

# BAB I

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang

Nomenklatur kekuasaan kehakiman yang dimandatkan negara kepada lembaga yudikatif merupakan kekuasaan untuk menegakkan hukum dan keadilan. Hal ini diejawantahkan dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Menurut undang-undang ini, Mahkamah Agung membawahi 4 (empat) lingkungan peradilan yaitu lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer dan peradilan tata usaha negara. Empat lingkungan peradilan tersebut merupakan peradilan negara dengan kewenangan yang dimiliki masing-masing lembaga.<sup>1</sup> Sebagai negara dengan sistem *civil law*,<sup>2</sup> Indonesia menganut dua bentuk penyelesaian sengketa. *Pertama*, penyelesaian sengketa melalui lembaga peradilan (litigasi). *Kedua*, penyelesaian sengketa di luar lembaga peradilan (non litigasi).

Kewenangan penyelesaian sengketa ekonomi syariah secara litigasi merupakan salah satu kompetensi absolut peradilan agama. Kewenangan absolut merupakan kekuasaan yang dimiliki pengadilan berkaitan dengan jenis perkara atau

---

<sup>1</sup>Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Teori Dan Praktik* (Jakarta: Kencana-PrenadaMedia Group, 2017), h.14.

<sup>2</sup>Sistem hukum ini berkembang di negara- negara Eropa daratan dan sering disebut sebagai “Civil Law” yang semula berasal dari kodifikasi hukum yang berlaku di kekaisaran romawi pada masa pemerintahan Kaisar Justinianus abad VI sebelum masehi. Sistem *Civil Law* mempunyai tiga karakteristik, yaitu adanya kodifikasi, hakim tidak terikat kepada presiden sehingga undang- undang menjadi sumber hukum yang terutama, dan sistem peradilan bersifat inquisitorial. Karakteristik utama yang menjadi dasar system. Hukum *Civil Law* adalah hukum memperoleh kekuatan mengikat, karena diwujudkan dalam peraturan-peraturan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sistematis di dalam kodifikasi Fajar Nurhardianto, “*Sistem Hukum Dan Posisi Hukum Indonesia*,” *TAPIS*, Januari-Juni, 11, no. 1 (2015): h.36.

jenis pengadilan atau tingkatan pengadilan<sup>3</sup> yang dirumuskan dalam pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dengan memberikan kewenangan tambahan menyelesaikan sengketa ekonomi syariah.<sup>4</sup>

Potensi sengketa ekonomi syariah salah satunya berawal dari akad. Dalam teori hukum Islam dinyatakan, para pihak yang telah mengikatkan diri dalam suatu akad (perjanjian) wajib melaksanakan perjanjian tersebut selama isinya tidak bertentangan dengan hukum.<sup>5</sup> Subjek hukum yang memiliki kecakapan melakukan perbuatan hukum memiliki kebebasan untuk mengikat kesepakatan dalam akad. Kesepakatan yang dibuat para pihak sejauh tidak bertentangan dengan hukum, menjadi hukum yang mengikat bagi keduanya.<sup>6</sup> Dalam kaitannya dengan pemenuhan akad, Rasyid Ridha<sup>7</sup> berpendapat bahwa setiap pernyataan dan tindakan yang dipandang sebagai akad wajib dipenuhi sepanjang tidak berisi pengharaman yang halal dan penghalalan yang haram sebagaimana digariskan syariat.

---

<sup>3</sup> Raihan A Rasyid, *Hukum Acara Peradilan Agama* (Jakarta: Raja Grafindo Utama, 2010), 270. Lihat pula Chatib Rasyid and Syaifuddin, *Hukum Acara Perdata Dalam Teori Dan Praktik* (Jogjakarta: UII Press, 2009), h. 13.

<sup>4</sup>Dalam penjelasan pasal 49 huruf i disebutkan bahwa yang dimaksud dengan ekonomi syariah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah, antara lain meliputi: a) bank syariah; b) lembaga keuangan mikro syariah; c) asuransi syariah; d) reasuransi syariah; e) reksadana syariah; f) obligasi syariah dan surat berharga berjangka menengah syariah; g) sekuritas syariah; h) pembiayaan syariah; i) pegadaian syariah; j) dana pensiun syariah; dan k) bisnis syariah.

<sup>5</sup>Q.S. Al-Maidah: 1 “wahai orang-orang yang beriman, penuhilah janji-janji yang telah engkau buat”

<sup>6</sup> Kesepakatan para pihak dalam mengikatkan diri dalam suatu perjanjian biasanya dikenal dengan asas konsensualisme. Dalam hukum positif, asas konsensualisme mengacu pada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata khususnya Pasal 1320 yang menyebutkan: “*Untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat: 1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya; 2. Kecakapan untuk membuat perikatan; 3. Suatu hal tertentu; 4. Suatu sebab yang halal.*”

<sup>77</sup> Ridha Rasyid, *Tafsir Al-Manar* (Beirut: Dar Al-Kutub ‘Ilmiyah, 2005), h.99.

Prestasi dalam sebuah akad merupakan kewajiban yang lahir akibat adanya hubungan kontrak (*contractual obligation*), baik dalam bentuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu. Kewajiban tersebut dapat berasal dari: (a) kewajiban yang ditentukan oleh peraturan perundang-undangan, (b) kewajiban yang diperjanjikan oleh para pihak dalam akad, dan (c) kewajiban yang diharuskan oleh kepatutan dan kebiasaan.

Pada prinsipnya, pihak-pihak yang melaksanakan akad berkewajiban melaksanakan isi perjanjian. Bagi pihak yang tidak melaksanakan perjanjian dapat dipersalahkan menurut hukum. Oleh karena itu pihak dalam akad yang merasa dirugikan akibat tidak terpenuhinya prestasi dapat mengajukan gugatan ganti rugi. Gugatan ganti rugi itu sendiri dapat timbul dari dua hal yaitu *pertama*, karena pelanggaran terhadap akad (*dhaman al-‘aqd*) dan *kedua*, karena perbuatan melawan hukum (*dhaman al-‘udwan*).<sup>8</sup>

Penegasan lebih lanjut terkait pelanggaran akad tertuang dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) yang menyatakan bahwa pihak yang melakukan ingkar janji (*wanprestasi*) dapat dituntut untuk: (a) membayar ganti rugi, (b) membatalkan akad, (c) peralihan resiko, (d) denda atau (e) membayar biaya perkara<sup>9</sup>. Hal yang sama juga diatur dalam hukum perdata meskipun dalam beberapa pasal yang berbeda. Sanksi yang dapat dijatuhkan karena kelalaian atau *wanprestasi* yaitu (a) membayar kerugian yang diderita atau ganti rugi (Pasal 1243 KUH Perdata), (b) pembatalan perjanjian (Pasal 1246 KUHPerdata), (c) peralihan

---

<sup>8</sup> Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah Studi Tentang Teori Akad Dalam Fikih Muamalat* (Jakarta: Raja Grafindo Utama, 2007), h.330.

<sup>9</sup> Lihat Pasal 38 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah

risiko sejak wanprestasi (Pasal 1237 KUHPerdara) dan (d) membayar biaya perkara jika diajukan gugatan ke pengadilan (181 ayat (1) HIR). Pada pasal 1267 KUHPerdara juga dirinci mengenai bentuk tuntutan yaitu berupa (a) meminta pelaksanaan perjanjian, (b) meminta ganti rugi, (c) meminta pelaksanaan perjanjian sekaligus meminta ganti rugi, (d) dalam perjanjian timbal balik dapat meminta pembatalan perjanjian sekaligus meminta ganti rugi.<sup>10</sup>

Sebelum sangsi dijatuhkan akibat pelanggaran akad, tentunya diawali dengan proses pembuktian. Pasal 1865 KUHPerdara menyatakan bahwa pembuktian yang terjadi karena wanprestasi yang dilakukan salah satu pihak harus dibebankan kepada penggugat.<sup>11</sup> Dalam hukum acara perdata dikenal prinsip *negative non sunt probanda*, yang artinya jika salah satu pihak mendalilkan gugatan atau bantahan berdasarkan suatu hal atau keadaan yang sifatnya mengingkari (tidak melakukan/tidak berbuat sesuatu) maka tidak patut pihak yang merasa tidak melakukan/tidak berbuat sesuatu itu diwajibkan untuk membuktikan hal yang tidak dilakukannya.<sup>12</sup> Dengan demikian, jika terjadi pelanggaran terhadap isi akad oleh salah satu pihak, maka pihak yang melanggar isi akad dikategorikan sebagai pihak yang wanprestasi, sehingga pembuktiannya dibebankan kepada pihak yang menuntut (penggugat).

---

<sup>10</sup> Imron Rosyadi, *Akad Nominat Syariah (Implementasi Dan Penyelesaian Sengketa)* (Jakarta: Prenada Media Group, 2019), h.207.

<sup>11</sup> Bunyi teks “*Setiap orang yang mengaku mempunyai suatu hak atau menunjuk suatu peristiwa untuk meneguhkan haknya itu atau untuk membantah suatu hak orang lain wajib membuktikan adanya hak itu atau kejadian yang dikemukakan itu*” Pasal tersebut sejalan dengan pasal 163 HIR yang menegaskan “*Barangsiapa yang mengatakan ia mempunyai hak atau ia menyebut sesuatu perbuatan untuk menguatkan haknya itu atau untuk membantah hak orang lain, maka orang itu harus membuktikan adanya hak itu atau adanya kejadian itu.*”

<sup>12</sup> Sandra Dini Febri Aristya, *Pembuktian Perdata Dalam Kasus Mal Praktik di Yogyakarta*, *Jurnal Mimbar Hukum*, Edisi Khusus November, 2011, h.191-192.

Hukum acara yang berlaku di pengadilan agama dalam mengadili sengketa ekonomi syariah adalah hukum acara yang berlaku pada lingkungan peradilan umum. Ketentuan ini diatur berdasarkan pasal 54 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 *jo.* Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006. Adapun hukum acara yang berlaku di lingkungan peradilan umum menggunakan *Herziene Inlandsch Reglement* (HIR) untuk wilayah Jawa dan Madura dan *Rechtreglement Voor De Buittengewesten* (RBg) untuk wilayah luar Jawa dan Madura. Kedua aturan hukum acara ini berlaku bagi lingkungan peradilan agama, kecuali hal-hal yang telah diatur secara khusus dalam undang-undang ini.<sup>13</sup> Sedangkan ketentuan pembuktian dalam *Burgerlijke Wetboek Voor Indonesia* (BW) atau biasa dikenal dengan KUHPerdara diatur dalam buku ke-IV Pasal 1865 sampai dengan pasal 1993.<sup>14</sup>

Terkait dengan pembuktian adanya wanprestasi dalam sengketa ekonomi syariah, terdapat sebuah fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN-MUI)<sup>15</sup> yang secara prinsip menganut norma pembuktian terbalik. Fatwa tersebut secara umum mengatur tentang penjaminan pengembalian modal pembiayaan *mudharabah*<sup>16</sup>,

---

<sup>13</sup>Hal-hal yang diatur secara khusus dalam Undang-Undang ini yaitu *pertama*, Gugatan Cerai Gugat dan Permohonan Cerai Talak diajukan kepada Pengadilan yang mewilayahi tempat kediaman isteri, kecuali isteri dengan sengaja meninggalkan tempat kediaman bersama tanpa izin suami. *Kedua*, Pemanggilan gaib dilakukan dengan cara menempelkan pada papan pengumuman dan diumumkan melalui mess media sebanyak 2 (dua) kali. *Ketiga*, pemeriksaan perkara perceraian dilakukan secara tertutup. *Keempat*, perdamaian wajib dilakukan hakim dalam setiap pemeriksaan persidangan. *Kelima*, gugatan dalam perkara perceraian wajib menghadirkan pihak keluarga untuk dimintai keterangannya sebagai saksi dan *Keenam*, adanya gugatan LI'AN (tuduhan suami terhadap perzinahan isteri).

<sup>14</sup>Ruslaini and Juhrotul Khulwah, "Ijtihad Hakim Dalam Menyelesaikan Sengketa Ekonomi Syariah di Lingkungan Peradilan Agama," *Jurnal Ekonomi Islam*, November 8, No. 2 (2017): h. 153.

<sup>15</sup>Majelis Ulama Indonesia, *Fatwa DSN MUI No 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan Mudharabah, Musyarakah Dan Wakalah Bil Istitsmar*, n.d.

<sup>16</sup>Akad *mudharabah* adalah kerjasama suatu usaha antara dua pihak di mana pihak pertama (*malik, shahib al-mal, LKS*) menyediakan seluruh modal, sedangkan pihak kedua (*'amil, mudharib,*

*musyarakah*<sup>17</sup> dan *wakalah bil istitsmar*<sup>18</sup>. Dalam ketentuan khusus fatwa tersebut menyatakan bahwa pengelola tidak wajib mengembalikan modal usaha secara penuh pada saat terjadi kerugian, kecuali dikarenakan *ta'addi*<sup>19</sup>, *tafrith*<sup>20</sup> dan *mukhalafath al-syuruth*<sup>21</sup> (wanprestasi). Disamping itu pemilik modal tidak boleh meminta pengelola untuk menjamin modal kecuali atas kehendak pengelola sendiri. Jika usaha mengalami kerugian sementara pemilik modal berbeda pendapat atas penyebab kerugian tersebut, maka pengelola wajib membuktikan bahwa kerugian bukan disebabkan oleh *ta'addi*, *tafrith* dan *mukhalafath al-syuruth* (wanprestasi).

Ada tiga instrumen yang dipakai dalam fatwa ini yaitu skim *mudharabah*, *musyarakah* dan *wakalah bil istitsmar*. Secara substansi, ketiga instrumen ini merupakan akad kerjasama antara satu pihak dengan pihak lainnya untuk mengembangkan usaha/modal dimana pemilik modal menyertakan atau menginvestasikan modalnya kepada pihak pengelola untuk dikembangkan kemudian hasilnya dibagi sesuai kesepakatan. Oleh karena pada dasarnya penyerahan modal atau investasi kepada pihak pengelola merupakan akad kepercayaan (*trust*), maka tidak diwajibkan adanya penjaminan jika terjadi

---

nasabah) bertindak selaku pengelola, dan keuntungan usaha dibagi di antara mereka sesuai nisbah yang disepakati dalam kontrak, sedangkan kerugian ditanggung oleh *Shahib Mal*.

<sup>17</sup>Akad *musyarakah* adalah pembiayaan berdasarkan akad kerjasama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu, di mana masing-masing pihak memberikan kontribusi modal dengan ketentuan bahwa keuntungan dibagi sesuai nisbah yang disepakati dan kerugian akan ditanggung bersama secara proporsional.

<sup>18</sup>Akad *wakalah bil istitsmar* adalah pemberian kuasa oleh satu pihak kepada pihak lain untuk menginvestasikan modalnya.

<sup>19</sup>*Ta'addi (ifrath)* adalah melakukan sesuatu yang tidak boleh/tidak semestinya dilakukan

<sup>20</sup>*Taqshir (tafrith)* adalah tidak melakukan sesuatu yang semestinya dilakukan

<sup>21</sup>*Mukhalafath al-syuruth* adalah melanggar ketentuan-ketentuan (yang tidak bertentangan dengan syariah) yang disepakati pihak-pihak yang berakad

kerugian dalam pengelolaan usaha atau modal kecuali atas permintaan dari pengelola itu sendiri.<sup>22</sup>

Jaminan pengembalian modal ini dapat diterapkan ketika terjadi kerugian terhadap modal/usaha yang disebabkan oleh lalainya pengelola dalam mengembangkan modal/usaha. Namun jika pemilik modal/usaha berbeda pendapat dengan pengelola terkait penyebab kerugian tersebut maka wajib bagi pengelola membuktikan bahwa kerugian yang ditimbulkan bukan karena *ta'addi*, *tafrith* dan *mukhalafath al-syuruth* (wanprestasi). Jika dalam pembuktian tersebut, pihak pengelola tidak dapat membuktikan terjadinya kerugian disebabkan salah satu dari ketiga faktor di atas (*ta'addi*, *tafrith* dan *mukhalafath al-syuruth*) maka pengelola wajib mengembalikan modal/usaha yang telah digunakannya.

Secara tekstual, frasa ini menganut asas pembalikan beban pembuktian terhadap pihak pengelola yang dalam konteks ini berkedudukan sebagai pihak tergugat. Lazimnya dalam pembuktian perdata, beban pembuktian ada di pihak penggugat, kecuali terhadap sengketa perlindungan konsumen yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

Beban pembuktian dalam Pasal 19 ayat (5) Undang-Undang Perlindungan Konsumen<sup>23</sup> yang dikuatkan dengan Pasal 22 Peraturan Menteri Perindustrian dan Perdagangan Nomor 350/MPP/Kep/12/2001 menjadi tanggungjawab pelaku

---

<sup>22</sup>Adanya keharusan dalam memberikan jaminan dalam akad pembiayaan *Mudharabah* dan *Musyarakah* (Kerjasama) bukan berorientasi profit tapi semata-mata untuk melindungi bank dari tindakan moral hazard nasabah

<sup>23</sup>Bunyi teks “Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) tidak berlaku apabila pelaku usaha dapat membuktikan bahwa kesalahan tersebut merupakan kesalahan konsumen”

usaha<sup>24</sup>. Kedua regulasi ini menyatakan bahwa tanggung jawab pelaku usaha untuk membayar ganti rugi kepada konsumen dapat hilang jika pelaku usaha dapat membuktikan bahwa kerugian yang dialami konsumen bukan karena kesalahannya<sup>25</sup>.

Berdasarkan hal di atas, maka penulis tertarik untuk mengkaji permasalahan tersebut dalam sebuah disertasi yang berjudul **“FORMULASI HUKUM PEMBUKTIAN TERBALIK (*OMKERING VAN HET BEWIJSLAST*) DALAM FATWA DSN NOMOR 105/DSN-MUI/X/2016 (Upaya Mengembangkan Hukum Acara Peradilan Agama)”**.

## **B. Rumusan Masalah**

Rumusan masalah yang menjadi fokus dalam penelitian ini adalah:

1. Bagaimana konsep pembuktian terbalik dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen?
2. Bagaimana *ratio legis* penerapan hukum pembuktian terbalik dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 dalam perspektif ekonomi syariah, yuridis dan filosofis?

---

<sup>24</sup>Bunyi teks “*Pembuktian dalam proses penyelesaian sengketa konsumen merupakan beban tanggung jawab pelaku usaha*”.

<sup>25</sup>*Ratio legis* dari alasan penerapan asas pembalikan beban pembuktian dalam UU Perlindungan Konsumen adalah karena pelaku usaha yang lebih mengetahui seluk beluk tentang bahan, proses produksi, dan ketentuan distribusi yang dilakukannya dan untuk membuktikan ini memerlukan biaya. Asas pembalikan beban pembuktian ini dibebankan kepada pelaku usaha dan bertujuan untuk lebih mengefektifkan perlindungan hukum terhadap konsumen. lihat Misnar Syam, “*Penerapan Asas Pembalikan Beban Pembuktian Dalam Penyelesaian Sengketa Konsumen,*” *JHAPER*, Januari-Juni, 4, no. 1 (2018): h.95.

3. Bagaimana formulasi hukum dan mekanisme pembuktian terbalik dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah sebagai bentuk pengembangan dan pembaharuan hukum acara di peradilan agama?

### **C. Tujuan Penelitian**

Tujuan penelitian yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah:

1. Untuk mengeksplorasi konsep pembuktian terbalik dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.
2. Untuk menggali dan menemukan *ratio legis* penerapan asas pembuktian terbalik dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 dalam perspektif ekonomi syariah, yuridis dan filosofis.
3. Untuk membangun formulasi hukum dan menyusun mekanisme pembuktian terbalik dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah sebagai bentuk pengembangan dan pembaharuan hukum acara di peradilan agama.

### **D. Signifikansi Penelitian**

Secara spesifik, kontribusi keilmuan baru sebagai novelti yang diharapkan dari penelitian ini, adalah (bersifat) teoritis dan praktis:

1. Teoritis

Dalam kajian teoritis, penelitian ini diharapkan mampu mengeksplorasi beberapa temuan dalam kerangka hukum acara (formil) yang digunakan hakim dalam pemeriksaan persidangan. Menurut doktrin hukum yang berkembang di Indonesia, hakim bebas melakukan penemuan-penemuan hukum di ranah hukum materiil guna mendapatkan asas kemanfaatan dan keadilan bagi masyarakat.

Namun sebaliknya dalam tataran hukum acara, hakim terikat dengan aturan-aturan beracara berbasis formil di persidangan. Karena hukum acara secara esensi merupakan rambu-rambu hakim dalam memeriksa dan menempuh jalannya persidangan. Satu saja tahapan yang tidak dilalui atau disimpangi, akan mengakibatkan ketidakpastian hukum. Penelitian ini akan menawarkan sebuah kerangka baru dalam hukum acara pemeriksaan sengketa ekonomi syariah yang sama sekali belum ada. Selama ini sistem pembuktian yang dianut dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah masih berpedoman kepada hukum acara konvensional yang termuat dalam KUHPerdara. Penelitian ini secara akademisi juga akan memperkaya wacana keilmuan yang berhubungan dengan teknis penyelesaian sengketa ekonomi syariah di Indonesia.

## 2. Praktis

Secara praktis, penelitian ini diharapkan akan mampu menjadi:

- a. Bahan masukan bagi pemangku kebijakan dalam menyusun draft pedoman Kompilasi Hukum Acara Ekonomi Syariah di Indonesia
- b. Pedoman bagi para praktisi khususnya hakim di lingkungan peradilan agama dalam memeriksa dan menyelesaikan perkara yang berhubungan dengan penyelesaian sengketa ekonomi syariah tertentu.
- c. Kontribusi bagi pengembangan teori-teori hukum bagi para praktisi yang berkecukupan di dunia hukum serta bagi para peneliti lanjutan yang akan mengembangkan lebih jauh konsep ini ke depan.

## **E. Definisi Operasional**

Untuk memperjelas cakupan judul dan membatasi beberapa istilah agar tidak terjadi bias terhadap pemahaman judul penelitian disertasi ini, maka penulis akan menjelaskannya melalui definisi operasional sebagai berikut:

### **1. Formulasi Hukum**

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, kata formulasi berarti perumusan yaitu merumuskan atau menyusun dalam bentuk yang tepat<sup>26</sup>. Kata formulasi juga bermakna sebuah kegiatan atau aktivitas untuk merangkai, merumuskan dan menyusun sebuah kerangka/konsep yang ingin dikembangkan menjadi sebuah temuan.

Kata formulasi biasanya dihubungkan dengan objek yang bersifat konkrit dan empiris seperti halnya dalam kajian sains, biologi dan kedokteran, karena sifatnya mengurai beberapa unsur sehingga menjadi satu kesatuan. Oleh karena kata formulasi lebih ke arah kata kerja/aktifitas, maka sering disematkan dengan kajian-kajian hukum dan sosial.

Sumber hukum utama dalam hukum positif Indonesia adalah peraturan perundang-undangan (hukum tertulis), namun seringkali peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) tertinggal oleh perkembangan masyarakat. Dalam hal ini ada peristiwa hukum yang terjadi di masyarakat akan tetapi hukum tertulis tidak mengaturnya, sehingga terjadilah kekosongan hukum. Begitu juga dengan hukum tertulis yang ada tetapi tidak jelas sifatnya sehingga memerlukan interpretasi mendalam terhadap arti dan makna dari peraturan perundang-undangan tersebut.

---

<sup>26</sup> <https://kbbi.web.id/formulasi>

Untuk mengisi kekosongan peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) dan melakukan interpretasi terhadap arti dan makna dari suatu peraturan perundang-undangan, maka bisa dilakukan dengan cara konstruksi hukum dan interpretasi (penafsiran hukum). Kedua hal tersebut merupakan bagian dari upaya melakukan formulasi hukum.

Formulasi hukum dalam penelitian disertasi ini lebih diarahkan pada kegiatan merumuskan atau menyusun dan mengembangkan sebuah rancangan hukum acara berupa teknik pembuktian terbalik dalam sengketa ekonomi syariah tertentu di peradilan agama.

Secara normatif, konstruksi/formulasi hukum dilakukan dengan cara mengisi kekosongan peraturan perundang-undangan dengan asas-asas dan sendi-sendi hukum. Konstruksi/formulasi hukum terdiri dari 3 (tiga) bentuk yaitu *analogi* (abstraksi), *determinasi* (penghalusan hukum) dan *argumentum a contrario*. Formulasi hukum yang digunakan dalam penelitian disertasi ini menggunakan analogi yaitu pengkonstruksian dengan cara mengabstraksikan prinsip suatu ketentuan untuk kemudian prinsip ini diterapkan dengan cara “seolah-olah” memperluas keberlakuannya pada suatu peristiwa konkrit yang belum ada pengaturannya.<sup>27</sup> Atau dengan kata lain analogi adalah proses konstruksi yang dilakukan dengan cara mencari *ratio legis* (genus) dari suatu undang-undang kemudian menerapkannya kepada hal-hal lain yang sebenarnya tidak diatur oleh undang-undang itu.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Sitti Mawar, “Metode Penemuan Hukum (Interpretasi Dan Konstruksi) Dalam Rangka Harmonisasi Hukum,” Ar-Raniry, n.d., h.15.

<sup>28</sup>Dalam analogi, hakim memasukkan suatu perkara ke dalam lingkup pengaturan suatu peraturan perundang-undangan yang sebenarnya tidak dimaksudkan untuk menyelesaikan perkara

Analogi ini diperlukan untuk membangun sebuah formulasi hukum tentang mekanisme pembuktian terbalik yang ada dalam undang-undang perlindungan konsumen dan fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 dengan memperhatikan *ratio legis* ('*illat* hukum) dari kedua peraturan tersebut.

## 2. Pembuktian Terbalik (*Omkering Van Het Bewijslast*)

Konsep *omkering van het bewijslast* memiliki padanan arti dengan beban pembuktian terbalik. Konsep ini biasa disebut sebagai asas pembalikan beban pembuktian atau pembuktian terbalik (Indonesia). Dalam bahasa Inggris, *omkering van het bewijslast* dikenal sebagai *shifting of burden of proof* atau *reversal burden of proof* dan *onus of proof* (Latin) yang diartikan sebagai pembalikan beban pembuktian yang dibebankan kepada terdakwa untuk membuktikan dirinya tidak melakukan tindak pidana.<sup>29</sup>

Secara historis sistem pembuktian terbalik bermula dari sistem pembuktian yang dikenal dari negara penganut rumpun Anglo Saxon yang penerapannya terbatas dalam kasus tertentu, khususnya dalam tindak pidana gratifikasi atau suap.<sup>30</sup> Secara konseptual, *omkering van het bewijslast* atau pembalikan beban pembuktian lebih mengedepankan keseimbangan secara proporsional antara

---

yang bersangkutan. Hal ini dikarenakan adanya kesamaan unsur dengan perkara atau fakta-fakta yang dapat diselesaikan langsung oleh peraturan perundang-undangan yang sudah ada. Berdasarkan anggapan itulah hakim kemudian memberlakukan peraturan perundang-undangan yang sudah ada pada perkara yang sedang ditanganinya. Penerapan hukum dengan analogi hanya dapat dilakukan dalam kasus-kasus hukum perdata. Hukum pidana tidak mengenal analogi karena hal demikian bertentangan dengan asas pokok hukum pidana yaitu "tiada pidana tanpa ketentuan perundang-undangan yang menetapkannya terlebih dahulu" (*nullum crimen sine lege*). Karena di dalam pidana jika digunakan konstruksi analogi akan menciptakan delik baru.

