

HUKUM DAN SUMBER-SUMBER HUKUM

Oleh:

THERESIA NGUTRA

Mahasiswa Pasca Sarjana Universitas Negeri Makassar

ABSTRAK: Penulisan ini dilatar belakangi oleh perkembangan zaman yang modern yang berdampak langsung terhadap hukum dan perubahannya. Pemahaman terhadap sumber- sumber hukum yang begitu beragam, baik di kalangan masyarakat maupun para ahli bidang hukum sendiri. Ada yang berpendapat bahwa sumber hukum berasal dari pengusa sedangkan yang lainnya menyatakan sumber hukum itu berasal dari masyarakat dan lain sebagainya. Untuk itu penulis ingin menyamakan persepsi tentang dari mana hukum itu berasal. Secara singkat sumber hukum itu sendiri adalah segala sesuatu yang menimbulkan aturan- aturan yang mengikat dan memaksa, sehingga apa bila aturan itu dilanggar akan menimbulkan sanksi yang tegas dan nyata bagi pelanggarnya. Selain itu sumber hukum mengandung arti “ asalnya hukum” dan “tempat“. Adapula macam- macam sumber hukum antara lain ; (1) undang-undang (2) Kebiasaan(3) Traktat (4) Yurisprudensi (5) Doktrin dan Revolusi yang merupakan sumber hukum formil (sumber hukum yang di lihat dari segi bentuknya) sebaliknya sumber hukum materil merupakan sumber hukum yang dilihat dari segi isinya misalnya KUH Pidana yang mengatur tentang tindak pidana umum,kejahatan dan pelanggaran dan KUH Perdata mengatur tentang masalah orang, barang, perikatan, perjanjian, pembuktian dan kedarluasan sebagai subjek hukum, sedangkan sumber tertib hukum Indonesia antara lain; (1) proklamasi kemerdekaan 17 agustus 1945 (2) dekrit 5 juli 1959 (3) UUD proklamasi (4) supersemar.

KATA KUNCI: *Hukum, Sumber Hukum*

PENDAHULUAN

Proses globalisasi merupakan hal lain yang perlu diamati kaitannya dengan ilmu hukum. Kelahiran hukum modern berkaitan sangat erat dengan fenomena munculnya negara modern. Tetapi sekarang dunia mengalami perubahan mendasar dimana eksistensi dari negara modern yang begitu teguh pada abad kedelapan belas menjadi semakin mencair. Eropa mengalami perkembangan yang paling ekstrim dengan menjadi satu persatuan negara-negara. Dibagian lain dari dunia terjadi perubahan yang tidak kalah pentingnya. Yaitu melalui proses penataan regional yang melahirkan Asean dan lain-lain. Jelas keadaan yang demikian sangat berpengaruh terhadap faktor kedaulatan yang merupakan unsur penting dalam hukum.

Salah satu aspek dalam kehidupan hukum adalah kepastian, artinya hukum berkehendak untuk menciptakan kepastian dalam hubungan antar orang dalam masyarakat. Salah satu hal yang berhubungan erat dengan masalah kepastian tersebut adalah masalah dari mana hukum itu berasal. Kepastian mengenai asal atau sumber hukum menjadi penting sejak hukum menjadi lembaga yang semakin formal. Dalam konteks perkembangan yang demikian itu pertanyaan mengenai “ sumber yang manakah yang kita anggap sah”? menjadi penting.

Sumber hukum dalam pengertiannya adalah “ asalnya hukum” ialah berupa keputusan penguasa yang berwenang untuk memberikan keputusan tersebut Artinya, keputusan itu haruslah dari penguasa yang berwenang untuk itu. Sumber hukum dalam arti sebagai asalnya hukum, membawa kepada suatu penyelidikan tentang wewenang, untuk menyelidiki apakah suatu keputusan berasal dari penguasa yang berwenang atau tidak. Keputusan penguasa yang berwenang dapat berupa peraturan dapat pula berupa ketetapan. Sumber hukum dalam pengertiannya sebagai tempat” dikemukakannya peraturan-peraturan hukum yang berlaku. Sumber hukum dalam pengertian ini membawa hukum dalam penyelidikan tentang macam-macam, jenis-jenis dan bentuk-bentuk dari peraturan dan ketetapan. Selain itu pengertian hukum dalam pengertiannya sebagai “ hal-hal yang dapat atau seyogianya mempengaruhi kepada penguasa di dalam menentukan hukumnya. Misalnya keyakinan akan hukumnya, rasa keadilan, perasaan akan hukumnya entah dari penguasa atau rakyatnya, dan juga teori-teori, pendapat-pendapat dan ajaran-ajaran dari ilmu pengetahuan hukum.

Setiap orang memiliki pandangan yang berbeda tentang dari manakah hukum itu? Dan apa saja yang menjadi sumber dari hukum itu sendiri. Para ahli hukum juga memiliki pandangan yang berbeda-beda tentang datangnya hukum itu sendiri. Ada yang menyatakan sumber-sumber hukum itu berasal dari orang penguasa sedangkan yang lainnya menyatakan sumber hukum berasal dari masyarakat sendiri. Untuk itu kita tidak bisa menyatakan benar kepada salah satu pihak, akan tetapi lebih banyak mengetahui pengetahuan tentang sumber-sumber hukum dengan cara menelaah lebih dalam. Berdasarkan pemahaman dan pengertian diatas maka dianggap perlu adanya persamaan persepsi tentang sumber hukum itu sendiri. Untuk itu penulis ingin menjelaskan melalui tugas ini tentang hukum dan sumber-sumbernya yakni (1) sumber-sumber yang bersifat hukum dan social (2) perundang-undangan (3) kebiasaan (4) presiden. Selain itu juga penulis juga akan menjelaskan pengertian dan macam- macam sumber hukum itu sendiri dari referensi yang berbeda, yakni sumber-sumber hukum formil dan sumber hukum materiil serta sumber tertib hukum republik Indonesia.

MATERI DAN PEMBAHASAN

Pengertian Sumber Hukum

Sumber hukum dalam pengertiannya adalah “ *asalnya hukum*” ialah berupa keputusan penguasa yang berwenang untuk memberikan keputusan tersebut Artinya, keputusan itu haruslah dari penguasa yang berwenang untuk itu. Sumber hukum dalam arti sebagai asalnya hukum, membawa kepada suatu penyelidikan tentang wewenang, untuk menyelidiki apakah suatu keputusan berasal dari penguasa yang berwenang atau tidak. Keputusan penguasa yang berwenang dapat berupa peraturan dapat pula berupa ketetapan. Sumber hukum dalam pengertiannya sebagai “*tempat*” dikemukakannya peraturan-peraturan hukum yang berlaku. Sumber hukum dalam pengertian ini membawa hukum dalam penyelidikan tentang macam-macam, jenis-jenis dan bentuk-bentuk dari peraturan dan ketetapan. Apakah sumber hukum tersebut undang-undang, kebiasaan/adat, traktat, yurisprudensi, atau doktrin. Apakah peraturan-perturan hukum tersebut terdapat dalam UUD 1945 , ketetapan MPR, UU atau peraturan pemerintah, kepres dan peraturan menteri?. Selain itu pengertian sumber hukum dalam pengertiannya sebagai “ *hal-hal yang dapat atau seyogianya mempengaruhi kepada penguasa di dalam menentukan hukumnya*”. Misalnya keyakinan akan hukumnya, rasa

keadilan, perasaan akan hukumnya entah dari penguasa atau rakyatnya, dan juga teori-teori, pendapat-pendapat dan ajaran-ajaran dari ilmu pengetahuan hukum.

Bagi ahli sejarah yang menjadi sumber hukum adalah: (1) Undang-undang serta sistem hukum yang tertulis dari suatu masa misalnya abad ke-18. (2) Dokumen-dokumen surat-surat dan keterangan lain dari masa itu yang memungkinkan untuk mengetahui hukum yang berlaku pada zaman itu. Bagi ahli filsafat yang menjadi sumber hukum adalah (1) Apakah ukuran yang harus dipakai untuk menentukan sesuatu secara adil? Sebab bukankah mencapai keadilan merupakan tujuan terakhir dari semua orang yang berusaha membuat hukum? (2) Apakah sebab orang menaati hukum?

Kemudian bagi ahli sosiologi dan antropologi budaya, yang menjadi sumber hukum adalah masyarakat dengan segala lembaga social yang ada di dalamnya. Apa yang dirasakan sebagai hukum oleh masyarakat dan karenanya diberi sanksi bagi yang melanggarnya oleh penguasa masyarakat.

Sedangkan bagi ahli ekonomi yang menjadi sumber hukum adalah apa yang tampak di lapangan ekonomi. misalnya sebelum pemerintah membuat peraturan yang bertujuan membatasi persaingan di lapangan perdagangan, maka ahli ekonomi harus mengetahui secara pasti hal-hal yang berhubungan dengan persaingan di lapangan perdagangan itu. Selanjutnya bagi ahli agama yang menjadi sumber hukum adalah kitab suci serta dasar-dasar agamanya. Berikutnya bagi ahli hukum, yang menjadi sumber hukum adalah perasaan hukum yang telah tertuang dalam suatu bentuk yang menyebabkan berlaku dan ditaati orang.

