

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Keterbatasan norma untuk dapat diterapkan pada peristiwanya adalah keniscayaan. Portalis, menyebutnya dengan ungkapan :

“un code quelque complet qu’il puisse paraitre, n’est pas plus tot achev’e que mille question inattendues viennent s’offrir au magistrat. Car les lois une fois redigees, demeurent telles qu’elles ont ete cerite. Les hommes au contraire, ne reposent jamais”

(suatu kitab hukum betapapun terlihat lengkap, dalam praktik, tidak akan dapat menjawab apabila beribu-ribu masalah yang tidak diduga diajukan kepada hakim. Oleh karena itu undang-undang sekali ditulis tetap begitu. Sebaliknya, manusia tidak pernah berhenti bergerak).¹

Realitas tersebut sulit terbantahkan, sebab hukum dalam arti tertulis (*wet*) bukanlah sesuatu yang lengkap dan menyeluruh (tuntas) sebagai alat (*tool*) pengkonfirmasi tindak-tanduk manusia kedalam sebuah formulasi yuridis. Atau, kedalam sebuah skema, kerangka, dan/atau skeleton dalam pernyataan Satjipto.² Pada kondisi hukum (*wet*) tidak dapat memenuhi kebutuhan masyarakat pada suatu waktu dan tempat tertentu, akan terjadi apa yang disebut William F. Ogburn sebagai “*social leg*”.³

Ketidak sempurnaan peraturan perundang-undangan, di pihak lain hukum harus ditegakkan sejalan dengan tujuannya mewujudkan keadilan,

¹Portalis sebagaimana dikutip dan diterjemahkan Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2011, hlm. 147

²Satjipto Rahardjo menyatakan “membuat hukum tertulis adalah tidak sama dengan memindahkan realitas secara sempurna kedalam teks, sehingga terjadi padanan yang sempurna, melainkan “menerjemahkan kenyataan tersebut kedalam kalimat”. Lebih lanjut lihat, Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2010, hlm. 8.

³*Social leg* adalah suatu keadaan dimana terjadi ketidak seimbangan dalam perkembangan lembaga-lembaga kemasyarakatan yang mengakibatkan terjadinya kepincangan-kepincangan. Lebih lanjut lihat, William F. Ogburn dalam Soerjono Soekanto, *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2010, hlm. 23, 115.

kemanfaatan, dan kepastian hukum menurut Gustav Radbruch⁴ dan nilai-nilai tersebut harus diaktualisasikan pada setiap keputusan hukum.⁵ Guna mewujudkan cita hukum dimaksud sehingga hukum sebagai, “*the graetest happiness of the greatest number*” (memberikan kebahagiaan sebesar-besarnya bagi masyarakat), sejalan dengan pernyataan Jeremy Bentham,⁶ atau ungkapan lain, “*ius quia iustum*” (hukum adalah keadilan atau hukum adalah aturan yang adil).⁷ Karenanya, hukum harus menjadi solusi (preskriptif).

Ditengah keterbatasan hukum formal, hakim terkadang harus dihadapkan dengan peristiwa hukum yang tidak sebangun dengan rumusan norma. Realitas mana, mengaharuskannya melakukan penalaran (*reasoning*). Bahkan, menurut Abdul Manan, tidak ada peristiwa hukum yang nyata-nyata sama persis dan sebangun dengan lukisan dalam undang-undang.⁸ Sebab, undang-undang hanya bersifat umum (*open-textured language*), dan demikian semestinya agar memberi kesempatan (ruang) kepada hakim untuk mempertimbangkan.⁹



⁴W. Friedmen, *Teori Filsafat Hukum-Idealisme Filosofis dan Problem Keadilan*, (Terjemahan Muhammad Arifin), Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994, hlm. 42-43.

⁵Hukum seyogianya dapat mengakomodir 3 (tiga) kepentingan yaitu: *Pertama*, kepentingan individu (pihak yang berperkara) yang menginginkan keadilan. *Kedua*, kepentingan negara yang menginginkan kepastian hukum untuk mempertahankan legitimasi. *Ketiga*, kepentingan masyarakat yang menginginkan adanya dampak kemanfaatan dari putusan hakim yang bersifat kasuistik dan individual tersebut. Lihat lebih lanjut lihat, Ansyahrul, *Peran, Tugas, dan Tanggung Jawab Hakim Dalam Mewujudkan Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan*, Majalah Komisi Yudisial, Edisi Maret-April, 2015, KY RI, Jakarta, hlm. 14.

⁶Jeremy Bentham dalam Achmad Ali, *Menguak Teori (legal theory) Hukum dan Teori Peradilan (judicialprudence) (termasuk Interpretasi Undang-Undang)*, Prenada Media Group, Jakarta, 2012, hlm. 76

⁷Van Apeldorn dalam Muhammad Edwin, *Filsafat Hukum (Refleksi Kritis terhadap Hukum)*, Raja Wali Pers, Jakarta, 2012, hlm. 143.

⁸Lihat, Bagir Manan dalam Muhammad Noor dkk., *Karena Hakim Bukan Corong Undang-Undang*, Majalah Peradilan Agama, Edisi 2 September-November, 2013, Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama Mahkamah Agung RI, Jakarta Pusat, 2013, hlm. 6

⁹*Ibid.* 6

Dalam memenuhi kebutuhan hukum masyarakat sebagai kumpulan individu,¹⁰ pada sisi lain hakim juga tidak dibenarkan menolak perkara dengan dalih hukum tidak ada atau kurang jelas, karena hakim dianggap mengetahui semua hukum (*ius curia novit/curia novit jus*).¹¹ Sebaliknya, pada situasi tertentu hakim terkadang harus melampaui norma (menerobos), dengan menyimpangi ketentuan hukum tertulis yang sudah usang atau yang tidak lagi memenuhi rasa keadilan masyarakat, yang disebut dengan *contra legem*.¹²

¹⁰Perbedaan antara legislator (sebagai *science pour les legislateurs*) dengan hakim (sebagai *science du magistrat*) yaitu legislator hanya memberikan peraturan secara umum dengan mempertimbangkan manusia secara keseluruhan bukan sebagai kumpulan individu (*il considere les homes en masse, jannais comme particuliers*), sedangkan *magistrat* berkaitan sehari-hari dengan penerapan undang-undang yang senantiasa baru (*il faudrait journellement faire de nouveaux lois*). Lebih lanjut lihat, Peter Mahmud Marzuki, *Op. Cit.*, hlm. 149.

¹¹Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata, tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2016, hlm. 821

Prinsip ini juga ditegaskan dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman berbunyi, "*pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya*", Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman berbunyi, "*hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*".

Bagir Manan menyebutkan ada beberapa asas-asas yang terkandung dalam Pasal 16 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman (sekarang UU No. 49 Tahun 2009), yaitu : 1). untuk menjamin kepastian hukum bahwa setiap perkara yang diajukan ke pengadilan akan diputus, 2). untuk mendorong hakim melakukan penemuan hukum, 3). sebagai perlambang kebebasan hakim dalam memutus perkara, 4). Sebagai perlambang hakim tidak selalu harus terikat secara harfiah pada peraturan perundang-undangan yang ada. Lebih lanjut lihat, Bagir Manan dalam H.A. Mukhsin Asyrof, "*Asas-asas Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum Oleh Hakim dalam Proses Peradilan*", "*Majalah Hukum Varia Peradilan*, Edisi November No. 252, 2006, Mahkamah Agung (IKAHI), Jakarta, 2006, hlm. 84.

¹² Ahmad Kamil dan Fauzan, *Kaidah-kaidah hukum Yurisprudensi*, Prenada Media, Jakarta, 2004, hlm. 20

Contra legem dilakukan hakim, bukan karena hukum tidak jelas atau tidak lengkap, melainkan lebih pada norma hukum sudah usang atau tidak sesuai dengan nilai-nilai hukum masyarakat yang berkembang. Lihat, Ahmad Zinal Fanani, *Berfilsafat Dalam Putusan Hakim*, Mandar Maju, Bandung, 2014, hlm. 130, Lihat, juga, Wanjtik Saleh, *Hukum Acara Perdata*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1981, hlm. 34, dan Lihat, William Zefenberg dalam Soejono, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, UNDIP, 1979, hlm. 60

Cara pandang ini bersentuhan dengan dasar-dasar ajaran hukum progresif, dengan memosisikan hukum hanya sebagai alat untuk mewujudkan keadilan,. Sehingga, hukum harus membebaskan, hukum diabdikan untuk manusia, bukan sebaliknya. Hukum progresif itu berusaha keluar dari kerangka teks. Jika hukum yang dibaca sekedar teks mati akan berbahaya. Lihat, Satjipto Raharjo, *Penegakan...*, *Op. Cit.*, hlm. 55-69