<sup>29</sup> Lilik Mulyadi dalam Supriyadi Widodo Eddyono, *Pembebanan Pembuktian Terbalik dan Tantangannya (Verification Reversed Imposition and Its Challenges)*, Jurnal Legislasi Indonesia, Vol 8, no 2, Juni 2011, h. 269

<sup>30</sup> Ida Ayu Setyawati, *Beban Pembuktian Terbalik Dalam Perkara Money Laundering Dengan Predicate Crime Tindak Pidana Korupsi*, Jurnal Hukum, Februari 2014, h. 5

perlindungan kemerdekaan individu di satu sisi dan perampasan hak individu yang bersangkutan di sisi lainnya. Teori pembalikan beban pembuktian juga tetap mempertahankan prinsip pembuktian “*beyond reasonable doubt*” yang diterapkan kepada terdakwa, akan tetapi secara bersamaan sekaligus menerapkan prinsip pembalikan beban pembuktian oleh terdakwa.<sup>31</sup>

Secara kronologis pembalikan beban pembuktian bermula dari sistem pembuktian yang dikenal dari negara penganut rumpun Anglo-Saxon terbatas pada “*certain cases*” khususnya terhadap tindak pidana “*gratification*” atau pemberian yang berkorelasi dengan “*bribery*” (suap), seperti di United Kingdom of Great Britain, Republik Singapura dan Malaysia. Di United Kingdom of Great Britain atas dasar “*Prevention of Corruption Act 1916*” terdapat pengaturan apa yang dinamakan “Praduga korupsi untuk kasus-kasus tertentu” (*Presumption of corruption in certain cases*) yang redaksional berbunyi sebagai berikut:

*“Where in any proceeding against a person for an offence under the Prevention of Corruption Act 1906, or the Public Bodies Corrupt Practices Act 1889, it is proved that any money, gift, or other considerations has been paid or given to or received by a person in the employment of His Majesty or any Government Department or a public body by or from a person, or agent of a person, holding or seeking to obtain a contract from His Majesty or any Government Department or public body, the money, gift, or consideration shall be deemed to have been paid or given and received corruptly as such inducement or reward as in mentioned in such Act unless the contrary is proved”.*<sup>32</sup>

Di Malaysia atas dasar Pasal 42 Akta Pencegahan Rasuah 1997 “(Anti Corruption Act 1997 (Act 575))” yang mulai berlaku sejak tanggal 8 Januari 1998 menentukan:

---

<sup>31</sup> Supriyadi Widodo Eddyono, *ibid*, h. 270

<sup>32</sup> Muladi, *Sistem Pembuktian Terbalik (Omkering van Bewijslast atau Reversel Burden of Proof atau Shifting Burden of Proof)*, Majalah Varia Peradilan, Jakarta, Juli 2001, h. 122

*“Where in any proceeding against any person for an offence under section 10, 11, 13, 14 or 15 it is proved that any gratification has been accepted or agreed to be accepted, obtained, or attempted to be obtained, solicited, given or agreed to be given, promised or offered by or to the accused, the gratification shall be presumed to have been corruptly accepted or agreed to be accepted, obtained or attempted to be obtained, solicited, given or agreed to be given, promised, or offered as an inducement or a reward for or on account of the matters set out in the particulars of the offence, unless the contrary is proved.”<sup>33</sup>*

Berikutnya di Singapura, atas dasar “Prevention of Corruption Act (Chapter 241)” ditegaskan pula sebagai berikut:

*“Where in any proceeding against a person for an offence under section 5 or 6, it is proved that any gratification has been paid or given to or received by a person in the employment of the Government or any department there of or of a public body by or from a person or agent of a person who has or seeks to have any dealing with the Government or any department there of or any public body, that gratification shall be deemed to have been paid or given and received corruptly as a inducement or reward as herein before mentioned unless the contrary is proved”.<sup>34</sup>*

Secara umum, pembuktian menurut para ahli memiliki beberapa pengertian. Abdul Kadir Muhammad<sup>35</sup> menjelaskan bahwa pembuktian secara yuridis berarti menyajikan fakta-fakta yang memadai menurut hukum untuk memberikan kepastian kepada majelis hakim tentang terjadinya suatu peristiwa atau hubungan hukum. Sementara itu, Bachtiar Effendi<sup>36</sup> mendefinisikan pembuktian sebagai penyampaian alat bukti yang sah oleh pihak yang berperkara kepada hakim dalam persidangan, dengan tujuan memperkuat argumen tentang fakta hukum yang

---

<sup>33</sup> Andi Hamzah, *Perbandingan Pemberantasan Korupsi di Berbagai Negara*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, 2005, h. 53

<sup>34</sup> M. Akil Mochtar, *Memberantas Korupsi Efektivitas Sistem Pembalikan Beban Pembuktian Dalam Gratifikasi*, Penerbit Q-Communication, Jakarta, 2006, h. 31

<sup>35</sup> Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Acara Perdata Indonesia* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000), h.115.

<sup>36</sup> Lilik Mulyadi, *Hukum Acara Perdata Menurut Teori Dan Praktik Peradilan Indonesia* (Jakarta: Djambatan, 1999), h.154.

menjadi inti sengketa, sehingga hakim mendapatkan kepastian sebagai dasar keputusan.

Menurut Sudikno Mertokusumo, pembuktian dalam hukum acara memiliki arti yuridis yaitu memberikan dasar yang memadai kepada hakim yang menangani perkara untuk memastikan kebenaran peristiwa yang diajukan. Pembuktian yuridis pada dasarnya juga bersifat historis, yang berusaha menetapkan apa yang telah terjadi secara konkrit. Baik dalam konteks yuridis maupun ilmiah, pembuktian pada intinya berarti mempertimbangkan secara logis alasan mengapa peristiwa tertentu dianggap benar.<sup>37</sup>

Dari beberapa pendapat di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa unsur-unsur pembuktian adalah: 1) merupakan bagian dari hukum acara perdata; 2) merupakan suatu proses prosesuil untuk meyakinkan hakim terhadap kebenaran dalil-dalil yang di kemukakan para pihak di persidangan; 3) merupakan dasar bagi hakim dalam rangka menjatuhkan putusan.<sup>38</sup>

Dalam konteks penelitian ini yang dimaksud dengan pembuktian terbalik adalah penyajian seperangkat fakta-fakta dan peristiwa hukum melalui beberapa alat bukti yang diajukan oleh pengelola modal (*mudharib/syarik/muwakkil*) selaku pihak tergugat di persidangan. Dalam sistem pembalikan beban pembuktian, pengelola modal (*mudharib/syarik/muwakkil*) harus membuktikan tidak adanya unsur kesalahan (kelalaian), sedangkan pemilik modal (*shohib al-mal/syarik/wakil*)

---

<sup>37</sup> Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Di Indonesia* (Yogyakarta: Liberty, 2000), h.103-104.

<sup>38</sup> Syam, "Penerapan Asas Pembalikan Beban Pembuktian Dalam Penyelesaian Sengketa Konsumen," h.96.

tetap dibebani pembuktian berupa adanya kerugian yang dideritanya akibat wanprestasi yang dilakukan pengelola modal.<sup>39</sup>

Penulis memilih diksi “*omkering van het bewijlast*” dalam judul disertasi ini sekadar penguat/*taukid* karena istilah ini merupakan padanan bahasa Belanda yang dari segi sejarah hukum sudah mengakar kuat dalam pembentukan sistem hukum di Indonesia. Penggunaan istilah ini juga dalam rangka mengintegrasikan bahwa pembuktian terbalik dalam sengketa ekonomi syariah juga menganut asas *audi at alteram partem* yaitu bertujuan ingin menciptakan keseimbangan dan keadilan dalam menerapkan asas hukum acara. Disamping itu, istilah pembuktian terbalik (*omkering van het bewijlast*) normanya sudah ada dalam beberapa kajian fikih muamalah khususnya dalam fatwa DSN tapi masih belum dieksplorasi lebih dalam, karena itulah lewat temuan hasil penelitian ini penulis ingin mengembangkan konsep ini sebagai bagian dari hukum acara peradilan agama.

### 3. Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN)

Yang dimaksud fatwa DSN dalam penelitian ini adalah fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 tentang penjaminan pengembalian modal pembiayaan *musyarakah, mudharabah* dan *wakalah bil istitsmar*.

Secara umum fatwa ini terdiri dari tiga bagian yaitu pertama tentang ketentuan umum yang menjelaskan secara global tentang 3 (tiga) akad yang terkandung di dalamnya yaitu *mudharabah, musyarakah* dan *wakalah bil istitsmar*. Sebagai garansi atas penerapan ketiga akad tersebut, maka bagi pihak pengelola di

---

<sup>39</sup> Andi Handono, “*Perlindungan Hukum Bagi Konsumen Terhadap Informasi Iklan Barang Dan Jasa Yang Menyesatkan*,” Jurnal Hukum, 2011, h.37.

perbolehkan mengajukan permintaan kepada pemilik modal untuk menjamin pengembalian modal secara penuh atas usaha (proyek) yang sedang dijalankan, jika suatu saat terjadi wanprestasi dari pihak pengelola modal.

Dari segi substansi, fatwa di atas memberikan sebuah ketentuan bolehnya memberikan jaminan pengembalian modal dari pengelola kepada pemilik modal atas kehendaknya sendiri dan pemilik modalpun boleh meminta pihak ketiga untuk menjamin pengembalian modal tersebut.<sup>40</sup> Jika dalam perjalanan usaha yang dilakukan, pengelola modal mengalami kerugian sementara pemilik modal berbeda pendapat dalam hal penyebabnya, maka pihak pengelola sendiri yang membuktikan bahwa kerugian tersebut bukan karena unsur *ta'addi*, *tafrith* dan *mukhalafath al-syuruth*. Ketiga terminologi ini identik dengan unsur-unsur wanprestasi sebagaimana yang diatur dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

Adanya pengecualian berupa unsur wanprestasi dalam penjaminan pengembalian modal *mudharabah*, *musyarakah* dan *wakalah bil istitsmar* memberikan sebuah konsekuensi hukum jika terjadi sengketa/kasus dimana pemilik modal berbeda pendapat dengan pihak pengelola usaha dalam hal kerugian yang disebabkan karena unsur *ta'addi*, *tafrith* dan *mukhalafath al-syuruth* (wanprestasi), maka bagi pihak pengelola wajib membuktikan bahwa kerugian tersebut bukan karena unsur *ta'addi*, *tafrith* dan *mukhlafath al-syuruth* (wanprestasi) dan beban pembuktian ini berada pada pihak pengelola. Dalam hal pembuktian dapat diterima oleh pemilik modal, maka kerugian menjadi tanggung jawab pemilik modal, namun

---

<sup>40</sup>Lihat pada ketentuan khusus nomor 3 dan 4 fatwa DSN No 105/DSN-MUI/X/2016

jika pembuktian tersebut tidak diterima, maka dapat diselesaikan melalui jalur litigasi maupun non litigasi.

#### **F. Penelitian Terdahulu**

Penelitian tentang pembuktian terbalik dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah masih sangat minim, karena kajian ini tergolong masih baru. Namun untuk menghindari terjadinya plagiasi terhadap karya dan penelitian orang lain, penulis perlu memaparkan beberapa penelitian terdahulu yang terkait dengan penelitian ini dan menjelaskan perbedaannya. Di antara penelitian terdahulu tersebut sebagai berikut:

1. Asas Pembuktian Terbalik dalam Sengketa Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*, *Musyarakah* dan *Wakalah bil Istitsmar* yang ditulis oleh Mardi Candra dan dipublikasi dalam jurnal *Mimbar Hukum Universitas Gadjah Mada*, Volume 34 No 1 Tahun 2022.

Penelitian ini secara umum mengkaji tentang asas pembalikan beban pembuktian dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Hasil penelitian tersebut menunjukkan bahwa alasan hukum penerapan asas pembuktian terbalik dalam fatwa DSN karena pengelola modal merupakan pihak yang lebih aktif dan mengetahui dalam hal pengembangan bisnis dan memiliki tanggungjawab mutlak (*strict liability*) atas segala kesalahan dan kelalaian dalam mengelola proyek yang dijalankan.

Adapun yang membedakannya dengan penelitian dalam disertasi ini adalah penulis nantinya akan menganalisa tentang *ratio legis* penerapan asas pembuktian

terbalik dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Penulis juga akan melakukan penggalian terhadap nilai-nilai yuridis dan filosofis serta alasan-alasan dalam perspektif ekonomi syariah dibalik penerapan asas pembuktian terbalik dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016. Untuk memberikan nilai kebaruan (*novelty*) dalam penelitian ini, penulis juga akan menawarkan tentang formulasi hukum dan mekanisme pembuktian terbalik dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah sebagai bagian dari teknis hukum acara di persidangan.

2. Penerapan Asas Pembalikan Beban Pembuktian dalam Penyelesaian Sengketa Konsumen yang ditulis oleh Misnar Syam dan dipublikasi oleh jurnal ADHAPER Vol. 4, No. 1, Januari – Juni 2018.

Penelitian ini menyatakan bahwa berdasarkan Pasal 19 Ayat (5) Undang-undang Perlindungan Konsumen, Pelaku usaha dapat dibebaskan dari tanggung jawab kesalahan jika dia mampu membuktikan bahwa kesalahan itu merupakan kesalahan konsumen. Penerapan asas pembuktian terbalik dalam penyelesaian sengketa konsumen adalah untuk memberikan perlindungan hukum secara maksimal dengan menggunakan prinsip tanggung jawab mutlak (*strict liability*) dan *product liability*. Prinsip ini tidak memerlukan pembuktian adanya kesalahan tetapi jika konsumen menderita kerugian maka pelaku usaha dapat dimintakan pertanggungjawabannya.

Penelitian tersebut objeknya berfokus pada ketentuan tentang beban pembuktian terbalik dalam undang-undang perlindungan konsumen yang berasal dari adanya pertanggungjawaban mutlak (*strict liability*) yang dimiliki pelaku

usaha. Adapun disertasi yang penulis teliti objeknya berfokus pada fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 yang mengandung norma pembuktian terbalik ketika terjadi sengketa. Disamping itu, metode yang digunakan dalam penelitian di atas bersifat *normatif law* dengan analisis yuridis terhadap Undang-Undang Perlindungan Konsumen. Sedangkan penelitian dalam disertasi ini selain menggunakan analisis yuridis juga memakai analisis komparatif antara Undang-Undang Perlindungan Konsumen dan Fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016. Untuk menguatkan temuan novelty dalam disertasi ini, penulis akan melakukan analisis putusan terkait dengan sengketa penjaminan pengembalian modal pembiayaan *musyarakah*, *mudharabah* dan *wakalah bil istitsmar*. Dari analisis putusan tersebut akan dibangun sebuah formulasi hukum tentang mekanisme pembuktian terbalik dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah.

## **G. Kerangka Teoritis/Kajian Teori**

### **A. Grand Teori**

#### **1. Teori Keadilan**

Hukum acara peradilan dirancang untuk memberikan nilai kepastian dan keadilan hukum kepada para pihak. Hukum acara merupakan seperangkat aturan yang bertujuan memberikan ketertiban dan keteraturan dalam menemukan fakta-fakta di persidangan. Tanpa hukum acara, para penegak hukum akan bertindak sewenang-wenang dan memperlakukan para pihak tidak sesuai dengan prinsip keseimbangan (*fair of trial*). Konstruksi hukum acara dibangun berdasarkan prinsip-prinsip keadilan. Oleh karena itu, yang penulis lakukan pertama kali adalah membangun sebuah landasan teori yang menjadi kerangka berdirinya hukum acara

peradilan berdasarkan prinsip keadilan. Teori yang menjadi basis epistemologis hukum acara peradilan adalah keadilan formil dan keadilan substansial.

#### a. Keadilan Formil

Kajian filsafat hukum tentang keadilan sebagai basis aksiologis filsafat hukum umumnya telah dikaji oleh berbagai kalangan, mulai dari filsuf klasik, hingga modern. Keadilan sebagai cita-cita dan tujuan hukum yang telah lama menjangkau wilayah filsafat hukum dengan kesimpulan bahwa keadilan hanya bisa diwujudkan melalui hukum.<sup>41</sup> Dengan begitu, hukum sama dengan keadilan, hukum yang tidak adil bukan hukum.<sup>42</sup>

Kata “keadilan” di mata ahli filsafat hukum, terutama filsafat barat mengandung perdebatan yang panjang dan kontroversial. Perdebatan kontroversial ini telah membawa konsekuensi bahwa sulit untuk dapat menemukan tolak ukur apa sebenarnya hukum yang adil. Para ahli hukum membuat satu adagium untuk mendefinisikan keadilan dengan formula “melakukan yang benar dan tidak melakukan yang salah” sebagaimana ungkapan para penganut hukum positif.<sup>43</sup> Terminologi keadilan dapat dipahami sebagai sebuah nilai yang digunakan untuk menciptakan hubungan yang serasi dan seimbang antar sesama manusia dan memberikan apa yang menjadi hak seseorang dan jika terdapat pelanggaran terkait keadilan maka seseorang dapat menerima hukuman. Keadilan juga dimaknai sebagai pemenuhan keinginan individu dalam suatu tingkat tertentu. Pemenuhan

---

<sup>41</sup> Inge Dwisvimiari, *Keadilan Dalam Perspektif Filsafat Ilmu Hukum*, *Jurnal Dinamika Hukum* Vol. 11, No 3 (September 2011): h.522.

<sup>42</sup> I Dewe Gede Atmaja, *Filsafat Hukum: Dimensi Tematis Dan Historis* (Malang: Setara Press, 2013), h.70.

<sup>43</sup> Khudzaifah Dimiyati, *Hukum dan Moral: Basis Epistemologis Paradigma Rasional H.L.A Hart*. (Yogyakarta: Genta Publishing, 2017), h.39.

keadilan sehingga suatu keadaan layak disebut adil adalah sesuatu yang sulit dijawab berdasarkan pengetahuan rasional. Jawaban atas pertanyaan tersebut adalah suatu pembenaran nilai.<sup>44</sup>

Hans Kelsen (aliran positivisme hukum) dalam bukunya "*What is the Justice?*" menulis nilai keadilan tidak sama sifatnya dengan nilai hukum. Sejatinya norma yang digunakan untuk standar keadilan sangatlah beragam sehingga tidak dapat diharmonisasikan. Oleh karenanya nilai keadilan bersifat subjektif, sedangkan eksistensi dari nilai-nilai hukum dikondisikan oleh fakta-fakta yang dapat diuji secara objektif.<sup>45</sup> Sebagai lanjutan dari pendapatnya, dalam "*General Theory of Law and State*," Kelsen menyebutkan, keadilan dalam arti legalitas yakni suatu penerapan hukum yang sesuai dengan yang ditetapkan dalam suatu tata hukum secara sadar. Namun, meski awalnya ia berpendapat tidak ada satu tolak ukur hukum yang adil dengan keterbatasannya, Kelsen mengutarakan bahwa keadilan adalah sebuah legalitas, sehingga tolak ukur keadilan hukum terletak pada keabsahannya menurut hukum positif.<sup>46</sup>

Positivisme hukum merupakan salah satu aliran pemikiran dalam hukum yang memiliki keterkaitan erat dengan asas legalitas. Inti pandangan positivisme hukum adalah bahwa hukum merupakan norma-norma atau kaidah yang dituangkan dalam peraturan perundang-undangan sehingga sifatnya konkrit dan dirumuskan dalam rumusan-rumusan yang jelas dan tegas. Aliran positivisme hukum berakar

---

<sup>44</sup> Jimly Asshidiq and M. Ali Syafaat, "*Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*" (Sekretariat Jendral MK RI, 2006), h.18.

<sup>45</sup> Atmaja, *Filsafat Hukum: Dimensi Tematis Dan Historis*, h.79.

<sup>46</sup> Kelik Wardiono and Khudzaifah Dimiyati, "*Basis Epistemologis Paradigma Rasional Dalam Ilmu Hukum: Sebuah Deskripsi Tentang Asumsi-Asumsi Dasar Teori Hukum Murni-Hans Kelsen*," *Jurnal Dinamika Hukum* 14, no. 3 (2014): h.375.

pada filsafat positivisme yang dikembangkan oleh Auguste Comte. Positivisme hukum ini muncul sebagai reaksi terhadap aliran pemikiran alam atau naturalisme. Berbeda dengan naturalisme yang memusatkan perhatiannya pada masalah keadilan yang abstrak, positivisme mengutarakan masalah ketertiban dan ketepatan, perhatiannya diarahkan pada objek yang jelas dan pasti.<sup>47</sup>

Positivisme hukum berhubungan erat dengan asas legalitas. Asas legalitas memegang suatu prinsip bahwa tidak ada perbuatan yang bisa dihukum melainkan atas peraturan hukum yang telah ada sebelum perbuatan itu dilakukan. Dengan ungkapan sebaliknya bahwa setiap tindakan yang tidak sesuai atau bertentangan dengan peraturan hukum harus dikenai sanksi hukum. Berdasarkan hal tersebut, dapat ditarik pemahaman bahwa menurut asas legalitas, hukum itu identik dengan peraturan, dan setiap perbuatan yang bertentangan dengan peraturan berarti bertentangan dengan hukum. Pandangan yang demikian tidak mengakui adanya kaidah-kaidah yang ada dalam kehidupan masyarakat yang walaupun tidak tertulis dalam aturan tetapi oleh masyarakat dirasakan sebagai sesuatu yang mengikat dan harus ditaati seperti hukum adat.

Perkembangan filsafat positivisme yang muncul sejak abad ke-18 (delapan belas) tak berhenti memberikan pengaruh kepada pemikiran hukum yang ada. Hukum dituntut menjadi sesuatu yang nyata di tengah alam indrawi yang dimaknai sebagai seperangkat peraturan tertulis yang dituntut berlaku secara objektif. *Value free* dan *context free* menjadi sifat yang juga diminta untuk dipenuhi dalam

---

<sup>47</sup> Teguh Prasetyo and Abdul Halim Barkatullah, *Filsafat, Teori, Dan Ilmu Hukum: Pemikiran Menuju Masyarakat Yang Berkeadilan Dan Bermartabat* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2013), h.195.

menjalankan hukum yang objektif tersebut<sup>48</sup>. Oleh karena itu, berdasarkan pandangan ini, peran hakim tidak lebih dari sekedar corong undang-undang (*la bouce de la loi*) yang harus memeriksa dan memutus perkara berdasarkan peraturan hukum yang berlaku, tanpa ada ruang baginya untuk membuat pertimbangan-pertimbangan sesuai rasa keadilan masyarakat. Dalam teori hukum positivisme, terdapat dua sub teori yang sangat terkenal yaitu pertama, teori hukum positif yang analitis (*analytical jurisprudence*) dari John Austin dan kedua teori hukum murni (*the pure of law theory*) dari Hans Kelsen.

John Austin (1790-1859)<sup>49</sup> mengartikan ilmu hukum (*jurisprudence*) sebagai teori hukum positif yang otonom dan dapat mencukupi dirinya sendiri. Ilmu hukum bertujuan untuk menganalisa unsur-unsur yang secara nyata ada dari sistem hukum modern. Dalam filsafat hukum, pemikiran Jeremy Bentham (1748-1832) mempengaruhi pemikiran Austin, tokoh penyebar benih (*seminal figure*) dalam *legal positivism* dan *analytic jurisprudence* Inggris dan Amerika. Dalam teorinya, Austin mulai dengan membedakan “*law properly so called*” dan “*law improperly so called*”. Yang disebut pertama adalah selalu “*a species of command*”, suatu ekspresi dari suatu keinginan (*wish*) atau hasrat, secara analitik dikaitkan dengan gagasan tentang kewajiban, pertanggungjawaban untuk menerima hukuman atau sangsi dan superioritas. Sangsi menurut Austin adalah semata-mata sebagai suatu bentuk membebaskan penderitaan (*punishment* bukan *reward*). Yang disebut

---

<sup>48</sup>Aditya Yuli Sulistyawan, *Mempersoalkan Objektivitas Hukum: Suatu Perbincangan Filsafat Hukum*, Jurnal Masalah Masalah Hukum,” *Jurnal Masalah Masalah Hukum* 41, no. Oktober (2012): h.507.

<sup>49</sup>Darji Darmodiharjo, *Pokok-Pokok Filsafat: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1995), h.114.

terakhir membawa Austin pada analisisnya tentang kedaulatan yang terkenal dan berpengaruh “*law strictly so called* (kaidah-kaidah hukum positif) adalah perintah-perintah dari mereka yang secara politik berkedudukan lebih tinggi (*political superiors*) kepada mereka yang secara politik berkedudukan lebih rendah (*political inferiors*).

Dengan kata lain, hukum adalah perintah dari pihak yang berwenang (teori perintah - *bevelstheory*) merujuk pada instruksi dari kekuasaan politik yang sah di suatu negara. Austin membedakan antara hukum dan keadilan yang didasarkan pada konsep baik dan buruk serta otoritas yang lebih tinggi. Hukum merupakan perintah dari penguasa yang memiliki kekuasaan tertinggi. Aturan hukum yang berlaku dalam masyarakat adalah aturan tertulis yang mencerminkan kehendak dan keinginan penguasa. Hukum, sebagai perintah yang mengikat dapat bersifat adil atau sebaliknya. Dalam penerapan hukum, keadilan bukanlah hal yang utama, karena itu merupakan domain ilmu politik dan sosiologi.<sup>50</sup>

Hukum dari segi sifatnya dikonsepsikan sebagai suatu sistem yang bersifat logis, tetap dan tertutup (*closed logical system*). Konsep ini secara tegas memisahkan hukum dan moral (yang berkaitan dengan keadilan). Implementasi aturan hukum dalam masyarakat tidak harus mempertimbangkan dan menilai mengenai baik dan buruk karena hal tersebut berada di luar kajian hukum. Hukum yang baik sesungguhnya adalah hukum yang memuat kaidah perintah, larangan, sanksi, kewajiban dan kedaulatan. Tanpa kaidah tersebut sebuah aturan tidak dapat disebut hukum tetapi hanya bisa dikatakan sebagai aturan moral.

---

<sup>50</sup> Ibid, h.144

John Austin, seorang tokoh utama dalam positivisme berpendapat bahwa satu-satunya sumber hukum berasal dari kekuasaan tertinggi di suatu negara. Ia mendefinisikan ilmu hukum (*jurisprudence*) sebagai teori hukum positif yang mandiri dan mampu memenuhi kebutuhannya sendiri. Ilmu hukum fokus pada hukum positif dan hubungan antara hukum tersebut dengan hukum lain yang diterima tanpa mempertimbangkan aspek baik atau buruk. Tugas ilmu hukum adalah menganalisis unsur-unsur yang secara nyata ada dalam sistem hukum modern. Meskipun ada elemen historis yang diakui, hal tersebut tidak menjadi fokus utama. Hukum dipandang sebagai perintah dari kekuasaan politik yang sah di suatu negara.<sup>51</sup>

Sumbangan Austin yang paling penting dalam teori hukum adalah digantinya perintah yang berdaulat yakni negara bagi tiap-tiap cita keadilan dalam definisi hukum, Austin mendefinisikan hukum sebagai<sup>52</sup> peraturan yang diadakan untuk memberi bimbingan kepada makhluk yang berakal oleh makhluk yang berakal yang berkuasa di atasnya (*a rule laid down for guidance of an intelligent being by an intelligent being having power over him*).

Hukum sepenuhnya dipisahkan dari keadilan dan didasarkan tidak atas gagasan-gagasan tentang yang baik dan buruk, namun didasarkan atas kekuasaan yang lebih tinggi. Menurut Austin, hukum dibagi dalam dua bentuk yaitu<sup>53</sup> pertama, hukum yang diadakan oleh Tuhan untuk manusia (Hukum Tuhan), dan kedua, undang-undang yang diadakan oleh manusia untuk manusia (hukum manusia).

---

<sup>51</sup> Sutjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1991), h.268.

<sup>52</sup> W Friedman, *Teori dan Filsafat Hukum, Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum* (Jakarta: Rajawali, 1990), h.149.

<sup>53</sup> *Ibid*, h.150

Aliran Positivisme yang kedua adalah teori hukum murni Kelsen (*the pure of law theory*). Hans Kelsen tegas tidak menganut hukum alam walau mengemukakan adanya asas-asas hukum umum sebagaimana tercermin dalam *Grundnorm/Ursprungnormnya*. Ada dua teori yang dikemukakan Hans Kelsen yaitu *pertama*, ajaran tentang hukum murni yang menyatakan bahwa hukum itu harus dibersihkan dari anasir-anasir yang tidak yuridis seperti etis, sosiologis, politis, dan sebagainya, dan *kedua*, tentang *stufenbau des recht* yang membahas tentang hirarki peraturan perundang-undangan.