Berdasarkan uraian di atas dapat disimpulkan bahwa sumber hukum adalah segala sesuatu yang menimbulkan aturan-aturan yang mengikat dan memaksa, sehingga apabila aturan itu dilanggar akan menimbulkan sanksi yang tegas dan nyata bagi pelanggarnya.

Sumber-sumber yang Bersifat Hukum dan Sosial

Sumber-sumber yang melahirkan hukum bisa digolongkan dalam dua kategori besar yaitu sumber-sumber yang bersifat hukum dan yang bersifat social. Yang pertama merupakan sumber-sumber yang diakui oleh hukum sendiri sehingga sesara langsung bisa melahirkan atau menciptakan hukum. Adapun yang kedua merupakan sumber yang tidak mendapatkan pengakuan secara formal oleh hukum, sehingga tidak secara langsung bisa diterima sebagai hukum (Fitzgerald, 1966: 109). Apabila kita melihatnya secara demikian maka yang kita jadikan tolak ukur adalah keabsahan secara hukum dari substansi yang dihasilkan oleh sumber hukum adalah ipso jure. Yang dengan sendirinya sah, sedang yang lain tidak dan dengan demikian hanya bisa disebut sebagai sumber-sumber kesejahteraan saja. Sebagai demikian, maka sumber social ini dapat disebut sebagai sumber bahan dan kekuatannya tidak otoritas melainkan hanya persuasif (Fitzgerald, 1966: 102, 110).

Situasi yang dihadapi oleh sumber-sumber hukum sebagaimana dikemukakan di atas tidak terlepas dari perkembangan masyarakat sendiri. Dumika telah dibicarakan model dikhotomi dari Hart, yaitu yang membagi masyarakat kedalam resim tatanan primer dan sekunder. Perbedaan ini mengkrakan kepada pernyataan tentang adanya masyarakat dengan ciri-ciri social saja dan masyarakat dengan ciri-ciri hukum atau masyarakat pra hukum dan masyarakat yang sudah mengenal hukum. Perbedaan dalam sumber-sumber yang bersifat social dan hukum itu tentulah berada pada tingkat perkembangan masyarakat yang sudah diketahui perbedaan tajam antara yang social dan yang hukum dengan segala perkaitannya. Dengan demikian pula perbedaan sumber-

sumber yang bersifat hukum dan social tentunya tidak berlaku dalam masyarakat pra hukum tersebut.

Allen menggunakan cara penjelasan yang berbeda, sekalipun pada dasarnya sama saja dengan pembagian dalam dua sumber tersebut diatas (Allen 1958 :1) sumber-sumber hukum itu dikaitkannya dengan satu pihak pada kehendak dari yang berkuasa , sedang yang lain pada vitalitas dari masyarakat sendiri yang pertama bersifat atas bawah dan yang ke dua bawah atas.

Dari segi teori perbedaan allenn mencerminkan terjadinya pertarungan antara dua kutub teori sesuai dengan pengakuan pola tersebut. Kelompok atas bawah dipimpin oleh Austin yang menunjuk kekuasaan yang berdaulat sebagai satu-satunya sumber hukum. Teori Austin yang didasarkan pada konsep yang demikian itu mengembangkan ilmu hukum yang bersifat rasionalitas dan arena konsepnya yang begitu jelas teori austis kemudian dikenal karena kesederhanaan dan konsistensinya.

Macam-macam Sumber Hukum

Perundang-Undangan

Perbuatan hukum yang dilakukan secara sengaja oleh badan yang berwenang untuk itu merupakan sumber yang bersifat hukum yang paling utama. Kegiatan dari badan tersebut sebagai Perbuatan perundang undangan yang menghasilkan substansi yang tidak diragukan Lagi kesalahannya yang ipso jure. Tindakan yang dapat digolongkan kedalam kategori perundang-undangan ini cukup bermacam, baik yang berupa penambahan terhadap peraturan yang sudah ada maupun yang mengubahnya. Hukum yang dihasilkan oleh proses seperti itu disebut sebagai hukum yang diundangkan (enacted law, statute law) berhadapan dengan hukum yang tidak diundangkan (unenacted law, common law)n

Suatu perundang-undangan menghasilkan peraturan yang memiliki ciri-ciri sebagai berikut: (1) Bersifat umum dan komprehensif, yang dengan demikian merupakan kebalikan dari sifat-sifat yang khusus dan terbatas. (2) Bersifat universal, ini diciptakan untuk menghadapi peristiwa-peristiwa yang akan datang yang belum jelas bentuk kongkritnya. Oleh karena itu ia tidak dapat dirumuskan untuk mengatasi peristiwa-peristiwa tertentu saja. (3) Ia memiliki kekuatan untuk mengoreksi dan memperbaiki dirinya sendiri. Adalah lazim bagi suatu peraturan untuk mencantumkan klausul yang memuat kemungkinan dilakukannya peninjauan kembali.

Dibandingkan dengan aturan kebiasaan maka perundang-undangan memperlihatkan karakteristik, suatu norma bagi kehidupan social yang lebih matang khususnya dalam hal kejelasan dan kepastiannya. Hal ini tidak terlepas dari kaitannya dengan pertumbuhan negara itu sendiri. Aturan kebiasaan bisa dikatakan mengurus hubungan antara orang dengan orang sedang perundang undangan antara orang dengan negara. Bentuk perundang-undangan itu tidak akan muncul sebelum timbul pengertian negara sebagai pengembalian kekuasaan yang bersifat sentral dan tertinggi (allen 1958:410).

Beberapa kelebihan dari perundang-undangan dibandingkan dengan norma-norma lain adalah (Algra & Duyvendijk 1981: 19): (1) Tingkat prediktibilitasnya yang besar. Hal ini berhubungan dengan tingkat prospektif dari perundang-undangan yaitu yang pengaturannya ditunjukkan kemasa depan . dengan demikian perundang-undangan dituntut senantiasa untuk memberi tahu secara pasti terlebih dahulu hal-hal yang diharapkan untuk dilakukan atau tidak dilakukan oleh anggota masyarakat. Asas- asas

hukum seperti asas tidak belaku surut memberikan jaminan bahwa kelebihan yang demikian akan dilaksanakan secara saksama. (2) Kecuali kepastian yang lebih mengarah kepada bentuk formal diatas, perundang-undangan juga memberikan kepastian mengenai nilai yang dipertarukan. Sekali suatu peraturan dibuat, maka menjadi pastipilalah nilai yang hendak dilindungi oleh peraturan tersebut.

Beberapa kelemahan yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan adalah: (1) Kekakuannya. Kelemahan ini sebetulnya segera tampil sehubungan dengan kehendak perundang-undangan untuk menampilkan kepastian. Apabila kepastian itu hendak dipenuhi, maka ia harus membayarnya dengan membuat rumusan-rumusan yang jelas, terperinci dan tegar dengan resiko menjadi norma-norma yang kaku. (2) Keinginan perundang-undangan untuk membuat perumusan-perumusan yang berifat umum mengandung resiko bahwa ia mengabaikan dan dengan demikian memperkosa perbedaan-perbedaan atau ciri khusus yang tidak dapat disamaratakan begitu saja. Terutama sekali dalam suasana kehidupan modern yang cukup kompleks dan spesialis ini kita tidak muda membuat perampatan- perambatan (*generatizations*).

Hakikat Sosial Perundang-Undangan

Sebagai sumber hukum, perundang- undangan memiliki kelebihan dan norma-norma social yang lain, karena ia dikaitkan dengan kekuasaan yang tertinggi di suatu negara dan karenanya pula memiliki kekuasaan memaksa yang besar sekali. Dengan demikian adalah muda bagi perundang-undangan untuk menentukan ukuran-ukurannya sendiri tanpa perlu menghiraukan tuntutan-tuntutan dari bawah.

Namun demikian ciri demokratis masyarakat sekarang ini memberikan capnya sendiri terhadap cara-cara peundangan itu diciptakan, yaitu yang menghendaki masuknya unsur-unsur social kedalam perundang-undangan. Menghadapi perkembangan yang demikian itu tampaklah semakin kaburlah pemisahan secara ketat antara konsep b-sumber hukum yang atas bawah dan bawah atas tersebut dimuka. Apababila batas-batas itu sudah merasuki satu sama lain maka menjadi penting pulalah untuk mendekati masalah perundang-undangan ini secara social.

Keadaan dan susunan masyarakat modern yang mengenal pelapisan yang makin tajam menambah sulitnya usaha untuk mengatasi kecenderungan hukm atau perundang-undangan untuk memihak tersebut. Dalam suasana kehidupan social itu mereka yang bisa bertindak efektif adalah orang yang dapat mengontrol institusi-institusi ekonomi dan politik dalam masyarakat. Oleh karena itu sulit untuk ditolak bahwa perundang-undangan itu lebih menguntungkan pihak yang makmur. Yaitu mereka yang lebih aktif melakukan kekuatan-kegiatan politik. Masyarakat yang menjunjung liberalism dan ekonominya kapitalisme akan lebih menampilkan karakteristik social yang demikian itu dari pada masyarakat yang menekankan pada unsur kebersamaan dalam kehidupan social dan politiknya. Didalam masyarakat yang disebut pertama, perundang-undangan dilakukan untuk menndonrong kepentingan golongan yang satu diatas yang lain. Dalam perundang-undangan itu tidak dapat menghindari terjadinya kemajuan dalam pengutamaan kepentingan orang- orang tetentu sedang golongan lain akan menjadi lebih sengsara.

