksi Ahli

Undang-undang tidak memberikan ketentuan tentang syarat-syarat saksi ahli. Dalam pasal 154 ayat 3 (tiga) HIR, pasal 181 ayat 4 (empat) RBg, pasal 218 Rv hanya menetapkan bahwa orang yang tidak boleh didengar sebagai saksi juga tidak boleh didengar sebagai ahli. Namun demikian yang pasti ialah bahwa saksi ahlipun harus memberikan keterangan secara jujur dan obyektif serta tidak memihak.

Atas dasar tersebut maka sudah seharusnya apabila syarat-syarat sebagai saksi ahli sama dengan syarat-syarat sebagai saksi meskipun dengan perbedaan-perbedaan tertentu. Lebih lanjut perbedaan antara saksi dengan saksi ahli ialah:

- 1) Kedudukan seorang ahli dapat diganti dengan ahli yang lain untuk memberikan pendapatnya, misalnya ahli kebidanan A yang diminta datang ke persidangan berhalangan untuk datang, maka kedudukannya dapat diganti oleh ahli kebidanan B. sedang saksi pada umumnya tidak demikian karena saksi tidak boleh diganti dengan saksi lain, kecuali oleh orang yang sama-sama melihat, mendengar dan mengalami atau menyaksikan peristiwa yang akan dibuktikan tersebut.

- 2) Pada saksi ahli tidak mengenal asas *unnus testis nullus testis* tetapi satu saksi ahli saja sudah cukup untuk didengar mengenai suatu masalah tertentu. Sedangkan pada saksi diisyaratkan sekurang-kurangnya dua orang, atau satu saksi ditambah alat bukti lain.
- 3) Seorang ahli pada umumnya mempunyai keahlian tertentu, yang berhubungan dengan peristiwa yang dipersengketakan, sedang saksi untuk peristiwa yang bersangkutan tidak diperlukan mempunyai keahlian.
- 4) Obyek keterangan ahli berbeda dengan saksi, saksi ahli memberikan pendapat atau kesimpulannya tentang suatu peristiwa atau masalah yang disengketakan selama terjadinya proses. Sedangkan saksi memberi keterangan apa yang dilihat, didengar, dan dialami atau disaksikannya pada waktu peristiwa yang disengketakan itu terjadi, sebelum diproses di pengadilan.
- 5) Keterangan ahli tidak membuktikan kebenaran terjadinya suatu peristiwa atau hak yang disengketakan, melainkan untuk menjelaskan suatu hal yang berhubungan dengan peristiwa atau hak yang dibuktikan dengan alat bukti lain (saksi dan sebagainya). Sedangkan keterangan saksi dimaksudkan untuk membuktikan kebenaran terjadinya suatu peristiwa atau hak yang disengketakan itu sendiri.

- 6) Keterangan ahli lebih berkaitan dengan hukum materiil, yang berkenaan dengan peristiwa yang disengketakan. Sedang keterangan saksi berkaitan dengan hukum formil, yaitu hukum pembuktian.
- 7) Saksi ahli tidak wajib datang dalam sidang, ia dapat memberikan keterangan tertulis dalam jabatannya. Sedang saksi harus hadir di depan sidang.
- 8) Saksi ahli dapat memberikan keterangan secara lisan di depan sidang atau keterangan tertulis saja tanpa hadir di depan sidang. Sedang saksi harus memberikan keterangan di depan sidang. Keterangan saksi ditulis merupakan alat bukti.
- 9) Hakim bebas untuk mendengar atau tidak keterangan ahli. Sedang pada keterangan saksi, hakim terikat untuk mendengar keterangan saksi, sehingga keterangan saksi harus dipertimbangkan oleh hakim dalam putusannya.⁵⁴

2. Tatacara Pemeriksaan Ahli

Inisiatif untuk menghadirkan saksi ahli dapat diusulkan oleh pihak yang berkepentingan atau atas perintah hakim karena jabatannya. Hakimlah yang berwenang mempertimbangkan dan menetapkan perlu tidaknya

⁵⁴ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, (Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2011) Hal. 201

menghadirkan saksi ahli. Perintah menghadirkan saksi ahli itu dicatat dalam berita acara persidangan.