Menurut Kelsen, konsep penerapan hukum harus dengan pendekatan metode *normatif yuridis* yang bersih dari anasir non yuridis seperti sosiologis, politis, historis, dan etika. Peraturan hukum selalu merupakan hukum positif (tertulis)<sup>54</sup>. Konsepsi hukum positif (tertulis) adalah hukum dalam kenyataan (*sollen kategories*) dan bukan hukum yang seharusnya atau yang dicita-citakan (*sein kategories*). Seorang ahli hukum tidak bisa bekerja dalam bidang *sollen* dengan konstruksi pemikiran dan dunia *sein*.

Dengan demikian meskipun hukum itu *sollen kategories* (kategori keharusan/ideal) yang dipakai adalah hukum positif (*ius constitutum*), bukan hukum yang dicita-citakan (*ius contituendum*). Baginya, hukum adalah suatu keharusan yang mengatur manusia sebagai makhluk rasional. Dalam hal ini yang dipersoalkan oleh hukum bukanlah bagaimana hukum itu seharusnya, tetapi apa hukumnya. Dengan cara berpikir yuridis normatif *an sich* inilah yang kemudian

---

<sup>54</sup> Mahmul Siregar, *Modul Perkuliahan Teori Hukum: Teori-Teori Hukum Positivisme Hukum* (Medan: Sekolah Pasca Sarjana Sumatera Utara, 2008), h.78.

melahirkan asas kepastian hukum (*legal certainty*) yang wajib ada dalam setiap produk hukum negara.<sup>55</sup>

Dalam positivisme hukum (*positivisme yuridis* dan *analitical positivisme*) hukum direduksi sedemikian rupa, sebagaimana Kelsen mereduksi realitas hukum yang bersifat beragam menjadi tunggal yaitu realitas hukum yang bersih dari unsur-unsur non-yuridis. Teori murni Kelsen dalam arti bahwa hukum dibebaskan dari unsur-unsur yang bersifat ideologis dan sosiologis mencoba untuk memperlakukan sistem hukum semata-mata sebagai sistem kaidah-kaidah. Semua sistem hukum tersusun secara hirarkis, kaidah-kaidah yang lebih rendah adalah konkretisasi dari kaidah-kaidah yang lebih tinggi.<sup>56</sup>

Lebih lanjut, Kelsen mengembangkan pemikiran tersebut melalui konsep *stufen theory*.<sup>57</sup> Kelsen berpendapat bahwa suatu sistem hukum adalah merupakan suatu hirarkis dari pada hukum dimana suatu ketentuan hukum tertentu bersumber pada ketentuan hukum lainnya yang lebih tinggi<sup>58</sup>. Sebagai ketentuan tertinggi adalah *grund norm* atau norma dasar yang bersifat hipotetis. Ketentuan lebih rendah adalah lebih konkrit dari ketentuan yang lebih tinggi.

---

<sup>55</sup> Hukum sejatinya berorientasi pada tujuannya yakni untuk mewujudkan kepastian, keadilan dan kebergunaan. Artinya setiap norma hukum haruslah menghasilkan keseimbangan antara kepastian (*certainly, zekerheid*), keadilan (*justtice, billijkheid*) dan kebergunaan.

<sup>56</sup> Mukhtie Fadjar, *Tipe Negara Hukum* (Malang: Bayu Media Publishing, n.d.), h.43.

<sup>57</sup>Dari konsep *grundnorm*, Kelsen sebagai pencetus teori hukum murni juga berjasa mengembangkan teori jenjang (*stufentheorie*) yang semula dikemukakan oleh Adolf Merkl (1836-1896). Teori ini melihat hukum sebagai suatu sistem yang terdiri dari susunan norma berbentuk piramida yang menyatakan bahwa sistem hukum pada hakikatnya merupakan system hierarkhis dari peringkat terendah hingga ke peringkat tertinggi. Semakin tinggi peringkat kedudukannya, semakin abstrak dan umum sifat norma yang dikandungnya, dan semakin rendah peringkatnya semakin konkrit operasional sifat kandungan normanya. Norma yang lebih rendah memperoleh kekuasaannya dari norma yang lebih tinggi. Norma yang paling tinggi, yang menduduki puncak piramida, oleh Kelsen disebut *Grundnorm* (norma dasar) atau *unsprungnorm* (lihat Jimly Asshidiqie, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, KonPress, Jakarta, 2006, h.41)

<sup>58</sup> Ibid, h.64

Positivisme hukum mulai berjaya sekitar abad ke-XIX (sembilan belas), menggeser kejayaan hukum alam. Berbeda dengan hukum alam, dalam positivisme hukum dicirikan dengan hukum tertulis dan dibuat oleh lembaga yang berwenang atau berdaulat. Jadi kekuatan norma hukum sangat jelas, bahkan di luar undang-undang tidak ada hukum. Positivisme hukum mengutamakan hukum tertulis/kepastian hukum. Masalah keadilan di dalam hukum tidak menjadi pertimbangan utama. Ketika undang-undang sudah disahkan keberlakuannya, maka pertimbangan adil atau tidak adil bukanlah masalah hukum.

Keadilan formal ialah keadilan yang hanya dapat dibuktikan melalui kebenaran formal saja. Yakni kebenaran yang dapat dibuktikan cukup melalui perkataan saja, baik lisan maupun tertulis. Karena itu keadilan formal dapat juga disebut “keadilan ternyatakan” dan “keadilan eksomorf” atau keadilan dari luar/dari kulit”, persis sama seperti kebenaran formal. Dikatakan demikian karena fakta yang sebenar-benarnya dibalik pernyataan adil itu belum tentu membuktikan kenyataan yang sebenarnya.<sup>59</sup> Positivisme dalam ilmu hukum bermakna bahwa secara faktual hukum itu diciptakan dan diberlakukan oleh orang-orang tertentu di dalam masyarakat. Orang-orang tersebut mempunyai kewenangan untuk membuat hukum. Dengan demikian, sumber dan validitas norma hukum bersumber pada kewenangan tersebut.<sup>60</sup>

Keadilan dalam perspektif positivisme hukum tidak mempertimbangkan keadilan dalam arti yang hakiki, namun sebatas pada *formal justice*. Hal ini

---

<sup>59</sup> A. Ridwan Halim, *Sendi-Sendi Etika Umum Dalam Praktik Hukum*, Jakarta: Universitas Atmajaya, 2012), h.122.

<sup>60</sup> Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Antar Madzhab-Madzhab Barat Dan Islam*, Bandung: Latifah Press IAILM Pondok Pesantren Suryalaya, 2012, h. 65.

memang karena positivisme hukum terpengaruh dari aliran filsafat positivisme, sehingga dalam berbagai bidang keilmuan menitikberatkan pada pengalaman/empiris, dengan kata lain semua harus bisa dijangkau dengan pancaindra, segala hal yang tidak terjangkau dengan pancaindra tidak menjadi perhatian kaum positivis. Positivisme menganggap bahwa pengalaman sangat menentukan pemikiran dan pengalaman sebagai dasar pengetahuan ilmiah.

Untuk itu positivisme menolak adanya metafisika, karena tidak dapat diverifikasi kebenarannya. Selain itu juga kaum positivis mengabaikan filsafat yang bersifat transendental dimana metafisika sebagai landasan dalam berkontemplatif. Jadi dengan positivisme tersebut merombak tatanan metodologi dan pengetahuan ilmiah, yang tadinya filsafat mendapat tempat yang tinggi, kini filsafat berkurang tugasnya, karena dianggap kurang memberikan kontribusi bagi pengetahuan ilmiah. Jadi hanya pengalaman/empirisme dan kenyataan yang sungguh-sungguh nyata dan dapat dijangkau dengan pancaindra yang diakui sebagai pengetahuan. Dengan demikian fungsi filsafat hanya sekadar menemukan asas-asas umum dalam perilaku kehidupan manusia. Dengan mendapat pengaruh dari positivisme, maka pemahaman positivisme hukum juga terpengaruh aliran filsafat tersebut sehingga menghasilkan keadilan formal yang bertumpu pada hukum tertulis/kepastian hukum.

#### b. Keadilan Substansial

Hukum merupakan salah satu alat kontrol sosial terpenting dalam suatu masyarakat yang bertujuan untuk ketertiban masyarakat luas. Hukum dibuat dan dilaksanakan untuk mengatasi pertentangan-pertentangan antar individu dan

kelompok yang terjadi di masyarakat. Karena demikian besarnya peranan hukum dalam masyarakat, maka sudah lama kajian tentang hukum menarik perhatian para pemikir hukum yang memimpikan memiliki hukum yang lebih baik dan mampu menyesuaikan dengan perkembangan zaman.

Hukum menurut pandangan para pemikir *analitis-doktrinal* diyakini sebagai suatu tatanan kaidah yang menentukan apa yang boleh dan apa yang tidak boleh dilakukan berdasarkan perspektif pembuat undang-undang semata (pemerintah/negara), hukum hanya dimaknai sebatas kepada peraturan-peraturan hukum tertulis saja yang dibuat oleh institusi resmi negara sehingga lahirlah sebuah adagium yang menyatakan bahwa tiada hukum selain hukum positif. Menurut paradigma hukum progresif, paradigma tersebut telah secara terang benderang sering menafikan unsur moral, etik dan keadilan substansial dalam bernegara.<sup>61</sup>

Selayaknya sebuah proses dialektika, dimana suatu paradigma keilmuan selalu mendapatkan tantangan dari paradigma lain yang kemudian akan menciptakan suatu keadaan anomali atau ketidakpercayaan/pengingkaran atas paradigma yang sudah mapan (*wellestablish*) tersebut. Paradigma hukum progresif lahir sebagai batu uji atau antitesa dari hukum *analitis-doktrinal* tersebut yang terbukti gagal menjawab tantangan realitas dan zaman. Pertentangan paradigma inilah yang kemudian menimbulkan paradigma baru yang menjadi lawan tanding *rechtstaat* dengan kepastian hukum sebagai asas utamanya. Paradigma yang menjadi antitesa dari *rechtstaat* adalah *rule of law* yang banyak dikembangkan dan

---

<sup>61</sup> Moh Mahfud MD, *Masalah Paradigmatik dan Politik Dalam Peran Hukum di Era Reformasi*, Jurnal Magister Hukum UII Yogyakarta I, no. 1 (January 2005): h.2.

dimodifikasi oleh para *juris* dari negara bertradisi hukum Anglo-Saxon seperti Inggris, Amerika Serikat dan Australia.

Titik tekan perbedaan antara *rechtstaat* dengan *rule of law* adalah dalam definisi rasa keadilan dimana *rechstaat* hanya menafsirkan rasa keadilan sebagai kesesuaian penegakan hukum dengan bunyi undang-undang itu sendiri, sedangkan dalam *rule of law* yang lebih dipentingkan adalah tegaknya keadilan tanpa harus terikat pada formalitas prosedural. Keadilan dalam *rule of law* disebut sebagai "keadilan sebagai keteraturan" (*justice as regularity*). Ini istilah yang lebih baik dibandingkan dengan "keadilan formal" (*formal justice*).<sup>62</sup>

Teori Pound mengenai kepentingan-kepentingan sosial merupakan sebuah usaha yang lebih eksplisit untuk mengembangkan suatu model hukum responsif yang berorientasi pada pemenuhan rasa keadilan. Dalam hal ini ada penghargaan tinggi kepada semua hal yang mempengaruhi hukum dan yang menjadi persyaratan bagi efektivitasnya. Dari titik tersebut dimulailah langkah ke arah yang lebih luas mengenai partisipasi hukum dan peranan hukum. Institusi-institusi hukum mestinya meninggalkan perisai perlindungan yang sempit terhadap hukum otonom yang merupakan paradigma positivistik dan menjadi instrumen-instrumen yang lebih dinamis bagi penataan sosial dan perubahan sosial.<sup>63</sup>

Dalam paradigma *the rule of law*, hukum sangat erat hubungannya dengan keadilan, bahkan banyak pendapat bahwa hukum harus digabungkan dengan keadilan supaya sungguh-sungguh berarti sebagai hukum. Itu karena keadilan

---

<sup>62</sup> John Rawls, *Teori Keadilan* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006), h.298.

<sup>63</sup> Philippe Nonet and Philip Selznick, *Hukum Responsif* (Bandung: Nusamedia, 2008), h.83-84.

merupakan sebuah nilai esensial (*essential value*) dari hukum, bahkan sering keduanya diidentikkan sebagai sebuah nilai yang tunggal dan menyatu. Hukum memiliki banyak tujuan dalam dirinya karena hukum tidak hanya berfungsi sebagai sebuah alat untuk menegakkan keadilan (*as a tool*) namun juga berfungsi sebagai cermin rasa keadilan dan kedaulatan rakyat dalam suatu negara.

Hukum yang kemudian diejawantahkan dalam bentuk negara hukum (*rechstaat* atau *rule of law*) idealnya diciptakan untuk memenuhi ketertiban dan kesejahteraan sosial (*to order and accomplish welfare*),<sup>64</sup> untuk mendapatkan semua tuntutan tersebut hukum wajib menciptakan keadilan di masyarakat dimana keadilan dalam konteks negara hukum dimaknai sebagai sebuah keadaan yang tidak ada rasa diskriminasi ataupun perbedaan antara hal yang satu dengan hal yang lain, keadilan juga sering dimaknai sebagai sebuah keadaan yang sepatutnya dan selayaknya terjadi dalam pranata bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Keadilan merupakan konsepsi yang timbul secara konstektual dan parsial, apa yang dipertimbangkan sebagai sesuatu yang adil bersifat tidak pasti dan dapat dikaitkan dengan masa yang akan datang dan hal ini didasarkan pada informasi dari ketidakadilan sebelumnya. Respon-respon terhadap pemerintahan yang represif memberikan arti terhadap *the rule of law*.<sup>65</sup>

Hukum secara tataran filosofis akan terbagi dua, yaitu sebagai kaidah substansi yang merupakan pengejawantahan dari nilai-nilai keadilan (*ius*) dan hukum sebagai kaidah formal yang berwujud peraturan perundangan-undangan

---

<sup>64</sup> Sajipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif, Kompas*, 2008, h.171.

<sup>65</sup> Satya Arianto, *Hak Asasi Manusia Dalam Transisi Politik di Indonesia* (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, 2008), h.56.

(*lex*) yang merupakan wujud artikulasi normatif dari *ius*.<sup>66</sup> Sebagai bagian substansial dari hukum, jelas kedudukan keadilan dalam hukum menjadi sebuah keharusan dari suatu hukum, dan negara yang berdasarkan atas hukum sudah seharusnya berorientasi kepada pencapaian nilai keadilan.

Kecenderungan mengedepankan pendekatan prosedural formal, di satu pihak dan mengabaikan substansi hukum di pihak lain dapat menjadi indikator ketidakmampuan negara dalam memenuhi fungsi pokoknya sebagai pembela keadilan dan hak-hak dasar warga negara. Pendapat ahli hukum tentang keadilan dan posisi keadilan dalam negara hukum sampai sekarang masih *debatable*, hal ini dikarenakan keadilan masih bersifat terlalu subjektif dan abstrak.

Aliran etis menganggap bahwa hukum haruslah dimaknai sebagai alat untuk mencapai keadilan substansial, oleh karena itu hukum harus dibiarkan bebas dari kekangan hukum normatif. Keadilan hanya dapat dirasakan dengan sentuhan moral dan etis. Sejatinya, hukum merupakan bentuk konkretisasi dari moral dan etis, sehingga bila hukum menafikan moral dan etis maka sesungguhnya hukum membunuh dirinya sendiri<sup>67</sup>.

Aliran pemikiran kontemporer yang berbicara dalam ranah keadilan aliran sosiologi hukum dan realisme hukum yang berkembang pesat di Amerika Serikat. Mereka memaknai keadilan sebagai sebuah refleksi konkret dari hukum itu sendiri, keadilan merupakan persembahan utama dari hukum untuk masyarakat yang

---

<sup>66</sup> Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum* (Yogyakarta: Kanisius, 2009), h.17.

<sup>67</sup> *Justice is the correct application of a law as opposed to arbitrariness* (ROSS) *Justice requires that freedom, equality and security be accorded to human being to the greatest extent consistent with the common good*, lihat Edge Bodenheimer, h.56

mendambakannya. Keadilan menjadi alasan utama mengapa orang berbondong-bondong datang ke pengadilan.

Keadilan dalam perspektif hakim dimaknai sebagai keadilan substansi, dimana hakim tidak lagi dituntut sebagai corong undang-undang tapi lebih kepada penafsir undang-undang. Peraturan hukum oleh hakim tidak lagi dilihat secara legal formal, namun harus dilihat dari tujuannya. Hakim tidak hanya menjadi mesin yang bekerja sesuai intruksi-intruksi mekanik logika. Hakim yang ideal menurut ajaran ini adalah hakim yang tidak hanya menaruh perhatiannya pada kata-kata atau perintah-perintah hukum positif namun harus mampu menyelami kemauan-kemauan pembuat hukum dan tuntutan masyarakat.

Aliran ini hampir mirip dengan paradigma realisme hukum yang berkembang di Amerika Serikat dan paradigma *freirechtslehre* di Eropa yang merupakan hasil elaborasi dari *interssenjurispnrdenz*. Aliran ini mengizinkan hakim untuk melakukan lompatan keluar dari undang-undang selama undang-undang tersebut dianggap cacat atau mandul untuk diaplikasikan. Undang-undang hanya dianggap sebuah pedoman tertulis yang bisa ditepiskan bilamana bertentangan dengan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat dan menolak dengan tegas sistem tertutup dan berlaku absolut dan asli dalam paradigma *begriffjurisprudenz* dan beralih pada pandangan tentang fakta-fakta, tindakan dan kekuasaan (*powers*). Hal ini mengandung arti dimungkinkannya untuk melawan hal-hal yang bersifat dogmatik, artifisial, dan menganggap ada kebenaran mutlak dalam hukum. Aliran ini menggunakan dasar logika sosial (*the logic of social*

*reasonableness* atau *doelmatigheid*) yang memaknai hukum untuk manusia, bukan manusia untuk hukum.

Paradigma kebebasan hakim (*freirechtslehre*) berpendapat bahwa hukum lahir karena pengadilan. Titik tolak pandangan itu ialah bahwa undang-undang bukanlah satu-satunya sumber hukum. Masih ada sumber hukum lain tempat hakim menemukan hukumnya. Menurut aliran ini, undang-undang, kebiasaan dan sebagainya hanyalah sarana bagi hakim dalam menemukan hukumnya. Yang dipentingkan di sini bukanlah kepastian hukum, melainkan kemanfaatan yang berkeadilan bagi masyarakat.

*Freirechtslehre* memajukan suatu penemuan hukum yang lebih bebas, sekalipun tidak demikian bebasnya sebagaimana dikehendaki oleh beberapa penganut ajaran ini, tetapi masih jauh lebih bebas terhadap undang-undang dan sistem dari undang-undang itu daripada sebelumnya. Hakim diposisikan memiliki otonom penuh, dimana aturan dan fakta dinafikan, hakim menutup berdasarkan pemikirannya sendiri yang independen. Fakta dianggap sesuatu yang tidak objektif, karena apa yang hakim pikirkan tentang itu adalah tergantung pada apa yang dia dengar dan lihat dalam keterangan-keterangan saksi.

Dalam konteks penemuan hukum, tidak bisa dinafikan bahwa semua bermula pada teks hukum (*textual*). Teks hukum tidak lain adalah suatu bentuk rumusan, suatu konseptualisasi dari sesuatu yang ada dan terjadi di alam. Setiap perumusan adalah penegasan atau pencitraan tentang sesuatu hal (*to define, definition*). Sedangkan pencitraan adalah pembuatan konsep yang dalam pembuatan konsep tersebut selalu dimulai dengan pembatasan atau pembedaan

antara yang dirumuskan dan yang tidak atau yang berada di luarnya. Sehingga dalam melakukan penafsiran janganlah hanya dipahami secara harfiah semata (*plain meaning*), sebab yang dicari oleh hakim yang progresif adalah makna (*essence*). Maka teks peraturan tidak boleh dimaknai secara mutlak atau hitam dan putih.<sup>68</sup> Tidaklah mudah membaca teks hukum, karena tidak hanya membaca kata-katanya saja (*naar de letter van de wet*) tetapi harus pula mencari arti, makna dan tujuannya.

Penemuan hukum dalam paradigma *rule of law* berorientasi pada pemenuhan nilai moral (*the moral reading of contextual*) dan keadilan yang dibangun dari penafsiran kejadian yang berlangsung terus menerus dari waktu ke waktu dalam perjalanan panjang tradisi masyarakat. Sebagaimana yang dijelaskan oleh Roland Dworkin<sup>69</sup>, berikut ini:

*"I say that to interpret a law is to get to it's point or purpose, but people may have different opinions as to the point or purpose of the law in question. I think that interpretation should result into making the best of something, What Dworkin advocates is that "best" here means "morally best"*

Hal ini berbeda dengan tradisi eropa kontinental yang sistem hukumnya memang dibangun berdasarkan sistem norma yang logis dan tertutup (*closed logical system*). Dalam tradisi *rule of law*, hakim dilahirkan sebagai manusia bebas yang memiliki diskresi (*freesermessen*) mutlak untuk membuat hukum (*judge made law*), namun bukan berarti hakim bebas sebeb-bebasnya. Hakim harus berpedoman pada putusan-putusan sebelumnya (*precedent*), hal ini digunakan

---

<sup>68</sup> Sajipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban* (Jakarta: UKI Press, 2006), h.164.

<sup>69</sup> Roland Dworkin, *Justice in Robes* (Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006), h.157.

untuk menjaga *fairness*, dimana kasus yang sama diperlakukan dengan sama pula (walaupun sangat jarang ditemukan kasus yang sama mutlak).

Gerak paradigma hukum *the rule of law/comman law* dapat dibilang sebagai pencitraan dari aliran progresif, dimana hukum dan peradilan merupakan alat untuk perubahan-perubahan sosial. Dinamika masyarakat menjadi pedoman perubahan atas hukum, hukum wajib untuk selalu berkaca dan dikontektualisasikan kepada kebutuhan masyarakat dan perkembangan zaman (*law and moving society*). Untuk mampu menyerap aspirasi masyarakat dan tuntutan zaman. Hakim harus bersikap otonom dan memiliki diskresi yang besar dalam menemukan hukum. Hakim menjadi pembuat hukum (*judges made law*) yang berarti putusan-putusan hakim (yurisprudensi) diletakkan sebagai sumber hukum utama dalam negara (*the main source of law*)<sup>70</sup>.

Putusan-putusan hakim (yurisprudensi) tersebut menjadi acuan dasar bagi hakim, disinilah dikenal hukum precedent yang merupakan hasil penemuan hukum otonom sepanjang pembentukan peraturan dan penerapan dilakukan oleh hakim. Dimensi otonom dalam paradigma ini tidaklah mutlak, karena hakim tidak sepenuhnya otonom namun juga sedikit heteronom, karena hakim sangat terikat pada putusan-putusan (yurisprudensi) terdahulu. Precedent menjadi asas penting dalam peradilan.

---

<sup>70</sup> Bantahan terhadap *judge made law* disampaikan oleh Ronald Dworkin sebagai berikut: (1) *Judges are not elected and only representatives of the people to make a law, it is but apt that judges must not make law* (2) *He points out that if judges make law and apply it retroactively, the losing party is unjustly punished for a duty created after the event*

Menurut Satjipto Rahardjo<sup>71</sup>, penemuan hukum progresif merupakan sebuah pekerjaan yang kreatif, inovatif dan bahkan terkadang merupakan sebuah lompatan. Lompatan di sini berarti melepaskan diri dari jeratan logika undang-undang. Hakim ketika melakukan penemuan hukum menggunakan peraturan (*sollen*) dan kenyataan (*sein*) untuk menemukan hukum. Keduanya saling memasuki (*onderlinge internktie*). Peraturan melihat pada kenyataan, sedangkan kenyataan melihat kepada peraturan. Sehingga penemuan hukum tidak saja berarti membaca hukum secara harfiah, namun juga membaca kenyataan (kontekstualisasi) dalam masyarakat. Jika kedua metode ini disatukan maka akan muncul kreatifitas, inovasi dan progresivitas dari seorang hakim.

Simpulan akhir tentang keadilan, dirangkum oleh Hari Chand yang menyatakan bahwa keadilan tidaklah turun dari langit, namun merupakan hasil daya upaya manusia untuk dapat mewujudkan keadilan substansial di suatu negara dan masyarakat. Keadilan memerlukan keilmuan (*knowledge*), kebijaksanaan (*wisdom*) dan tentunya keberanian (*courage*).

Dalam kaitannya dengan aktivitas pencarian keadilan substansial oleh hakim, maka ada beberapa langkah/metode yang dilakukan hakim dalam mewujudkan perannya tersebut. Di antaranya akan dipaparkan sebagai berikut:

#### 1). Penafsiran eksternal

Penafsiran eksternal merupakan sebuah paradigma penafsiran yang lahir dari rahim aliran hukum progresif yang melihat hukum dalam spektrum yang luas dan dinamis. Namun keduanya (penafsiran internal maupun eksternal) memiliki

---

<sup>71</sup> Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, h.168.

kesamaan yang fundamental yakni pasti dan selalu bertolak pada teks sebagai posisi dasar pengkajian sehingga penafsiran pada dasarnya tetap berpijak dari perspektif internal dengan memperoleh pengaruh dari perspektif eksternal.

Perspektif eksternal yang menjadi cikal bakal penafsiran eksternal merupakan sebuah bentuk dekonstruksi pemikiran yang melahirkan kritisisme tekstual (*textual criticism*). Kritik eksternal ini berasal dari teks sosial yang diartikulasikan dalam nilai-nilai publik. Kritisisme tekstual dibedakan dengan determinisme tekstual (*textual determinism*) yang terdapat dalam penafsiran internal. Dalam penafsiran internal mengasumsikan adanya objektivitas, penafsiran dipandang sebagai proses reproduksi makna yang terdapat dalam teks sehingga hasilnya mengandung dimensi objektivitas. Sifat reproduksi ini menunjukkan bahwa pada dasarnya penafsiran internal merupakan wujud refleksi ke dalam teks hukum itu sendiri.<sup>72</sup>

Sedangkan penafsiran eksternal mengasumsikan adanya subjektivitas yang disebabkan adanya kreativitas penafsiran dalam memproduksi makna baru. Konsekuensinya penafsiran eksternal menerima pluralisme makna (ekstensif), sedangkan penafsiran internal cenderung mengabsolutkan makna.<sup>73</sup>

## 2). Penafsiran Sosiologis

Metode penafsiran ini meletakkan makna hukum positif dalam bingkai tujuan kemasyarakatan. Kontekstualisasi hukum merupakan sebuah keharusan yang tidak dapat dinafikan (*it a must*) oleh hakim. Hukum positif yang telah usang

---

<sup>72</sup>Ainul Fitriaciada Azhari, *Penafsiran Konstitusi Dan Implikasinya Terhadap Pembentukan Sistem Ketatanegaraan Demokrasi Atau Otokrasi* (Jakarta: Disertasi Universitas Indonesia, 2005), h.183.

<sup>73</sup> Ibid, h.183

dan tidak sesuai lagi dengan tuntutan zaman harus diterapkan terhadap peristiwa, hubungan, kebutuhan dan kepentingan dimasa kini, tanpa peduli apakah hal ini semuanya pada waktu diundangkanya hukum positif tersebut dikenal atau tidak.<sup>74</sup>

Salmond<sup>75</sup>, memaparkan betapa dekat korelasi penafsiran sosiologis dengan asas keadilan sebagai orientasi utama dari hukum. Penafsiran sosiologis mutlak ada pada ranah penemuan hukum, dengan menyatakan bahwa hukum mencakup aturan-aturan dengan nama keadilan, yang ditegakkan oleh lembaga-lembaga pengadilan negara dan hukum terdiri dari prinsip-prinsip yang ditegakkan oleh negara melalui pejabat-pejabat peradilan dengan menggunakan kekuatan fisik untuk mencapai keadilan.