Manifestasi asas *ius curia novit* adalah konsekuensi logis, hakim bukanlah penyambung lidah atau corong undang-undang (*la bouche de la loi*).¹³ Sedang, cara pandang yang membakukan teks hukum (hakim sebagai corong undang-undang), menurut Satjipto Rahardjo akan berimplikasi pada kegagalan dan/atau ketidak berfungsinya hukum itu sendiri.¹⁴ Lili Rasjidi menambahkan,¹⁵ kebebasan hakim memeriksa dan mengadili sebuah perkara, hanya terikat pada fakta-fakta relevan dan kaidah hukum yang menjadi atau dijadikan landasan keputusannya dan oleh Muctar Kusumaatmadja kebebasan hakim digambarkan sebagai kekuasaan yang besar.¹⁶

Dengan kata lain, hakim memiliki peranan penting dalam proses penegakan hukum (*law enforcement*), sebagaimana digambarkan oleh Satjipto¹⁷ bahwa bagian terpenting dalam proses hukum adalah ketika hakim memeriksa dan mengadili suatu perkara, sebab hakim pada saat itu harus

Sudikno meyinggung hal tersebut, dengan menyatakan : “ketika hakim tidak terikat erat dengan peraturan perundang-undangan, hakim telah melakukan penemuan hukum bebas. Kebebasan hakim dalam konteks ini bagi Sudikno bukanlah tidak terikat sama sekali dengan undang-undang, malainkan hakim tetap menjadikan undang-undang sebagai alat bantu untuk memperoleh pemecahan yang menurut hukum tepat, tetapi tidak selalu harus sama dengan penyelesaian sesuai undang-undang. Dalam konteks ini ia tidak lagi sekedar menemukan hukum dalam cakupan pengertian *rechtsvinding*, tetapi sudah sudah menciptakan hukum (*rechtschepping*), karena dia tidak lagi sekedar menjelaskan atau menafsirkan. Lebih lanjut lihat, Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2013, hlm. 29-30

Achmad Ali menambahkan, bahwa dilihat dari keterikatan hakim atau titik anjak hakim dalam melakukan penemuan hukum ketika dihadapkan pada keadaan dimana hukum formil tidak jelas dan lengkap untuk dapat diterapkan dalam peristiwa konkret, sebahagian kalangan mencoba untuk memisahkan antara metode interpretasi dalam pengertian mereka seperti L.B. Curzon, Pitlo, dan Bentham, dengan dengan metode lainnya yang sebagian menyebutnya sebagai konstruksi hukum. Lebih lanjut lihat, L.B. Curzon, Pitlo, dan Bentham dalam Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Pranada Media Group, Jakarta 2015. hlm. 174-180

¹³fungsi hakim yang hanya mengkonstatir undang-undang pada peristiwanya, kemudian hakim menerapkannya menurut bunyi undang-undang (penerapan undang-undang secara logis-terpaksa sebagai silogisme), dianut oleh Montesquieu dan Kan. Lebih lanjut lihat, Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang...*, hlm. 6-7. .

¹⁴Satjipto Rahardjo dalam Achmad Arief Budiman, *Loc. Cit.*

¹⁵Lili Rasjidi dan Thania Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm. 94

¹⁶Muctar Kusumaatmadja dalam Lili Rasjidi dan Thania Rasjidi, *Ibid.*

¹⁷Lihat, Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 182-183

memeriksa kenyataan, serta menghukuminya dengan peraturan yang berlaku. Oleh karena itu, hakim bagi Achmad Arief Budiman¹⁸ harus bertindak sebagai *a creative lawyer* (memiliki keahlian khusus) atau dalam istilah Van Apeldorn disebut “*rechtskunst*” (seni hukum),¹⁹ agar hakim dapat membuat putusan dalam konteks yang tepat atau putusan bercorak *normatif argumentatif*²⁰ menurut Mukti Arto.

Aktivitas hakim mengkonkritisasi peraturan umum yang tidak sama persis dengan peristiwa konkret untuk dapat diterapkan, dan kemudian mengambil kesimpulan (*konklusi*) dalam sebuah putusan atau penetapan, akan menggambarkan beberapa corak/bentuk. *Pertama*, disebut sebagai aktivitas menerapkan hukum kepada peristiwa konkret yang disebut *rechtstoepassing*. Hakim dalam konteks ini hanya melakukan proses *subsumptie automaat*.²¹ Karena, hakim hanya menarik peristiwa konkret menjadi peristiwa hukum dan kemudian mencocokkannya dengan rumusan norma. *Kedua*, disebut sebagai aktivitas membentuk hukum dalam pengertian *rechtsvinding*.²² Hal ini

¹⁸Achmad Arief Budiman, “*Penemuan Hukum Dalam Putusan Mahkamah Agung Dan Relevansinya Bagi Pengembangan Hukum Islam Indonesia*”, Jurnal Pemikiran Islam, Vol. 24, No. 1, April-Mei, 2014, Al-Ahkam IAIN Walisongo, Semarang, hlm. 3

¹⁹Van Apeldorn dalam Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2011, hlm. 19-20

²⁰Putusan *normatif argumentatif* adalah putusan yang di dalamnya terdapat pemikiran hukum yang *tekstual* dan dilengkapi dengan pemikiran *kontekstual* yang kemudian desempurnakan dengan pemikiran *cita hukum maqashyid al-syaria`ah* (tujuan hukum untuk kemaslahatan) yang dijiwai nilai keadilan. Lebih lanjut lihat, Mukti Arto, *Pembaharuan Hukum Islam Melalui Putusan Hakim*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2015, hlm. VIII.

²¹Sudikno Mertokusumo dalam Achmad Ali, *Menguak...*, *Op.Cit.*, hlm. 152.

²²Bagir Manan dalam Muhammad Noor dkk., *Karena Hakim...*, *Loc.cit.*

Dilihat dari praktek Pengadilan, ada 3 (*tiga*) istilah yang sering dipergunakan oleh Hakim yaitu penemuan hukum (*rechtsvinding*), pembentukan hukum (*rechtsvorming*) atau menciptakan hukum (*rechtschepping*), dan penerapan hukum (*rechtstoepassing*), dan pelaksanaan hukum (*law applying*). Lihat, Abdu Manan, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Praktek Hukum Acara di Peradilan Agama*, Makalah ini yang disampaikan Pada Acara Rakernas Mahkamah Agung RI tanggal 10 s/d 14 Oktober 2010, di Balikpapan, Kalimantan Timur, dan duplikasikan melalui laman Pengadilan Tinggi Medan, <http://www.pta.medan.go.id>. Dikunnggu pada tanggal 2 April 2017, hlm.2. Lihat juga, Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum (Sebuah Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, 1998, hlm. 36-37

dilakukan, ketika hakim dihadapkan pada realitas ketidak jelasan atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*), sehingga hakim harus mencari hukumnya dengan tetap berpegang pada kerangka norma perundang-undangan.²³ Ketika hakim melakukan penemuan hukum, bukan karena hukum tidak jelas atau tidak lengkap, melainkan karena hukum sudah usang dan tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat, proses ini disebut sebagai penciptaan hukum dalam pengertian *rechtschepping*.²⁴

Penemuan hukum (*rechtsvinding*), sebagaimana dimaksudkan Sudikno, tidak hanya terbatas pada proses penerapan hukum pada peristiwanya (*rechtstoepassing*).²⁵ Melainkan, harus menemukan atau menggali hukumnya untuk kemudian diarahkan atau disesuaikan dengan peristiwanya,²⁶ oleh Paul Scholten disebut sebagai sesuatu yang lain dari pada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya (*rechtstoepassing*).²⁷

Penggunaan istilah penemuan hukum sendiri dimaksudkan hukum sudah ada, karena dimana ada masyarakat di situ ada hukum (*ubi societas ibi ius*) seperti ungkapan Cicero,²⁸ atau pandangan Thomas van Aquino bahwa



²³Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang...*, *Op. Cit.*, hlm. 4

Menurut Peter, diskursus penemuan hukum oleh hakim karena memiliki nilai kewibawaan (*gezag*) atau (*autoratif*) sehingga melahirkan hukum. Lihat lanjut lihat Peter Mahmud Marzuki, *Ibid.* hlm. 150. Lihat juga, Ahmad Rifai, *Penemuan hukum oleh hakim (Dalam perspektif progresif)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, hlm. 31

²⁴Sudikno Mertokusumo dan Pitlo, *Bab-Bab Tentang...*, *Op. Cit.*, hlm. 29-30

²⁵Sudikno Mertokusumo dalam Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Pranada Media Group, Jakarta 2015, hlm. 152.

²⁶Sudikno Mertokusumo dan MR. A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang...*, *Op. Cit.*, hlm. 12

²⁷Paul Scholten dalam Achmad Ali, *Menguak Tabir...*, *Op. Cit.*, hlm. 154.