Bahasa Perundang-Undangan

Hukum di abad kedua puluh pada dasarnya adalah hukum yang dituliskan. Oleh karena itu apabila dikatakan, bahwa bahasa memegang peran penting dalam kehidupan

hukum, maka disitu harus ditambahkan bahasa yang dituliskan atau bahasa tertulis. Hukum dalam bahasa tertulis ini adalah tidak lain adalah perundang-undangan.

Bahasa dan ragam bahasa yang dipakai dalam perundang-undangan sekarang adalah unik untuk zamannya, karena dalam sejarah tidak selalu dijumpai penggunaan ragam bahasa yang sama seperti dipakai sekarang ini. Ragam bahasa perundang-undangan sekarang mempunyai cirinya sendiri yang khas yaitu berusaha untuk memaksa melalui penggunaan bahasa secara rasional. Oleh karena itulah kita bisa mampu melihat perincian dari ciri utama tersebut kedalam ciri-ciri berikut ini: (1) Bebas dan emosi. (2) Tanpa perasaan. (3) Datar seperti rumusan matematik (Radbruch, 1961: 44).

Dalam hubungan dengan penggunaan bahasa ini, berikut ini dibicarakan fungsinya yaitu: (1) Sebagai alat komunikasi, maka bahasa perundang-undangan harus dapat menghantarkan pikiran dan kehendak dari pembuat undang-undang kepada rakyat. Pada waktu dibicarakan mengenai asas-asas bagi suatu system hukum yang baik, kita telah mengutip pendapat fueller yang diantaranya menisyratkan agar hukum itu dirumuskan dalam bahasa yang bisa dimengerti rakyat. Tetapi perkembangan hukum yang semakin formal dan rasional sekarang ini tampaknya tidak mudah untuk memenuhi persyaratan tersebut. (2) Sebagai suatu ragam teknik, bahasa perundang-undangan merupakan sarana komunikasi di antara para ahli hukum. Disini istilah-istilah diusahakan untuk merumuskan sebaik-baiknya dan setepat-tepatnya untuk bisa memenuhi kebutuhan akan tututan kerja mereka itu. Istilah-istilah yang khusus diciptakan sebagai hasil dari consensus antara mereka, memudahkan mereka berhubungan satu sama lain dan menghindarkan kesalah pahaman. Dengan demikian apa yang dirasakan sebagai sesuatu yang memusingkan pada orang kebanyakan di kalangan para ahli hukum justru merupakan sarana komunikasi yang dibutuhkan. Mereka itu tidak bisa bekerja dengan bahasa dan istilah-istilah yang umum dan samar-samar.

Bagaimanapun keadaan yang dihadapi dan pendapat orang mengenai perundang-undangan dengan ragam bahasa bahasanya tersebut, perundang-undangan merupakan sarana yang diunggulkan dan sekaligus puncak dari perkembangan hukum. Ia tidak dapat dilepaskan dari peradaban manusia dan telah menjadi standar baginya, sehingga lain-lain bentuk hukum sedikit banyak dianggap sebagai variasi yang abnormal (Fitzgerald 1966: 124).

Perundang-Undangan Sebagai Instrumen Kebijakan. Salah satu ciri hukum modern adalah penggunaan secara aktif dan sadar untuk mencapai tujuan –tujuan tertentu (Trubek 1972 : 4,5) kesadaran tersebut menyebabkan, bahwa hukum modern itu menjadi begitu instrumental sifatnya dengan asumsinya, bahwa kehidupan sosial itu bisa dibentuk oleh kemauan social tertentu seperti kemauan social dari golongan elit dalam masyarakat.

Penggunaan hukum sebagai instrument demikian itu merupakan perkembangan mutakhir dalam sejarah hukum. Untuk bisa sampai pada tingkat perkembangan yang demikian itu memang diperlukan persyaratan tertentu, seperti timbulnya pengorganisasian social yang makin tertib dan sempurna. Pengorganisasian yang demikian itu tentunya dimungkinkan oleh adanya kekuasaan di pusat yang makin efektif dalam hal ini tidak lain adalah negara.

Dari sejarah perkembangan bangsa-bangsa eropa apa yang dikemukakan diatas memang tampak dengan jelas. Pada sekitar seratus tahun yang lalu orang masih beranggapan bahwa pembuat undang-undang itu tugasnya tidak lain adalah untuk mencatat aturan- aturan yang terbentuk dalam kehidupan masyarakat dan kemudian menuangkannya dalam bentuk undang-undang itupun hanya dalam keadaan-keadaan

yang memang sangat memerlukan. Dengan demikian pola bawah ke atas merupakan konsep yang dominan dan hukum kebiasaan merupakan instrument yang di unggulkan. Kalaupun kekuasaan tertinggi bisa menuangkannya dalam bentuk undang-undang mengubahnya ia tidak boleh.

Secara pelan-pelan keadaan berubah dan perbuatan hukum dalam artian yang sesungguhnya mulai di ambil alih oleh kekuasaan tertinggi dalam negara dan sebaliknya peranan hukum kebiasaan semakin mengecil. Perkembangan yang demikian itu pada akhirnya mencapai puncaknya pada akhir abad kedelapanbelas dan permulaan abad kesembilanbelas. Pada waktu itu negara memperoleh monopoli kekuasaan dalam wujud pembuatan dan pelaksanaan hukum, pada saat itu keragu-raguan tentang kedudukan negara sebagai satu-satunya kekuasaan yang membuat perundang-undangan telah hilang.

Sebagai kelanjutan dari perkembangan yang demikian, setiap kebijakan yang ingin dilaksanakan harus melalui satu atau lain bentuk perundang-undangan. Tanpa prosedur yang demikian itu kesahan dari tindakan pemerintah dan negarapun dipertanyakan. Perkembangan yang demikian ini menyuburkan pembicaraan tentang kemungkinan –kemungkinan yang bisa terjadi apabila perundang-undangan dipakai sebagai alat melakukan social engineering, batas-batas kemampuan hukum, dan yang sebagainya.

Kodifikasi dan Interpretasi. Berulang kali telah dibicarakan, bahwa kelebihan dari hukum perundang-undangan adalah dari segi kepastiannya. Kepastian ini dijamin oleh adanya pembuatan hukum yang dilakukan secara sistematis oleh badan-badan yang khusus untuk itu dan teknik-teknik perumusannya yang terpelihara dan dikembangkan secara baik. Inti dari kesemuanya adalah dipakainya bentuk pengutaraan secara tertulis, *Jus scriptum*.

Keadaan yang demikian itu menciptakan jalan perkembangan sendiri, yaitu berkembangnya peraturan-peraturan dalam bentuknya yang tertulis tersebut, suatu *corpus juris*. Manakalah jumlah peraturan itu telah menjadi demikian banyak, maka orangpun mulai berusaha untuk mencari jalan bagaimana dapat menguasai badan perundang-undangan itu dengan baik. Jalan keluar ini disebut **kodifikasi**. Mengenai hal ini kita baca Salmon (Fitzgerland, 1966: 130): “... keseluruhan kecenderungan zaman modern sekarang adalah kearah proses yang sejak zaman Bentham, dikenal sebagai kodifikasi, yaitu reduksi terhadap seluruh *corpus juris*, sejauh menjadi praktis, dalam bentuk hukum perundang-undangan. Dalam hal ini inggris sangat ketinggalan dibanding dengan eropa daratan. Sejak pertengahan abad kedelapanbelas proses itu telah berlangsung di negara-negara Eropa, dan sekarang ini telah selesai sama sekali. Hampir dimana-mana, kumpulan kuna yang terdiri dari hukum-hukum sipil, gereja, kebiasaan dan perundang-undangan yang disusun dengan sedikit banyak keterampilan dan sukses”.

Tujuan umum dari kodifikasi adalah untuk membuat kumpulan-kumpulan perundang-undangan itu sederhana dan mudah dikuasai, tersusun secara logis, serasi dan pasti (paton, 1971 : 221). Sukses yang dicapai dalam kodifikasi inimembangkitkan kegembiraan dan optimisme, bahwa semua persoalan hukum telah diselesaikan dan bahkan setiap kejadian dapat diputus atas dasar deduksi dari peraturan yang tersedia. Tetapi segera tampak, anggapan bahwa kodifikasi itu cukup tampak untuk mengatasi semua persoalan hukum adalah berlebih-lebihan. Apabilah orang mengira, bahwa semunya sudah tercakup didalam kodifikasai, maka sesungguhnya ia hanyamembuka jalan bagi terjadinya kesulitan-kesulitan dibelakang hari. hal ini disebabkan oleh karena problem-problem akan timbul sesuai dengan perkembangan zaman.