Lebih jauh, Scholten menunjukkan peran dan manfaat penafsiran sosiologis dengan mengemukakan hubungan penafsiran sistematik dengan penafsiran sosiologis, sebagai berikut:

“Yang ikut menentukan penafsiran tidak hanya ketentuan-ketentuan dalam undang-undang, melainkan juga hubungan-hubungan kemasyarakatan sendiri, tempat dimana ketentuan itu diterapkan. Setiap undang-undang bertumpu pada suatu penilaian tentang kepentingan kemasyarakatan dan bertujuan untuk mempengaruhi apa yang terjadi dalam kenyataan kemasyarakatan itu. Penerapannya terikat pada kemungkinan-kemungkinan yang diberikan oleh kehidupan kemasyarakatan. Kehidupan berubah terus-menerus. Berhubungan dengan ini undang-undang dapat meliputi suatu bidang yang pada umumnya tidak diperuntukkan baginya. Undang-undang mengalami reaksi dari penilaian itu. Arti dari suatu undang-undang hanya dapat ditetapkan dalam hubungannya dengan hubungan antara orang-orang. Arti itu sendiri tidak ada, melainkan hanya ada untuk hubungan-hubungan yang nyata-nyata ada. Undang-undang menetapkan hubungan ini, dalam arti memasyarakatkan apa yang seharusnya ada dalam suatu hubungan tertentu, akan tetapi sekaligus undang-undang mengalami pengaruh dari perubahan dalam hubungannya. Dengan demikian dituntut penafsiran menurut tujuan

---

<sup>74</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar* (Yogyakarta: Liberty, 2004), h.76.

<sup>75</sup> Salmond dalam Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2008), h.184.

dari peraturan, menurut hubungan dengan keadaan-keadaan kemasyarakatan tempat berlakunya undang-undang itu”.

Dari pemikiran kedua tokoh di atas disimpulkan bahwa hukum positif haruslah disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru dengan kata lain hukum positif yang lama disesuaikan dengan keadaan yang baru sehingga lebih aktual, dinamis dan berkeadilan.

### 3). Penafsiran Historis

Salah satu metode yang sering digunakan dalam penafsiran eksternal adalah metode penafsiran historis. Achmad Ali<sup>76</sup> membedakannya secara garis besar, terbagi atas 2 (dua) jenis penafsiran yakni:

Penafsiran menurut sejarah undang-undang atau konstitusi (*wershzstorzsch*), dimaksudkan untuk mencari maksud dari pembuat undang-undang atau konstitusi ketika undang-undang/konstitusi tersebut dibuat dulu. Jadi dalam metode penafsiran ini, kehendak pembuat hukum yang dianggap menentukan (*the intent or purpose underlying the enactment*).<sup>77</sup> Oleh karena itu, penafsiran sejarah undang-undang ini bersumber pada surat-surat atau dokumen-dokumen dan pembahasan-pembahasan di lembaga pembentuk undang-undang/konstitusi ketika undang-undang/konstitusi itu dalam proses penggodokan.

Penafsiran menurut sejarah hukum (*rechtshisforich*), mencoba untuk memahami undang-undang atau konstitusi dalam konteks sejarah hukum. Jika kita ingin mengetahui betul-betul makna yang terkandung dalam undang-undang atau

---

<sup>76</sup> Ibid, h.178

<sup>77</sup> Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence; The Philosophy and Method of the Law* (Massachusetts, United State of America: Harvard University Press, 1974), h.414.

konstitusi, maka kita tidak hanya sekadar meneliti sejarah terbentuknya atau proses penggodokannya saja melainkan juga harus meneliti sejarah yang mendahuluinya.

#### 4). Penafsiran Futuristik

Penafsiran ini juga dikenal dengan sebutan penafsiran antisipatif (*de anticiperende interpretatie*) dimana penjelasan ketentuan hukum positif dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum sehingga *scope* penafsiran ini berada dalam ranah penjelasan terhadap hukum positif (*ius constitutum*) dengan berpedoman pada hukum yang belum mempunyai kekuatan hukum (*ius contituendum*).

Dalam proses membaca hukum, hakim dituntut untuk lebih cerdas dan kreatif dengan mampu memproyeksi akibat atau dampak dari putusan yang dibuatnya. Karena selayaknya sebuah putusan yang mengikat publik maka putusan hakim memiliki dampak sosial yang luar biasa (*extraordinary effect*). Sehingga terkadang hakim dihadapkan pada suatu dilema dimana pada suatu perkara, hakim sudah menjalankan prosedur hukum dengan benar, namun putusan tersebut dianggap cacat sosial oleh masyarakat. Pada konteks inilah hakim harus mengedepankan asas kemanfaatan dan asas keadilan sebagai ruh putusannya.

#### 5). Penafsiran *evolutive-dinamikal*

Kebutuhan untuk menggunakan metode ini tentunya hanya muncul jika sungguh-sungguh telah terjadi evolusi, artinya terjadi perkembangan-perkembangan dalam pemikiran tentang hukum yang dalam pergaulan kemasyarakatan diceminkan dalam moralitas (kesusilaan, moral positif) atau dalam perundang-undangan di bidang-bidang lain dari hukum.

Ketika metode ini digunakan, maka ikatan dengan hukum positif menjadi sangat longgar. Resultat dari penggunaan metode ini adalah bahwa dengan cepat maksud-maksud dari pembentuk hukum positif sepenuhnya terkesampingkan atau diabaikan. Baik makna subjektif dari hukum positif yang menunjuk pada kehendak dari pembentuk hukum (*the intention of legislative*), maupun makna aktual dan objektif dari hukum positif yang menunjuk pada tujuan dan fungsi dari kaidah hukum.<sup>78</sup>

## 2. Teori Perlindungan Hukum

### a. Pengertian Perlindungan Hukum

Menurut Satjipto Rahardjo, perlindungan hukum adalah upaya untuk melindungi hak asasi manusia yang terancam oleh orang lain sehingga masyarakat dapat menikmati semua hak yang diakui oleh hukum.<sup>79</sup> Di sisi lain, C.S.T. Kansil mendefinisikan perlindungan hukum sebagai sebuah tindakan yang harus dilakukan oleh aparat penegak hukum untuk memberikan rasa aman, baik secara mental maupun fisik dari gangguan dan ancaman pihak manapun.<sup>80</sup> Sementara itu, Philipus M. Hadjon berpendapat bahwa perlindungan hukum adalah tindakan untuk melindungi atau memberikan bantuan kepada subjek hukum dengan memanfaatkan berbagai perangkat hukum.<sup>81</sup>

Perlindungan hukum adalah konsep yang bersifat universal dalam negara hukum. Secara umum, perlindungan hukum terdiri dari dua bentuk: perlindungan

---

<sup>78</sup> J.A. Pointer, *Penemuan Hukum* (Bandung: Jendela Mas Pustaka, n.d.), h.49.

<sup>79</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, h.54.

<sup>80</sup> C.S.T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1989, h.102

<sup>81</sup> Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2011, h.10.

hukum preventif dan perlindungan hukum represif. Perlindungan hukum preventif diartikan sebagai langkah pencegahan. Bentuk perlindungan ini mendorong pemangku kebijakan untuk lebih hati-hati dalam mengambil keputusan, dengan adanya aturan yang dirancang untuk mencegah pelanggaran dan memberikan batasan dalam menjalankan kewajiban. Sementara itu, perlindungan hukum represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa yang muncul akibat pelanggaran. Perlindungan ini bersifat akhir berupa pemberian sanksi terhadap pelanggaran yang telah terjadi.

#### b. Perlindungan Hukum terhadap Pelaku Kejahatan

Hukum acara pidana di Indonesia mengenal asas praduga tidak bersalah (*presumption of innocence*) dimana seseorang dianggap tidak bersalah selama belum ada putusan hakim yang menyatakan sebaliknya. Tujuan diberikannya perlindungan hukum bagi pelaku kejahatan adalah untuk menghormati hak asasi pelaku kejahatan agar nasibnya tidak terkatung-katung, adanya kepastian hukum bagi si pelaku serta menghindari perlakuan sewenang-wenang dan tidak wajar, meskipun telah ada bukti awal yang menguatkan tuduhan sebagai pelaku kejahatan namun yang bersangkutan tetap berkedudukan sama sebagai manusia yang memiliki hak-hak asasi yang harus dihormati oleh siapapun termasuk negara.

Perlindungan hukum bagi pelaku kejahatan (tersangka atau terdakwa) dalam sistem hukum pidana nasional banyak diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (selanjutnya disebut KUHAP). Beberapa bentuk perlindungan terhadap pelaku kejahatan yang dapat ditemukan dalam KUHAP, antara lain sebagai berikut:

- 1). Hak untuk mengetahui dasar/alasan penangkapan, penahanan dan/atau penjatuhan pidana terhadap dirinya. Hak-hak ini dapat dilihat pada Pasal 50, Pasal 51, dan Pasal 59 KUHAP.
- 2). Hak untuk memperoleh ganti kerugian maupun rehabilitasi, apabila penangkapan, penahanan ataupun penjatuhan pidana terhadap dirinya tidak berdasarkan hukum. Hak ini dapat ditemukan dalam Pasal 95, Pasal 97 KUHAP.
- 3). Hak untuk mengeluarkan pendapat baik secara lisan maupun tulisan. Hak ini dapat dilihat pada Pasal 60, Pasal 61, Pasal 62 KUHAP.
- 4). Hak untuk tidak mengeluarkan pernyataan (hak untuk diam). Hak ini dapat ditemukan dalam Pasal 52 KUHAP.
- 5). Hak untuk diperlakukan sama (tanpa diskriminasi). Hak ini dapat dilihat pada Pasal 153, Pasal 158 KUHAP.
- 6). Hak untuk didampingi oleh penasihat hukum. Hak ini dapat dilihat pada Pasal 54, Pasal 55, Pasal 56, Pasal 57, Pasal 58 KUHAP.

c. Perlindungan Hukum terhadap Korban Kejahatan

Perlunya diberikan perlindungan hukum pada korban kejahatan secara memadai tidak saja merupakan isu nasional tapi juga internasional. Pentingnya perlindungan korban kejahatan memperoleh perhatian serius, hal tersebut dapat dilihat dari dibentuknya *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa sebagai hasil dari *The Seventh United Nation Congress on The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, yang berlangsung di Milan, Italia, September 1985. Dalam Deklarasi

Milan 1985 tersebut, bentuk perlindungan yang diberikan mengalami perluasan, tidak hanya ditujukan pada korban kejahatan (*victims of crime*) tetapi juga perlindungan terhadap korban akibat penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*).

Deklarasi Perserikatan Bangsa-Bangsa Nomor 40/A/Res/34 Tahun 1985 telah menetapkan beberapa hak korban agar lebih mudah memperoleh akses keadilan khususnya dalam proses peradilan yaitu:

- 1) *Compassion, respect and recognition*
- 2) *Receive information and explanation about the progress of the case*
- 3) *Provide information*
- 4) *Providing proper assistance*
- 5) *Protection of privacy and physical safety*
- 6) *Restitution and compensastion*
- 7) *To access to the mechanism of justice system*

Hukum Indonesia menempatkan korban sebagai pihak yang paling dirugikan, karena selain korban telah menderita kerugian akibat kejahatan yang menimpa dirinya, baik secara materiil, fisik dan psikologis, korban juga harus menanggung derita berganda karena tanpa disadari sering diperlakukan hanya sebagai sarana demi terwujudnya sebuah kepastian hukum, misalnya harus kembali mengemukakan, mengingat bahkan merekonstruksi kejahatan yang menimpanya demi kepentingan penyelidikan, penyidikan maupun saat di pengadilan. Perlindungan hukum terhadap korban kejahatan diperlukan dalam suatu negara, salah satunya dikarenakan sudah banyaknya korban yang berjatuh karena tidak adanya jaminan yang diberikan terhadap korban maupun saksi dari suatu kejahatan.

Perlindungan korban pada hakikatnya merupakan perlindungan hak asasi manusia. Sebagaimana dikemukakan oleh C. Maya Indah bahwa *the rights of the victim are a component part of the concept of human rights*. Perlindungan korban dalam konsep luas meliputi dua hal, yaitu:

- 1). Perlindungan korban untuk tidak menjadi korban kejahatan atau yang identik dengan perlindungan hak asasi manusia atau kepentingan hukum seseorang. Berarti perlindungan korban tidak secara langsung.
- 2) Perlindungan untuk memperoleh jaminan atau santunan hukum atas penderitaan atau kerugian orang yang telah menjadi korban kejahatan, termasuk hak korban untuk memperoleh assistance dan pemenuhan hak untuk *aces to justice and fair treatment*. Hal ini berarti adalah perlindungan korban secara langsung.

Perlindungan hukum terhadap korban kejahatan sebagai bagian dari perlindungan kepada masyarakat dapat diwujudkan dalam berbagai bentuk seperti melalui pemberian restitusi dan kompensasi, pelayanan medis, dan bantuan hukum.

#### d. Jenis-jenis Korban

Korban suatu kejahatan tidaklah selalu berupa individu atau perorangan namun bisa juga berupa sekelompok orang, masyarakat maupun badan hukum. Selain itu dalam kejahatan tertentu dapat pula berupa tumbuhan, hewan maupun ekosistem. Korban adalah mereka yang menderita jasmaniah dan rohaniah sebagai akibat tindakan orang lain yang mencari pemenuhan kepentingan diri sendiri atau orang lain yang bertentangan dengan kepentingan dan hak asasi yang menderita. Secara umum, korban merupakan individu atau kelompok yang menderita secara

fisik, mental, dan sosial karena tindakan kejahatan.<sup>82</sup> Korban artinya adalah seseorang yang telah menderita kerugian sebagai akibat kejahatan dan/atau rasa keadilannya secara langsung telah terganggu sebagai akibat pengalamannya sebagai sasaran kejahatan.<sup>83</sup>

Arief Gosita<sup>84</sup> mendefinisikan korban kejahatan sebagai mereka yang menderita jasmaniah dan rohaniah sebagai akibat tindakan orang lain yang mencari pemenuhan kepentingan diri sendiri atau orang lain yang bertentangan dengan kepentingan hak asasi pihak yang dirugikan.

Menurut Muladi, korban adalah orang-orang yang baik secara individual maupun kolektif telah menderita kerugian, termasuk kerugian fisik atau mental, emosional, ekonomi atau gangguan substansial terhadap hak-haknya yang fundamental, melalui perbuatan atau komisi yang melanggar hukum pidana di masing-masing negara, termasuk penyalahgunaan kekuasaan. Berdasarkan UU Perlindungan Saksi Korban, yang dimaksud dengan korban adalah orang yang mengalami penderitaan fisik, mental, dan/atau kerugian ekonomi yang diakibatkan oleh suatu tindak pidana.

Dalam perkembangannya, korban kejahatan tidak hanya merupakan orang perorangan melainkan menjadi meluas dan kompleks. Lebih luas dijabarkan, ruang lingkup korban, yaitu:

- 1). Korban perseorangan adalah setiap orang sebagai individu mendapat penderitaan baik jiwa, fisik, materiil maupun non materiil.

---

<sup>82</sup> Dikdik M. Arief Mansur dan Elisatris Gultom, *op.cit*, h.27.

<sup>83</sup> H. Siswanto Sunarso, *Viktimologi dalam Sistem Peradilan Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, h.51

<sup>84</sup> Arif Gosita, *Masalah Korban Kejahatan*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1993, h.63

- 2). Korban institusi adalah setiap institusi yang mengalami penderitaan berupa kerugian dalam menjalankan fungsinya yang menimbulkan kerugian berkepanjangan akibat dari kebijakan pemerintah, kebijakan swasta maupun bencana alam.
- 3). Korban lingkungan hidup adalah setiap lingkungan alam yang di dalamnya berisikan kehidupan tumbuh-tumbuhan, binatang, manusia dan masyarakat serta semua jasad hidup yang tumbuh berkembang dan kelestariannya sangat tergantung pada lingkungan alam tersebut yang telah mengalami gundul, longsor, banjir dan kebakaran yang ditimbulkan oleh kebijakan pemerintah yang salah dan perbuatan manusia baik individu maupun masyarakat yang tidak bertanggung jawab.
- 4). Korban masyarakat, bangsa dan negara adalah masyarakat yang diperlakukan diskriminatif, tidak adil, tumpang tindih, pembagian hasil pembangunan serta hak sipil, hak politik, hak ekonomi, hak sosial, hak budaya tidak lebih baik setiap tahun.

Berdasarkan hubungannya dengan sasaran tindak pelaku dibedakan menjadi korban langsung (*direct victims*) dan korban tidak langsung (*indirect victims*).

1). Korban Langsung (*direct victims*)

Korban langsung yaitu korban yang langsung mengalami dan merasakan penderitaan dengan adanya tindak pidana kejahatan. Korban langsung memiliki karakteristik sebagai berikut: (1) Korban adalah orang baik secara individu maupun secara kolektif (2) Menderita kerugian, termasuk luka fisik, luka mental, penderitaan emosional, kehilangan pendapatan, penindasan terhadap hak asasi

manusia (3) Disebabkan oleh adanya perbuatan atau kelalaian yang terumuskan dalam hukum pidana, baik dalam taraf nasional maupun lokal level atau (4) Disebabkan oleh adanya penyalahgunaan kekuasaan.

## 2). Korban Tidak Langsung (*indirect victims*)

Korban tidak langsung yaitu korban dari turut campurnya seseorang dalam membentuk korban langsung (*direct victims*) atau turut melakukan pencegahan timbulnya korban, tetapi dia sendiri menjadi korban tindak kejahatan, dalam hal ini pihak ketiga, dan/atau mereka yang menggantungkan hidupnya kepada korban langsung (*direct victims*), seperti istri/suami, anak dan keluarga terdekat.

## B. Middle Teori

### 1. Teori *Istishab*

*Istishab* secara bahasa memiliki beberapa arti, selalu menemani, selalu menyertai, terus menerus bersama.<sup>85</sup> Sedangkan menurut istilah *istishab* merupakan metode penemuan hukum berdasarkan hukum lama yang sudah ada selagi tidak ditemukan bukti baru yang berakibat hukum sebaliknya.<sup>86</sup>

Ada empat macam *istishab*. Pertama, *istishab al-ibahah al-ashliyah*, menetapkan hukum boleh bagi manusia hingga ada dalil yang mengharamkan atau melarang. Kedua, *istishab bara'ah al-asliyah*, *istishab* yang berupa ketentuan bahwa setiap manusia bebas dari pembebanan, hingga ditemukan dalil yang menyatakan sebaliknya. Ketiga, *istishab maqlub*, *istishab* pada keadaan saat ini untuk menghukumi hal di masa lampau lantaran tidak ditemukan dalil khusus.

---

<sup>85</sup> Mufid, M. *Ushul Fiqh Ekonomi dan Keuangan Kontemporer: dari teori ke aplikasi*. Kencana, 2018, h.65

<sup>86</sup> Hasballah, A. (n.d.). *Usul Tasyri' Al Islami*. Dar Al Maarif.

Keempat, *istishab al-wasfi al-sabiti*, *istishab* dengan menetapkan sesuatu berdasarkan sifat yang melekat sebelumnya yang masih tetap.<sup>87</sup>

Dari ke empat jenis *istishab* di atas, tiga diantaranya disepakati untuk dipakai sebagai dalil hukum. Sementara yang ke empat terdapat ikhtilaf. Malikiyah dan Syafiiyah menyatakan bahwa *istishab al-wasfi al-sabiti* bisa dijadikan hujjah. Sementara kalangan Hanafiyah dan Malikiyah memakainya untuk mempertahankan hak hukum yang sudah eksis sebelumnya.<sup>88</sup>

Salah satu kajian *istishab* yang terkait dengan bebasnya tanggungan adalah tentang kaidah *baraah al-ashliyah* atau *baraah al-dzimmah*. Kajian ini merupakan salah satu cabang dari kaidah fihiyyah yang menjelaskan bahwa manusia yang dilahirkan tanpa membawa tanggungan apapun yang harus dibayar atau diberikan kepada orang lain.

Kata *al-ash* (asal) dalam kaidah ini bermakna hukum yang sudah ditetapkan dalam hukum fikih, sedangkan yang dimaksud *dzimmah* (tanggungan) adalah sifat potensial yang melekat pada diri seseorang yang menjadikannya layak atau berkewajiban untuk membayar, menanggung atau menerima hak. Setiap manusia dalam kehidupan ini sebenarnya memiliki kelayakan dan tanggungjawab, sedangkan yang dimaksud *bara'ah al-dzimmah* (*terbebas dari tanggungan*) adalah seseorang bebas dari tanggungan hak apapun kepada orang lain.<sup>89</sup> Dengan demikian, jika ada seseorang mendakwa atau menuduh orang lain mempunyai

---

<sup>87</sup> Ahmad Munif, *Ushul Fiqh Hukum Ekonomi Syariah*, Semarang: CV Rafi Sarana Perkasa, 2021, h.98

<sup>88</sup> Abu Zahrah, M. A. *Uṣūl al-fiqh*. Dār al-Fikr al-Arabī, 1958, h.71

<sup>89</sup> Abdul Karim Zaidan, *Al-Wajiz fil-Qawaid Al-Fiqhiyah*, Muassasah Ar-Risalah, Cairo, tt h.37

tanggung hak, baik kepada dirinya maupun kepada orang ketiga, maka ia harus mendatangkan bukti jika yang dituduh itu mengingkarinya.

Padanan kata bahasa Indonesia yang barangkali mendekati makna *dzimmah* adalah tanggung jawab. Sehingga maksud dari *baraah al-dzimmah* adalah terlepasnya dari tanggung jawab kepada hak orang lain. Para ulama juga mengembangkan fikih dengan beberapa sub disiplin guna menunjang dan memantapkan perkembangan fikih. Dua sub terpenting daripadanya adalah *Qawa'id al-Fiqh al-Kulliyah* dan *Al-Siyasah al-Syai'yyah*. *Qawa'id al-Fiqh al-Kulliyah* adalah kaidah-kaidah umum yang dibuat sebagai simpulan untuk mengikat berbagai peraturan dan ketentuan fikih yang mempunyai kesamaan.<sup>90</sup> Dengan kata lain kaidah *al-ashlu baraah al-dzimmah* sebagai kaidah umum yang ditetapkan oleh ulama fikih yang didasarkan kepada *istishab*.<sup>91</sup>

Dasar hukum yang digunakan dalam penerapan teori ini adalah bersumber dari hadis Nabi Saw. yang menyatakan bahwa seseorang tidak dapat menuduh orang lain atau mengaku dirinya berhak atas sesuatu tanpa ada bukti, namun yang dituduh harus berani bersumpah untuk menafikan tuduhan tersebut, Nabi Saw. bersabda:

لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعَى وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ (حديث حسن رواه البيهقي وغيره هكذا، وبعضه في الصحيحين)

Artinya: “Jika semua orang diberikan (apa yang mereka dakwakan) hanya dengan dakwaan mereka, maka akan banyak orang yang mendakwakan harta dan

<sup>90</sup> Al-Yasa' Abubakar, *Metode Istishlahiyah, pemanfaatan ilmu pengetahuan dalam Ushul Fiqh*, Bandar Publisng (Banda Aceh, thn. 2012), h.175

<sup>91</sup> Jalal al-Din Abd Al-Rahman al Suyuthi, *al-Asybah al Nazha'ir*, Singapura, Sulaiman Mar'i, tt. h.48.

*jiwa orang lain. Tapi yang mendakwa harus mendatangkan bukti dan terdakwa yang mengingkari harus bersumpah.”* (HR. Al-Baihaqi).<sup>92</sup> Hadis hasan diriwayatkan oleh al-Baihaqi dan demikian juga yang lain, dan sebahagiannya dalam Shahihain).

Hadis di atas diriwayatkan oleh al-Baihaqi dari Ibnu Abi Mulaikah, dari Ibnu Abbas. Hadis ini juga diriwayatkan dengan redaksi lain:

لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْبَيِّنَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ

Artinya: *Andai orang diberi menurut tuntutan mereka, niscaya manusia menuntut darah dan harta orang-orang. Akan tetapi, sumpah bagi orang yang dituntut (HR Bukhari, muslim, Ibn Majah dan Ahmad).*

Kondisi bebas dari tanggungan merupakan suatu yang diyakini sementara tuduhan yang dibebankan kepada seseorang merupakan sesuatu yang baru yang masih diragukan, dengan demikian maka tidak bisa merubah hukum yang sudah pasti.<sup>93</sup>

Dalam bidang muamalah, kaidah ini erat kaitannya dengan permasalahan ganti rugi (*dhaman*).<sup>94</sup> Kaidah fikih (asas hukum Islam) yang berbunyi *al-ashlu baraah al-dzimmah* (asasnya adalah bebasnya *dzimmah*). Maksudnya asas pokoknya adalah bahwa bagi seseorang tidak terdapat hak apapun atas milik orang lain, atau pada asasnya seseorang tidak memikul kewajiban apapun terhadap orang lain sampai ada bukti yang menyatakan sebaliknya. Atas dasar apa yang dikemukakan di atas, maka ungkapan fuqaha mengenai terisinya

<sup>92</sup> Muhammad Fu'ad 'Abd al-Bâqî, *Al-Lu'lu' wa al-Marjân*, Jilid II (Beirut: Dâr al-Fikr, t.t.) h.192.

<sup>93</sup> Pujihardjo. M, Nur Faizin Muhith, *Kaidah-kaidah Fikih Untuk Ekonomi Islam*, (Malang UB cet. I thn. 2017), h.64

<sup>94</sup> *Dhaman* adalah hak yang dijamin pada diri orang lain, (Lihat, Pujihardjo. M, Nur Faizin Muhith, *Kaidah-kaidah Fikih ...* h.64)

*dzimmah* seseorang dengan hak atau kewajiban itu dapat digunakan untuk mendefinisikan perikatan dalam hukum Islam.

Dengan begitu kita dapat mengatakan bahwa perikatan dalam hukum Islam adalah terisinya *dzimmah* seseorang atau suatu pihak dengan suatu hak yang wajib ditunaikannya kepada pihak atau orang lain.<sup>95</sup> Orang yang merusakkan barang orang lain tanpa ada hak apapun dia harus mengganti kerusakan itu, dimana jika pemilik barang mengaku barangnya lebih mahal daripada harga yang disebutkan si perusak, maka sesuai kaidah ini, orang yang merusakkan ini tidak dapat dituntut melebihi harga yang telah disebutkan dengan syarat dia harus bersumpah. Hal ini karena dia tidak dapat diberatkan dengan beban tanggungan melebihi daripada hukum asalnya kecuali jika pemilik barang mempunyai bukti atau saksi.

Demikian juga dalam masalah utang piutang (*dain atau qard*), yaitu saat terjadinya perselisihan tentang jumlah piutang, dalam permasalahan ini hukum yang diambil adalah apa yang dikatakan oleh yang menerima utang karena tuduhan pemberi utang bahwa jumlah piutang melebihi dari yang diakui penerima utang, maka itu memerlukan bukti, jika dalam kasus ini tidak ada bukti, maka kembali kepada hukum asal yang mengatakan bahwa penerima utang adalah orang yang bebas tanggungan lebih tersebut. Jadi apabila pemberi utang hendak menuntut lebih dari jumlah piutang yang sudah tetap maka dia harus menyertai bukti atau saksi.<sup>96</sup>

Demikian juga, jika antara penyewa dan yang menyewakan berselisih mengenai harga sewa setelah barang yang disewa telah dimanfaatkan, maka klaim

---

<sup>95</sup>Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah: Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*, (Jakarta: Radjawali Persada, 2007), h.47

<sup>96</sup> Abdul Kari Zaidan, *Al-Wajiz fil Qawaid Al-Fiqhiyah*, Muassasah Ar-Risalah, Cairo, tt, h.38

harga yang dijadikan acuan adalah klaim dari pihak penyewa. Kecuali jika barang yang disewa belum dimanfaatkan, maka dalam kondisi tersebut yang dijadikan acuan adalah klaim dari pihak yang menyewakan.