²⁸Ungkapan Cicero "*ubi societas ibi ius* (di mana ada masyarakat di situ ada hukum), menunjukkan bahwa keberadaan manusia sangat lekat dengan hukum, sehingga sukar untuk melepaskan gejala hukum dari manusia. Teguh Prasetyo, dkk., menambahkan, hukum menurut pandangan aliran hukum alam selalu hidup di setiap sanubari orang, masyarakat maupun negara. Lebih lanjut Lihat, Cicero dalam Sulistyowati Irianto dkk, *Kajian sosio-legal*, (Terjemahan Tristam Moelyono), Pustaka Larasan bekerjasama dengan Universitas Indonesia, Universitas Leiden, Universitas Groningen, Jakarta, 2012, hlm. 8. Lihat juga, Teguh Prasetyo dan Abdul

segala sesuatu telah diatur oleh tuhan yang disebut *lex aeterna* (rasio tuhan).²⁹ Namun, tidak terkonfirmasi oleh pembuat undang-undang dan/atau tidak termuat secara jelas atau lengkap dalam peraturan perundang-undangan (*wet*), sehingga hakim harus mencari, dan menemukan hukumnya.³⁰ Sehingga, tidak dimaksudkan ketidak jelasan atau kekosongan hukum (*recht vacuum*), melainkan ketidak jelasan atau kekosongan peraturan perundang-undangan (*wet vacuum*).³¹

Akan tetapi, penemuan hukum oleh hakim bukanlah tanpa keterikatan terhadap norma seperti padangan/ajaran *interessenjurisprudenz* (*freirechtsschule*) dimana hakim mempunyai “*freies ermessen*” (kebebasan

Halim Barkatullah, *Filsafat, Teori, & Ilmu Hukum (Pemikiran Menuju Masyarakat yang Berkeadilan dan Bermartabat)*, Raja Grafindo, Jakarta, 2014, hlm. 90-91.

Pandangan hukum alam telah berpengaruh dalam sisitem peradilan di Indonesia dengan menyebutkan prasa “*hakim dan hakim konstitusi wajib menggali,...*” seperti termuat dalam Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Lebih lanjut lihat, Ahmad Rifai, *Op. Cit.*, hlm. 6-7.

²⁹Lihat, Thomas van Aquino dalam Lili Rasjidi dan Thania Rasjidi, *Op. Cit.*, hlm. 48-49.

Menurut aliran hukum alam bahwa hukum identik dengan kehendak mutlak tuhan, karenanya tuhan adalah pencipta hukum alam pada semua tempat dan waktu. Berdasarkan akal budinya manusia dapat menerima adanya hukum alam tersebut, kemudian dapat membedakan mana yang baik dan buruk atau mana yang adili dan tidak adil. Achmad Ali menambahkan bahwa pokok-pokok pikiran aliran hukum alam tentang hukum antara lain: hukum tidak dibuat manusia tetapi ditetapkan oleh alam, hukum bersifat universal, berlaku abadi dan tidak dapat dipisahkan dari moral. Lebih lanjut lihat, Agus Santoso, *Hukum, Moral, dan Keadilan (Sebuah Kajian Filsafat Hukum)*, Prenada Media Group, Jakarta, 2012, hlm. 49-52; Achmad Ali, hlm. *Menguak Teori (legal theory)...*, *Op. Cit.*, hlm. 50

³⁰Lihat, Sudikno Mertokusumo dan MR. A. Pitlo, “*Bab-Bab Tentang...*”, *Op. Cit.*, hlm. 4.

Paul Scholten dalam konteks penemuan hukum oleh hakim mengungkapkan, “*hukum itu ada, tetapi harus ditemukan. Dalam apa yang ditemukan itulah terletak yang baru. Hanya orang yang mengidentikkan hukum dengan peraturan-peraturan, harus memilih antara penciptaan atau penerapan...*”. Lihat lebih lanjut, Paul Scholten dalam Achmad Ali, *Menguak Tabir...*, *Op. Cit.*, hlm. 148

³¹Bagir manan menyatakan, dalam makna social alas an bahwa hukumnya tidak ada, merupakan pandangan yang keliru. Karena kenyataan yang terjadi adalah kekosongan undang-undang, bukan kekosongan hukum. Lihat, Bagir Manan dalam Muhammad Noor dkk., *Karena Hakim...*, *Loc.cit.*

Sudikno menegaskan hal ini dengan menyatakan, “*Hukum bukanlah selalu berupa kaedah baik tertulis maupun tidak, tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa. Didalam perilaku itulah terdapat hukumnya. Dari perilaku itulah, harus ditemukan atau digali kaedah atau hukumnya. Artinya, istilah penemuan hukum lebih tepat*”. Sudikno Mertokusumo, *Penemuan...*, *Op. Cit.*, hlm. 36-37

mutlak).³² Artinya, hakim dalam melakukan penemuan hukum, ketika peraturan perundang-undangan (hukum formil) tidak jelas atau tidak lengkap, sedang hakim hanya mengisi kekosongan peraturan perundang-undangan (*wet vacuum*) dan masih dalam kerangka norma hukum, dan tidak dalam pengertian menyimpang dari ketentuan peraturan perundang-undangan.³³

Aktivitas konkritisasi norma abstrak kepada peristiwa konkrit pada kasus tertentu, dalam hal ini Perkara Nomor : 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt., tanggal 14 Juli 2009 di Pengadilan Agama Bukittinggi. Rumusan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (UU No. 1 Tahun 1974), dalam penerapannya dimaknai berbeda dengan maksud secara tekstual oleh hakim.³⁴ Pada *in casu*, hakim memberi porsi 1/3 atas harta bersama kepada anak,³⁵ yang secara *expressive verbis* norma hukum tidak menentukan ada hak anak atas harta bersama akibat perceraian.

Berdasarkan fakta-fakta persidangan, diantaranya hakim dihadapkan pada peristiwa hukum, bahwa sepasang suami-istri yang akan mengakhiri hubungan perkawinan melalui perceraian, sedang mereka memiliki harta bersama yang dimohonkan untuk dibagi dua (masing-masingnya ½ bagian). Pada sisi lain, Pemohon dan Termohon, memiliki beberapa orang anak yang kebutuhannya harus dipertimbangkan jika terjadinya perceraian, sedangkan

³²Achmad Ali, *Menguak...*, *Op. Cit.*, hlm. 157.

³³Sudikno Mertokusumo menyebutkan bahwa “*aliran ini sangat berlebihan*” ketika ia mengomentari pandangan aliran *interessenjurisprudenz (freirechtsschule)* terkait penemuan hukum. Lebih lanjut lihat, Sudikno Mertokusumo dan MR. A. Pitlo, “*Bab-Bab Tentang...*”, *Op. Cit.*, hlm. 45.

³⁴ Pasal 37 UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, berbunyi : “*Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing*”. Penjelasan Pasal 37 berbunyi : “*yang dimaksud dengan "hukumnya" masing-masing ialah hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya*”.

³⁵Putusan Pengadilan Agama di Bukittinggi No. 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt., tanggal 14 Juli 2009, hlm. 28 dan 30

Pemohon tidaklah berstatus sebagai Pegawai Negeri Sipil (PNS atau sekarang disebut ASN).³⁶

Berdasarkan uraian-uraian dimaksud, terhadap Putusan Pengadilan Agama Bukittinggi No. 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt., tanggal 14 Juli 2009, penulis tertarik menjadikannya sebagai obyek penelitian, guna memperoleh gambaran dan pemahaman, baik terkait proses penyelesaian sengketa harta bersama akibat perceraian, maupun untuk mengetahui aspek perlindungan hak anak dalam penyelesaian sengketa harta bersama karena perceraian, serta apakah dengan menetapkan porsi 1/3 dari harta bersama kepada anak, hakim dapat disebut melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Untuk keperluan penelitian dan berdasarkan persolan-persolan yang akan di bahas, penelitian ini diberi judul “**HAK ANAK DALAM PENYELESAIAN HARTA BERSAMA KARENA PERCERAIAN (Studi Perkara Nomor 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt)**”.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang yang telah dikemukakan di atas, maka dapat diajukan beberapa masalah pokok yang dirumuskan sebagai berikut :

1. Bagaimana proses penyelesaian sengketa harta bersama karena perceraian Perkara Nomor 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt?

³⁶Guna menjamin terpenuhinya hak-hak anak pasca perceraian, khusus bagi suami berstatus Pegawai Negeri Sipil diatur dalam Peraturan Pemerintah No. 10 Tahun 1983, sebagaimana diubah dengan Peraturan Pemerintah No. 45 Tahun 1990 tentang Perubahan Atas PP No. 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan Dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil, sebagai mana termuat dalam Pasal 8 (1) dan (2) berbunyi, “*Apabila perceraian terjadi atas kehendak Pegawai Negeri Sipil pria maka ia wajib menyerahkan sebagian gajinya untuk penghidupan bekas isteri dan anak-anaknya*” dan “*Pembagian gaji sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) ialah sepertiga untuk Pegawai Negeri Sipil pria yang bersangkutan, sepertiga untuk bekas isterinya, dan sepertiga untuk anak atau anak-anaknya*”.

2. Bagaimana perlindungan hak anak dalam penyelesaian sengketa harta bersama karena perceraian Perkara Nomor 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt?
3. Bagaimana penentuan hak anak dalam penyelesaian sengketa harta bersama karena perceraian Perkara Nomor 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt?