Dari beberapa penjelasan diatas, maka cara yang paling baik untuk mendayagunakan kodifikasi adalah mengusahakan agar ia tetap bisa dipakai untuk menjadi sandaran bagi pemecahan problem-problem hukum dibelakang hari. Dengan kata lain perundang-undangan dan kodifikasi itu harus lentur, tidak boleh kaku. Salah satu sifat yang melekat pada perundang-undangan atau hukum tertulis adalah otoritatif dari rumusan-rumusan peraturannya. Namun demikian, pengutaraan dalam bentuk tulisan atau *litera scripta* itu sesungguhnya hanyalah bentuk saja dari usaha untuk menyampaikan suatu ide atau pikiran. Usaha ubruk menggali semangat yang demikian itu merupakan bagian dari keharusan yang melekat pada hukum perundang-undangan dan yang tidak diperlukan pada hukum kebiasaan, usaha tersebut akan dilakukan pengadilan dengan jalan interpretasi atau kontruksi. Interpretasi adalah suatu proses yang ditempuh oleh pengadilan dalam rangka mendapatkan kepastian mengenai arti dari hukum perundang-undangan atau bentuk otoritatif.

Keadaan ang ideal sebetulnya adalah manakalah interpretasi diperlukan atau sangat kecil peranannya, ia bisa tercapai apabila perundang-undangan itu dituangkan dalam bentuk yang jelas. Menurut Montesquieu mengajukan persyaratan sebagai berikut: (1) Gaya penuturannya hendaknya padat dan sederhana. (2) Peraturan-peraturan hendaknya membatasi dirinya dalam hal-hal yang nyata dan aktual dengan menghindari hal-hal yang bersifat metaforis dan hipotesis. (3) Peraturan-peraturan hendaknya jangan terlampaui tinggi. (4) Janganlah masalah pokoknya dikacaukan dengan dengan kekecualian, pembatasan atau modifikasi, kecuali dalam hal-hal yang sangat diperlukan. (5) Peraturan tidak boleh mengandung argumentasi. (6) Diatas ia harus mempertimbangkan dengan penuh kematangan dan mempunyai kegunaan praktis dan jangan hendaknya ia mengguncangkan hal-hal yang elementer dalam penalaran dan keadilan serta *la nature des chose*.

Interpretasi secara garis besar dibedakan kedalam interpretasi-interpretasi: (a) Harafiah. (b) Fungsional. Yang pertama semata-mata menggunakan kalimat-kalimat dari aturan sebagai pengangannya, ia tidak keluar dari litera legis. Sedangkan yang kedua bisa disebut sebagai interpretasi bebas yang tidak mengikat diri sebagai sepenuhnya kepada kalimat dan kata-kata peraturan, melainkan mencoba untuk memahami maksud sebenarnya dari suatu peraturan dengan menggunakan berbagai sumber lain yang dianggap bisa memberikan kejelasan yang lebih memuaskan.

Menurut Fitzgerald 1966: 132 – 140 ditafsirkan sebagai berikut: *Pertama*, kewajiban pengadilan adalah untuk menyingkap dan mendasarkan tindakannya pada maksud yang sesungguhnya dari badan pembuat undang-undang, yaitu: *mens atau sentetia legis-nya*. Filsafat yang terkandung didalamnya. Adalah inti undang-undang terletak didalam semangatnya, sedangkan kata-kata itu hanya dipakai untuk mengutarakan maksud yang terkandung didalamnya. Sekalipun demikian, ada pedoman yang umum sifatnya, yaitu agar pengadilan menerima litera legis itu sebagai bukti yang satu-satunya dan menentukan bagi sintetia legis tersebut. Konsep interpretasi yang demikian tersebut sangat mirip dengan yang diajukan oleh Paul Scholten. Yang juga memegang asas bahwa itu di dalam perundang-undangan sehingga orang harus memberikan tempat yang tinggi kepadanya. Sekalipun hukum itu ada disitu, tetapi ia masih harus dicari, karena kita tidak bisa “memungutnya” begitu saja dari kata-kata dan kalimat-kalimat dari undang-undang tersebut. Di snilah kita melihat perpaduan antara litera legis dengan sintetia legis. Menurut Scholten dalam kalimatnya mengatakan “*Hukum itu ada, tetapi ia harus diketemukan dalam penemuan itulah terdapat yang baru*”.

Dalam tradisi Inggris membuat pengecualian untuk tidak menerima kata-kata perundang-undangan itu sebagai mempunyai kekuatan untuk membuat kata putus terakhir. Ada tiga cacat logis: (1) Kemenduaan (ambiguity) semantik, yang disebabkan oleh perumusan secara open texture. (2) Kemenduaan sintaktik yang disebabkan oleh penggunaan kata-kata “atau”, “semua” (3) Kemenduaan juga bisa terjadi karena maksud yang ingin dinyatakan oleh pembuat undang-undang sendiri yang tidak jelas.

Dalam hal ini pengadilan berhadapan dengan cacat-cacat seperti tersebut diatas, ia dituntut untuk membuatnya kembali mencapai kesempurnaan logis. Keadaan yang kedua, yang tidak mengizinkan kita untuk menerima kata-kata perundang-undangan secara mutlak adalah manakalah penafsiran secara harafiah akan membawa kita kepada kejanggalan dan ketidakmasukakalan demikian rupa, yang dengan jelas menunjukkan, bahwa pembuat undang-undang sebetulnya tidak mungkin menghendaki hal tersebut.

Intepretasi, penafsiran hukum merupakan masalah yang sangat penting dalam kehidupan hukum, sesudah masa penuh kepastian dan ketenangan dari abad kesembilanbelas lewat. Pada waktu itu orang berpendapat dan berkeyakinan, bahwa dengan menerapkan peraturan-peraturan hukum, hukumnya pun sudah diketemukan. Perundang-undangan adalah sama dengan hukum. Dan hukum itu merupakan perundang-undangan itu sendiri. Sejak kepastian, kepercayaan diri dan ketenangan itu lewat, maka orangpun mengakui betapa interpretasi itu merupakan sesuatu yang harus dilakukan. Maka dengan terbukanya hal ini maka masalah lain akan timbul seperti “apakah dengan melakukan interpretasi ini tidak ditambahkan sesuatu yang baru kepada peraturan yang lama”. Titik balik dari filsafat dikukuhkan didalam undang-undang dengan terjemahannya: undang-undang itu dapat diterapkan untuk semua kasus hukum yang untuk keperluan itu ia memuat penyelesaian, baik melalui bunyi-bunyi kata-katanya yang sendirinya sudah jelas, maupun melalui penafsirannya. Apabila dari undang-undang itu tidak bisa ditarik (diketemukan) peraturannya, maka hakim akan memutuskan menurut hukum kebiasaan dan apabila dirasakan perlu akan memutus atas dasar peraturan yang akan dibuatnya andaikata ia menjadi pembuat undang-undang.

Menurut Scholten mengemukakan apa yang juga lazim dilakukan dalam usaha untuk menentukan hukum yang konkrit bagi sesuatu kasus hukum, seperti dalam pendapatnya “dengan demikian maka yang kita lakukan terdiri dari segi bahasa, sejarah undang-ungannya, sistem hukumnya dalam keseluruhan, tujuan sosial serta hasil dari penerapan, perlembangan sejarahnya, semua itu adalah faktor-faktor yang diperhitungkan untuk menentukan apa yang menurut suatu undang-undang merupakan hukum pada suatu kasus tertentu”. Menurut Scholten mengatakan kesemua faktor tersebut tidak bisa diberi batasan yang pasti dan ditentukan urutan penggunaannya. Hal ini disebabkan, karena pada setiap penentuan mengenai apa yang merupakan hukum untuk suatu kasus tertentu, keadilanlah yang merupakan taruhan utamanya. Ia mulai dari keadilan diakhiri dengan keadilan itu pula.

Undang-undang adalah pernyataan kehendak dari badan negara yang diberi tugas pembuatan hukum. Oleh karena itu adalah hal yang layak sekali, manakalah dalam usaha untuk menentukan apa yang merupakan maksud dari undang-undang kita menelusuri apa yang dikehendaki oleh pembuatannya dengan rumusan itu, yang tidak lain melakukan penafsiran dari sejarah perundang-ungannya. Dalam usaha penemuan hukumnya Scholten banyak menenkankan pada segi pembuatan konstruksi sebagai suatu cara untuk mengembangkan bahan hukum atau hukum positif melalui penalaran logis, sehingga dapat dicapai hasil yang dikehendaki. Dilihat dari sudut bahan hukum, konstruksi hukum merupakan penarikan atau pengembangan lebih lanjut dari

sudut konstruksi itu sendiri, ia tidak boleh melepaskan diri dan mengabaikan bahan hukum yang ada tersebut.

Dengan mengutip Rudolp von Jhering, Scholten meminta perhatian terhadap tiga syarat yaitu: (1) Konstruksi harus mampu meliputi seluruh bidang hukum positif yang bersangkutan. (2) Tidak boleh ada pertentangan logis didalamnya. (3) Konstruksi hendaknya memenuhi persyaratan keindahan.