Apabila seseorang merusak atau menghilangkan barang milik orang lain, lalu keduanya berselisih terkait harga barang tersebut, maka yang mengklaim harga yang dijadikan acuan adalah dari pihak yang merusak atau menghilangkan. Ini karena pihak yang merusak atau menghilangkan mengklaim tidak ada tambahan harga dari barang yang telah dirusak atau dihilangkannya. Sementara hukum asal adalah seseorang terbebas dari tambahan harga tanggungan apapun.

Dalam konteks pidana, kaidah ini juga berkaitan erat dengan asas legalitas yang dikenal dengan asas praduga tak bersalah (*presumption of innocence*) sebagai suatu asas universal yang terdapat dan berlaku pada setiap negara di dunia yang menamakan dirinya sebagai negara berdasarkan hukum. Dalam teori peradilan pidana dikenal adanya dua model peradilan pidana, yaitu *Crime Control Model* (CCM) dan *Due Process Model* (DPM)<sup>97</sup>. Pada negara-negara yang menganut CCM yang lebih mengutamakan efisiensi dan efektifitas penanggulangan kejahatan, seringkali asas praduga tak bersalah hanya menjadi slogan kosong belaka. Sedangkan pada negara-negara yang menganut DPM, maka asas praduga tak bersalah diterapkan melalui penyelenggaraan peradilan pidana yang mengutamakan perlindungan hak asasi manusia.

---

<sup>97</sup> Herbert L Packer, *The Limits of Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, 1968, h.59

Dengan demikian, prinsip yang dianut Islam sebenarnya bukan pembuktian terbalik melainkan asas pembuktian praduga tak bersalah. Asas pembuktian terbalik dilakukan berdasarkan pemahaman saja, bukan berdasarkan teks. Dari beberapa *qarinah* (petunjuk) yang ada, dapat diketahui bahwa sesungguhnya asas pembuktian terbalik dapat dibenarkan oleh Islam. Misalnya saja di dalam kaidah *ushuliyah* terdapat keterangan atau prinsip yang mengatur pemberlakuan sebuah aturan.

Asas praduga tak bersalah dimaksudkan bahwa semua perbuatan dianggap boleh kecuali dinyatakan sebaliknya oleh suatu nash hukum, selanjutnya setiap orang dianggap tidak bersalah untuk sesuatu perbuatan yang salah kecuali telah dibuktikan kesalahannya itu pada suatu kejahatan tanpa keraguan. Jika suatu keraguan yang beralasan muncul, seseorang tertuduh harus dibebaskan. Nabi Saw. bersabda :

*“Hindarkanlah bagi muslim hukuman hudud kapan saja kamu dapat dan jika kamu dapat menemukan jalan untuk membebaskannya. Jika imam salah, lebih baik salah dalam membebaskan dari pada salah dalam menghukum”.*

Prinsip *istishab* adalah bukti logis (*dalil ‘aqliyyun*). Tetapi, penerapan prinsip ini harus sesuai dengan tujuannya. Misalnya penerapan asas praduga tak bersalah sampai terbukti bersalah (*al-aslu baraah al-dzimmah*). *Maqasidnya* adalah untuk mempertahankan tujuan keadilan. Penerapan praduga kebolehan sesuatu sampai terbukti ada dilarang (*al-asl fi al-asya’i al-ibahah hatta yadullu al-dalil ‘ala*

*al-tahrim*) tujuannya adalah untuk mempertahankan tujuan kemurahan hati dan kebebasan memilih.<sup>98</sup>

Seseorang yang mendakwa orang lain atas sesuatu tidak akan ditanggapi hingga ia bisa menunjukkan suatu bukti. Artinya setiap orang yang berpegang pada sesuatu yang menyelisihi zahir atau hukum asal sesuatu lalu ingin menetapkan status hukum baru atas hukum asal tersebut, maka ia disebut sebagai pendakwa. Sehingga ia harus menunjukkan bukti atas dakwaannya. Sedangkan orang yang berpegang pada hukum asal sesuatu dan menegaskan adanya status hukum baru, maka ia disebut sebagai terdakwa. Ia cukup mengucapkan sumpah karena telah menegaskan dan menafikannya. Karena tidak mungkin orang yang menafikan sesuatu untuk dipaksa mendatangkan bukti.

Jika orang yang menuntut itu lemah dikarenakan ia menyatakan sesuatu yang menyalahi lahiriah-nya, karena itu ia dibebani untuk menghadirkan argumentasi yang kuat berupa bukti. Sebab, ia tidak bisa mendatangkan manfaat untuk dirinya sendiri dan tidak menolak mudarat dari dirinya. Dengan bukti itu kelemahan orang yang menuntut itu bisa menjadi kuat. Sebaliknya, orang yang dituntut itu kuat sebab hukum asalnya adalah orang itu bebas dari tanggungan sehingga ia cukup dengan menyatakan sumpah. Sumpah itu adalah *hujjah* yang lemah sebab orang yang bersumpah itu mendatangkan manfaat untuk dirinya sendiri dan menolak mudarat dari dirinya.<sup>99</sup>

## 2. Teori ‘*Urf*

---

<sup>98</sup> Yasser Audah, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqasid Syariah* (Bandung: Mizan 2015), h.314

<sup>99</sup> Ibnu Hajar al-Asqalani, *Fathu'l Bâri bi Syarhi Shahîh al-Bukhârî*, vol. I, Maktabah al-Shafâ', cet. I, 2003 M, h.283

'*Urf* dalam studi ushul fikih adalah salah satu dari *adillat al-ahkam* yang digunakan oleh beberapa ulama mazhab diantaranya Imam Malik dan Abu Hanifah. Selain itu Imam Syafi'i juga secara tidak langsung menggunakan teori '*urf* dalam fatwa-fatwanya sehingga dikenal *qaul qadim* dan *qaul jadid* beliau dikarenakan perbedaan adat kebiasaan antara di Baghdad dan Mesir. Imam Ahmad bin Hanbal walaupun tidak secara eksplisit menyatakan bahwa adat kebiasaan (*urf*) bisa menjadi dalil hukum. Pendapat beliau yang lebih memilih kebiasaan masyarakat daripada hadis lemah menunjukkan beliau juga mempertimbangkan adat kebiasaan setempat. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa seluruh imam mazhab menjadikan adat kebiasaan ('*urf*) yang berlaku di masyarakat sebagai salah satu sumber hukum Islam.

Selanjutnya secara etimologi kata '*urf* berasal dari bahasa Arab, kata ini dibentuk dari huruf *ain*, *ro* dan *fa*, bentuk kata kerjanya adalah ('*arafa-ya'rifu*) yang berarti mengenal atau mengetahui. Bentuk derivatif dari kata ini adalah *al-ma'ruf* yang berarti segala sesuatu yang sesuai dengan adat (kepantasan). Dalam *Lisaan al-Arab*<sup>100</sup> disebutkan bahwa kata '*urf* bermakna sesuatu yang dipandang baik dan diterima oleh akal sehat. Louis Ma'luf mengartikan kata '*urf* dengan beberapa makna: *Pertama* adalah mengaku, mengetahui, apa yang diyakini karena telah disaksikan oleh akal dan secara alami orang menganggap itu benar". *Kedua* adalah kebaikan, rambut leher keledai, ombak dan daging merah di atas kepala ayam. *Ketiga* adalah mengenal dan kebaikan.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> Ibnu Mandzur, *Lisaan Al-Arab*. Maktabah Syamilah Edisi Ketiga.

<sup>101</sup> Louis Ma'luf, *Al-Munjid Fi Al-Lughah WaAl A'lam*. Daar Masyriq: Beirut, 1982, h.500

Al-Jurjani di dalam kamus *al-ta'rifat*, menyebutkan bahwa '*urf*' adalah perbuatan atau kepercayaan yang dipegang teguh oleh sebagian besar anggota masyarakat dan mereka menerimanya sebagai suatu kebenaran.<sup>102</sup> Senada dengan definisi ini, Ibnu Faris di dalam kamusnya menyatakan bahwa kata *arafa* dan *arfun* menunjukkan sesuatu yang berkesinambungan, berhubungan satu dengan lainnya atau membawa ketenangan dan ketentraman. Sedangkan Ahmad Warson mengartikan '*urf*' dengan kebajikan, puncak dan adat yang dipelihara.<sup>103</sup> Dari sini dapat dipahami bahwa '*urf*' secara bahasa adalah sesuatu yang dikenal oleh masyarakat sebagai sebuah kebaikan dan dilakukan secara berulang-ulang.

Sedangkan secara istilah '*urf*' adalah kebiasaan kebanyakan masyarakat, baik dalam perkataan maupun perbuatan yang dilakukan secara terus menerus dan diakui sebagai sesuatu yang baik oleh mereka. Abu Zahrah menyatakan '*urf*' adalah kebiasaan manusia dalam urusan muamalat dan menegakkan urusan-urusan mereka.<sup>104</sup> Sementara Abdul Wahab Khallaf memberikan definisi sebagai berikut:

“Sesuatu yang telah dikenal dan dilakukan oleh banyak orang, baik berupa perkataan, perbuatan ataupun kebiasaan untuk meninggalkan sesuatu, dan disebut juga adat”.<sup>105</sup>

Definisi yang lebih lengkap disebutkan oleh Zakiyuddin Sa'ban yang berpendapat bahwa '*urf*' sebagai:

“Apa yang sudah menjadi kebiasaan manusia dan mereka setuju baik itu dalam perbuatan yang sudah tersebar luas di kalangan mereka ataupun perkataan yang apabila diucapkan mereka mengetahui artinya dengan khusus

---

<sup>102</sup> Ali bin Muhammad al-Jurjani *al-ta'rifat*. Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, 1405, h.193

<sup>103</sup> Munawwir, Ahmad Warson, *Kamus AlMunawwir*, Yogyakarta: Pustaka Progressif, 1984, h.911

<sup>104</sup> Zahrah, al-Imam Muhammad Abu, *Ushul Al-fiqh*, Tt: Dar al-Fikr al-Arabi, 1958, h.273

<sup>105</sup> Khallaf, Abd a-Wahhab, *Ushul Fiqh*, Beirut: Dar al-Fikr, 1986, cet.ke-20. h. 79.

yang tidak akan ada arti lain yang terfikirkan bagi mereka ketika mendengar kata tersebut”<sup>106</sup>

Dari semua definisi tersebut dapat disimpulkan bahwa *‘urf* adalah kebiasaan di masyarakat yang berupa perkataan atau perbuatan yang berlaku secara berulang-ulang dan diterima sebagai sebuah kebaikan oleh mereka.

Istilah *‘urf* memiliki makna yang hampir serupa dengan kata *al-‘adah* (adat), sebagian besar fukaha menyamakan antara keduanya. Jika kita telisik lebih mendalam terutama dari segi kandungan artinya, kedua kata tersebut memiliki perbedaan makna. Kata *‘adah* hanya memandang dari segi pengulangan suatu perbuatan itu dilakukan dan tidak meliputi penilaian segi baik atau buruknya perbuatan tersebut sehingga dapat dinyatakan bahwa term adat berkonotasi netral. Sedangkan *‘urf* digunakan dengan memandang segi pengakuan kebaikannya terhadap suatu perbuatan, diketahui dan diterima oleh orang banyak.

Menurut Musthafa Syalabi yang membedakan antara *‘urf* dan *‘adah* adalah dari segi ruang lingkup penggunaannya. Kata *‘urf* selalu digunakan untuk jamaah atau golongan, sedangkan kata *‘adah* dapat saja berlaku pada perorangan, sebagian orang di samping pada golongan orang banyak.<sup>107</sup> Mustafa Ahmad Az-Zarqa berpendapat bahwa *‘urf* merupakan bagian dari adat, karena adat lebih umum daripada *‘urf*. Dengan kata lain, suatu tradisi atau adat belum tentu *‘urf*, tapi suatu *‘urf* sudah pasti adat. Dari sini dapat dipahami bahwa perbedaan mendasar antara *‘urf* dan adat adalah:

---

<sup>106</sup> Zakiyuddin Sa’ban, *Ushul al-Fiqh al-Islamiy*, Kairo: Daar Nahdhoh Arabiyah, tahun 1968, h.192.

<sup>107</sup> Zein, Satria Effendi M, 2005, *Ushul Fiqh*, Jakarta: Prenada Media, Cet.ke-1, h.364-365

1. Adat adalah kebiasaan masyarakat yang berulang-ulang dilakukan oleh seseorang atau masyarakat tertentu, intinya kepada proses pengulangnya. Sedangkan '*urf*' selain proses berulang-ulangnya juga melihat dari segi kebaikan yang telah diterima oleh masyarakat.
2. Adat bersifat netral, dalam arti bisa sesuatu yang baik atau sesuatu yang buruk. Adapun '*urf*' adalah suatu kebaikan yang diterima oleh akal manusia dan disepakati kebaikannya,
3. Term adat bisa dilakukan oleh satu orang atau beberapa orang dalam ruang lingkup yang kecil, sementara '*urf*' adalah kebiasaan dari orang banyak dan secara universal manusia mengakui akan kebenaran hal tersebut.

Para ulama dari masa yang berbeda, berhujjah dengan '*urf*' dengan memasukkan pertimbangan '*urf*' dalam ijtihad mereka. Ini sebagai pertanda sahnya penggunaannya, ini posisinya sama dengan *ijma' sukuti*.<sup>108</sup> Sebagian mereka secara tegas menggunakannya sedang yang lain tidak membantahnya. Syatibi mendasarkan bahwasanya *ijma'* ulama menyatakan bahwa sesungguhnya syari'at Islam itu datang untuk memelihara kemaslahatan manusia. Untuk itu wajib memperhatikan tradisi-tradisi mereka karena terdapat kemaslahatan di dalamnya. Keberlakuan '*urf*' dalam kehidupan manusia merupakan dalil bahwa ia mendatangkan kemaslahatan bagi mereka.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Menurut Taqiyuddin an-Nabhani *Ijma' sukuti* adalah pendapat salah seorang sahabat mengenai satu hukum yang diketahui oleh para sahabat yang lain dan tidak satu pun dari mereka yang mengingkarinya (lihat Taqiyuddin an-Nabhani dalam *Sakhsyah Islamiyah* juz 3)

<sup>109</sup> Misno, *Teori 'Urf Dalam Sistem Hukum Islam Studi Jual Beli Ijon Pada Masyarakat Kabupaten Cilacap Jawa Tengah*, Al Mashlahah Jurnal Hukum Dan Pranata Sosial Islam, h.107

Berdasarkan jenisnya *'urf* terbagi menjadi dua bagian yaitu *'urf shahih* dan *'urf fasid*. *'Urf shahih* (adat kebiasaan yang benar) adalah suatu hal yang baik yang menjadi kebiasaan suatu masyarakat, ia tidak bertentangan dengan ajaran agama, sopan santun, dan budaya yang luhur. Misalnya pemberian pihak laki-laki kepada calon istrinya dalam pelaksanaan pinangan dianggap hadiah bukan sebagai mahar. Kedua, *'urf fasid* (adat kebiasaan yang tidak benar) yaitu suatu yang menjadi kebiasaan sampai pada penghalalan sesuatu yang diharamkan Allah (bertentangan dengan ajaran agama), undang-undang dan sopan santun. Seperti akad perniagaan yang mengandung riba.<sup>110</sup>

Berdasarkan pembagian tersebut maka *'urf* bisa menjadi metode penetapan hukum Islam dan sekaligus menjadi sumber hukum Islam berdasarkan syarat-syarat sebagai berikut:

- 1) *'Urf* tersebut harus secara umum dipraktikkan oleh anggota masyarakat jika dikenal secara umum oleh semua lapisan masyarakat atau dipraktikkan sebagian kelompok tertentu.
- 2) *'Urf* harus berupa suatu kebiasaan yang sedang berjalan dalam masyarakat pada waktu akan dijadikan sebagai hukum.
- 3) *'Urf* harus dipandang tidak sah jika bertentangan dengan ketentuan yang eksplisit dari al-Qur'an dan hadis serta akal sehat.
- 4) Dalam hal perselisihan, *'urf* hanya dipakai ketika tidak ada penolakan eksplisit yang sifatnya untuk menggunakan adat dari salah satu pihak yang terlibat.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Syarifuddin, Amir, *Ushul Fiqh Jilid 2*, Jakarta: Logos, 2001, cet.ke-2, h.368

<sup>111</sup> Dedi Supriyadi, *Sejarah Hukum Islam: Dari Kawasan Jazirah Arab Sampai Indonesia*. Bandung: Pustaka Setia, tahun 2007, h.53

Dari pembahasan ini dapat disimpulkan bahwa ‘urf yang dilakukan oleh masyarakat secara terus menerus dan diwariskan secara turun temurun serta mereka menyepakatinya sebagai sesuatu yang bisa diterima oleh akal sehat manusia maka hal itu bisa dijadikan dalil dalam penetapan hukum Islam.

### 3. Teori *Al-Maslahah*

Secara etimologi, kata *maslahah* berasal dari kata *al-shalah* yang berarti kebaikan dan manfaat. Kata *maslahah* berbentuk *mufrad*. Sedangkan jamaknya adalah *al-mashalih*. Kata *al-maslahah* menunjukkan pengertian tentang sesuatu yang banyak kebaikan dan manfaatnya. Sedangkan lawan kata dari kata *al-maslahah* adalah kata *al-mafsadah* yaitu sesuatu yang banyak keburukannya.<sup>112</sup>

Secara terminologi, *maslahah* diartikan sebagai upaya untuk memperoleh manfaat dan menolak bahaya demi menjaga tujuan syara’ (hukum Islam). Tujuan syara’ yang perlu dipelihara meliputi agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Jika seseorang melakukan aktivitas yang bertujuan untuk menjaga kelima aspek tersebut, maka itu disebut *maslahah*. Selain itu, menolak segala bentuk kemudaratan yang berkaitan dengan tujuan syara’ juga dianggap sebagai *maslahah*.<sup>113</sup>

Imam Al-Ghazali berpendapat bahwa suatu kemaslahatan harus sejalan dengan tujuan syara’ meskipun bisa saja bertentangan dengan tujuan manusia. Hal ini karena kemaslahatan manusia tidak selalu berlandaskan pada kehendak syara’, tetapi sering kali dipengaruhi oleh hawa nafsu. Oleh karena itu, patokan dalam

---

<sup>112</sup> Abu Ishak as-Syatibi, *al-muwafaqat fi ushul as-syariah*, (Beirut: Dar al-kutub al-Islamiyah, tth), juz I, h.227

<sup>113</sup> Abu Hamid Muhammad al-Gazali, *Al-Mustashfa Min Ilm Al-Ushul*, (Beirut: Dar al Kutub al-Ilmiyah, 1980), h.286

menentukan kemaslahatan adalah kehendak dan tujuan syara', bukan kehendak dan tujuan manusia. Menurut al-Ghazali, kemaslahatan yang dapat dijadikan pertimbangan dalam penetapan hukum adalah jika: pertama, *maslahah* tersebut sesuai dengan jenis tindakan syara', kedua, *maslahah* tersebut tidak bertentangan dengan nash syara', dan ketiga, *maslahah* tersebut termasuk dalam kategori masalah yang *dhoruri* baik untuk kepentingan pribadi maupun untuk kepentingan umum yang berlaku sama untuk semua orang.<sup>114</sup>

Menurut Sa'id Ramadhan al-Buthi, *maslahah* yang diistilahkan oleh ulama hukum Islam dapat didefinisikan sebagai manfaat yang dikehendaki oleh Allah Swt. untuk kepentingan hamba-Nya. Manfaat tersebut mencakup pemeliharaan terhadap agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta yang diatur sesuai dengan urutan tertentu dalam kategori pemeliharaan tersebut.<sup>115</sup>

Dari pengertian di atas, baik secara etimologi maupun terminologi, dapat disimpulkan bahwa *maslahah* adalah suatu tindakan hukum yang membawa manfaat dan ketentraman bagi semua orang, baik untuk diri sendiri maupun bagi jasmani, jiwa, akal, dan rohani, dengan tujuan menjaga *maqashid al-syari'ah*. Keberpihakan *maslahah* terhadap hukum memberikan nilai manfaat dalam setiap tindakan hukum yang dilakukan manusia. Dengan demikian, esensi *maslahah* berfungsi sebagai standar dalam memahami hukum Islam secara universal bukan hanya diukur dengan logika manusia yang sering mengutamakan rasionalitas dan

---

<sup>114</sup>ibid, h.139

<sup>115</sup>Muhammad Sa'id Ramadlan al-Buthi, *Dhawabith Al-Maslahah Fi Syari'ah Al-Islamiyah* (Beirut: Muassasah al-Risalah, 1990), h.27

akal. Oleh karena itu, *maslahah* sebagai metode *istinbath* dapat memberikan ruang yang lebih luas dalam pembentukan hukum Islam terkait isu-isu kontemporer.

Dalam tataran aplikasi, *maslahah* termanifestasikan pada metode-metode atau dalil-dalil ijtihad untuk menetapkan hukum yang tidak ditegaskan oleh nash syariah, seperti *Al-qiyas*, *Al-maslahah Mursalah*, *Istishab*, *Sadd al-dzariah*, dan *Istihsan*. Oleh karena itu, setiap metode atau dalil ijtihad yang bertumpu pada prinsip *maslahah* dapat dikualifikasikan sebagai upaya menggali kandungan makna nash syariah (*istidlal bi al-nushus as-syariah*).<sup>116</sup>

Mohammad Hashim Kamali menyimpulkan bahwa identifikasi *maslahah* sebagai inti *maqashid syariah* dapat didasarkan pada: (1) *nushus syariah*, terutama *al-amr dan al-nahy*, (2) *al-illah* dan hikmah yang dikandung *nushus syariah* dan *al-istiqra'*.<sup>117</sup>

Hadirnya hikmah dan *'illah* dalam norma hukum Allah (baik berupa *al-amr* maupun *al-nahy*) itu pada gilirannya menjamin eksisnya *maslahah*. Pada sisi lain, formulasi sejumlah *legal maxim (qawaid al-syariah)* bertumpu pada penemuan hikmah dan *'illah* yang notabene menjadi garansi eksisnya *maslahah*. Dengan demikian, *maslahah* merupakan poros dan titik beranjak bagi formulasi *al-ahkam al-syar'iyah* dan *qawaid al-syar'iyah*.<sup>118</sup>

Menurut Ahmad Fathi Bahnashi, sebagian ulama ahli hukum Islam generasi *tabiin* berpaling dari metode tekstual nash syariah yang bersifat mutlak atau umum

---

<sup>116</sup> Husain Hamid Hisan, *Nazhariyat Al-Maslahah Fi Al-Fiqh Al-Islamy*, h.60

<sup>117</sup> Mohammad Hashim Kamali, *The Dignity of Man: An Islamic Perspective*, (Kuala Lumpur: Ilmiah Publisher, 2002), h.93

<sup>118</sup> Allal al-Fasiy, *Al-Maqashid Al-Syariah Al-Islamiyah Wamakarimuha*, (Rabat: Maktabah al-Wihdah alArabiyyah, t.t.h.), h.138.

lantaran metode tersebut berimplikasi pada tereliminasi *masalah*. Mereka justru melakukan interpretasi nash syariah itu dan melakukan metode terhadapnya dengan kerangka pikir *masalah* meskipun memberikan kesan *al-taqyid* atau *al-takhsis* atau *al-ihmal* terhadap nash syariah.<sup>119</sup>

Lebih dari itu, *masalah* yang bersifat umum yang genuine, yang mendukung terwujudnya tujuan-tujuan hukum Islam dan yang tidak bertentangan dengan nash syariah merupakan dasar, pijakan dan kerangka acuan yang valid bagi legislasi hukum Islam.<sup>120</sup> Menurut Imran Ahsan Khan Nyazee, para ulama ahli hukum Islam bersepakat bahwa *masalah* dapat diaplikasikan sebagai basis dasar suatu ketetapan hukum dan *masalah* ini dapat dijadikan dasar pikiran ketika memperluas ketetapan hukum itu kepada kasus-kasus baru. Inilah yang merupakan basis doktrin *masalah*.<sup>121</sup>

Muhammad Muslehuddin melihat bahwa kategorisasi *masalah* dengan trilogi *al-mashlahah al-mu'tabarah*, *al-mashlahah al-mulghah* dan *al-mashlahah mursalah*, tetap harus mempertimbangkan dimensi kepentingan masyarakat dan realitas sosial yang terus berkembang sehingga hukum Islam harus bergerak seiring dengan realitas sosial yang terjadi yang pada gilirannya fleksibilitas hukum Islam dapat dipertahankan.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> Muhammad Harfin Zuhdi, *Formulasi Teori Mashlahah Dalam Paradigma Pemikiran Hukum Islam Kontemporer*, Istinbath, Vol. 12, No. 1, Desember 2013, h.296

<sup>120</sup> Mohammad Hashim Kamali, "Fiqh and Adaptation to Social Reality" dalam *Jurnal the Muslim World*, 1996, Vol.86, No.1 h.72

<sup>121</sup> Imran Ahsan Khan Nyazee, *Theories of Islamic Law: The Methodology of Ijtihad*, (New Delhi: Adam Publishers & Distribution, 1996), h.236-238

<sup>122</sup> Muhammad Muslehuddin, *Philosophy of Islamic Law and The Orientalist*, (New Delhi: Markazi Maktaba Islami, 1985), h.16

Abu Ishaq al-Syatibi mengkategorisasi *masalahah* menjadi 3 (tiga) macam, yaitu (1) *al-dharuriyah* (2) *al-hajjiyyah* dan (3) *al-tahsiniyah*. Lebih jauh, al-Syatibi menjelaskan bahwa *al-dharuriyah* ialah sesuatu yang tidak boleh tidak ada demi tegaknya kebaikan dan kesejahteraan baik menyangkut urusan duniawi maupun ukhrawi, di mana manakala ia lenyap, tidak ada, maka tidak dapat terwujud kehidupan duniawi yang tertib dan sejahtera bahkan yang terwujud ialah kehidupan duniawi yang chaos dan kehidupan ukhrawi yang celaka dan menderita. Bagi al-Syatibi, *al-dharuriyah* itu mencakup upaya-upaya memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara keturunan, memelihara harta kekayaan, dan memelihara akal budi.<sup>123</sup>

Adapun *al-hajjiyyah*, dalam pandangan al-Syatibi, ialah sesuatu yang dibutuhkan dari sisi kemampuannya mendatangkan kelapangan dan menghilangkan kesempitan yang biasanya membawa kepada kesukaran dan kesusahpayahan yang diringi dengan luputnya tujuan/sasaran. Apabila *al-hajjiyyah* tidak diperhatikan maka akan muncul kesukaran dan kesusahpayahan, tetapi tidak sampai menimbulkan kerusakan yang biasanya terjadi pada kasus *al-mashlahah al-daruriyyah*. Kategori *al-hajjiyyah* sesungguhnya mengarah kepada penyempurnaan *al-daruriyyah*, di mana dengan tegaknya *al-hajjiyyah*, akan lenyap segala kesukaran dan tercipta keseimbangan dan kewajaran, sehingga tidak menimbulkan ekstrimitas (*al-ifrath wa al-tafrith*).