C. Tujuan Penelitian

Sesuai dengan urutan rumusan masalah di atas, penelitian ini mempunyai tujuan sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui dan menjelaskan proses penyelesaian sengketa harta bersama karena perceraian pada Perkara Nomor 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt.
2. Untuk mengetahui, menganalisis dan menjelaskan aspek perlindungan hak anak dalam penyelesaian sengketa harta bersama karena perceraian pada Perkara Nomor 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt.
3. Untuk mengetahui, menganalisis dan menjelaskan bagaimana hakim menentukan hak anak dalam harta bersama dalam Perkara Nomor 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt, yang kemudian dihubungkan dengan konteks penemuan hukum.

D. Manfaat Penelitian

1. Secara teoretis, penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan bagi perkembangan ilmu hukum khususnya hukum keluarga di Indonesia dalam hal perlindungan hak anak akibat perceraian. Sehingga hukum tidak dipandang semata-mata sebagai perintah dan/atau larangan yang statis melainkan sebagai suatu yang dinamis dan humanis. Agar tujuan hukum dapat terkonfirmasi secara proporsional dalam setiap Putusan Hakim.

2. Secara praktis, penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi pemikiran bagi pemerintah dalam merumuskan dan/atau membuat peraturan perundang-undangan terkait Hukum Keluarga, kaitannya dengan perlindungan hak anak. Juga kiranya dapat membuka cakrawala yang lebih luas khususnya bagi hakim untuk dapat melakukan trobosan hukum melalui penemuan hukum (*rechtsvinding*) dalam memenuhi kebutuhan hukum masyarakat di satu pihak dan mengaktualisasikan tujuan hukum pada pihak lain, sehingga hakim dapat membuat putusan berkualitas dalam konteks yang tepat (*normatif argumentatif*). Bagi masyarakat penelitian ini diharapkan sebagai bahan bacaan sekaligus pedoman terutama para pencari keadilan (*justice seekers*) pada sengketa harta bersama akibat perceraian kaitannya dengan perlindungan hak anak di Peradilan Agama. Bagi penulis sendiri, penelitian ini diharapkan sebagai sarana melatih kemampuan menulis khususnya dalam rangka penelitian ilmiah serta terpenuhinya syarat guna memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Andalas.



E. Keaslian Penelitian

Sebagai sebuah studi ilmiah yang beririsan dengan penemuan hukum dan/atau analisi hukum terkait harta bersama baik studi terhadap putusan pengadilan dan/atau ketentuan perundang-undangan, penelitian tesis ini pada hakikatnya bukanlah sesuatu yang baru atau kali pertama dilakukan. Sepanjang penelitian dan penulisan tesis ini, telah ditemukan beberapa topik penelitian yang beririsan yaitu :

Pertama, Disertasi Elimartai yang bertajuk “*Pandangan Hukum Islam tentang Istri Mencari Nafkah di Luar Rumah dan Implikasinya terhadap Harta Bersama*”, pada Program Doktor Pasca Sarjana Institut Agama Islam Negeri Imam Bonjol, Padang, Tahun 2016. Masalah yang dikaji dalam penelitian ini adalah : 1). Bagaimana tinjauan Hukum Islam terhadap istri mencari nafkah di luar rumah tangga?, 2). Bagaimana implikasi harta pencarian istri terhadap harta bersama?, 3). Bagaimana kebijakan hakim memutuskan perkara harta bersama bila terjadi putusannya perkawinan yang istri berperan sebagai pencari nafkah di luar rumah tangga?.

Kedua, Tesis Edria Novi dengan tema “*Maqashid Syari`ah dan Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*”, pada Program Pasca Sarjana Institut Agama Islam Negeri Imam Bonjol, Padang, Tahun 2008. Masalah dalam penelitian ini adalah: 1). Bagaimana relevansi perubahan hukum dengan *maqashid syar`iah*?, 2). Bagaimana relevansi *maqashid syar`iah* dengan perubahan Hukum Islam di Indonesia yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam?.

Kesemua penelitian di atas masing-masingnya memiliki perbedaan mendasar dengan penelitian tesis ini, yang fokus kajiannya lebih pada konteks penemuan hukum, sebagaimana pandangan Sudikno. Namun disamping itu, pada penelitian ini juga akan dibahas proses penyelesaian sengketa harta bersama akibat perceraian di Peradilan Agama, serta menjadikan putusan hakim sebagai obyek penelitian kaitannya dengan isu harta bersama, yang tentunya berkaitan dengan penelitian-penelitian dimaksud di atas. Akan tetapi,

pembahasan penelitian-penelitian tersebut, hanya dijadikan sebagai bahan untuk menganalisa permasalahan, bukan sebagai konsen kajian penelitian.

Disampin itu, terdapat beberapa hasil penelitian yang dapat dijadikan rujukan informasi, sebagai penyempurna hasil penelitian nantinya, seperti :

Pertama, Skripsi Lidia Purnama Sari yang berjudul “*Studi Terhadap Pembagian Harta Bersama dalam Perspektif Hukum Islam (Studi Kasus di Pengadilan Agama Bukittinggi No. 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt.)*”, pada Fakultas Syari`ah Institut Agama Islam Negeri Batusangkar, Batusangkar, Tahun 2012. Masalah yang dikaji dalam penelitian ini adalah; 1). Apa yang menjadi latar belakang terjadinya perbedaan pendapat Hakim sehingga memutuskan pembagian harta bersama dibagi 3 (tiga) bagian?; 2). Bagaimana pertimbangan Majelis Hakim dalam pembagian harta bersama dibagi 3 (tiga) bagian?; 3). Bagaimana pandangan Hukum Islam terhadap pembagian harta bersama yang di bagi 3 (tiga) bagian oleh Hakim Pengadilan Agama Bukittinggi?.

Kedua, Skripsi Faisal Arianto dengan judul “*Analisis Penerapan Asas Ultra Petitum Partium Perkara Nomor 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt., di Pengadilan Agama Bukittinggi*, pada Fakultas Syari`ah Institut Agama Islam Negeri Batusangkar, Batusangkar, Tahun 2012. Masalah dalam penelitian ini adalah; 1). Bagaimana penerapan asas *ultra petitum partium* dalam perkara cerai talak mengenai harta bersama dalam Perkara Nomor 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt, 2). Apa dasar hukum hakim menerapkan asas *ultra petitum partium* dalam perkara cerai talak mengenai harta bersama dalam Perkara No. 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt, 3). Sejauh mana pertimbangan majelis

hakim menerapkan asas *ultra petitum partium* dalam perkara cerai talak mengenai harta bersama dalam Perkara No. 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt, 4). Apa akibat hukum yang timbul dari asas *ultra petitum partium* dalam perkara cerai talak mengenai harta bersama Perkara No. 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt?.

F. Kerangka Teoretis

Kata teori berasal dari kata “*theoria*” yang artinya pandangan atau wawasan. Pada umumnya, teori diartikan sebagai pengetahuan yang hanya ada dalam alam fikiran tanpa dihubungkan dengan kegiatan-kegiatan yang bersifat praktis untuk melakukan sesuatu.³⁷ Kata teori dalam teori hukum dapat diartikan sebagai suatu kesatuan pandangan, pendapat dan pengertian-pengertian yang berhubungan dengan kenyataan yang dirumuskan sedemikian rupa, sehingga memungkinkan menjabarkan hipotesis-hipotesis yang dapat dikaji.³⁸ Adapun teori-teori yang dipakai dalam penelitian ini adalah lebih pada pandangan Gustav Radbruch tentang tujuan hukum (*rechtsidee*).