Salah satu bentuk konstruksi adalah fiksi. Perbedaan antara konstruksi dan fiksi adalah, bahwa pada yang pertama berusaha untuk menyederhanakan masalahnya dengan membuang beberapa fakta. Fiksi, sebaliknya justru menambahkan fakta-fakta baru kepadanya. Sehingga tampil suatu personil fikasi baru dihadapan. Bagaimanapun fiksi adalah sesuatu yang bukan kenyataan. Fiksi bermanfaat untuk memajukan hukum, yaitu untuk mengatasi benturan antara tuntutan-tuntutan baru dan sistem yang ada, fiksi harus tetap diperlakukan sebagai bukan kenyataan. Analogi dan penghalusan hukum merupakan cara-cara pembuatan konstruksi yang disebut-sebut dalam buku Scholten tersebut. Analogi ditempuh pada saat orang memulai konstruksinya dari species kegenius untuk kemudian melihat apakah suatu kasus itu masuk dalam kawasan genus tersebut. Sedangkan pada cara penghalusan hukum, orang mulai dari genius untuk kemudian turun kepada speciesnya dan kemudian menggunakannya sebagai sarana untuk memecahkan masalah suatu persoalan hukum

Hukum Perundang-Undangan Sebagai Sistem Terbuka

Hukum sebagai suatu sistem terbuka dikemukakan oleh Paul Scholten pula. Pertama, konsep tersebut merupakan reaksi terhadap pendapat, bahwa hukum itu merupakan suatu kesatuan yang tertutup secara logis. Ajaran yang disebut belakangan ini hendak mempertahankan keutuhan dari sistem hukum sebagai suatu sistem perundang-undangan dengan menjaga kemurnian kualifikasinya sebagai suatu sistem hukum tertulis. Sistem itu tidak boleh berubah dan diubah selama pembuat undang-undang tidak mengubahnya. Segi positif dari ajaran yang demikian itu terletak pada nilai kepastiannya yang besar, sekalipun lebih cenderung kepada ketegaran. Adapun segi negatifnya terletak pada sifatnya yang statis. Kedua, masalah keterbukaan sistem hukum ini juga berhubungan dengan soal kekosongan dalam hukum.

Menurut Scholten membedakan adanya dua konsep kekosongan: (1) Kekosongan dalam hukum, yaitu yang terjadi manakalah hakim mengatakan, bahwa ia menjumpai suatu kekosongan, karena tidak tahu bagaimana ia harus memutuskan. (2) Kekosongan dalam perundang-undangan, yaitu yang terjadi manakalah dengan konstruksi dan penalaran analogipun problemnya yang tidak terpecahkan, sehingga hakim harus mengisi kekosongan itu seperti ia berada pada kedudukan pembuat undang-undang dan memutuskan sebagaimana kiranya pembuat undang-undang itu akan memberikan keputusannya dalam menghadapi kasus seperti itu.

Scholten menyarankan agar pikiran tentang kekosongan seperti tersebut diatas ditinggalkan saja dan kita juga tidak membuat perbedaan lagi antara penerapan hukum oleh hakim dan pembuatan hukum oleh pembuat undang-undang. Alasan lain menjadi dasar dari konsep Scholten adalah bahwa hukum itu merupakan suatu kesatuan norma-norma itu merupakan peristiwa sejarah, karena ditetapkan oleh badan-badan dan kekuatan-kekuatan yang konkrit terdapat didalam masyarakat pada suatu waktu tertentu, seperti pembuat undang-undang, kebiasaan, bahkan juga tingkah laku hukum masyarakat, oleh karena itu Scholten mengemukakan pendapatnya, bahwa hukum itu merupakan sistem terbuka, yang melihat kebelakang kepada perundang-undangan yang

ada, tetapi juga memandang kedepan dengan memikirkan konsekuensi-konsekuensi suatu keputusan hukum bagi masyarakat yang diaturnya.

Undang-undang sering dipergunakan dalam dua pengertian yaitu undang-undang dalam arti formil dan materiil. Undang-undang dalam arti formil adalah suatu bentuk peraturan atau ketetapan yang dibuat oleh badan pembuat undang-undang (badan legislative pusat). Sedangkan undang-undang yang dimaksud dengan arti materiil adalah suatu peraturan yang isinya mengatur kepada masyarakat atau suatu daerah.

Beberapa asas berlakunya undang-undang: (1) Undang-undang yang tingkatannya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan undang-undang yang kedudukannya lebih tinggi dalam mengatur hal yang sama. (2) Undang-undang yang bersifat khusus mengenyampingkan undang-undang yang bersifat umum apabila undang-undang tersebut sama kedudukannya. (3) Undang-undang yang berlaku belakangan membatalkan undang-undang yang terdahulu sejauh undang-undang itu mengatur hal yang sama. (4) Undang-undang tidak boleh diganggu-gugat, artinya undang-undang tidak boleh diuji apakah isinya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang kedudukannya lebih tinggi. (5) Undang-undang yang telah diundangkan dianggap telah diketahui oleh setiap orang. Karena orang yang melanggar undang-undang tidak bisa membela dirinya dengan menyatakan tidak mengetahui undang-undang yang bersangkutan.

Tata urutan peraturan perundang-undangan menurut UUD 1945 sebagai berikut: (1) UUD Negara RI tahun 1945. (2) Ketetapan MPR. (3) UU/ peraturan pemerintah pengganti UU. (4) Peraturan pemerintah. (5) Keputusan presiden. (6) Peraturan menteri. (7) Peraturan daerah. Suatu undang-undang tidak berlaku lagi jika: (a) Jangka waktunya yang telah ditentukan oleh undang-undang yang bersangkutan sudah habis. (b) Keadaan atau hal untuk mana undang-undang itu dibuat sudah tidak ada lagi. (c) Undang-undang itu dicabut oleh instansi yang membuat atau instansi yang lebih tinggi. (d) Telah ada undang-undang yang baru yang isinya bertentangan atau berlainan dengan undang-undang yang dulu berlaku.

Kebiasaan

Kebiasaan merupakan tindakan menurut pola tingkhalaku yang tetap, ajeg, lazim, normal atau adat dalam masyarakat atau pergaulan hidup tertentu (sudikno 1986: 82). Selain itu Kebiasaan adalah perbuatan yang tetap dilakukan berulang-ulang dalam masyarakat mengenai suatu hal tertentu. Apabila suatu kebiasaan tertentu diterima oleh masyarakat, dan kebiasaan itu selalu dilakukan berulang-ulang karena dirasakan sebagai sesuatu yang memang seharusnya, dan penyimpangan dari kebiasaan tersebut dianggap sebagai pelanggaran perasaan hukum yang hidup dalam masyarakat, maka timbulah suatu kebiasaan hukum yang oleh pergaulan hidup dalam masyarakat dipandang sebagai hukum.

Menurut Utrecht Untuk menimbulkan kebiasaan diperlukan beberapa syarat tertentu antara lain: (a) Syarat materiil; Adanya perbuatan tingkhalaku yang dilakukan berulang-ulang di dalam masyarakat tertentu (*longa et inveterata consuetudo*). (b) Syarat intelektual; Adanya keyakinan hukum dari masyarakat yang bersangkutan (*opini necessitatis*). (c) Adanya akibat hukum apabila hukum itu di langgar

Hukum kebiasaan ialah himpunan kaedah-kaedah yang biarpun tidak ditentukan oleh badan perundang-undangan dalam suasana 'werkelijkheid' ditaati juga karena orang sanggup menerima kaedah-kaedah itu sebagai hukum dan ternyata keadah

tersebut dipertahankan oleh penguasa-penguasa masyarakat lain yang tidak termasuk lingkungan badan-badan perundang-undangan.

Adapun kelemahan dari hukum kebiasaan diantaranya pertama, bahwa hukum kebiasaan mempunyai beberapa kelemahan hukum kebiasaan bersifat tidak tertulis dan oleh karenanya tidak dapat dirumuskan secara jelas dan pada umumnya sukar mengantikkannya. Kedua, bahwa hukum kebiasaan tidak menjamin kepastian hukum dan sering menyulitkan beracara karena hukum kebiasaan mempunyai sifat aneka ragam.

Hukum adat termasuk dalam hukum kebiasaan. Kadang-kadang kebiasaan juga disebut sebagai istilah adat, dan memang kata adat berasal dari bahasa arab yang maksudnya kebiasaan. Hukum adat merupakan hukum tak tertulis, disebut juga hukum tradisional. Adat istiadat adalah peraturan-peraturan kebiasaan social yang sejak lama ada dalam masyarakat dengan maksud mengatur tata tertib. Ada juga yang menganggap adat istiadat itu sebagai peraturan sopan santun yang turun temurun.

Antara hukum adat dan adat ada perbedaan. Hukum adat adalah adat yang berfungsi sanksi ini berupa reaksi dari masyarakat terhadap perbuatan tersebut. Apakah suatu adat itu hukum adat atau bukan tergantung pada persekutuan hukum yang bersangkutan. Bila yang bersangkutan mempertahankan ditaatinya adat yang dimaksud maka adat tersebut adalah hukum adat.