Saksi ahli ditunjuk oleh hakim atau oleh para pihak yang berkepentingan dengan persetujuan hakim. Apabila saksi ahli yang ditunjuk berhalangan untuk memberikan pendapatnya karena sebab apapun dapat ditunjuk saksi ahli yang lain sebagai gantinya. Hakim menetapkan hari sidangnya untuk mendengar keterangan ahli. Saksi ahli yang ditunjuk dapat dihadirkan oleh yang berkepentingan atau dipanggil secara resmi oleh jurusita/jurusita pengganti atas perintah hakim yang dicatat dalam berita acara persidangan, supaya hadir dalam sidang yang telah ditetapkan itu.

Dalam sidang yang telah ditentukan itu, saksi ahli menghadiri sidang dan memberikan keterangan baik secara lisan maupun tertulis.

Sebelum memberikan keterangan, saksi ahli harus disumpah lebih dahulu bahwa ia akan memberikan pendapat tentang soal-soal yang dikemukakan menurut pengetahuan atau keahliannya dengan sebaik-baiknya. Apabila saksi ahli itu seorang pejabat yang telah disumpah pada waktu menjabat (misalnya: dokter, PPAT, notaris dan sebagainya yang telah disumpah dengan sumpah jabatan) maka tidak perlu disumpah lagi, karena keterangan yang diberikan adalah dengan mengingat sumpah jabatan.

Saksi ahli boleh memberikan keterangan secara tertulis tanpa menghadiri persidangan yakni dengan bentuk tertulis. Pasal 154 ayat (2) HIR

menyebutkan laporan dengan surat yang berarti laporan tertulis. Ahli menyiapkan atau membuat laporan tertulis. Menurut pasal 224 ayat (3) Rv, laporan tertulis itu diserahkan dan dibacakan di persidangan, diberi tanggal dan ditandatangani oleh ahli. Barangkali bentuk tersebut lebih efektif, ahli dapat berkonsentrasi dan sistematis menyusun pendapat dan penjelasan tentang hal yang dipermasalahkan. Namun demikian, harus tetap terbuka kesempatan melakukan dialog dengan ahli meskipun telah ada laporan tertulis, apabila dikehendaki oleh para pihak atau Hakim. Kapan ahli harus membuat laporan berbentuk tulisan atau lisan tidak diatur. Berarti ahli bebas memilih apakah apakah berbentuk lisan atau tulisan. Kecuali pada saat penunjukan atau pengangkatan, Hakim menentukan secara tegas, agar laporan berbentuk tertulis. Perintah itu ditaatinya oleh karena itu hilanglah haknya untuk memilih secara lisan.⁵⁵

Kekuatan pembuktian keterangan ahli adalah bebas. Hakim tidak wajib mengikuti pendapat ahli tertentu tersebut, hakim bebas untuk menilai pendapat ahli itu. Hakim tidak terikat pada keterangan ahli, bahkan hakim boleh berpendapat lain daripada keterangan ahli, jika bertentangan dengan keyakinannya. Apabila hakim mengikuti pendapat ahli tersebut maka hakim harus yakin bahwa hal tersebut adalah benar dan sesuai dengan keyakinannya. Dalam hal ini maka di dalam pertimbangan hukumnya (dalam putusan) hakim

⁵⁵ Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, (Jakarta, Sinar Grafika, 2015) hal. 793

harus mencantumkan bahwa “pendapat ahli itu dijadikan pendapat hakim”, sehingga dapat dijadikan dasar dalam memutus perkara.⁵⁶

⁵⁶ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, (Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2011) Hal. 203