1. Keadilan (*Gerechtigkeit*)

Keadilan dalam bahasa Inggris disebut *justice*, yang memiliki persamaan arti dengan *justitia* (Bahasa Latin) dan *juste* (Bahasa Jerman).³⁹ Menurut Kamus Bahasa Indonesia keadilan diartikan sebagai sesuatu yang sama berat, tidak berat sebelah, berpihak pada yang kebenaran, sepatutnya, dan tidak sewenang-wenang.⁴⁰

³⁷ Sudikno Mertokusumo, Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2011, hlm. 4

³⁸ Gijssels dalam Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum...*, *Ibid.* hlm. 5

³⁹ Munir Fuady dalam Muhammad Ridwansyah, *Mewujudkan Keadilan, Kepastian dan Kemanfaatan Hukum dalam Qanun Bendera dan Lambang Aceh*, Jurnal Konstitusi, Vol. 13, No. 2, Juni, 2016, MK RI, Jakarta, hlm. 283

⁴⁰ Kamus Bahasa Indonesia, *Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional*, Pusat Bahasa, Jakarta, 2008, hlm. 12

Menurut Radbruch sebagaimana dijelaskan Bernard L. Tanya, hukum sebagai pengemban nilai-nilai kemanusiaan, menjadi ukuran bagi adil dan tidak adilnya tata hukum. Tidak hanya itu, nilai keadilan juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum. Keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum.⁴¹ Bersifat *normatif* karena berfungsi sebagai prasyarat trasedental yang mendasari tiap hukum positif yang bermartabat. Bersifat *konstitutif* karena keadilan harus menjadi unsur mutlak bagi hukum, dan tanpa keadilan, sebuah aturan tidak pantas menjadi hukum.⁴² Keadilan sebagai suatu cita seperti pandangan Aristoteles, tidak dapat menyatakan lain kecuali “yang sama diperlakukan sama dan yang tidak sama diperlakukan tidak sama”. Untuk mengisi cita keadilan ini dengan isi yang konkrit, kita harus menengok pada segi finalitasnya (manfaat). Guna melengkapi keadilan dan finalitas itu, dibutuhkan kepastian.⁴³

Aristoteles sebagaimana dijelaskan Bernard L. Tanya,⁴⁴ karena hukum mengikat semua orang, maka keadilan hukum mesti dipahami dalam pengertian “kesamaan”. Aristoteles membagi kesamaan atas kesamaan numerik dan kesamaan *proporsional*. Kesamaan *numerik* melahirkan prinsip, “semua orang sederajat di depan hukum”. Kesamaan *proporsional* melahirkan prinsip, “memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi

⁴¹Radbruch dalam Bernard L. Tanya dkk., *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publising, Yogyakarta, 2013, hlm. 117.

⁴²*Ibid.*, hlm 117

Pentingnya nilai keadilan dalam hukum oleh Ahmad Zaenal Fanani, keadilan diposisikan sebagai tujuan hukum yang pertama dan utama, karena hal ini sesuai dengan hakekat atau ontology hukum itu sendiri. Bahwa hukum dibuat untuk menciptakan ketertiban melalui peraturan yang adil, yakni pengaturan kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan dengan seimbang sehingga setiap orang memperoleh sebanyak mungkin apa yang menjadi bagiannya. Lihat juga, Ahmad Zaenal Fanani, *Berpikir Falsafati Dalam Putusan Hakim*, Majalah Hukum Varia Peradilan, Edisi Maret No. 304, 2011, Mahkamah Agung (IKAHI), Jakarta, 2011, hlm. 3

⁴³ Bernard L. Tanya dkk., *Teori Hukum...*, *Op.Cit.*, hlm. 117

⁴⁴ *Ibid.*, hlm. 42.

haknya". Selain model keadilan berbasis kesamaan, Aristoteles juga mengajukan model keadilan lain, yakni keadilan *distributif* dan keadilan *korektif*. Keadilan *distributif* identik dengan keadilan atas dasar kesamaan *proporsional*. Sedangkan keadilan korektif (*remedial*), berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu perjanjian dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berupaya memberi kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan. Jika suatu kejahatan dilakukan, maka hukuman yang sepantasnya perlu diberikan pada si pelaku.⁴⁵ Singkatnya, keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan. Keadilan korektif merupakan standar umum untuk memperbaiki setiap akibat perbuatan, tanpa memandang siapa pelakunya. Prinsip-prinsip itu adalah, bahwa hukum harus memperbaiki kejahatan, ganti rugi harus memperbaiki kerugian dan memulihkan keuntungan yang tidak sah.⁴⁶

2. Kepastian Hukum (*Rechtsicherheit*)

Kepastian hukum dipersepsikan hukum harus tertulis. Hukum tertulis itu harus pasti dan jelas. Hukum tertulis tidak boleh menimbulkan multi-tafsir atau aturan-aturan hukum yang saling bertentangan. Apabila hal tersebut terjadi, akibatnya justru terjadi ketidak pastian. Aliran *Yuridis Dogamatik* (positivistis), cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom dan mandiri. Tujuan hukum tidak lain dari sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum. Kepastian hukum itu diwujudkan oleh hukum dengan membuat suatu aturan hukum bersifat umum. Sifatnya yang umum dari

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 42-43

⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 43

aturan-aturan tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.⁴⁷

Kepastian hukum (*rechtssicherheit/security/rechtsszakerheid*) lahir pada saat hukum itu dituliskan, dipoitifkan, dan menjadi publik. Kepastian hukum menyangkut masalah “*law being written down*”, bukan tentang keadilan dan kemanfaatan. Kepastian hukum tidak ada hubungannya dengan “*die sicherkeit das recht*”. Karena kepastian hukum adalah “*sicherheit des rechts selbst*” (kepastian tentang hukum itu sendiri). Menurut Satjipto, apabila kepastian hukum dielaborasi sebagai kepastian pelaksanaan peraturan, maka dalam hal ini telah masuk ke ranah aksi, perilaku manusia dan faktor-faktor lain yang bisa mempengaruhi bagaimana peraturan perundang-undangan dimaksud dijalankan.⁴⁸

Ada 4 (empat) hal mendasar yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu : (1). Bahwa Hukum itu positif, artinya bahwa ia perundang-undangan (*gesetzlichesrecht*); (2). Bahwa Hukum itu didasarkan pada fakta (*tatsachen*); (3). Bahwa fakta harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga dapat menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping akan mudah dilaksanakan; (4). Hukum positif itu harus tidak sering diubah-ubah, yang menimbulkan kekaburan dalam berhukum.⁴⁹

Fuller menambahkan, ada beberapa asas yang harus dipenuhi untuk mendapatkan kepastian hukum yaitu; (1). Suatu sistem hukum terdiri dari peraturan-peraturan; (2). Tidak berdasarkan putusan-putusan sesaat untuk hal-

⁴⁷Achmad Ali, *Menguk Tabir...*, *Op. Cit.*, hlm. 82-83

⁴⁸Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagad Ketertiban, Bacaan Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP*, UKI Pres, Jakarta, (tth), hal. 135

⁴⁹Gustav Radbruch sebagaimana dikutip AM. Mujahidin, *Strategi Berhukumnya Hakim*, Majalah Komisi Yudisial. Edisi Pebruari-Maret, 2010, Jakarta, 2010, hlm. 29

hal tertentu (*ad hoc*); (3). Peraturan tersebut disosialisasikan kepada masyarakat; (4). Tidak akan berlaku surut (karena merusak integritas sistem); (5). Dibuat dengan rumusan yang dimengerti oleh hukum; (6). Tidak boleh ada peraturan yang saling bertentangan; (7). Tidak boleh menuntut suatu tindakan yang melebihi apa yang bias dilakukan; (8). Tidak boleh sering diubah-ubah; (9) Harus ada kesesuaian antara peraturan dan pelaksanaan sehari-hari.⁵⁰



3. Kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*)

Konsep kemanfaatan merupakan ajaran yang muncul dari aliran *Legal Utilitarisme*. Diantaranya digagas oleh Jeremy Bentham (1748-1832). Bagi Bentham, hukum barulah diakui sebagai hukum, jika ia memberikan kemanfaatan yang sebesar besarnya terhadap sebanyak-banyaknya orang.⁵¹ Pemikiran tersebut dimaknai dari diungkapkannya : “*the greatest happiness of the greatest number*” (hukum itu harus bermanfaat bagi masyarakat, guna mencapai hidup bahagia⁵²). Tokoh lain John Stuart Mill misalnya, juga mengungkapkan, “*action are right in proportion as they tend to promote man`s happiness, and wrong as they tend to promote the reverse of happiness*” (tindakan itu hendaknya ditujukan terhadap pencapaian kebahagiaan, dan

⁵⁰ Fuller sebagaimana dikutip AM. Mujahidin, *Ibid.*, hlm. 29

⁵¹ Acmad Ali, *Menguak Teori (legal theory)...*, *Op. Cit.*, hlm. 76

⁵² Jeremy Bentham sebagaimana dikutip oleh Otje Salman, *Sosiologi Hukum, Suatu Pengantar*, Armoko, Bandung, 1992, hlm. 11

adalah keliru jika ia menghasilkan sesuatu yang merupakan kebalikan dari kebahagiaan).⁵³

Bentham menggagas, manfaat sebagai bagian dari tujuan hukum/perundang-undangan guna mencapai 4 (empat) hal : (1). *to provide subsistence* (untuk memberi nafkah hidup); (2). *to provide abundance* (untuk memberikan makanan yang berlimpah); (3). *to provide security* (untuk memberikan perlindungan); (4). *to attain equality* (untuk mencapai persamaan).⁵⁴

Dalam konteks kemanfaatan sebagai salah satu nilai hukum, Radbruch menyebut :

*“hukum sebagai gagasan kultural tidak bisa formal, tetapi harus diarahkan kepada cita-cita hukum yaitu keadilan, untuk mengisi cita keadilan itu, kita harus menoleh pada kegunaannya sebagai unsur kedua dari cita hukum. Pengertian kegunaan hanya dapat dijawab dengan menunjukkan pada konsepsi-konsepsi yang berbeda tentang negara dan hukum, ... dst.,”*⁵⁵