Peranan kebiasaan dalam kehidupan hukum pada masa sekarang ini memang sudah banyak merosot. Sebagaimana diatas ia tidak lagi merupakan sumber yang penting sejak ia didesak oleh perundang-undangan dan sejajar sistem hukum semakin didasarkan pada hukum perundang-undangan atau *jus scriptum*. Peranan kebiasaan yang besar yaitu pada tatanan yang pertama adalah pedoman tingkah laku yang dibutuhkan masih sangat sederhana dan mampu dicukupi oleh norma-norma yang elementer sifatnya. Sifat elementer ini terlihat baik pada sisi maupun bentuknya. Bagaimanapun juga, yang penting untuk dicatat disini adalah, bahwa norma-norma pada tatanan seperti itu sangatlah dekat dengan kenyataan kehidupan sehari-hari. Tidak seperti halnya pada perundang-undangan, waktu itu belum dijumpai usaha yang dilakukan secara sadar untuk membuat pedoman tingkah laku dalam bentuk yang formal, definitif yaitu tertulis. Tetapi bagaimanapun kebiasaan tidak dapat sama sekali ditinggalkan, sekalipun suatu negara telah memakai sistem hukum perundang-undangan. Ini terutama terjadi apabila kita tetap tidak melepaskan diri dari piliran kita mengenai adanya masyarakat disamping negara. Sekalipun negara telah menjadi organisasi yang bersifat nasional, namun berdirinya tidak menghapuskan masyarakat, berarti pada waktu yang bersamaan, pada suatu wilayah kita jumpai masyarakat hukum dan masyarakat sosial, masyarakat hukum diorganisasi oleh perundang-undangan sedang lainnya norma-norma sosial, termasuk didalamnya norma kebiasaan. “kebiasaan bagi masyarakat adalah hukum bagi negara”.

Sekarang kita akan melihat bagaiman sesuatu kebiasaan bisa diterima dimasyarakat, yang pertama adalah syarat kelayakan atau masuk akal atau pantas, kebiasaan yang tidak memenuhi syarat harus ditinggalkan. Ini berarti otoritas kebiasaan tidak mutlak melainkan kondisional, bergantung dari kesesuaiannya pada ukuran keadilan dan kemanfaatan umum. Kedua pengakuan akan kebenarannya, ini berarti bahwa kebiasaan itu hendaknya diikuti secara terbuka oleh masyarakat, tanpa mendasarkan pada bantuan kekuatan dibelakangnya dan tanpa persetujuan dari dan dikehendaki oleh mereka yang kepentingannya. Ketiga mempunyai latar belakang sejarah yang tidak dapat dikenali lagi mulainya.

Kebiasaan serta praktek-praktek yang dilakukan oleh anggota-anggota masyarakat memang tidak boleh dikesampingkan begitu saja. Manakal kita ingin

benar-benar mempelajari dan mengetahui hukum yang sungguh-sungguh berlaku dalam kenyataan kehidupan sehari-hari. “praktek-praktek dalam kehidupan sehari-hari yang dituntun oleh pertimbangan memberi dan menerima dalam lalu lintas hubungan antara orang-orang serta kerja sama antara orang-orang yang bersifat masuk akal” kita bisa melihat dalam ungkapan tersebut bahwa menjadi ukuran bukannya apakah perbuatan tersebut sesuai dengan peraturan hukum, melainkan dengan ukuran masuk akal atau pantas atau layak.

Yurisprudensi

Yurisprudensi yaitu putusan hakim (pengadilan) yang memuat peraturan sendiri kemudian diakui dan dijadikan dasar putusan oleh hakim yang lain dalam perkara yang sama. Keputusan yang disebut pertama itulah yang menjadi sumber hukum baik bagi pengadilan maupun administrasi tata usaha negara. Apabila kemudian putusan yang disebut pertama itu juga mendapat perhatian dari kalangan masyarakat maka lama kelamaan keputusan itu menjadi sumber yang memuat suatu kaidah yang oleh umum di terima sebagai hukum. Hukum yang termuat dalam putusan hakim semacam itu menjadi hukum yurisprudensi atau hukum putusan atau juga disebut hukum hakim.

Sebab-sebab seorang hakim mempergunakan putusan hakim lain diantaranya: (1) Pertimbangan psikologis; Karena keputusan hakim mempunyai kekuatan/kekuasaan hukum, terutama keputusan pengadilan tinggi dan Mahkamah Agung. Maka biasanya hakim bawahan segan untuk tidak mengikuti putusan tersebut. (2) Pertimbangan praktis; Karena dalam kasus yang sama sudah pernah dijatukan putusan oleh hakim terlebih dahulu lebih-lebih apabila putusan itu sudah di benarkan atau diperkuat oleh pengadilan tinggi dan MA maka lebih praktis kalau hakim berikutnya memberikan putusan yang sama. Apabila keputusan hakim yang tingkatannya lebih rendah memberi keputusan yang menyimpang/ berbeda dari putusan hakim yang lebih tinggi maka keputusan tersebut tentu tidak dapat dibenarkan pada waktu putusan itu dimintakan banding atau kasasi. (3) Pendapat yang sama; Karena hakim yang bersangkutan sependapat dengan keputusan hakim lain yang social terlebih dahulu terutama apabila isi dan tujuan undang-undang sudah tidak sesuai lagi dengan keadaan social yang nyata pada waktu kemudian maka sudah wajarla apabila keputusan hakim lain tersebut dipergunakan.

Macam-macam yurusprudensi antara lain: (1) *Yurisprudensi tetap*; *Yurisprudensi tetap* adalah keputusan-keputusan hakim yang berulang kali dipergunakan pada kasus yang sama. (2) *Yurisprudensi tidak tetap*; *Yurisprudensi tidak tetap* adalah yurisprudensi yang belum masuk menjadi yurisprudensi tetap.

Asas-asas yurisprudensi antara lain: (1) *Asas Presedent*; Dalam asas preseden hakim terkait pada putusan-keputusan yang lebih dulu dari hakim yang sama derajatnya atau dari hakim yang lebih tinggi. Asas ini di anut oleh negara inggris dan AS. Asas presedent berlaku berdasarkan 4 faktor adalah: (a) bahwa penerapan dari peraturan-peraturan yang sama pada kasus yang sama menghasilkan pelakuan yang sama bagi siapa saja yang datang menghadap pada pengadilan. (b) bahwa mengikuti preseden secara konsisten dapat menyumbangkan pendapatnya dalam masalah-masalah di kemudian hari. (c) Bahwa penggunaan kriteria yang mantap untuk menempatkan masalah-masalah yang baru dapat menghemat waktu dan tenaga. (d) Bahwa pemakaian putusan-putusan yang lebih dulu menunjukkan adanya kewajiban untuk menghormati kebijaksanaan dari pengadilan pada generasi sebelumnya.

Preseden ini merupakan satu lembaga yang lebih dikenal dalam sistem hukum Anglo-Saxon atau common law system. Sejumlah besar *jus non scriptum* yang

membentuk sistem common law itu hampir seluruhnya terdiri dari hasil-hasil keputusan pengadilan. Hasil-hasil keputusan dihimpun kedalam sejumlah sangat besar law reports yang sudah dimulai sejak akhir abad ketigabelas. Asas stare decisis artinya “berhenti pada atau mengikuti keputusan-keputusan”. Apabilah muncul situasi atau serangkaian fakta-fakta seperti pernah terjadi sebelumnya, maka keputusannya yang akan diberikan oleh pengadilan dapat diharapkan sama dengan keputusan yang dijatuhkan pada waktu itu.

Salah satu ajaran atau doktrin dari preseden dalam common law adalah bahwa ketentuan-ketentuan hukum itu dikembangkan dalam proses penerapannya, hal ini berarti, bahwa ia merupakan hasil karya dari hakim dan bukan dari para ahli hukum yang lain. Seperti pengajar-pengajar pada perguruan tinggi. Bagaimanapun pandainya mereka. Sebaliknya karya-karya hakim itu hanya diakui sebagai hukum manakalah ia dihasilkan dalam suatu proses pengadilan. Sementara itu, dalam proses penerapan hukum tersebut, seorang hakim juga bisa menyatakan berbagai pendapat yang tidak langsung berhubungan dengan persoalan yang sedang dihadapi.

Berikut beberapa hal yang menghapuskan atau melemahkan mengikat preseden menurut Fitzgerald, 1966: 148-158: (a) Keputusan-keputusan yang dibatalkan, suatu keputusan tidak lagi mempunyai kekuatan mengikat, manakalah sesudah keputusan itu dijatuhkan diundangkan suatu peraturan yang bertentangan dengannya, atau apabila ia digugurkan oleh keputusan yang lebih tinggi. (b) Ketidaktahuan mengenai adanya peraturan, suatu preseden tidak mengikat apabila ia dibuat karena ketidaktahuan mengenai suatu peraturan. (c) Ketiadaan konsisten dengan keputusan pengadilan yang lebih tinggi. (d) Ketiadaan konsisten antara keputusan-keputusan yang setingkat, suatu pengadilan tidak terikat pada keputusan yang ia buat sebelumnya yang bertentangan satu sama lain. (e) Preseden-preseden yang dibuat subsilentio atau yang tidak sepenuhnya dipertahankan. (f) Keputusan yang keliru, suatu keputusan bisa juga salah atas dasar bahwa ia dilandaskan pada dasar-dasar yang keliru atau bertentangan dengan asas-asas fundamental dari common law. (1) Asas bebas; Asas bebas ini adalah kebalikan dari asas presedent. Di sini petugas peradilan tidak terikat pada keputusan-keputusan hakim sebelumnya pada tingkatan sejajar maupun hakim yang lebih tinggi. Asas ini dianut oleh bangsa belanda dan perancis. Di dalam praktek seperti di Belanda asas bebas ini tidak dilakukan sesera konsekwen sedikit banyak hakim yang menggunakan putusan hakim-hakim lain. Apalagi keputusan-keputusan dari hakim yang lebih tinggi dengan alasan purbadi. (a) Mencegah terjadinya kesimpangsiuran keputusan hakim sehingga mengaburkan atau tidak tercapainya tujuan kepastian hukum. (b) Mencegah terjadinya pengeluaran biaya yang kurang perlu karena pihak yang tidak puas akan naik banding. (c) Mencegah pandangan yang kurang baik dari atasan.