---

<sup>123</sup> Abu Ishaq al-Syatibi, *Al-Muwafaqat Fi Ushul Al-Syariah*, (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, t.th.), jilid I, juz I, h.7-13

Sedangkan *al-tahsiniyah*, menurut pendapat al-Syatibi, ialah sesuatu yang berkenaan dengan memperhatikan kebiasaan-kebiasaan yang baik dan menghindari kebiasaan-kebiasaan yang buruk, berdasarkan pertimbangan akal sehat. Hal ini sering disebut dengan *makarim al-akhlaq*. Bagi al-Syatibi, keberadaan *al-tahsiniyah* bermuara kepada kebaikan-kebaikan yang melengkapi prinsip *al-maslahah al-dharuriyah* dan *al-maslahah al-hajjiyah*. Ini karena ketiadaan *al-maslahah al-tahsiniyah* tidak merusak urusan *al-daruriyah* dan *al-hajjiyah*. Ia hanya berkisar pada upaya mewujudkan keindahan, kenyamanan dan kesopanan dalam tata hubungan sang hamba dengan Tuhan dan dengan sesama makhluk-Nya.<sup>124</sup>

Tujuan *al-syari'* dalam menyebarkan *maslahah* bagi legislasi yang dilakukan-Nya tentu bersifat mutlak dan menyeluruh, tidak terbatas pada kasus atau obyek tertentu, tegasnya *maslahah* menyebar secara mutlak pada semua prinsip-prinsip dasar dan satuan-satuan kasus partikularistik dari hukum Islam. Hukum Islam seluruhnya merupakan *maslahah* yang representasinya bisa berbentuk penghilangan kemudharatan dan bisa pula berbentuk perwujudan kesejahteraan. Tegasnya, tiada suatu hukum yang mengandung kemudharatan melainkan diperintahkan untuk menjauhinya dan tiada suatu hukum yang mengandung kemaslahatan melainkan diperintahkan untuk mewujudkannya. Pertimbangan *maslahah* merupakan satu metode berfikir untuk mendapatkan kepastian hukum bagi suatu kasus yang status hukumnya tidak ditentukan oleh nash ataupun ijma.

---

<sup>124</sup> Ibid, Al-Syatibi, h.9-10

Dengan demikian, *maslahah* merupakan suatu tujuan utama yang harus dicari dalam menetapkan hukum untuk kebaikan bagi manusia.<sup>125</sup>

#### 4. Teori Tanggungjawab Mutlak (*Strict Liability*)

Prinsip pertanggungjawaban mutlak (*strict liability*) dalam hukum perlindungan konsumen didasari oleh bentuk khusus dari *strict liability* yaitu kesalahan yang tidak berdasarkan perbuatan melawan hukum mengenai prinsip pertanggungjawaban sebagaimana *tort* umumnya. Akibat adanya *tort* perbuatan melawan hukum tersebut maka pelaku usaha secara pribadi wajib bertanggung jawab atas kerugian yang ada. Kesalahan yang ada tidak lagi dipersoalkan pada *strict liability* atau prinsip pertanggungjawaban mutlak ini. Namun pelaku usaha wajib bertanggung jawab atas konsumen yang mengalami kerugian karena pelaku usaha yang kurang hati-hati sehingga kerugian ditimbulkan oleh produknya yang cacat karena seharusnya pelaku usaha dapat mencegah hal-hal yang tidak diinginkan ini.<sup>126</sup>

Terdapat tiga bagian penting mengenai penerapan prinsip tanggung jawab di Indonesia. *Pertama*, penerapan prinsip tanggungjawab mutlak mengenai pembaruan dan perkembangan hukum perlindungan konsumen dipengaruhi oleh faktor-faktor eksternal hukum. *Kedua*, di Indonesia telah diterapkan penerapan prinsip tanggung jawab mutlak dalam elemen budaya hukum dan struktur yang

---

<sup>125</sup> Peunoh Daly, *Menelusuri Pemikiran Maslahat dalam Hukum Islam*, dalam Munawir Sjadzali, dkk, *Polemik Reaktualisasi Ajaran Islam*, (Jakarta: Pustaka Panjimas, 1988), h.151

<sup>126</sup> Putu Rido Widiya Widnyana, Anak Agung Istri Agung, and Ni Gusti Ketut Sri Astiti, "Tinjauan Yuridis Pertanggungjawaban Mutlak (*Strict Liability*) Dalam Hukum Perlindungan Konsumen," *Jurnal Konstruksi Hukum* 2, no. 2 (Mei 2021):, <https://doi.org/10.22225/jkh.2.2.3214>. h. 244-249.

merupakan faktor internal sistem hukum. *Ketiga*, Undang-Undang mengatur prinsip tanggung jawab mutlak terhadap substansi atau ruang lingkup materi.

Sebaliknya melalui konsep *strict liability* ini, pembuktian akan mudah dilakukan, khususnya mengenai tanggung jawab produk yang menjadi komponen salah satu bidang perlindungan konsumen dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Pasal 19 menyatakan bahwa kerugian konsumen akibat mengkonsumsi barang yang diperdagangkan, pencemaran, dan kerusakan akan diberikan ganti rugi oleh pelaku usaha yang bertanggungjawab atas perbuatan tersebut. Posisi yang sulit bagi pelaku usaha ini terjadi karena konsumen memiliki posisi yang lebih lemah dibandingkan dengan posisi pelaku usaha. Seperti dalam menghadapi suatu kasus, pelaku usaha akan menggunakan jasa ahli hukum yang memerlukan biaya tidak sedikit.

Prinsip tanggung jawab absolut (*absolute liability*) seringkali disamakan dengan prinsip tanggung jawab mutlak (*strict liability*). Faktor yang menentukan tidak menjadi penentu kesalahan berdasarkan prinsip tanggung jawab pada *strict liability*. Namun, keadaan *force majeure* yang merupakan contoh dari tanggung jawab dapat dibebaskan dari kemungkinan pengecualian yang terjadi. Sebaliknya, tidak ada pengecualian mengenai prinsip tanggung jawab tanpa kesalahan yang terdapat pada *absolute liability*. Subjek dapat memiliki rasa tanggungjawab atas kesalahannya karena memiliki pandangan yang sama terhadap hal tersebut, Tahapan yang terjadi mengenai perkembangan hukum merupakan hasil akhir pada prinsip tanggung jawab yang terbentuk.

Wanprestasi (*breach of warranty*) dan kelalaian/kesalahan (*negligence*) merupakan unsur penting dari prinsip tanggung jawab terhadap kepentingan konsumen karena dinilai lebih responsif secara mutlak. *Product liability* atau tanggung jawab produk terjadi karena pembentukan hukum ekonomi nasional yang mengalami perubahan karena memperhatikan mengenai lembaga hukum yang memiliki dimensi internasional. Produsen dan konsumen mengalami tanggung jawab yang tidak seimbang sehingga memunculkan *product liability*. *Consumer oriented* terjadi karena strategi yang diubah oleh pihak pemasaran produk karena menganggap *product oriented* sudah tidak bisa diterapkan lagi oleh produsen. Prinsip tanggungjawab mutlak (*strict liability*) yang dianut merupakan tanggung jawab pada *product liability* karena kehati-hatian produk oleh produsen.

Terdapat tiga hal yang dapat dilakukan berdasarkan gugatan *product liability*) yaitu:

- a. *Breach of warranty* atau pelanggaran jaminan. Contoh, deskripsi yang tertera dalam kemasan produk tidak sesuai dengan khasiat yang sebenarnya.
- b. *Negligence* atau kelalaian produsen. Contoh, obat yang dibuat tidak sesuai dengan standar BPOM karena kelalaian produsen obat.
- c. *Strict liability* atau tanggung jawab mutlak yang diterapkan.

Tanggung jawab profesional (*professionalliability*) dan tanggung jawab produk (*product liability*) yang merupakan dua prinsip penting diakomodasi oleh Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Cacat yang melekat pada suatu produk sehingga konsumen mengalami kerugian merupakan tanggung jawab produsen yang dikenal dengan tanggung jawab produk.

Di lain pihak, konsumen yang menggunakan jasa profesional akan dilindungi berdasarkan tanggung jawab profesional di bidang jasa. Barang adalah sesuatu yang dapat konsumen manfaatkan, menggunakan, memakai, memperdagangkan, dan menghabiskan. Sedangkan produk dalam hukum tanggung jawab hanya bisa dikaitkan dengan barang, tidak dikaitkan dengan jasa jika mengacu pada beberapa negara lain.

Dengan demikian, esensi dari prinsip pertanggungjawaban mutlak (*strict liability*) dalam hukum perlindungan konsumen adalah memahami seluruh makna dari tanggung jawab dimana produsen wajib mengganti kerugian atas jasa atau barang yang telah dibeli oleh konsumen yang mengalami kerugian. Produsen harus bertanggung jawab secara khusus atas kesalahan yang dilakukan oleh pelaku usaha, sesuai dengan perlindungan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

*Strict liability* adalah proses tanggung jawab yang ketat, sehingga produsen harus bertanggung jawab atas kesalahan yang menyebabkan kerugian kepada konsumen. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen mengatur tanggung jawab pelaku usaha dalam mempertanggungjawabkan kelalaian mereka terhadap konsumen. Dalam undang-undang tersebut, tanggung jawab mutlak (*strict liability*) diatur dalam Pasal 19, Pasal 20, Pasal 21, Pasal 24, Pasal 25, Pasal 26, dan Pasal 27 Bab VI. Substansi dari pasal-pasal tersebut adalah bahwa:<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup>Ahmad Miru and Sutarman Yodo, *Prinsip-Prinsip Perlindungan Hukum Bagi Konsumen Di Indonesia* (Jakarta: Rajawali Press, 2017), h.130.

- a. Tanggung jawab pelaku usaha mencakup semua kerugian yang dialami oleh konsumen. Konsumen berhak meminta pertanggungjawaban jika iklan yang dibuat pelaku usaha tidak sesuai dengan kontrak kerja sama yang telah disepakati.
- b. Pelaku usaha harus bertanggung jawab secara langsung kepada konsumen jika konsumen mengalami kerugian akibat produk atau jasa yang ditawarkan, misalnya jika tidak sesuai dengan komposisi atau mutu yang telah disepakati sebelumnya.
- c. Pelaku usaha memiliki kewajiban untuk memberikan garansi atau jaminan sesuai dengan perjanjian yang telah disetujui. Sebagai contoh, garansi penggunaan barang yang dijual selama satu tahun untuk konsumen.
- d. Konsumen tidak dapat menuntut pelaku usaha jika tidak ada perjanjian yang mengatur kewajiban pelaku usaha untuk bertanggung jawab atas produk atau jasa yang dijual. Menurut ketentuan Undang-Undang Perlindungan Konsumen, konsumen tidak dapat mengklaim berdasarkan perbuatan melanggar hukum (PMH).
- e. Pelaku usaha tidak bertanggung jawab untuk memberikan ganti rugi atas barang yang cacat setelah jangka waktu tertentu, sesuai dengan perjanjian yang menyatakan bahwa tanggung jawab hanya berlaku hingga masa kadaluwarsa berakhir yaitu 4 (empat) tahun.<sup>128</sup>

### **Konsep Tanggung Jawab Mutlak (*Strich Liability*)**

---

<sup>128</sup> Op cit, Putu... h.243

Pertanggungjawaban yang erat kaitannya dengan hubungan hukum yang timbul antara kedua belah pihak yakni pihak yang menuntut pertanggungjawaban dengan pihak yang dituntut untuk bertanggung jawab dapat dibedakan menjadi dua, yaitu *pertama*, pertanggungjawaban atas dasar kesalahan yang dapat lahir karena terjadinya wanprestasi atau timbulnya perbuatan melawan hukum berupa tindakan yang kurang hati-hati. *Kedua*, pertanggungjawaban atas dasar risiko yaitu tanggung jawab yang harus dipikul sebagai risiko yang harus diambil oleh seorang pengusaha atas kegiatan usahanya.

Mengenai pertanggungjawaban, didalamnya terdapat prinsip tanggung jawab yang merupakan hal sangat penting dan paling utama dalam hukum perlindungan konsumen. Secara umum, prinsip-prinsip tanggung-jawab dalam hukum dapat dibedakan menjadi 5 (lima), yakni:

- 1) Adanya kesalahan (*liability based on fault*)
- 2) Praduga selalu bertanggungjawab (*presumption of liability*)
- 3) Praduga selalu tidak bertanggungjawab (*pre-sumption of non-liability*)
- 4) Adanya tanggung jawab mutlak (*strict liability*)
- 5) Pembatasan tanggung jawab (*limitation of liability*)

Penulis, akan menjelaskan kelima hal di atas sebagai berikut:

- 1). Kesalahan (*liability based on fault*)

Prinsip tanggung jawab berdasarkan kesalahan (*fault liability atau liability based on fault*) merupakan suatu prinsip yang umum dan berlaku dalam hukum pidana dan perdata. Di dalam KUHPerdata diatur dalam Pasal 1365, Pasal 1366 dan Pasal 1367. Prinsip ini dipegang secara teguh yang menyatakan, seseorang baru

dapat dimintakan pertanggungjawabannya secara hukum jika ada unsur kesalahan yang dilakukannya<sup>129</sup>. Tanggung jawab berdasarkan kesalahan *negligence* adalah suatu prinsip tanggungjawab yang bersifat subjektif yaitu suatu tanggung jawab yang ditentukan oleh perilaku produsen. Sifat subjektivitasnya muncul pada kategori bahwa yang bersikap hati-hati (*prudent person*) mencegah timbulnya kerugian pada konsumen.<sup>130</sup>

## 2). Praduga selalu bertanggungjawab (*presumption of liability*)

Prinsip ini menyatakan bahwa tergugat selalu dianggap bertanggungjawab (*presumption of liability principle*) sampai ia dapat membuktikan dia tidak bersalah, jadi beban pembuktian ada pada tergugat.

Beban pembuktian ini diberikan kepada pihak yang dirugikan bukan pada pengangkut. Hal ini diatur dalam Pasal 1365 KUHPerdata tentang perbuatan melawan hukum (*illegal act*) sebagai aturan umum dan aturan khususnya diatur dalam undang-undang tentang masing-masing pengangkutan. Dalam KUHD menganut prinsip tanggung jawab praduga. Dalam ketentuan Pasal 468 ayat 2 KUHD berbunyi:

“Apabila barang yang diangkut itu tidak diserahkan sebagian atau seluruhnya atau rusak, pengangkut bertanggung jawab mengganti kerugian kepada pengirim, kecuali ia dapat membuktikan bahwa diserahkan sebagian atau seluruh atau rusaknya barang itu karena peristiwa yang tidak dapat dicegah atau tidak dapat dihindari terjadinya”.<sup>131</sup>

Dengan demikian bahwa prinsip tanggung jawab karena kesalahan adalah asas, sedangkan prinsip tanggung jawab karena praduga adalah pengecualian yang

---

<sup>129</sup> Sidarta, *Hukum Perlindungan Konsumen Indonesia* (Jakarta: PT. Grasindo, 2000), h.4.

<sup>130</sup> Samsul Inosentius, “*Perlindungan Konsumen*” (Jakarta, Universitas Indonesia Pasca Sarjana, 2004), h.7.

<sup>131</sup> Kitab Undang-Undang Hukum Dagang

artinya bahwa pengangkut bertanggung jawab atas setiap kerugian yang timbul dalam penyelenggaraan pengangkutan, tetapi jika pengangkut berhasil membuktikan bahwa ia tidak bersalah atau lalai maka ia akan dibebaskan dari tanggung jawab.

3). Praduga selalu tidak bertanggungjawab (*presumption of non-liability*)

Prinsip ini adalah kebalikan dari prinsip praduga untuk selalu bertanggungjawab. Prinsip praduga tidak selalu bertanggungjawab (*presumption non-liability principle*) hanya dikenal dalam lingkup transaksi konsumen yang terbatas dan pembatasan demikian biasanya secara *commense* dapat dibenarkan.

4). Tanggung jawab mutlak (*strict liability*)

*Strict liability* adalah prinsip tanggungjawab yang menetapkan kesalahan tidak sebagai faktor yang menentukan. Namun ada pengecualian yang memungkinkan untuk dibebaskan dari tanggung jawab misalnya keadaan *force majeure*. Pada *strict liability* ada hubungan kausal antara subjek yang bertanggungjawab dengan kesalahannya (perbuatan yang dilakukan). Prinsip tanggung jawab mutlak dalam hukum perlindungan konsumen secara umum digunakan untuk menjerat pelaku usaha khususnya para produsen barang dan/jasa yang memasarkan produknya yang mengakibatkan kerugian bagi konsumen. Dalam perlindungan konsumen asas ini dikenal dengan *product liability*.

Menurut asas ini, produsen wajib bertanggungjawab terhadap kerugian yang dialami oleh konsumen atas penggunaan produk yang telah dipasarkannya.

Gugatan *product liability* dapat dilakukan berdasarkan 3 (tiga) hal, yaitu:

- a). Melanggar jaminan (*breach of warranty*)
- b). Adanya unsur kelalaian

c). Menerapkan tanggung jawab mutlak (*strict liability*)

Jika terdapat hubungan perjanjian (*privity of contract*) antara pelaku usaha (pemberi jasa) dengan konsumen, tetapi prestasi pemberi jasa tersebut tidak terukur sehingga merupakan perjanjian ikhtiar (*inspannings verbinteniss*) maka tanggung jawab pelaku usaha didasarkan pada *professional liability* (pertanggung jawaban profesional) yang menggunakan tanggung jawab perdata secara langsung (*strict liability*) dari pelaku usaha atau produsen atas kerugian yang telah diderita oleh konsumen akibat dari penggunaan jasa yang diberikan oleh pelaku usaha.

Berbeda jika dalam hal adanya hubungan perjanjian (*privity of contract*) antara pelaku usaha dan konsumen dan prestasi pemberi jasa tersebut terukur sehingga merupakan perjanjian hasil (*resultaats verbinteniss*) maka tanggung jawab pelaku usaha didasarkan pada *professional liability* (pertanggungjawaban profesional). Pelaku usaha yang menggunakan tanggung jawab perdata atas perjanjian atau kontrak (*contractual liability*) dari pelaku usaha atas kerugian yang dialami konsumen akibat menggunakan jasa yang diberikannya.

5). Pembatasan Tanggung Jawab (*limitation of liability*)

Prinsip ini oleh pelaku usaha dicantumkan sebagai klausula eksonerasi dalam perjanjian standar yang dibuatnya. Prinsip ini bertujuan membatasi nilai jumlah ganti rugi. Dalam pelaksanaannya prinsip tanggung jawab dengan pembatasan dikombinasikan dengan prinsip-prinsip tanggung jawab.

b. Sejarah Konsep Pertanggungjawaban Mutlak

Sejarah pertanggungjawaban produk di dalam *common law system* dan *civil law system* ternyata menunjukkan perbedaan asal mula bila dibandingkan dengan

konsep *strict liability* yang dikenal pada masa sekarang. Di masa kini *strict liability* lebih dikenal sebagai pertanggungjawaban tanpa kesalahan (*no-fault liability; liability based on no-fault; liability without fault*) atau pertanggungjawaban atas kerugian yang timbul (*liability based on risk*) sebagaimana dikenal dalam *common law system*.<sup>132</sup>

Seiring dengan perkembangan zaman, ternyata telah terjadi perubahan konsep mengenai *strict liability* tersebut. Oleh karena itu, untuk memahami *strict liability* dalam pertanggungjawaban produk, perlu dikemukakan beberapa pengertian yang mengalami perkembangan dari masa ke masa. Hal ini dapat kita lihat pada definisi yang tertuang dalam *Black's Law Dictionary, Fifth Edition*, yang menyatakan bahwa *strict liability* adalah:

*“A concept applied by the courts in product liability cases in which a seller is liable for any and all defective or hazardous product which unduly threaten a consumer's personal safety”*<sup>133</sup>.

Kemudian pada tahun 1991 *Black's Law Dictionary, Abridged Sixth Edition* mengubah rumusan *strict liability* dengan tambahan kalimat “*liability without fault*”, sehingga definisinya menjadi:

*“Liability without fault. A concept applied by the courts in product liability cases in which a seller is liable for any and all defective or hazardous product which unduly threaten a consumer's personal safety”*.

Dalam rumusan *strict liability* yang pertama hanya disebutkan bahwa *strict liability* adalah sebuah konsep yang diterapkan oleh pengadilan dalam kasus-kasus pertanggungjawaban produk, dimana penjual bertanggungjawab atas setiap dan

---

<sup>132</sup> Johannes Gunawan, *Hukum Perlindungan Konsumen Indonesia & Perdagangan Bebas, Bandung* (Citra Aditya Bakti, 2003), h.144.

<sup>133</sup> Henry Campbell Black, “*Black's Law Dictionary*” (West Publishing Co, 1979), h.1275.

seluruh produk yang rusak atau mengandung bahaya yang sangat mengancam keselamatan diri konsumen. Selanjutnya dalam rumusan yang kedua barulah muncul pernyataan pertanggungjawaban tanpa kesalahan (*liability without fault*), bahkan pernyataan tersebut ditempatkan pada bagian awal. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa pertanggungjawaban produk semula adalah konsep pertanggungjawaban atas dasar risiko (*based on risk*) yaitu risiko terancamnya keselamatan konsumen akibat mengkonsumsi produk rusak atau berbahaya, namun sama sekali tidak menyebut mengenai unsur kesalahan (*fault*).

Pertanggungjawaban atas dasar risiko (*liability based on risk*) pada dasarnya merupakan derivasi dari pertanggungjawaban atas dasar perbuatan melawan hukum (*tortious liability*). Purwahid Patrik sebagaimana dikutip oleh Ratna Artha Windari<sup>134</sup> dalam hal ini mengemukakan:

“Tanggung gugat berdasarkan risiko adalah tanggung gugat yang tidak memperhatikan kesalahan dari pembuat, artinya ada kesalahan atau tidak ada kesalahan jika pembuat menimbulkan kerugian kepada orang lain ia harus menanggung risikonya atau ia harus bertanggung jawab atas kerugian itu, yang menurut hukum Inggris dikatakan sebagai tanggung gugat mutlak (*absolute liability* atau *strict liability*) bahwa orang berbuat dengan risiko dan bertanggung gugat terhadap kerugian yang diakibatkannya”.

Akhirnya pada tahun 1999, *Black's Law Dictionary* menerbitkan edisi ketujuh yang memberi arti pada *stict liability* dengan suatu rumusan yang sama sekali berbeda dengan rumusan-rumusan di edisi sebelumnya yaitu:

*“Liability that does not depend on actual negligence or intent to harm, but that is based on the breach of an absolute duty to make something safe. Strict liability most often applies either to ultrahazardous activities or in product-liability cases. - Also termed absolute liability; liability without fault”.*

---

<sup>134</sup> Ratna Artha Windari, “Pertanggungjawaban Mutlak (*Strict Liability*) Dalam Hukum Perlindungan Konsumen,” *Jurnal Komunikasi Hukum* 1, no. 1 (February 2015): h.110.

Melalui rumusan *strict liability* dalam *Black's Law Dictionary* terbitan tahun 1999 inilah dapat kita temukan penegasan bahwa *strict liability* tidak didasarkan pada *actual negligence or intent to harm* yang pada hakikatnya berbasis pada perbuatan melawan hukum (*tort*), tetapi lebih didasarkan pada *the breach of an absolute duty to make something safe* yang secara implisit terkandung dalam setiap perjanjian atau kontrak antara pelaku usaha dengan konsumen. Berhubung berbasis perjanjian atau kontrak, maka pertanggungjawaban pelaku usaha (produsen) tidak mensyaratkan unsur kesalahan (*fault*). Oleh karena itu, di dalam ungkapan akhir rumusan tahun 1999, menyebutkan bahwa *strict liability* disebut pula sebagai *liability without fault*.

Sebagai pembanding, rumusan mengenai *strict liability* juga dikemukakan oleh beberapa ahli seperti Warren Freedman dan E.M. Meijers<sup>135</sup> sebagai berikut:

*“Strict liability is the doctrine imposing liability upon a party, regardless of fault, once the elements of ‘defect’ proximately causing the injury, damage, or loss, and of ‘control by the product manufacturer’ are proven”* (Warren Freedman)

E.M. Meijers menamakan pertanggungjawaban seperti ini sebagai *quasi onrechtmatigedaad*, dan konsep inilah yang kemudian oleh banyak pihak ditafsirkan sebagai pertanggungjawaban tanpa kesalahan (*liability based on no-fault*), padahal sesungguhnya secara konseptual pertanggungjawaban ini memang didasarkan pada risiko timbulnya kerugian, bukan didasarkan pada peniadaan unsur kesalahan (*without fault*). Oleh karena itu, di dalam konsep pertanggungjawaban atas dasar risiko tidak mungkin dilakukan pembuktian terbalik unsur kesalahan,

---

<sup>135</sup> Op cit, h.147

karena di dalamnya memang sama sekali tidak terdapat unsur kesalahan sebagai salah satu unsurnya.

Konsep pertanggungjawaban atas dasar risiko ini sebenarnya sangat tepat untuk menjelaskan mengapa pertanggungjawaban produk di dalam *common law system* menerapkan *strict liability* baik dari produsen hingga pengecer (*seller*). Dalam *common law system*, *strict liability* merupakan transformasi dari pertanggungjawaban atas dasar perjanjian (*contractual liability*) yang sama sekali tidak mensyaratkan adanya unsur kesalahan. Kemudian seiring terjadinya berbagai kasus terkait perlindungan konsumen di Amerika Serikat khususnya yang dikenal dengan *Belladonna Case* pada tahun 1852 dan kasus *Macpherson vs Buick Motor Co.* tahun 1916 muncul prinsip penting yang menjadi landasan sebagai berikut:

- 1) Pada produsen melekat *duty of care* di dalam proses produksi, termasuk kewajibannya untuk menguji (*test*) atas komponen dari produsen lain yang digunakan di dalam produknya. Kelalaian melakukan kewajiban tersebut merupakan *negligence* dan sanksi atas pelanggaran kewajiban itu tidak dapat dihindari oleh produsen dengan alasan ketidakadaan *privity of contract*.
- 2) Pihak yang dapat menggugat ganti rugi adalah selain pihak yang merupakan pihak dalam kontrak juga pihak ketiga yang sama sekali tidak merupakan pihak di dalam kontrak.

Yang dimaksud dengan *negligence* disini ialah perilaku yang tidak sesuai dengan standar perilaku (*standar of conduct*) sebagaimana ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan, demi perlindungan terhadap masyarakat dari risiko yang tidak rasional (*unreasonable risk*). Dari proses pemunculan *negligence* yang

berbasis *tortious liability* di dalam *common law system* tersebut, maka dapat dibuktikan bahwa secara historis tanggung jawab berdasarkan perbuatan melawan hukum (*tortious liability*) yang menjadi fundamen dari pertanggungjawaban produk sebagaimana perkembangannya pada saat ini, dinyatakan tunduk dan merupakan transformasi dari tanggung jawab berdasarkan perjanjian atau kontrak.

Adapun sejarah perkembangan pertanggungjawaban produk di negara-negara yang menganut *civil law system*, tidak terlepas dari pengaruh *product liability directive 1985* yang ditetapkan oleh masyarakat eropa. Berdasarkan *directive* ini seseorang yang dapat membuktikan bahwa ia cedera atau mengalami kerugian harta bendanya akibat kerusakan suatu produk yang telah ditempatkan di pasaran, maka ia dapat menggugat ganti rugi kepada produsen, pengimpor, pemasok yang menggunakan merek sendiri, atau pemasok produk tersebut, tanpa harus membuktikan adanya *negligence* (kesalahan) pada pihak-pihak tersebut, atau tanpa harus membuktikan bahwa tergugat telah menyebabkan kerusakan pada produk tersebut. Negeri Belanda (penganut *civil law system*) sebagai komunitas masyarakat eropa secara langsung harus ikut mengimplementasikan *directive* tersebut ke dalam hukum nasionalnya yakni *Burgerlijk Wetboek* (BW), dan kemudian diterapkan pula di Indonesia menjadi Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata).

Jadi, konsep pertanggungjawaban dalam *civil law system* keberadaan unsur kesalahan masih terkandung didalamnya, akan tetapi dilakukan pengalihan beban pembuktian unsur kesalahan tersebut dari penggugat kepada tergugat (*shifting the burden of proof*). Sehingga *strict liability* lebih dikenal sebagai derivasi

(modifikasi) dari pertanggungjawaban berdasarkan perbuatan melawan hukum (*tortious liability*), dimana unsur kesalahan merupakan salah satu syarat utama untuk meminta pertanggungjawaban.