Dari 3 (tiga) cita/tujuan hukum dalam konsep pemikiran Radbruch, putusan hakim dalam hal ini, berdampak pada 3 (tiga) kepentingan : (1). Individu (pihak yang berperkara) membutuhkan keadilan; (2). Negara, yaitu pihak yang berkepentingan akan adanya kepastian hukum untuk mempertahankan legitimasi dan terjaganya keamanan serta ketertiban; (3). Masyarakat, yaitu pihak yang mengharapkan adanya dampak kemanfaatan dari putusan hakim yang bersifat kasuistis dan individual tersebut.⁵⁶

⁵³ Acmad Ali, *Menguak Teori (legal theory)...*, Op. Cit., hlm. 78

⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 78

⁵⁵ W. Friedman, (Terjemahan Muhammad Arifin), *Teori dan Filsafat...*, Op. Cit., hlm. 42-43

⁵⁶ Radbruch sebagaimana disadur oleh Ansyahrul, *Peran, Tugas, dan Tanggung...*, Op. Cit., hlm. 14

Atas dasar itu, putusan hakim diharapkan dapat memberikan keadilan bagi pihak yang berperkara, memberikan kepastian hukum bagi Negara, dan memberikan dampak kemanfaatan kepada masyarakat. Manfaat putusan hakim bagi masyarakat dapat berupa : (1). Rasa aman dan tertib; (2). Jaminan bahwa setiap penyimpangan yang merugikan orang lain tidak dapat dibiarkan dan ada konsekuensinya berupa sanksi hukum; (3). Efek jera karena setiap putusan hakim bukan saja merupakan penyelesaian bersifat represif, tetapi juga harus mengandung aspek preventif berupa pencegahan, baik yang berupa special *deterrence/prevention* terhadap yang bersangkutan dalam bentuk efek jera, dan juga yang berupa general *deterrence/ prevention* yaitu rasa takut para anggota masyarakat lain untuk tidak melakukan hal serupa.⁵⁷

G. Kerangka Konseptual

Sebagai penelitian hukum yang sifatnya deskriptif analisis, tentunya diperlukan gambaran kerangka konseptual untuk memberikan arah pemecahan masalah dalam penelitian. Pada bagian ini bermaksud untuk mengemukakan alur pikir yang akan digunakan dalam pemecahan masalah penelitian. Sehingga, perlu dijelaskan beberapa istilah yang telah disinggung sebelumnya baik dalam latar belakang masalah atau dalam kerangka teoritis yaitu, “**Hak Anak**”, “**Perceraian**”, dan **Penemuan Hukum**.

1. Hak Anak

Hak atau *subjektief recht* merupakan cerimanan hubungan yang diatur hukum.⁵⁸ Sebutan lain, hak adalah kepentingan yang diatur oleh

⁵⁷ *Ibid.*, 15

⁵⁸ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, 1999, *Op. Cit.*, hlm 41-42

hukum. Kepentingan sendiri merupakan tuntutan perseorangan atau kelompok orang yang diharapkan untuk dipenuhi.⁵⁹

Anak dalam hukum perdata didefenisikan diantaranya sebagai orang yang belum cakap untuk melakukan perbuatan hukum sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1329 berbunyi, *“Tiap orang berwenang untuk membuat perikatan, kecuali jika ia dinyatakan tidak cakap untuk hal itu”*.

Selanjutnya Pasal 1330 menyebutkan, *“Yang tak cakap untuk membuat persetujuan adalah: 1. anak yang belum dewasa, ...”*. Adapun batasan usia

anak yang belum dewasa ditegaskan pada Pasal 330 KUH Perdata berbunyi, *“Yang belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap 21 (dua puluh satu) tahun dan tidak kawin sebelumnya, ...”*.

Lain halnya dengan UU Perlindungan anak, seperti termuat pada Pasal 1 UU No. 35 Tahun 2014 berbunyi, *“Dalam Undang-Undang ini yang dimaksud dengan: anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan”*.

UU No. 1 Tahun 1974 kaitannya dengan kewajiban orang tua, anak didefenisikan dengan menggunakan frasa *“sampai anak itu kawin”* (belum menikah) dan *“dapat berdiri sendiri”* dalam pasal Pasal 45 ayat

(2) tanpa menyebutkan batasan usia. Frasa *“dapat berdiri sendiri”*.

Selanjutnya, khusus bagi yang beragama islam lebih rinci dijelaskan pada

Pasal 149 KHI berbunyi, *“Bilamana perkawinan putus karena talak, maka bekas suami wajib: d. memberikan biaya hadhanah untuk anak-anaknya yang belum mencapai umur 21 tahun.”*.

⁵⁹Ibid. hlm. 43

Untuk keseragaman pengertian, yang dimaksud hak anak adalah kepentingan anak yang masih berusia dibawah 21 tahun dan belum menikah yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan akibat perceraian yang diharapkan untuk dipenuhi oleh kedua orangtuanya.

Adapun hak-hak yang diatur UU No. 1 Tahun 1974, sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 41 dan Pasal 45 UU No. 1 Tahun 1974,⁶⁰ diantaranya hak atas pemeliharaan, pendidikan, dan pemenuhan biaya kebutuhan yang ditimbulkan. Namun, hak anak dalam pengertian penelitian ini adalah hak anak atas harta bersama dalam proses penyelesaian sengketa harta bersama akibat perceraian.

2. Perceraian

Merujuk ketentuan Pasal 38 UU No. 1 Tahun 1974, perceraian adalah salah satu bentuk putusannya hubungan perkawinan antara suami dan istri. Tata cara perceraian diatur dalam Penjelasan Pasal 20 ayat (1) PP No. 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU No. 1 Tahun 1974 berbunyi, *“Gugatan perceraian dimaksud dapat dilakukan oleh seorang isteri yang melangsungkan perkawinan menurut agama Islam dan oleh seorang suami atau seorang isteri yang melangsungkan perkawinannya menurut agamanya dan kepercayaannya itu selain agama Islam”*. Bagi yang beragama Islam, bentuk perceraian diatur dalam Pasal 114 KHI berbunyi,

⁶⁰Pasal 41 huruf a berbunyi : *“Akibat putusannya perkawinan karena perceraian ialah: a. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak...,”* Pasal 45 ayat (1) dan (2), *“Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya.”*, *“Kewajiban orang tua yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri, kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus”*.

“Putusnya perkawinan yang disebabkan karena perceraian dapat terjadi karena talak atau berdasarkan gugatan perceraian”.

Berdasarkan ketentuan tersebut, perceraian dimaksud adalah putusannya hubungan perkawinan akibat talak (perceraian atas permohonan suami) yang diputus melalui Peradilan Agama. Putusnya perkawinan dalam bentuk mana, akan berakibat baik terhadap hak-hak anak maupun harta bersama yang diperoleh selama dan/ atau dalam perkawinan sebagaimana diatur Pasal 41 huruf a dan b, serta Pasal 45 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 37 UU No. 1 Tahun 1974.

3. Penemuan Hukum

Karena penelitian ini pada dasarnya, menganalisa dan menjelaskan bagaimana hakim mencocokkan peraturan yang bersifat umum dalam Pasal 37 UU No. 1 Tahun 1974, pada peristiwa konkret pada perkara Perkara Nomor 369/Pdt.G/2008/PA.Bkt, sehingga menetapkan porsi harta bersama kepada anak, yang secara tekstual tidak tercakup dalam norma dimaksud. Maka, penting untuk dijelaskan beberapa istilah terkait proses konkretisasi norma pada peristiwanya, diantaranya disebut dengan penemuan hukum.⁶¹

Istilah penemuan hukum sendiri diadopsi dari bahasa asing (Belanda) “*rechtsvinding*”,⁶² yang diterjemahkan/dicarikan padanan

⁶¹ Bagir Manan dalam Muhammad Noor dkk., *Karena Hakim...*, *Loc.cit.*

⁶² Istilah tersebut digunakan oleh Soedikno dalam beberapa bukunya yang dikutip dari beberapa literatur di Belanda, diantaranya karya Van Eikema Hommes dalam tulisannya berjudul “*Logica en Rechtsvinding*”. Lebih lanjut lihat, Sodikno Mertokusumo, *Ibid.* hlm. 1.; Sodikno Mertokusumo dan MR. A. Pitlo, “*Bab-Bab Tentang...*, *Op. Cit.*, hlm. 4.