Traktat

Traktat adalah perjanjian yang diadakan oleh dua negara atau lebih. Bila mana traktat itu diadakan oleh dua negara saja maka dinamakan perjanjian bilateral. Dan bila mana perjanjian itu diadakan oleh lebih dari dua negara maka dinamakan perjanjian multilateral. Kemudian perjanjian multilateral diberikan kesempatan kepada negara-negara lain yang tadinya tidak ikut mengadakannya untuk juga menjadi pihak maka dinamakan perjanjian kolektif atau terbuka. (1) Traktat adalah perjanjian yang dibuat antara negara, 2 negara atau lebih. (2) Merupakan perjanjian internasional yang dituangkan dalam bentuk tertentu. (3) Perjanjian terjadi karena adanya kata sepakat dari kedua belah pihak (negara) yang mengakibatkan pihak-pihak tersebut terikat pada isi

perjanjian yang dibuat. (4) Traktat ini juga mengikat warganegara-warganegara dari negara-negara yang bersangkutan. (5) Dapat dijadikan hukum formal jika memenuhi syarat formal tertentu, misalnya dengan proses ratifikasi. (6) Asas Perjanjian “Pacta Sun Servanda” = perjanjian harus dihormati dan ditaati

Macam-macam Traktat: (1) Traktat bilateral, yaitu traktat yang diadakan hanya oleh 2 negara, misalnya perjanjian internasional yang diadakan antara pemerintah RI dengan pemerintah RRC tentang “Dwikewarganegaraan”. (2) Traktat multilateral, yaitu perjanjian internasional yang diikuti oleh beberapa negara, misalnya perjanjian tentang pertahanan negara bersama negara-negara Eropa (NATO) yang diikuti oleh beberapa negara Eropa. (3) Traktat Kolektif / Traktat terbuka adalah traktat multilateral yang memberikan kesempatan kepada negara-negara yang pada permulaannya tidak turut mengadakannya, tetapi kemudian juga ikut menjadi pihak yang menyepakatinya. Misalnya, Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa.

Akibat yang menyangkut orang dimana apabila perjanjian itu menyangkut hubungan antara orang dengan orang lain, maka timbul hukum *prifat* internasional, sedangkan yang menyangkut banyak orang atau umum atau negara menimbulkan hukum *public* internasional. Bagaimana jika perjanjian itu merupakan perjanjian antar orang secara individu. Bila perjanjian adalah perjanjian perorangan secara individu atau badan swasta dengan orang lainnya secara individual atau badan hukum lainnya, akan menimbulkan perjanjian atau *Overeenkomst* atau kontrak biasa. Apabila yang membuat perjanjian adalah subjek hukumnya negara yang merupakan *Rechtspersoon* dengan negara lain juga sebagai *rechpersoon*, maka terjadi perjanjian antar negara perjanjian internasional atau traktat.

Taktat dalam hukum Internasional juga dibedakan menjadi: (1) *Treaty*, perjanjian yang harus disampaikan kepada DPR untuk disetujui sebelum diratifikasi oleh kepala negara. (2) *Agreement*, perjanjian yang diratifikasi terlebih dahulu oleh kepala negara baru disampaikan kepada DPR untuk diketahui.

Menurut **E. Utrecht** ada empat fase pembuatan perjanjian antar negara: (a) Penetapan (*sluiting*) oleh delegasi. (b) Persetujuan oleh DPR. (c) Ratifikasi/pengesahan oleh Presiden. (d) Pelantikan/pengumuman (*afkondiging*)

Bagaimana cara menyelesaikannya atas pelanggaran terhadap traktat? Karena subjek hukum dalam traktat itu macam-macam maka cara penyelesaiannya pun macam-macam: (a) Masalah sengketa dalam hukum perdata (*privat*); Pelanggaran hukum perdata dilakukan oleh subjek hukum manusia pribadi (*natuurlijk persoon*) atau badan hukum privat. Biasanya diselesaikan oleh badan pengadilan (*yudikatif*) nasional di tempat terjadinya pelanggaran sesuai dengan asas territorial. Misalnya, tuntutan atas merek dagang, hak cipta, penanaman modal oleh satu perusahaan di suatu negara diselesaikan di negara terjadinya pelanggaran itu. Penyelesaian dengan cara perdamaian atau perundingan pihak yang merasa bersalah bersedia memberi ganti rugi atas kesalahannya. (b) Dalam pelanggaran masalah hukum publik; Pelanggarnya adalah subjek hukum badan hukum (*rechts person*) yaitu negara dan sanksi yang diberikan oleh badan *Yudikatif* internasional. Misalnya, sengketa wilayah negara, kekayaan alam, isi lautan dan lain sebagainya untuk itu di tempu jalan arbitrase atau perwasitan. Kalau yang melanggar subjek hukum negara maka yang menjadi wasit adalah negara. Tetapi apabila pelanggar itu manusia atau pribadi atau badan hukum maka yang menjadi wasit adalah orang atau suatu lembaga.

Doktrin

Doktrin adalah ahli-ahli hukum yang ternama, yang mempunyai pengaruh dalam pengambilan putusan pengadilan. Dalam pertimbangan hukum putusan pengadilan, seringkali hakim menjadikan pendapat ahli-ahli yang terkenal sebagai alasan putusannya. Yaitu dengan mengutip pendapat-pendapat para ahli hukum tersebut. Dengan demikian putusan pengadilan terasa lebih berwibawa. Doktrin sebagai sumber hukum mempunyai pengaruh yang besar dalam hubungan internasional. Bahkan dalam hukum internasional doktrin (pendapat para sarjana hukum) merupakan sumber hukum yang sangat penting.

Biasanya hakim dalam memutuskan perkaranya di dasarkan kepada undang-undang, perjanjian internasional, dan yurisprudensi. Apabila ternyata ketiga sumber tersebut tidak dapat memberi semua jawaban mengenai hukumnya, maka hukumnya dicari para pendapat para sarjana hukum atau ilmu hukum. Ilmu hukum adalah sumber hukum tetapi bukan hukum seperti undang-undang karena tidak mempunyai kekuatan mengikat. Meskipun tidak mempunyai kekuatan mengikat hukum, tetapi ilmu hukum itu cukup berwibawa karena dapat dukungan para sarjana hukum.

Doktrin sebagai sumber hukum formil; Doktrin yang belum digunakan hakim dalam mempertimbangkan keputusannya belum merupakan sumber hukum formil, jadi jika untuk dapat menjadi sumber hukum formil doktrin harus memenuhi syarat tertentu ialah doktrin yang telah menjadi putusan hakim. Sebagai sumber hukum formil doktrin nampak dengan jelas pada hukum internasional, karena secara tegas dinyatakan bahwa doktrin atau pendapat para sarjana hukum terkemuka adalah sebagai satu sumber hukum formil. Yang termasuk sumber hukum formil hukum internasional adalah (Kansil 1982: 49): (1) Perjanjian internasional. (2) Kebiasaan internasional. (3) Asas-asas hukum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab. (4) Keputusan hakim. (5) Pendapat para sarjana hukum yang terkemuka.

Mengenai sumber hukum formil Apeldoorn berpendapat bahwa yurisprudensi, perjanjian dan doktrin bukan merupakan sumber hukum. Pendapat ini bertentangan dengan Belle Froid yang justru menekankan secara tegas bahwa yurisprudensi perjanjian dan doktrin adalah sumber hukum formil.

Rechtsboek atau kitab hukum; Di dalam sejarah dikenal dengan adanya pendapat umum tentang pendapat para sarjana/ ilmu hukum yang menyatakan bahwa orang tidak boleh menyimpang dari pendapat undang—undang para sarjana. Ini berarti bahwa pendapat para sarjana itu mempunyai kekuatan mengikat. Lain dari pada itu dikenal juga rechtsboek atau kitab hukum ialah tulisan para sarjana yang menguraikan tentang hukum kebiasaan sewaktu undang-undang belum berperan. Kitab hukum ini dipergunakan oleh hakim karena begitu besar peranan dari pada kitab hukum tersebut.

Revolusi/Coup D'etat

Salah satu sumber hukum yang tidak normal (abnormal) ialah revolusi atau coup d'etat yaitu suatu tindakan dari warga negara yang mengambil ahli kekuasaan dari luar cara-cara yang diatur dalam konstitusi suatu negara. Jika tindakan itu berhasil maka revolusi / coup d'etat itu adalah: (1) Sumber hukum normal: (a) Sumber hukum normal yang langsung atas pengakuan UU, yaitu UU, perjanjian antar negara dan kebiasaan. (b) Sumber hukum normal yang tidak langsung atas pengakuan UU, yaitu perjanjian doktrin dan yurisprudensi. (2) Sumber hukum abnormal; (adalah) Proklamasi. (b) Revolusi. (c) Coup d'etat

Pendapat Beberapa Pakar Hukum tentang Macam-macam Sumber Hukum

Macam-macam sumber hukum Sudikno menyebutkan (1986:63): (1) Algra; Membagi sumber hukum dalam sumber hukum materiil dan formil. Sumber hukum materiil ialah tempat dari mana materi itu di ambil. Sumber hukum materiil ini merupakan factor yang membatasi pembagian hukum misalnya hubungan social, hubugaa kekuata politik, situasi social ekoomi, tradisi (pandangan keagamaan, kesusilaan), hasil penelitian ilmiah (kriminologi lalulintas) perkembanga iternasional, keadaa geografi ini semuaya merupakan obyek studi penting bagi sosiologi hukum.