Mengenai hal ini, Otto Baron Van Wassenaer Van Catwijk dalam *Official Journal 1985*<sup>136</sup> memberikan penjelasan bahwa dalam rangka perlindungan konsumen di banyak negara telah dilakukan terobosan terhadap pertanggungjawaban atas dasar perbuatan melawan hukum (*tortious liability*), yaitu dengan menerapkan *strict liability*. Dan berhubung unsur kesalahan merupakan unsur yang paling berat dalam pembuktiannya, maka dalam *strict liability* beban pembuktian tersebut harus dialihkan dari konsumen kepada produsen yang langsung dianggap bersalah (*presumption of fault*) segera setelah timbul kerugian di pihak konsumen.

#### c. Pertanggungjawaban Mutlak (*Strict Liability*) Dalam Hukum Perlindungan Konsumen di Indonesia

Dalam perspektif hukum perdata, hubungan transaksi antara konsumen dengan produsen/pelaku usaha tidak hanya dilihat sebagai transaksi yang berdiri sendiri. Perikatan transaksi konsumen merupakan pelaksanaan dari perikatan sebelumnya, yaitu perikatan pra-transaksi konsumen. Demikian halnya setelah transaksi konsumen dilaksanakan akan lahir juga perikatan lain yang harus dipenuhi kedua belah pihak yang disebut perikatan pasca transaksi konsumen.

Pada tahapan pasca transaksi konsumen inilah tanggung jawab produk (*produk liability*) biasanya menjadi isu penting selain isu jaminan atau garansi

---

<sup>136</sup> Ibid, Gunawan, h.170

produk dan isu penyelesaian sengketa antara konsumen dan pelaku usaha. Dalam kasus-kasus pelanggaran konsumen selain tuntutan atas tanggung jawab produk didasarkan pada perjanjian tertulis (*wanprestasi*) juga didasarkan pada perbuatan melawan hukum (*tort*) yang didasarkan pada pelanggaran atas ketentuan-ketentuan hukum perlindungan konsumen. Klausula tentang tanggung jawab produk (*product liability*) pelaku usaha ditempatkan dalam kumpulan ketentuan-ketentuan tentang kewajiban dan larangan yang harus ditaati oleh pelaku usaha yang berawal dari proses produksi sampai dengan distribusi termasuk proses penawaran/iklan dan penjualan yang pelanggaran atasnya melahirkan tanggung jawab mutlak (*strict liability*).

Secara umum, konsep tanggung jawab produk tidak jauh berbeda dengan konsep tanggung jawab yang diatur dalam Pasal 1365 dan 1865 KUHPerduta. Perbedaannya terletak pada tanggung jawab produsen untuk memberikan ganti rugi yang hanya akan berlaku setelah pihak yang mengalami kerugian dapat membuktikan bahwa cacat produk dan kerugian yang dialami disebabkan oleh kesalahan produsen. Selain itu, ketentuan ini tidak secara eksplisit menetapkan ganti rugi atau beban pembuktian pada konsumen, melainkan kepada siapa pun yang memiliki hubungan hukum dengan produsen termasuk konsumen, produsen lain, penyalur, pedagang, atau instansi lainnya.

Seperti dikemukakan di atas, bahwa jika dilihat secara sepintas nampak bahwa apa yang diatur dengan ketentuan *product liability* telah diatur pula dalam KUHPerduta. Hanya saja jika kita menggunakan KUHPerduta, maka bila seorang konsumen menderita kerugian ingin menuntut pihak produsen (termasuk pedagang,

grosir, distributor dan agen), maka pihak korban tersebut akan menghadapi beberapa kendala yang akan menyulitkannya untuk memperoleh ganti rugi. Kesulitan tersebut adalah pihak konsumen harus membuktikan ada unsur kesalahan yang dilakukan oleh pihak produsen. Jika konsumen tidak berhasil membuktikan kesalahan produsen, maka gugatan konsumen akan gagal.

Konsep tentang pertanggungjawaban secara mutlak (*strict liability*) menekankan pada tidak adanya kewajiban bagi konsumen untuk membuktikan kesalahan pelaku usaha sebagai dasar pembayaran ganti kerugian dalam suatu gugatan/tuntutan. Menurut RC Hobert yang dikutip oleh Ratna Artha Windari<sup>137</sup>, *strict liability* diterapkan karena:

- 1) Konsumen tidak dalam posisi menguntungkan untuk membuktikan adanya kesalahan dalam suatu proses produksi dan distribusi yang kompleks.
- 2) Diasumsikan produsen lebih dapat mengantisipasi jika sewaktu-waktu ada tuntutan atas kesalahannya, misalnya dengan asuransi atau menambah komponen biaya tertentu pada harga produknya.
- 3) Asas ini dapat memaksa produsen lebih hati-hati.

Selain yang dikemukakan diatas, alasan-alasan mengapa prinsip tanggung jawab mutlak (*strict liability*) diterapkan dalam hukum tentang *product liability* adalah:

- a) Di antara korban/konsumen di satu pihak dan produsen di pihak lain beban kerugian (risiko) seharusnya ditanggung oleh pihak yang memproduksi/mengeluarkan barang-barang cacat/berbahaya tersebut di pasaran.

---

<sup>137</sup> Op cit, Ratna, h.114

- b) Dengan menempatkan/mengedarkan barang-barang di pasaran berarti produsen menjamin bahwa barang-barang tersebut aman dan pantas untuk dipergunakan dan bilamana terbukti tidak demikian, dia harus bertanggung jawab.
- c) Sebenarnya tanpa menerapkan prinsip tanggung jawab mutlakpun produsen yang melakukan kesalahan tersebut dapat dituntut melalui proses penuntutan beruntun, yaitu konsumen kepada pedagang eceran, pengecer kepada grosir, grosir kepada distributor, distributor kepada agen, dan agen kepada produsen. Penerapan *strict liability* dimaksudkan untuk menghilangkan proses yang panjang ini.

Alasan-alasan lain yang memperkuat penerapan prinsip *strict liability* tersebut yang didasarkan pada prinsip *social climate theory* yang memiliki prinsip sebagai berikut:

- a) Manufacturer adalah pihak yang berada dalam posisi keuangan yang lebih baik untuk menanggung beban kerugian, dan pada setiap kasus yang mengharuskannya mengganti kerugian, dia akan meneruskan kerugian tersebut dan membagi risikonya kepada banyak pihak dengan cara menutup asuransi yang preminya dimasukkan ke dalam perhitungan harga dari barang hasil produksinya. Hal ini dikenal dengan *deep pockets theory*.
- b) Terdapatnya kesulitan dalam membuktikan adanya unsur kesalahan dalam suatu proses manufacturing yang demikian kompleks pada perusahaan besar (industri) bagi seorang konsumen/korban/penggugat secara individual.

Disamping itu, yang dapat dijadikan dasar untuk memberlakukan atau memakai konsep *strict liability* dalam perlindungan konsumen, khususnya

tanggung jawab produk adalah dengan melihat pada tujuan dari perlindungan itu sendiri. Kata perlindungan mengandung arti memberi kemudahan bagi konsumen untuk mempertahankan dan atau memperoleh apa yang menjadi haknya.

Menurut Shidarta, dengan memberlakukan konsep pertanggungjawaban mutlak, maka apa yang diharapkan dari perlindungan konsumen dapat tercapai sebab pihak konsumen yang akan dilindungi itu akan dapat dengan mudah mempertahankan atau memperoleh haknya jika dibandingkan dengan konsep kesalahan, dimana konsumen masih dibebani kewajiban untuk membuktikan kesalahan produsen.

*Strict liability* ini sering juga diidentikan dengan prinsip tanggung jawab absolut (*absolute liability*), namun ada pula ahli yang membedakannya. Perbedaannya, pada *strict liability* kesalahan tidak semata sebagai faktor yang menentukan tanggungjawab, namun ada pengecualian-pengecualian yang memungkinkan dapat membebaskan tanggungjawabnya, seperti keadaan darurat (*force majeure*). Sedangkan *absolute liability* tanggung jawab menjadi mutlak tanpa kesalahan dan tidak ada pengecualiannya.

Perbedaan antara *strict liability* dengan *absolute liability* juga dapat dilihat dari ada tidaknya hubungan kausalitas antara subjek yang bertanggungjawab dengan kesalahannya. Pada *strict liability* harus ada hubungan kausalitas, sedangkan pada *absolute liability* hubungan kausalitas ini tidak selalu ada. Tanggung jawab produk, barang dan jasa meletakkan beban tanggung jawab pembuktian produk itu kepada pelaku usaha produsen (*strict liability*). Walaupun tidak dinyatakan secara tegas dalam undang-undangnya, namun UU Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan

Konsumen menganut prinsip *strict liability* sebagai derivasi dari pertanggungjawaban berdasarkan perbuatan melawan hukum (*tortious liability*), dimana terjadi pengalihan beban pembuktian kesalahan dari konsumen kepada pelaku usaha. Hal ini dapat kita lihat dalam ketentuan Pasal 19 ayat (1) *juncto* Pasal 28 undang-undang tersebut yang menyatakan sebagai berikut:

Pasal 19 ayat (1)

“Pelaku usaha bertanggungjawab memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan.”

Pasal 28

“Pembuktian terhadap ada tidaknya unsur kesalahan dalam gugatan ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 22, dan Pasal 23 merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha.”

Kerugian yang diderita oleh seorang pemakai produk yang cacat atau membahayakan bahkan juga pemakai yang turut menjadi korban merupakan tanggung jawab mutlak pelaku usaha pembuat produk itu sebagaimana diatur dalam pasal 19 Undang-Undang Perlindungan Konsumen yakni:

- a) Pelaku usaha bertanggung jawab memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan.
- b) Ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa pengembalian uang atau penggantian barang dan/atau jasa yang sejenis atau setara nilainya, atau perawatan kesehatan dan/atau pemberian santunan yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

- c) Pemberian ganti rugi dilaksanakan dalam tenggang waktu 7 (tujuh) hari setelah tanggal transaksi.
- d) Pemberian ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) tidak menghapuskan kemungkinan adanya tuntutan pidana berdasarkan pembuktian lebih lanjut mengenai adanya unsur kesalahan.
- e) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) tidak berlaku apabila pelaku usaha dapat membuktikan bahwa kesalahan tersebut merupakan kesalahan konsumen.

Melalui penerapan tanggung jawab mutlak (*strict liability*), pelaku usaha, pembuat produk atau yang dipersamakan dengannya dianggap bersalah atas terjadinya kerugian pada konsumen pemakai produk, kecuali dia dapat membuktikan keadaan sebaliknya bahwa kerugian yang terjadi tidak dapat dipersalahkan kepadanya.

Meskipun sistem tanggung jawab dalam *product liability* menerapkan prinsip *strict liability*, produsen masih dapat membebaskan diri dari tanggung jawabnya baik sepenuhnya maupun sebagian. Berikut adalah hal-hal yang dapat menghapus tanggung jawab produsen:

- a) Jika produsen tidak mengedarkan produknya (*put into circulation*).
- b) Cacat yang menyebabkan kerugian tidak ada pada saat produk diedarkan, atau cacat tersebut muncul kemudian.
- c) Produk tersebut tidak dibuat oleh produsen untuk dijual atau diedarkan dengan tujuan ekonomis atau tidak diproduksi dalam rangka bisnis.

- d) Cacat pada produk disebabkan oleh kewajiban untuk memenuhi peraturan yang ditetapkan oleh pemerintah.
- e) Secara ilmiah dan teknis pada saat produk diedarkan, cacat tersebut tidak mungkin ada.
- f) Jika produsen hanya bertanggung jawab untuk suatu komponen dan cacat disebabkan oleh desain produk itu sendiri atau karena kesalahan dalam petunjuk yang diberikan oleh produsen.
- g) Jika pihak yang mengalami kerugian atau pihak ketiga turut berkontribusi pada terjadinya kerugian (*contributory negligence*).
- h) Kerugian disebabkan oleh bencana alam atau *force majeure*.

Dengan diberlakukannya prinsip *strict liability*, menuntut para produsen dan industriawan di Indonesia untuk menyadari betapa pentingnya menjaga kualitas produk-produk yang dihasilkannya, sebab bila tidak selain akan merugikan konsumen juga akan sangat besar risiko yang harus ditanggungnya. Para produsen akan harus berhati-hati dalam memproduksi barangnya sebelum dilempar ke pasaran sehingga konsumen, baik dalam maupun luar negeri tidak akan ragu-ragu membeli produksi Indonesia.

Namun demikian, perlu ditekankan bahwa dengan berlakunya prinsip *strict liability* dalam hukum perlindungan konsumen khususnya di Indonesia tidak berarti pihak produsen tidak mendapat perlindungan. Pihak produsen juga dapat mengasuransikan tanggung jawabnya sehingga secara ekonomis dia tidak mengalami kerugian yang berarti.

Pentingnya hukum tentang tanggung jawab produsen (*product liability*) yang menganut prinsip tanggung jawab mutlak (*stict liability*) bertujuan untuk mengantisipasi kecenderungan dunia usaha dewasa ini yang lebih menaruh perhatian pada perlindungan konsumen dari kerugian yang diderita akibat produk yang cacat. Hal ini disebabkan karena sistem hukum yang berlaku dewasa ini dipandang terlalu menguntungkan pihak produsen, sementara produsen memiliki posisi ekonomi yang lebih kuat. Dengan mempergunakan konsep *strict liability* pada segi hukum perlindungan konsumen maka akan memudahkan pembuktian, yang pada akhirnya benar-benar memberikan perlindungan yang adil kepada konsumen.

### C. Applied Teori

#### 1. Pembuktian Umum (*Actori Incumbit Probatio*)

##### a. Pengertian Pembuktian

Pembuktian secara etimologi berasal dari kata “bukti” yang berarti sesuatu yang menyatakan kebenaran suatu peristiwa. Kata “bukti” jika mendapat awalan “pe” dan akhiran “an” maka berarti proses, perbuatan, cara membuktikan. Secara terminologi pembuktian berarti usaha menunjukkan benar atau salahnya si tergugat/terdakwa dalam sidang pengadilan.<sup>138</sup>

Pembuktian menurut istilah bahasa arab berasal dari kata “*al- bayyinah*” yang artinya “suatu yang menjelaskan”. Secara terminologi pembuktian berarti memberi keterangan dengan dalil hingga meyakinkan. Supomo<sup>139</sup> menerangkan

---

<sup>138</sup> Anshoruddin, *Hukum Pembuktian Menurut Hukum Acara Islam Dan Hukum Positif* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar Offset, n.d.), h.25.

<sup>139</sup> Sulaikan Lubis, Th. Wismar ‘Ain Marzuki, and Gemala Dewi, *Hukum Acara Perdata Peradilan Agama Di Indonesia*, Cet. ke-II (Jakarta: Kencana, 2006), h.136.

bahwa pembuktian mempunyai arti luas dan arti sempit (terbatas). Dalam arti luas pembuktian berarti memperkuat kesimpulan hakim dengan syarat-syarat bukti yang sah, sedangkan dalam arti terbatas pembuktian itu hanya diperlukan apabila yang dikemukakan oleh penggugat itu dibantah oleh tergugat.

Dari pengertian menurut Supomo di atas, pembuktian dalam arti luas tersebut menghasilkan konsekuensi untuk memperkuat keyakinan hakim semaksimal mungkin. Suatu pembuktian diharapkan dapat memberikan keyakinan hakim pada tingkat yang meyakinkan dan menghindari pemberian putusan apabila terdapat kondisi meragukan atau yang lebih rendah. Hal ini dikarenakan dalam pengambilan keputusan berdasar kondisi ragu ini dapat memungkinkan adanya penyelewengan. Nabi Saw. lebih cenderung mengharamkan atau menganjurkan meninggalkan perkara yang *subhat*.<sup>140</sup>

Dalam pengertian yang lebih sempit, pembuktian hanya diperlukan jika argumen yang diajukan oleh penggugat dibantah oleh tergugat, di mana pembuktian tersebut memerlukan adanya bukti. Ini berarti bahwa fakta-fakta yang tidak dibantah oleh tergugat tidak perlu dibuktikan. Menurut Subekti, membuktikan berarti meyakinkan hakim tentang kebenaran argumen atau bukti yang diajukan dalam suatu sengketa.

Kitab Undang-Undang Hukum Acara Perdata menegaskan bahwa setiap orang yang mengklaim memiliki suatu hak, baik untuk meneguhkan haknya sendiri maupun untuk membantah hak orang lain, harus membuktikan adanya hak atau

---

<sup>140</sup> *Hindarilah hukuman had dari kaum muslimin semampu kalian, jika ia mempunyai jalan keluar maka lepaskanlah ia. Karena sejatinya seorang imam salah dalam memaafkan lebih baik daripada salah dalam menjatuhkan hukuman.*” (HR. At-Tirmidzi, no.1424)

peristiwa tersebut.<sup>141</sup> Oleh karena itu, pembuktian dapat diartikan sebagai upaya untuk memberikan kepastian dalam arti yuridis dengan memberikan dasar yang cukup kepada hakim mengenai kebenaran suatu peristiwa yang diajukan oleh pihak yang bersengketa yang terbatas pada bukti-bukti yang disampaikan dalam persidangan.<sup>142</sup>

Hukum pembuktian dalam hukum acara perdata memiliki peranan yang sangat penting. Hukum acara atau hukum formil bertujuan untuk menegakkan dan mempertahankan hukum materil. Secara formil, hukum pembuktian mengatur cara melakukan pembuktian, seperti yang tercantum dalam RBg dan HIR. Sementara itu secara materil, hukum pembuktian mengatur apakah pembuktian dengan alat-alat bukti tertentu dapat diterima di persidangan dan menilai kekuatan pembuktian dari alat-alat bukti tersebut.

Dalam proses jawab menjawab di persidangan, pihak-pihak yang bersengketa dapat mengajukan peristiwa-peristiwa yang dijadikan dasar untuk memperkuat hak perdatanya atau untuk membantah hak perdata pihak lain. Namun, peristiwa-peristiwa tersebut tidak cukup disampaikan secara lisan atau tertulis tanpa alat bukti pendukung lainnya. Mereka harus menyertakan bukti-bukti yang sah menurut hukum untuk memastikan kebenarannya. Dengan kata lain, peristiwa-peristiwa tersebut perlu didukung dengan pembuktian secara yuridis.

Dengan demikian, pembuktian dapat diartikan sebagai penyajian alat-alat bukti yang sah menurut hukum kepada hakim yang memeriksa suatu perkara,

---

<sup>141</sup> Pasal 163 HIR, 289 RBg dan Pasal 1865 KUHPperdata

<sup>142</sup> Sophar Maru Hutagalung, *Praktik Peradilan Perdata: Teknis Menangani Perkara Di Pengadilan*, Cet-I (Jakarta: Sinar Grafika Offset, 2010), h.81.

dengan tujuan memberikan kepastian mengenai kebenaran peristiwa yang diajukan. Pembuktian diperlukan dalam setiap perkara yang menyangkut sengketa di pengadilan, maupun dalam perkara-perkara permohonan yang menghasilkan suatu penetapan.

Salah satu tugas hakim dalam proses perdata adalah menyelidiki apakah hubungan hukum yang menjadi dasar gugatan benar-benar ada. Hubungan hukum ini perlu dibuktikan jika penggugat ingin memenangkan perkara. Jika penggugat gagal membuktikan argumen yang mendasari gugatannya, maka gugatannya akan ditolak. Sebaliknya jika berhasil, gugatannya akan dikabulkan berdasarkan penilaian dan pertimbangan majelis hakim. Tidak semua argumen yang mendasari gugatan perlu dibuktikan kebenarannya, karena argumen yang tidak disangkal, terutama yang diakui sepenuhnya oleh pihak lawan, tidak perlu dibuktikan lagi. Selain itu, dalam proses pembuktian, tidak hanya penggugat yang harus membuktikan argumennya.

Hakim yang menangani perkara akan menentukan pihak mana yang diwajibkan untuk memberikan bukti, apakah itu pihak penggugat atau tergugat. Dengan demikian, hakim memiliki wewenang untuk memutuskan siapa yang harus memikul beban pembuktian. Hakim berhak meminta kedua belah pihak untuk mengajukan bukti dengan cara yang adil.

Dalam melakukan pembuktian, baik pihak-pihak yang terlibat dalam sengketa maupun hakim yang memimpin persidangan harus memperhatikan ketentuan dalam hukum pembuktian, termasuk cara pembuktian, beban pembuktian, berbagai jenis alat bukti, serta kekuatan dari alat-alat bukti tersebut.

Hukum pembuktian ini diatur dalam HIR (*Herziene Indonesische Reglement*) yang berlaku di Jawa dan Madura, khususnya Pasal 162 hingga Pasal 177 RBg (*Rechtsreglement voor de Buitengewesten*) yang berlaku di luar Jawa dan Madura yakni Pasal 282 hingga Pasal 314, Stb. 1867 Nomor 29 mengenai kekuatan pembuktian akta di bawah tangan serta BW (Burgerlijk Wetboek) atau KUHPerdara Buku IV, Pasal 1865 hingga Pasal 1945.

Menurut Sobhi Mahmasoni, yang dimaksud membuktikan suatu perkara adalah mengajukan alasan dan memberikan dalil sampai kepada batas yang meyakinkan. Yang dimaksud meyakinkan adalah apa yang menjadi ketetapan atau keputusan atas dasar penelitian dan dalil-dalil itu. Sedangkan R. Subekti dalam hukum pembuktian mendefinisikan pembuktian adalah meyakinkan hakim tentang kebenaran dalil atau dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan.<sup>143</sup>

Menurut R. Supomo, pembuktian memiliki dua makna yaitu makna luas dan makna terbatas. Makna luas mencakup pengesahan hubungan hukum, di mana ketika hakim mengabulkan tuntutan penggugat, itu berarti hakim menyimpulkan bahwa hubungan hukum yang diajukan penggugat dengan tergugat adalah benar. Oleh karena itu, membuktikan dalam arti luas berarti memperkuat kesimpulan hakim dengan bukti yang sah. Sementara itu, dalam makna terbatas pembuktian hanya diperlukan jika argumen penggugat dibantah oleh tergugat. Fakta-fakta yang tidak dibantah tidak perlu dibuktikan. Dalam konteks ini, pembagian beban pembuktian menjadi hal yang perlu diperhatikan.

---

<sup>143</sup> R Subekti, *Hukum Pembuktian* (Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 1999), h.1.

Setelah menelaah beberapa pengertian pembuktian di atas, maka penulis dapat mengambil kesimpulan bahwa pembuktian adalah suatu proses mutlak yang ditempuh para pihak berperkara di pengadilan untuk meyakinkan hakim terhadap alasan atau dalil-dalil yang dikemukakan di persidangan guna mencapai kepastian hukum. Tujuan pembuktian adalah untuk memperoleh kepastian bahwa suatu peristiwa atau fakta yang diajukan itu benar-benar terjadi dan memperoleh suatu kejelasan suatu peristiwa sehingga mendapatkan putusan hakim yang benar dan adil.

Dalam persepektif hukum Islam, beban untuk membuktikan kebenaran dakwaan atau gugatan, diletakkan di atas pundak pendakwa atau penggugat, di antara kaidah *kulli* (umum), bukti itu adalah untuk menetapkan sesuatu yang berlawanan dengan lahir, sedangkan sumpah dilakukan untuk mempertahankan hukum asal (kenyataan). Hal ini sudah dinarasikan Nabi Saw. dalam hadisnya “Pembuktian dibebankan pada penggugat dan sumpah kepada tergugat”<sup>144</sup>.

#### b. Hukum Pembuktian

Hukum pembuktian (*law of evidence*) dalam berperkara merupakan bagian yang sangat kompleks dalam proses investigasi. Keadaan kompleksitasnya makin rumit karena pembuktian berkaitan dengan kemampuan merekonstruksi kejadian atau peristiwa masa lalu (*past event*) sebagai suatu kebenaran (*thruth*). Meskipun kebenaran yang dicari dan diwujudkan dalam proses peradilan perdata bukan kebenaran yang bersifat absolut (*ultimate thruth*) tetapi bersifat kebenaran relatif

---

<sup>144</sup>Teks asli diriwayatkan oleh Al-Baihaqi: البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ

atau bahkan cukup bersifat kemungkinan (*probable*) namun untuk mencari kebenaran yang demikianpun tetap menghadapi kesulitan.<sup>145</sup>

Kesulitan menemukan dan mewujudkan kebenaran terutama disebabkan beberapa faktor yaitu *pertama*, faktor sistem adversarial (*adversarial system*). Sistem ini mengharuskan memberi hak yang sama kepada para pihak yang berperkara untuk saling mengajukan kebenaran masing-masing serta mempunyai hak untuk saling membantah kebenaran yang diajukan pihak lawan sesuai dengan proses adversarial (*adversarial proceeding*).

*Kedua*, pada prinsipnya, kedudukan hakim dalam proses pembuktian perdata, sesuai dengan sistem adversarial adalah lemah dan pasif. Tidak aktif mencari dan menemukan kebenaran di luar apa yang diajukan dan disampaikan para pihak dalam persidangan. Kedudukan hakim dalam proses perdata sesuai dengan sistem *adversarial* atau kontentiosa tidak boleh melangkah ke arah sistem inkuisitorial (*inquisitorial system*). Hakim perdata dalam menjalankan fungsi mencari kebenaran dibatasi oleh berbagai aturan pembatas. Misalnya, tidak bebas memilih sesuatu apabila hakim dihadapkan dengan alat bukti yang sempurna dan mengikat (akta otentik, pengakuan atau sumpah). Dalam hal itu sekalipun kebenarannya diragukan, hakim tidak punya kebebasan untuk menilainya.

*Ketiga*, mencari dan menemukan kebenaran semakin lemah dan sulit, disebabkan fakta dan bukti yang diajukan para pihak tidak dianalisis dan dinilai oleh ahli. Terkadang bukti keterangan yang disampaikan saksi penuh emosi atau prasangka yang berlebihan. Bahkan dalam kenyataannya, kebenaran yang

---

<sup>145</sup> Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, Cet-X (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h.496.

dikemukakan dalam alat bukti, sering mengandung dan melekat unsur adanya dugaan dan prasangka, faktor kebohongan dan unsur kepalsuan. Akibat keadaan inilah terkadang dalam putusan hakim tidak mengandung kebenaran materiil tetapi hanya kebenaran yang bersifat formil.

Atas dasar itulah sebagai upaya untuk menyaring dan mengontrol putusan yang mengandung kebenaran yang hanya bersifat formil, hakim harus menolak alat bukti yang secara inheren tidak dipercaya (*inherently unreliable*) dan menyisihkan alat bukti yang tidak bernilai (*eliminating worthless evidence*). Untuk mencapai pembuktian yang maksimal perlu diketahui tentang prinsip umum pembuktian.

Yang dimaksud prinsip umum pembuktian adalah landasan penerapan pembuktian. Semua pihak, termasuk hakim harus berpegang pada patokan yang digariskan oleh prinsip yang dimaksud. Memang di samping itu masih terdapat lagi prinsip-prinsip khusus yang berlaku untuk setiap jenis alat bukti, sehingga harus juga dijadikan patokan dalam penerapan sistem pembuktian. Namun apa yang dibicarakan dalam prinsip umum merupakan ketentuan yang berlaku bagi sistem hukum pembuktian secara umum.

### c. Pembuktian Mencari dan Mewujudkan Kebenaran Formil

Sistem pembuktian dalam hukum acara perdata tidak bersifat stelsel negatif menurut undang-undang (*negatief wettelijk stelsel*), hal ini berbeda dengan proses pemeriksaan pidana yang fokus pada pencarian kebenaran. Dalam peradilan pidana, kebenaran yang dicari harus berdasarkan alat bukti yang sah dan memenuhi batas minimal pembuktian serta diyakini oleh hakim. Prinsip ini dikenal sebagai “*beyond*

*reasonable doubt*". Kebenaran yang tercapai harus didasarkan pada bukti-bukti yang tidak diragukan sehingga dianggap sebagai kebenaran yang hakiki.<sup>146</sup>

Sistem pembuktian ini diatur dalam Pasal 183 KUHAP. Namun, tidak demikian dalam proses peradilan perdata, kebenaran yang dicari dan diwujudkan hakim cukup kebenaran formil (*formeel waarheid*). Pada dasarnya pengadilan perdata tidak melarang mencari dan menemukan kebenaran materiil. Akan tetapi bila kebenaran materiil tidak ditemukan, hakim dibenarkan oleh hukum mengambil putusan berdasarkan kebenaran formil.<sup>147</sup>

Dalam rangka mencari kebenaran formil, ada prinsip-prinsip yang harus diperhatikan sebagai pedoman bagi hakim maupun bagi para pihak yang berperkara yaitu:

1). Hakim Bersifat Pasif

Hakim hanya berwenang untuk menerima dan memeriksa hal-hal yang diajukan oleh penggugat dan tergugat. Oleh karena itu fungsi dan peran hakim dalam proses perkara perdata terbatas pada pencarian dan penemuan kebenaran formil yang diwujudkan berdasarkan alasan dan fakta-fakta yang diajukan oleh para pihak selama persidangan berlangsung.