Istilah *rechtsvinding* muncul seiring dengan lahirnya aliran-aliran pandangan/ajaran ketika membicarakan mengenai apa yang merupakan sumber hukum (satu-satunya), pasca kodifikasi hukum di Eropa sekitar abad ke-18 M. Sudikno Mertokusumo, *Penemuan...*, *Op. Cit.*, hlm. 94.

maknanya dalam Bahasa Indonesia oleh para ahli hukum. Dilihat dari praktek Pengadilan, ada 3 (*tiga*) istilah yang sering dipergunakan oleh Hakim yaitu penemuan hukum (*rechtsvinding*), pembentukan hukum (*rechtsvorming*) atau menciptakan hukum (*rechtschepping*), dan penerapan hukum (*rechtstoepassing*), dan pelaksanaan hukum (*law applying*).⁶³

Sudikno, dalam bukunya membedakan penggunaan istilah antara pelaksanaan hukum, penerapan hukum, pembentukan hukum, dan penciptaan hukum dengan penemuan hukum. *Pelaksanaan hukum*, dapat bebararti menjalankan hukum, tanpa adanya sengketa atau pelanggaran. Misalnya, seorang polisi yang berdiri diperempatan jalan mengatur lalu lintas (*law enforcement*), *Penerapan Hukum*, tidak lain berarti menerapkan peraturan hukum yang abstrak sifatnya pada peristiwanya. Menerapkan hukum pada peristiwa konkrei secara langsung tidak mungkin. Peristiwa itu harus dijadikan peristiwa hukum dahulu agar peraturan hukumnya dapat diterapkan. *Pembentukan hukum*, adalah merumuskan peraturan umum yang berlaku umum, bagi setiap orang. Lazimnya hal ini dilakukan oleh pembentuk undang-undang. Hal ini dapat dilakukan hakim, kalau hasil penemuan hukumnya itu kemudian merupakan yurisprudensi tetap yang diikuti. Putusan yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkret, tetapi memperoleh kekuatan berlaku umum. Sedangkan *Penciptaan Hukum*, tidak tepat, karena memberi kesan

Dalam pandangan lain menyebutkan, bahwa istilah *rechtsvinding* merupakan nama sebuah ajaran/aliran yang muncul sebagai reaksi terhadap aliran Legisme. Lebih lanjut lihat, Artikel yang dipublikasikan tanggal 10 April 2013 pukul 22:38 WIB. melalui laman: <http://fhuk.unand.ac.id/fhuk2012/menuartikeldosen>. Dikunjungi tanggal 15 November 2016.

⁶³ Abdu Manan, *Penemuan Hukum ...*, Op. Cit., hlm. 2

bahwa hukumnya itu sama sekali tidak ada, kemudian menciptakan, dari tidak ada menjadi ada. Hukum bukanlah selalu berupa kaedah baik tertulis maupun tidak, tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa. Didalam perilaku itulah terdapat hukumnya. Dari perilaku itulah, harus ditemukan atau digali kaedah atau hukumnya. Artinya, istilah penemuan hukum lebih tepat.⁶⁴

Merujuk literatur Kamus Bahasa Indonesia, penemuan hukum terdiri dari 2 (dua) suku kata yaitu, “penemuan” dan “hukum”. Adapun kata “penemuan” sendiri berarti proses, cara, dan perbuatan menemui atau menemukan.⁶⁵ Secara terminologi penemuan oleh Sudikno disebut sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim, atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum konkret.⁶⁶

Berdasarkan uraian tersebut di atas, istilah penemuan hukum dalam perspektif ini bermakna pembentukan hukum bukan dalam pengertian pembentukan hukum dalam arti *rechtsvorming*, atau menciptakan hukum dalam maksud *rechtschepping*, penerapan hukum dalam pengertian *rechtstoepassing*, dan pelaksanaan hukum dalam cakupan *law applying*. Tetapi, pengertian membentuk hukum karena hukum formal tidak jelas atau lengkap, untuk dapat diterapkan pada peristiwa hukum konkret yang disebut dengan istilah *rechtsvinding*. Aktifitas hakim dalam menemukan hukumnya masih dalam kerangka norma hukum yang ada. Untuk

⁶⁴ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan...*, *Op. Cit.*, hlm. 36-37

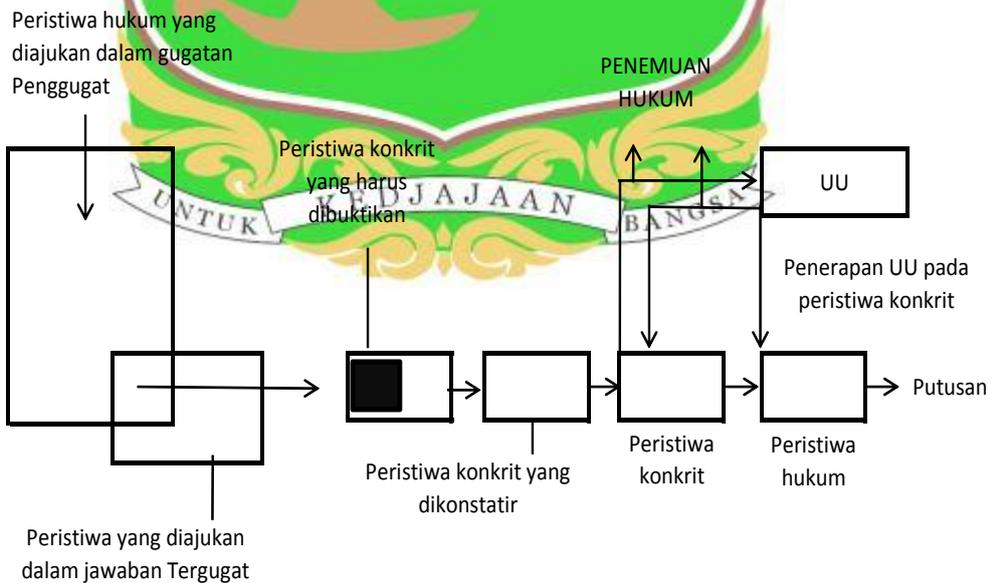
⁶⁵ Kamus Bahasa Indonesia, *Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional*, Pusat Bahasa, Jakarta, 2008, hlm. 1492.

⁶⁶ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang...*, *Op. Cit.*, hlm. 4.

menemukan hukumnya, karena hukum tidak jelas, maka hakim melakukan/menggunakan metode penemuan hukum interpretasi (penafsiran). Jika hukum tidak lengkap (*wet vacumm*), hakim melakukan/menggunakan kontruksi hukum.

Ketika hakim hanya memposisikan norma lebih sebagai alat untuk mewujudkan keadilan, dengan asumsi bahwa hukum bukan tidak jelas atau tidak lebgkap, melainkan hukum tidaklagi sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat (nilai-nilai sosial), maka dalam kontek ini hakim telah malakukan aktivitas dalam pengertian menciptakan hukum (*rechtschepping*).⁶⁷

Dari uraian tersebut diatas atas, maka pengertian penemuan hukum oleh hakim dalam menjamin perlindungan hak anak pada penyelesaian sengketa harta bersama karena perceraian, mengikuti pengertian dan pola yang digambarkan oleh Sudikno,⁶⁸ sesuai bagan berikut :



⁶⁷Sudikno Mertokusumo dan Pitlo, *Bab-Bab Tentang.., Ibid.* hlm. 29-30

⁶⁸*Ibid.*, hlm. 37

Skema tersebut di atas dapat dijelaskan, bahwa langkah pertama harus dilakukan hakim setelah menganalisa Gugatan dan Jawaban para pihak, yaitu mengkualifisir peristiwa konkret yang relevan. Selanjutnya, mengkualifisir peristiwa konkret setelah dikonstatasi atau dinyatakan terbukti. Tahap berikutnya, peristiwa konkret yang sudah terbukti, harus dicarikan peraturan hukumnya dan diterjemahkan ke dalam bahasa hukum (dijadikan peristiwa hukum). Langkah terakhir yaitu dengan mencocokkan rumusan peraturan perundang-undangan (*das sollen*) dengan peristiwa hukum (*das sein*).⁶⁹

H. Metode Penelitian

1. Spesifikasi Penelitian

Penelitian hukum menurut jenisnya dapat dibedakan atas penelitian hukum normatif dan penelitian hukum empiris.⁷⁰ Merujuk pandangan Seorjono,⁷¹ tipe penelitian ini merupakan studi kasus (*case-study*) tentang praktik penerapan hukum pada peristiwa konkret. Dari sisi ini, secara umum corak penelitian dapat dogolongkan sebagai penelitian hukum empiris (*social-legal research*).



⁶⁹ Dalam melakukan penemuan hukum, menurut Sudikno ada beberapa prosedur yang harus dilakukan hakim, dengan menyatakan, : “Peristiwa konkret perlu dicarikan hukumnya yang bersifat umum dan abstrak. Peristiwa konkret harus dipertemukan dengan peraturan hukum, peristiwa konkret harus dihubungkan dengan peraturan hukumnya agar dapat tercakup oleh peraturan hukum itu. Sebaliknya, peraturan hukumnya harus disesuaikan dengan peristiwa konkretnya agar dapat diterapkan”. “Dengan kata lain, peristiwa konkret itu masih harus dicari kebenarannya. Tetapi hanya peristiwa konkret yang relevan saja yang harus dibuktikan. Disini hakim sudah mulai menyentuh atau menghubungkan dengan hukumnya. Dasar untuk menetapkan apakah suatu peristiwa konkret relevan bagi hukum atau tidak, adalah pengetahuan tentang peraturan hukumnya. Sudikno Mertokusumo, *Penemuan...*, Op. Cit. hlm. 80-82

⁷⁰Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm. 13.