Sumber hukum formil merupaka tempat atau sumber dari mana suatu peraturan memperoleh kekuata hukum. li berkaita degan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan itu berlaku secara formal. Yang diakui umum sebagai sumber hukum formil ialah undang-undang, perjanjian antar negara, yurisprudensi dan kebiasaan.

Van Apeldoorn; Dalam bukunya pengantar ilmu hukum terjemahan Mr. Octarid Sadino. Membedakan empat sumber hukum yaitu: (1) Sumber hukum dalam arti historis; Yaitu tempat yang dapat kita menemukan hukumnya dalam sejarah atau dari segi historis ini dibagi lajut menjadi dua yaitu: (a) Sumber hukum yang merupakan tempat dapat diketemukan atau dikenalkannya hukum secara historis, dokumen-dokumen kuno, lontar dan sebagainya. (b) Sumber hukum yang merupakan tempat pembentukan undang-undang mengambil bahannya. (c) Sumber hukum dalam arti sosiologis (teleologis) merupakan factor-faktor yang menentukan isi hukum positif, seperti keadaan agama, pandangan agama dan sebagainya. (2) Sumber hukum dalam arti filosofis. Dibagi menjadi dua bagian: (a) Sumber isi hukum, disini ditanyakan isi hukum itu asalnya dari mana. Ada tiga pendapat yang menjawab: (i) Padangan teotitis menurut pandangan ini hukum berasal dari Tuhan. (ii) Padangan hukum kodrat, merupakan padagan ini isi hukum berasal dari akal manusia. (iii) Padangan mashab historis, menurut pandangan ini isi hukum berasal dari kesadaran hukum. (b) Sumber kekuatan mengikat dari hukum, mengapa hukum mempunyai kekuatan mengikat, mengapa kita tunduk pada hukum. Kekuatan mengikat dari kaeda hukum bukan semata-mata didasarkan pada kekuatan yang bersifat memaksa, karena kebanyakan orang didorong oleh alasan kesusilaan atau kepercayaan.

(3) Sumber hukum dalam arti formil; Yang dimaksud ialah sumber dilihat dari cara terjadinya hukum positif merupakan fakta yang menimbulkan hukum yang berlaku dan mengikat hakim dan penduduk. Isinya timbul dari kesadaran rakyat. Agar dapat berupa peraturan tentang tingka laku harus dituangkan dalamb bentuk undang-undang, kebiasaan, dan traktat atau perjanjian antar negara. Van Apeldoorn menyebutkan perjanjian, yurisprudensi dan ajaran hukum atau doktrin sebagai factor-faktor yang membantu pembentukan hukum, sedangkan Lamaire menyebutkan yurisprudensi, kesadaran hukum dan ilmu hukum sebagai determinan bagi pembentukan hukum.

Achmad Sanusi (1977: 34) membagi sumber hukum menjadi dua kelompok yaitu: (1) Sumber hukum normal yang dibagi lanjut menjadi: (a) Sumber hukum normal yang langsung atas pengkuan perundang-undangan yaitu : (i) Undang- undang. (ii) Perjanjian antar negara. (iii) kebiasaan. (b) Sumber hukum normal yang tidak langsung atas pengakuan undang-undang yaitu: (i) Perjanjian. (ii) Doktrin. (iii) Yurisprudensi. (2) Sumber hukum abnormal; (a) Proklamasi. (b) Revolusi/ coup D'etat. (3) Tap MPRS no. XX / MPRS/ 1966; Menggunakan sumber tertib hukum yaitu: (a) Pancasila. (b) Proklamasi kemerdekaan 17 Agustus 1945. (c) Dektrit presiden 5 Juli 1959. (d) Undang-Undang Dasar 1945. (e) Surat Perintah 11 Maret 1966. (4) Sumber hukum filosofis idiologis dan sumber hukum yuridis. Sumber hukum ini dapat di bagi

menjadi: (a) Sumber hukum filosofis idiologis ialah sumber hukum yang dilihat dari kepentingan individu, nasional atau internasional, sesuai dengan falsafah dan idiologi yang dianut suatu negara. Misalnya; (i) Di negara blok barat (AS, Inggris, Belanda, Jerman barat, Perancis, Belgia) sumber hukumnya liberalism dan individu. (ii) Di negara tirai besi (dulu) dan tirai bambu (Uni Soviet, RRC, Chekoslowakia), ialah komunisme, historis materialism yang diterapkan dengan paham leninisme, maoisme, titoisme. (iii) Di negara kita RI sumber filosofis idiologisnya adalah Pancasila. (b) Sumber hukum segi yuridis, merupakan penerapan dan penyebaran langsung dari sumber hukum segi filosofis ideologis yang diadakan pembedaan antara sumber hukum formal dan sumber hukum materiil: (i) Sumber hukum materiil sumber hukum yang di lihat dari segi isinya misalnya: KUH Pidana segi materiilnya ialah mengatur tentang pidana umum, kejahatan dan pelanggaran; KUH Perdata dari segi materiilnya mengatur tentang masalah orang sebagai subjek hukum, barang sebagai subjek hukum, perikatan, perjanjian, pembuktian dan kedarluasaan. (c) Sumber hukum formal, sumber hukum dilihat dari segi yuridis dalam arti formal yaitu sumber hukum dari segi bentuknya yang lasimnya terdiri dari: (i) Undang-undang. (ii) Kebiasaan. (iii) Traktat. (iv) Yurisprudensi. (v) Doktrin.

PENUTUP

Berdasarkan pembahasan diatas maka dapat disimpulkan bahwa Sumber hukum dalam pengertiannya adalah (1)“ asalnya hukum” ialah berupa keputusan penguasa yang berwenang untuk memberikan keputusan tersebut Artinya, keputusan itu haruslah dari penguasa yang berwenang untuk itu, (2) Sumber hukum dalam pengertiannya sebagai “tempat” dikemukakannya peraturan-peraturan hukum yang berlaku dan (3) pengertian sumber hukum dalam pengertiannya sebagai “ hal-hal yang dapat atau seyogianya mempengaruhi kepada penguasa di dalam menentukan hukumnya”. Misalnya keyakinan akan hukumnya, rasa keadilan, perasaan akan hukumnya entah dari penguasa atau rakyatnya, dan juga teori-teori, pendapat-pendapat dan ajaran-ajaran dari ilmu pengetahuan hukum. Selain itu, defenisi sumber hukum sendiri di tinjau dari perspektif bidang kajian masing- masing, seperti agama, sosiologi, sejarah, ekonomi maupun hukum. Namun dapat ditarik kesimpulan bahwa sumber hukum adalah segala sesuatu yang menimbulkan aturan-aturan yang mengikat dan memaksa, sehingga apabila aturan itu dilanggar akan menimbulkan sanksi yang tegas dan nyata bagi pelanggarnya.

Sumber-sumber yang melahirkan hukum bisa digolongkan dalam dua kategori besar yaitu sumber-sumber yang bersifat hukum dan yang bersifat sosial. Yang pertama merupakan sumber-sumber yang diakui oleh hukum sendiri sehingga secara langsung bisa melahirkan atau menciptakan hukum. Adapun yang kedua merupakan sumber yang tidak mendapatkan pengakuan secara formal oleh hukum, sehingga tidak secara langsung bisa diterima sebagai hukum. sumber-sumber hukum itu dikaitkannya dengan satu pihak pada kehendak dari yang berkuasa , sedang yang lain pada vitalitas dari masyarakat sendiri yang pertama bersifat atas bawah dan yang ke dua bawah atas.

Sedangkan parah ahli mengelompokan macam-macam sumber hukum dalam dua kelompok yaitu; sumber-sumber hukum formil dan materiil. Sumber hukum formil adalah sumber hukum yang dilihat dari segi yuridis dalam arti formal yaitu sumber hukum dari segi bentuknya yang terdiri dari undang-undang, kebiasaan, traktat, doktrin dan yurisprudensi. Sedangkan sumber hukum materiil ialah sumber hukum yang dilihat dari segi isinya misalnya KUH pidana mengatur tentang pidana umum dan KUH perdata mengatur tentang masalah orang serta barang sebagai subjek hukum.

Selanjutnya, yang menjadi sumber tertib hukum Republik Indonesia adalah Pancasila, UUD Negara RI Tahun 1945, Proklamasi Kemerdekaan 17 Agustus 1945, Dekrit Presiden 5 Juli 1959 dan Surat Perintah Sebelas Maret 1966.

DAFTAR PUSTAKA

- Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Grup, Jakarta 2009
- Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung 2014
- Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Penerbit Rineka Cipta, Jakarta 1995
- Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta 2001
- Zainal Asikin, *Pengantar Ilmu Hukum*, Penerbit PT Rajagrafindo Persada, Jakarta 2013
- <http://donxsaturniev.blogspot.co.id/2010/05/traktat-traktat-adalah-perjanjian-ang.html>