⁷¹Lihat, Seorjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI-Press, Jakarta, 1986, hlm. 55-17

Akan tetapi, mengingat ilmu hukum diantaranya didefinisikan sebagai ilmu tentang norma,⁷² yang sasaran kajiannya meliputi tentang kaidah hukum meliputi; asas-asas hukum, kaidah hukum konkrit, dan peraturan hukum konkrit (hukum formal), sistem hukum, dan penemuan hukum.⁷³ Dalam konteks ini, mengingat penelitian meyangkut telaah bagaimana hakim mengkonstatir aturan hukum (hukum formal) untuk diterapkan pada peristiwa, dan proses tersebut tidak dapat dilepaskan dari kajian terhadap peraturan (hukum formal), kebiasaan, yurisprudensi, kaidah hukum, dan doktrin sebagai sumber penemuan hukum,⁷⁴ pola pendekatan penelitian ini lebih condong pada studi hukum normatif (*normative-legal research*).

Menurut sifatnya penelitian ini dapat digolongkan kedalam jenis penelitian deskriptif analitis, dimana data yang disajikan berbentuk uraian-uraian yang menggambarkan dan menjelaskan secara lengkap dan sistematis hasil penelitian,⁷⁵ baik terkait proses penyelesaian sengketa harta bersama akibat perceraian, bagaimana aspek perlindungan anak akibat perceraian diterapkan, serta penemuan hukum oleh hakim guna menjamin perlindungan hak anak akibat perceraian.

2. Bahan Penelitian

⁷²Liha, Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.*, hlm. 29-36. Bandingkan dengan Soerjono Soekanto, *Ibid.* hlm. 42-44

⁷³Sudikno Mertokusumo, *Penemuan...*, *Op.Cit.* hlm. 4-29

⁷⁴*Ibid.* hlm. 48-56

⁷⁵Maria S.W. Sumarjono, *Pedoman Pembuatan Usulan Penelitian, Sebuah Panduan Dasar*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hlm. 26. *terpetik* dari Laporan Hasil Penelitian, “*Sinergitas Ninik Mamak dan Aparat Kepolisian dalam Penyelesaian Konflik Hukum Pidana Di Sumatera Barat*, Kerjasama PUSaKO, Fakultas Hukum Unand, dan Kompolnas), Universitas andalas Padang, 2011, hlm. 20.

Berdasarkan tipologi penelitian yang diuraikan sebelumnya di atas, maka bahan penelitian yang digunakan bersinergi antara bahan hukum pada studi hukum *social-legal research* dan *normative-legal research*, yang akan disesuaikan dengan kebutuhan pemecahan masalah dalam rumusan penelitian.

Sebagai suatu penelitian hukum empiris maka jelas bahan penelitian yang digunakan bersumber pada data primer (data dasar), oleh Soerjono Soekanto disebut sebagai data yang diperoleh langsung dari masyarakat.⁷⁶ Sedangkan pemecahan rumusan masalah yang memerlukan pendekatan normatif, maka jelas bahwa data yang dibutuhkan merupakan data sekunder, yang diperoleh dari bahan-bahan hukum.⁷⁷ Bahan hukum dimaksud di sini, baik bahan hukum primer yaitu; peraturan perundang-undangan dan putusan hakim (berikut dokumen-dokumen terkait); bahan hukum sekunder berupa tulisan-tulisan yang menerangkan bahan hukum primer; maupun bahan hukum tersier berupa kamus-kamus yang terkait dengan pembahasan penelitian.

Bahan hukum primer dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang digunakan dalam penelitian ini antara lain; 1). Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945; 2). Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (berikut aturan pelaksanaannya); 3). Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH-Perdata), 4). Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana terakhir diubah dengan Undang-Undang No. 17 Tahun 2016 tentang Pentapan Peraturan

⁷⁶Lihat, Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum...*, *Op. Cit.*, hlm. 12

⁷⁷*Ibid.* hlm. 11-12. Lihat juga, Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm. 28, 29, dan 33

Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2016 tentang Peubahan Kedua atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak Menjadi Undang-Undang; 4). Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 tentang penyeberluasan Kompilasi Hukum Islam, dan regulasi terkait hak-hak anak lainnya. Sedangkan dalam bentuk Putusan Pengadilan yaitu : 1). Putusan Pengadilan Agama Bukittinggi No. 369/Pdt.G/2008/PA. Bkt., 2). Berita Acara Pesidangan, termasuk dokumen-dokumen lainnya terkait obyek perkara.

Adapun bahan hukum skunder yang menjadi sumber data sekunder antara lain berbentuk buku-buku, tulisan-tulisan yang termuat dalam sebuah jurnal, majalah, maupun hasil laporan penelitian seperti disertasi, tesis maupun skripsi yang berkaitan dengan bahasan penelitian.

Sedangkan data hukum tersier yang digunakan dalam penelitian ini antara lain : 1). Kamus Besar Bahasa Indonesia yang disusun oleh *Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, terbitan* Pusat Bahasa, Jakarta, 2008; 2). *Kamus Hukum, atara lain yang ditulis oleh Sudarsono, terbitan* Renika Cipta Jakarta Tahun 2012 dan *Kamus Hukum yang ditulis oleh J.C.T. Simorangkir terbitan Bumi Aksara Tahun 2010.*

3. Teknik Pengumpulan bahan penelitian

Seperti digambarkan di atas bahwa bahan penelitian yang digunakan terdiri dari primer dan skunder maka alat pengumpulan datanya disesuaikan dengan jenis data tersebut. Untuk memperoleh data primer yaitu melalui wawancara sedangkan data skunder diperoleh melalui studi

dokumen, baik terhadap bahan hukum skunder, yaitu bahan-bahan hukum primer, sekunder maupun tersier.

Untuk memperoleh data primer khususnya kepada responden (majelis hakim yang memutus perkara) maupun nara sumber lainnya (hakim pada peradilan agama, termasuk juga Kuasa Hukum Pemohon dan Termohon), dimana penelitian ini menggunakan pedoman wawancara bebas (*unstructured interview guidance*) yaitu dengan membuat daftar pertanyaan pokok (garis-garis besar) dan dikembangkan pada saat wawancara berlangsung.⁷⁸

4. Cara Pengolahan dan Analisis bahan penelitian

Penelitian ini menggunakan teknik atau metode analisis dan pengolahan data secara kualitatif. Bahan hukum yang didapatkan ditelaah untuk memperoleh relevansi atau keterkaitan dengan topik penelitian, baik berupa ide, usul, dan argumentasi ketentuan-ketentuan hukum yang dikaji⁷⁹ F. Sugeng Istanto menyebutkan, bahwa analisis bahan hukum dilakukan melalui tiga tahapan. *Pertama*, bahan hukum atau fakta yang dikumpulkan disistematisir yakni ditata dan disesuaikan dengan obyek yang diteliti. *Kedua*, bahan yang telah disistematisir dieksplikasi, yakni diuraikan dan dijelaskan sesuai objek yang diteliti berdasarkan teori. *Ketiga*, bahan yang telah dieksplikasi dilakukan evaluasi, dinilai dengan menggunakan ukuran ketentuan hukum yang berlaku, sehingga ditemukan

⁷⁸Maria, S.W. Sumarjono, *Pedoman Pembuatan Usulan Penelitian, Sebuah Panduan Dasar*, Gramedia pustaka Utama, Jakarta, 1996. hlm. 53. terpetik dari Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi dalam Sistem Pemerintahan Indonesia Setelah Perubahan Undang-Undang Dasar 1945*, Disertasi Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2006, hlm 149

⁷⁹Yuliandri dalam Saldi Isra, *Ibid.* hlm. 150.

ada yang sesuai dan ada yang tidak sesuai (bertentangan) dengan hukum yang berlaku. Kemudian ketentuan hukum yang sesuai akan dikembangkan sedangkan yang tidak sesuai ditinggalkan.⁸⁰

Data primer baik yang diperoleh dari responden maupun narasumber penelitian ini, diperlukan untuk mengetahui pandangan, pemahaman dan sikap mereka terhadap norma hukum yang mengatur hak-hak atas harta bersama dan hak anak akibat perceraian, serta bagaimana seharusnya aspek-aspek perlindungan anak akibat perceraian dapat diterapkan, dan sejauhmana keterikatan mereka dengan hukum formal untuk diterapkan pada peristiwa konkret.

Data sekunder yang diperoleh dari bahan hukum dalam penelitian ini digunakan untuk mengetahui, menganalisa dan menjelaskan baik terkait proses penyelesaian sengketa harta bersama, bagaimana aspek perlindungan hak anak akibat perceraian diterapkan, maupun bagaimana hakim menetapkan hak anak atas harta bersama, yang kemudian dikaitkan dengan konsep penemuan hukum.



⁸⁰F. Sugeng Istanto sebagaimana dikutip oleh Abdul Latif dalam Saldi Isra, *Ibid.*