Sehubungan dengan sifat pasif tersebut, jika hakim yakin bahwa apa yang digugat dan diminta oleh penggugat adalah benar, tetapi penggugat tidak dapat mengajukan bukti yang mendukung keyakinan tersebut, maka hakim harus mengabaikan keyakinan itu dan menolak kebenaran argumen gugatan karena tidak

---

<sup>146</sup> Subekti, *Hukum Pembuktian*, h.9.

<sup>147</sup> Harahap, *Hukum Acara Perdata*, h.498.

didukung oleh bukti dalam persidangan. Makna pasif disini tidak hanya berarti menerima dan memeriksa apa yang diajukan oleh para pihak tetapi juga mencakup peran dan kewenangan hakim untuk menilai kebenaran fakta yang diajukan di persidangan dengan ketentuan<sup>148</sup>:

- a) Hakim tidak diperbolehkan untuk mengambil inisiatif aktif dalam meminta para pihak untuk mengajukan atau menambah bukti yang diperlukan. Tanggung jawab untuk hal ini sepenuhnya menjadi hak dan kewajiban masing-masing pihak. Cukup tidaknya alat bukti yang diajukan sepenuhnya tergantung pada keputusan para pihak. Hakim tidak diperkenankan untuk membantu pihak manapun dalam melakukan sesuatu kecuali sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan oleh undang-undang. Misalnya berdasarkan Pasal 165 RBg/139 HIR, salah satu pihak dapat meminta bantuan hakim untuk memanggil dan menghadirkan seorang saksi melalui pejabat berwenang jika saksi tersebut relevan dan pihak tidak dapat menghadirkannya secara sukarela.
- b) Menerima setiap pengakuan dan pengingkaran yang diajukan para pihak di persidangan untuk selanjutnya dinilai kebenarannya oleh hakim.
- c) Teknis pemeriksaan dan putusan hakim hanya terbatas pada tuntutan yang diajukan oleh penggugat dalam gugatan. Hakim dilarang melanggar asas *ultra petita partium* yang tercantum dalam Pasal 189 RBg/178 HIR ayat (3) yang menyatakan bahwa hakim tidak boleh memberikan putusan mengenai hal-hal yang tidak diminta atau mengabulkan lebih dari yang digugat. Misalnya jika penggugat menuntut Rp100 juta tetapi di persidangan terbukti kerugian yang

---

<sup>148</sup> Ibid, h.500

dialami mencapai Rp200 juta, maka hakim hanya dapat mengabulkan Rp100 juta sesuai dengan tuntutan yang tercantum dalam petitum gugatan.

## 2). Putusan Berdasarkan Fakta

Hakim tidak diperbolehkan mengambil putusan tanpa adanya pembuktian. Keputusan untuk menolak atau mengabulkan gugatan harus didasarkan pada pembuktian yang bersumber dari fakta-fakta yang diajukan oleh para pihak. Pembuktian hanya dapat ditegakkan jika didukung oleh fakta-fakta. Tanpa adanya fakta-fakta yang mendukung pembuktian tidak dapat ditegakkan, diantaranya:

### a) Fakta yang dinilai terbatas pada yang diajukan di persidangan.

Para pihak memiliki hak dan kesempatan untuk menyampaikan bahan atau alat bukti yang kemudian diserahkan kepada hakim. Bahan atau alat bukti yang dianggap dapat membuktikan kebenaran yang dikemukakan oleh pihak manapun hanya berupa fakta langsung yang berkaitan dengan perkara yang sedang disengketakan. Jika bahan atau alat bukti yang disampaikan di persidangan tidak dapat membuktikan fakta yang relevan dengan perkara tersebut, maka ia tidak dianggap sebagai alat bukti yang valid.

### b) Fakta yang terungkap di luar persidangan.

Telah dijelaskan sebelumnya bahwa hanya fakta-fakta yang diajukan di persidangan yang dapat dinilai dan dipertimbangkan untuk menentukan kebenaran dalam pengambilan putusan. Dengan kata lain, fakta yang dapat dinilai dan diperhitungkan adalah yang disampaikan oleh para pihak kepada hakim dalam persidangan. Hakim tidak diperbolehkan untuk menilai atau mempertimbangkan fakta-fakta yang tidak diajukan oleh pihak yang bersangkutan. Sebagai contoh,

fakta yang ditemukan hakim dari surat kabar atau majalah merupakan informasi dari sumber luar dan tidak berasal dari persidangan sehingga tidak dapat digunakan sebagai bukti untuk membuktikan kebenaran yang diajukan oleh salah satu pihak.

Meskipun terdapat banyak fakta yang diperoleh dari berbagai sumber, fakta-fakta tersebut tidak dapat dipertimbangkan dalam pengambilan putusan jika tidak diajukan dan diperoleh dalam persidangan. Meskipun banyak pihak yang memberikan informasi dan menunjukkan fakta kepada hakim terkait kebenaran perkara yang disengketakan, fakta-fakta itu harus ditolak dan diabaikan dalam upaya mencari kebenaran mengenai perkara tersebut. Fakta-fakta semacam ini dikenal sebagai *out of court* sehingga tidak bisa dijadikan dasar untuk menemukan kebenaran.

c) Hanya fakta berdasar kenyataan yang bernilai pembuktian

Selain fakta harus diajukan dan ditemukan dalam proses persidangan, hanya fakta yang konkret dan relevan yang dapat dijadikan alat bukti. Fakta tersebut harus jelas dan nyata menunjukkan keadaan atau peristiwa yang langsung terkait dengan perkara yang disengketakan. Dengan kata lain, alat bukti yang dapat diajukan hanyalah yang mengandung fakta konkret dan relevan atau bersifat *prima facie*, yang membuktikan keadaan atau peristiwa yang berkaitan erat dengan perkara yang sedang diperiksa. Sementara itu, fakta yang abstrak dalam konteks hukum pembuktian dianggap sebagai hal yang tidak substansial dan karena itu tidak dapat dijadikan alat bukti untuk membuktikan kebenaran.<sup>149</sup>

d) Pengakuan Mengakhiri Pemeriksaan Perkara

---

<sup>149</sup> Ibid, h.502

Pada dasarnya, pemeriksaan perkara dianggap selesai jika salah satu pihak memberikan pengakuan yang menyeluruh mengenai materi pokok perkara. Jika tergugat mengakui secara penuh semua hal yang dikemukakan oleh penggugat, perkara tersebut dianggap telah selesai, karena pengakuan itu menegaskan hubungan hukum antara kedua pihak. Sebaliknya, jika penggugat mengakui bantahan yang diajukan oleh tergugat, hal ini menunjukkan bahwa gugatan yang diajukan tidak benar. Meskipun hakim yakin bahwa pengakuan tersebut tidak benar, hakim tetap harus mengakui pengakuan itu sebagai fakta. Oleh karena itu, hakim wajib menutup pemeriksaan, karena dengan pengakuan tersebut, materi pokok perkara dianggap sepenuhnya telah selesai. Akan tetapi, agar penerapan pengakuan mengakhiri perkara tidak keliru, perlu dijelaskan lebih lanjut beberapa hal antara lain sebagai berikut:

(1). Pengakuan yang diberikan tanpa syarat

Pengakuan yang sah dapat mengakhiri suatu perkara jika, pertama, pengakuan tersebut disampaikan dengan tegas. Artinya, pengakuan harus diungkapkan secara jelas, baik secara lisan maupun tulisan di hadapan persidangan. Kedua, pengakuan yang diberikan harus bersifat murni dan utuh, artinya harus tanpa syarat dan langsung berkaitan dengan materi pokok perkara. Jika pengakuan tersebut mengandung syarat atau tidak merujuk langsung pada pokok perkara maka pengakuan itu tidak dapat dijadikan dasar untuk mengakhiri pemeriksaan.

(2). Tidak menyangkal dengan cara berdiam diri

Jika tergugat tidak mengajukan sanggahan dan memilih untuk diam, hal itu tidak dapat diartikan sebagai pengakuan tanpa syarat. Oleh karena itu, sikap

tergugat tersebut tidak dapat dianggap sebagai pengakuan murni dan utuh, karena pengakuan yang valid harus dinyatakan secara jelas. Dalam keadaan diam, tidak ada kepastian mengenai apa yang diakui sehingga penyelesaian pokok perkara belum selesai. Karena itu, sikap diam tersebut tidak sah dijadikan dasar untuk mengakhiri perkara.

(3). Menyangkal tanpa alasan yang cukup

Dalam situasi di mana ada bantahan yang diajukan tetapi tidak disertai alasan yang jelas (*opposition without basic reason*), hal ini dapat dianggap sebagai pengakuan murni dan tanpa syarat sehingga pihak lawan tidak perlu lagi membuktikan fakta-fakta pokok perkara. Dengan demikian, proses pemeriksaan dapat diselesaikan. Namun, perkembangan praktik menunjukkan adanya kecenderungan yang lebih fleksibel yang memberikan hak kepada pihak yang memilih untuk diam atau yang mengajukan bantahan tanpa alasan yang jelas.

Untuk mengubah sikap diam atau bantahan dalam proses persidangan selanjutnya, pihak terkait memiliki hak untuk melakukannya, sehingga hakim wajib memberikan kesempatan untuk melakukan perubahan atau perbaikan. Berbeda dengan pengakuan yang disampaikan secara tegas di persidangan, pengakuan tersebut bersifat mengikat bagi para pihak (*binding*), sehingga tidak bisa dicabut atau diubah lagi (*onherroepelijk*) sesuai ketentuan Pasal 1926 KUHPerdara.

e). Fakta-fakta yang tidak perlu dibuktikan

Tidak semua fakta perlu dibuktikan. Pembuktian harus difokuskan pada peristiwa atau kejadian yang terkait dengan hubungan hukum yang menjadi inti sengketa sesuai dengan yang dikemukakan dalam *fundamentum petendi* gugatan di

satu sisi dan apa yang dibantah oleh pihak lawan di sisi lain. Sehubungan dengan itu akan diuraikan hal-hal yang tidak perlu dibuktikan dalam pemeriksaan perkara perdata yaitu:

(1). Hukum positif tidak perlu dibuktikan

Konsep ini berlandaskan pada doktrin *ius curia novit* yang menyatakan bahwa pengadilan atau hakim dianggap mengetahui semua hukum yang berlaku, termasuk hukum positif dan berbagai bentuk hukum lainnya. Oleh karena itu, pihak-pihak yang terlibat dalam perkara tidak perlu menyebutkan hukum mana yang dilanggar atau yang seharusnya diterapkan, karena hakim sudah dianggap memahami hal tersebut. Namun yang perlu diingat sehubungan dengan permasalahan ini adalah sebagai berikut:<sup>150</sup>

1. Hakim harus menerapkan hukum yang sesuai dengan kasus yang sedang diperdebatkan dan hukum yang digunakan tidak boleh bertentangan dengan hukum positif atau hukum objektif yang berlaku.
2. Hakim diwajibkan untuk mencari dan menemukan hukum yang tepat untuk diterapkan dalam perkara tersebut baik dari sumber perundang-undangan, berita negara, yurisprudensi, maupun pendapat hukum.
3. Pihak-pihak yang terlibat dalam sengketa tidak dapat diminta untuk membuktikan kepada hakim tentang keberadaan peraturan perundang-undangan atau yurisprudensi yang relevan dengan kasus yang disengketakan. Bahkan, bukti mengenai hukum kebiasaan pun tidak dapat diwajibkan kepada mereka.

(2). Fakta yang diketahui umum tidak perlu dibuktikan.

---

<sup>150</sup> A Pitlo, *Pembuktian Dan Daluwarsa* (Jakarta: PT. Intermasa, 1978), h.17.

Fakta yang diketahui umum tidak perlu dibuktikan dalam hukum acara perdata meskipun tidak diatur secara eksplisit tetapi telah diterima luas sebagai doktrin yang dikenal sebagai *notoir feiten* atau fakta notoir. Fakta yang diketahui umum merujuk pada setiap peristiwa atau keadaan yang dianggap harus diketahui oleh orang yang berpendidikan atau beradab yang mengikuti perkembangan zaman. Mereka diharapkan mengetahui fakta tersebut tanpa perlu melakukan penelitian atau pemeriksaan yang mendalam karena informasi ini sudah jelas berdasarkan pengalaman umum dalam masyarakat. Fakta-fakta ini dapat dijadikan dasar hukum untuk mendukung tindakan kemasyarakatan yang serius termasuk dalam putusan hakim.<sup>151</sup> Oleh karena itu, fakta yang diketahui hakim secara pribadi tidak dapat berdiri sendiri sebagai bukti tetapi harus didukung lagi oleh alat bukti lain untuk mencapai batas minimal pembuktian.

(3). Fakta yang tidak dibantah tidak perlu dibuktikan

Sesuai dengan prinsip pembuktian, yang harus dibuktikan adalah fakta atau hal yang dibantah oleh pihak lawan. Berdasarkan prinsip ini, fakta yang tidak dibantah oleh pihak lawan tidak perlu dibuktikan, karena secara logis, fakta yang tidak disangkal dianggap telah terbukti kebenarannya. Ketidakberatan atau bantahan dianggap sebagai pengakuan terhadap dalil dan fakta yang diajukan.

(4). Fakta yang ditemukan selama proses persidangan

Fakta atau peristiwa yang diketahui, dialami, dilihat atau didengar oleh hakim selama proses persidangan tidak perlu dibuktikan. Hal ini karena fakta tersebut sudah jelas adanya dan merupakan kebenaran yang sudah diketahui hakim.

---

<sup>151</sup> Harahap, *Hukum Acara Perdata*, h.510.

Misalnya, jika tergugat tidak hadir pada sidang yang telah ditentukan, penggugat tidak perlu membuktikan fakta tersebut karena hakim sudah mengetahuinya dan mencatatnya dalam berita acara. Begitu pula, jika penggugat atau tergugat memberikan pengakuan tegas di persidangan, peristiwa itu tidak perlu dibuktikan karena hakim telah mendengar dan menyaksikannya. Selain itu, jika tergugat menolak atau tidak dapat menunjukkan dokumen asli maupun fotokopi yang diajukan sebagai alat bukti, hal ini juga merupakan fakta yang tidak perlu dibuktikan, karena hakim telah melihat dan mengetahuinya melalui persidangan yang tercatat dalam berita acara.

### **Bukti Lawan**

Salah satu prinsip dalam hukum pembuktian yaitu memberi hak kepada pihak lawan mengajukan bukti lawan. Pasal 1918 KUHPerdara menyatakan:

“Suatu putusan hakim yang telah memperoleh kekuatan mutlak, dengan mana seorang telah dijatuhkan hukuman karena suatu kejahatan maupun pelanggaran, di dalam suatu perkara perdata dapat diterima sebagai suatu bukti tentang perbuatan yang telah dilakukan, kecuali jika dapat dibuktikan sebaliknya”.<sup>152</sup>

Dengan kata lain, Pasal 1918 KUHPerdara memberikan hak kepada pihak lawan untuk mengajukan bukti yang bertentangan dengan pembuktian yang terdapat dalam putusan pengadilan yang sudah memiliki kekuatan hukum tetap. Bukti yang bertentangan inilah yang dikenal sebagai bukti lawan atau *tegenbewijs*.

Dalam teori dan praktik, bukti lawan umumnya terkait dengan pihak tergugat. Dengan demikian, bukti lawan diartikan sebagai bukti penyangkal

---

<sup>152</sup> Solahuddin, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Acara Pidana, Dan Perdata* (Jakarta: Visimedia, 2008), h.579.

(*contra-enquete*) yang diajukan oleh tergugat di persidangan untuk membantah pembuktian yang disampaikan oleh pihak lawan.

Adapun tujuan utama pengajuan bukti lawan selain untuk membantah dan melumpuhkan kebenaran pihak lawan, juga dimaksudkan untuk meruntuhkan penilaian hakim atas kebenaran pembuktian yang diajukan pihak lawan tersebut. Terdapat dua prinsip pokok yang harus diperhatikan sehubungan dengan penerapan bukti lawan.

*Pertama*, semua alat bukti yang diajukan pihak lain dalam hal ini penggugat, dapat dibantah atau dilumpuhkan dengan bukti lawan. A. Pitlo<sup>153</sup> menyatakan bahwa bukti lawan dapat dikemukakan juga dalam hal bukti yang diberikan mempunyai daya pembuktian wajib. Semua bukti dapat disangkal ataupun dilemahkan. Dalam pandangannya, bukti lawan memiliki kualitas dan nilai yang setara dengan bukti yang diajukan oleh penggugat. Alat yang digunakan untuk menyajikan bukti lawan sama dengan alat yang digunakan untuk menyajikan bukti, dan kekuatan dari kedua jenis alat tersebut juga sebanding.

*Kedua*, tidak semua alat bukti dapat disanggah dengan bukti lawan, karena hal ini bergantung pada ketentuan undang-undang. Jika undang-undang menetapkan bahwa nilai kekuatan pembuktian dari suatu alat bukti bersifat mengikat, maka alat bukti tersebut tidak dapat dibantah atau dilemahkan dengan bukti lawan. Contohnya adalah alat bukti sumpah pemutus (*beslissende eed*) yang diatur dalam Pasal 1929 KUHPerdara dan Pasal 182 RBg/155 HIR. Oleh karena itu, bukti lawan hanya dapat diajukan terhadap alat bukti yang memiliki nilai kekuatan

---

<sup>153</sup> Pitlo, *Pembuktian Dan Daluwarsa*, h.34.

bebas (*vrijbewijs kracht*) seperti saksi atau alat bukti yang memiliki nilai kekuatan sempurna (*volledig bewijskracht*), seperti akta otentik atau akta di bawah tangan.

Satu hal yang perlu dicermati adalah bahwa pengajuan bukti lawan harus berlandaskan pada asas proporsional. Ini berarti bahwa bukti lawan yang diajukan tidak boleh memiliki nilai yang lebih rendah dibandingkan dengan bukti yang hendak disanggah. Oleh karena itu, penting untuk menetapkan syarat atau tingkat bukti lawan yang dapat diajukan untuk melemahkan bukti dari pihak lain, yaitu mutu dan tingkat kekuatan pembuktiannya setidaknya harus setara dengan bukti yang dilawan. Alat bukti yang diajukan juga harus sama jenisnya dengan yang dilawan, dan kesempurnaan serta nilai kekuatan pembuktian harus sebanding. Namun, syarat ini tidak bersifat mutlak dan dapat diabaikan jika peraturan perundang-undangan mengatur hal yang berbeda.

Sebelum membahas lebih jauh mengenai macam-macam alat bukti, maka terlebih dahulu harus difahami beberapa kategori tentang bukti dan juga beberapa teori pembuktian. Ada beberapa kategori dalam menilai alat bukti yang diajukan di persidangan sebagai berikut:

#### 1. Bukti Lemah

Bukti lemah adalah alat bukti yang diajukan oleh penggugat namun tidak memberikan pembuktian yang memadai atau hanya memenuhi sebagian dari syarat yang diperlukan untuk mendukung dalil-dalil gugatan. Dengan kata lain, alat bukti ini hanya memiliki tingkat bukti permulaan (*kracht van beginbewijs*). Karena derajat bukti yang diperlukan belum tercapai, gugatan harus ditolak dan penggugat

dinyatakan kalah. Tingkat bukti permulaan saja tidak cukup untuk menjadi dasar bagi hakim dalam menerima suatu gugatan.<sup>154</sup>

## 2. Bukti Sempurna

Bukti sempurna adalah bukti yang diajukan oleh pihak terkait yang sudah lengkap sehingga tidak memerlukan tambahan alat bukti lainnya, meskipun tetap memungkinkan untuk disanggah dengan bukti lain (*tegenbewijs*). Dengan bukti sempurna ini hakim mendapatkan kepastian yang cukup tetapi masih bisa dibantah oleh bukti sangkalan. Oleh karena itu bukti sempurna dapat meyakinkan hakim bahwa tuntutan penggugat adalah benar dan harus diterima kecuali tergugat dapat menyajikan bukti sangkalan yang cukup kuat untuk membantah apa yang dianggap benar oleh hakim.

## 3. Bukti pasti/menentukan (*Beslissend Bewijs*)

Ketika pembuktian diajukan dengan alat bukti yang memiliki daya bukti yang pasti maka tidak diperbolehkan mengajukan bukti sangkalan terhadap pembuktian tersebut. Pembuktian dengan alat bukti yang pasti ini memberikan posisi yang kuat bagi penggugat atau tergugat yang mengajukannya sehingga tuntutan yang diajukan dianggap benar, beralasan dan dapat diterima. Dengan demikian, pihak lawan tidak memiliki kesempatan lagi untuk menyajikan bukti sangkalan.

## 4. Bukti yang mengikat (*Verplicht Bewijs*)

---

<sup>154</sup> Hari Sasangka, *Hukum Pembuktian Dalam Perkara Perdata Untuk Mahasiswa Dan Praktisi* (Bandung: CV. Mandar Maju, 2005), h.19.

Dengan adanya alat bukti yang mempunyai daya bukti mengikat, maka hakim wajib untuk menyesuaikan keputusannya dengan pembuktian tersebut. Contoh dalam hal ini adalah dalam hal adanya sumpah pemutus (*sumpah decissoir*).

#### 5. Bukti sangkalan (*Tengen Bewijs*)

Bukti sangkalan adalah alat bukti yang digunakan untuk membantah pembuktian yang diajukan oleh pihak lawan dalam persidangan. Tujuan dari bukti ini adalah untuk menggagalkan gugatan pihak lawan. Secara umum, semua bukti dapat dilemahkan dengan bukti sangkalan, kecuali jika undang-undang secara tegas melarang pengajuan bukti sangkalan seperti yang berlaku untuk sumpah pemutus (*decissoir*) yang diatur dalam Pasal 1936 KUHPerdara.

Pada dasarnya, pembuktian dilakukan oleh para pihak bukan oleh hakim. Hakim memiliki wewenang untuk meminta para pihak mengajukan alat bukti mereka berdasarkan asas *audi et alteram partem*. Hakim juga harus membagi beban pembuktian secara seimbang dan adil berdasarkan kesetaraan posisi para pihak. Selama tidak ada ketentuan hukum yang mengatur sebaliknya, hakim memiliki kebebasan untuk menilai pembuktian. Oleh karena itu, penilaian terhadap pembuktian merupakan hak hakim sebagai *judex facti*.

Dari penjelasan di atas, dapat disimpulkan bahwa hukum pembuktian terbagi menjadi dua kategori. Pertama, pembuktian formil yang mengatur metode pelaksanaan pembuktian, seperti yang terdapat dalam RBg/HIR. Kedua, pembuktian materil yang mengatur penerimaan alat bukti tertentu di persidangan serta kekuatan pembuktian dari bukti tersebut.

Dalam hukum acara perdata, alat bukti tertulis atau surat menjadi yang paling utama. Ini berbeda dengan hukum acara pidana, di mana keterangan saksi adalah alat bukti yang paling penting.<sup>155</sup> Hal ini disebabkan karena pelaku tindak pidana cenderung menghilangkan atau menyembunyikan bukti tertulis dan segala sesuatu yang dapat mengungkap kejahatan mereka. Oleh karena itu, bukti dalam perkara pidana biasanya dicari melalui keterangan orang-orang yang kebetulan melihat, mendengar, atau mengalami kejadian tersebut.

Sebaliknya, dalam praktik perdata seperti pada perjanjian jual-beli, tukar-menukar, sewa-menyewa, pinjam-meminjam, penghibahan, perwasiatan, pengangkutan, dan asuransi, para pihak biasanya secara sengaja menyusun dokumen tertulis sebagai alat bukti di masa mendatang. Dokumen ini berguna jika muncul sengketa terkait transaksi tersebut sehingga masalah dan kebenarannya dapat dibuktikan melalui akta yang relevan. Oleh karena itu, dalam perkara perdata, alat bukti tertulis dianggap sebagai yang paling dominan dan menentukan.

Jika tidak ada bukti tertulis, pihak yang berkewajiban untuk membuktikan sesuatu harus mencari orang-orang yang telah menyaksikan atau mengalami peristiwa yang perlu dibuktikan. Saksi-saksi ini akan dihadirkan di hadapan hakim. Beberapa dari mereka mungkin telah diminta secara sengaja untuk menyaksikan peristiwa tersebut (seperti dalam perjanjian jual-beli atau sewa-menyewa), sementara yang lain mungkin hanya kebetulan melihat atau mengalami kejadian yang disengketakan. Jika tidak memungkinkan untuk menghadirkan saksi-saksi

---

<sup>155</sup> Dalam Pasal 184 KUHAP dinyatakan alat-alat bukti dalam perkara pidana adalah: a. keterangan saksi; b. keterangan ahli; c. surat; d. petunjuk; e. keterangan terdakwa.

tersebut, maka pihak yang membuktikan akan berusaha menunjukkan peristiwa lain yang terkait erat dengan peristiwa yang harus dibuktikan sehingga hakim dapat menarik kesimpulan berdasarkan informasi tersebut.

Menyimpulkan adanya suatu peristiwa berdasarkan peristiwa-peristiwa lain yang terbukti disebut sebagai persangkaan. Jika pembuktian melalui tulisan dan kesaksian merupakan pembuktian langsung, maka pembuktian dengan persangkaan disebut pembuktian tidak langsung karena bukti yang diajukan tidak bersifat fisik, melainkan berasal dari kesimpulan mengenai hal atau peristiwa yang terjadi di persidangan.

Persangkaan, selain merupakan kesimpulan yang ditarik oleh hakim dari suatu peristiwa yang dipersengketakan yang disebut dengan persangkaan hakim, ada pula yang merupakan ketentuan undang-undang yang mengambil kesimpulan-kesimpulan seperti yang dilakukan oleh hakim yang disebut juga dengan persangkaan undang-undang.

Pengakuan dan sumpah juga tergolong dalam kategori pembuktian tidak langsung. Sebenarnya, pengakuan tidak berfungsi untuk membuktikan, melainkan untuk membebaskan pihak lawan dari kewajiban membuktikan hal yang diakui. Jika tergugat mengakui dalil penggugat, maka tergugat bukanlah membuktikan kebenaran dalil tersebut, tetapi justru membebaskan penggugat dari tanggung jawab beban pembuktian atas dalil yang dimaksud.

Sama seperti halnya dengan sumpah, ketika sumpah yang bersifat menentukan (*decisoir eed*) atau sumpah tambahan (*aanvullend eed*) diucapkan terkait suatu peristiwa, maka dapat disimpulkan adanya kebenaran mengenai hal

yang diungkapkan dalam lafaz sumpah tersebut. Dengan kata lain, sumpah tidak berfungsi untuk membuktikan kebenaran dari pernyataan yang dibuat melainkan kebenaran tersebut disimpulkan dari isi sumpah itu sendiri.

Selain 5 (lima) macam alat bukti yang disebutkan dalam Pasal 1866 KUHPerdara maupun Pasal 284 RBg/164 HIR, RBg/HIR masih mengenal alat pembuktian lain yaitu pemeriksaan setempat<sup>156</sup> dan keterangan ahli, seperti yang ditentukan dalam pasal- pasal berikut:

Pasal 180 RBg/153 HIR ayat (1) menyatakan:

“Jika dianggap dan berguna, maka Ketua dapat mengangkat seorang atau dua orang komisaris dari pada pengadilan itu, yang dengan bantuan panitera akan memeriksa sesuatu keadaan setempat, sehingga dapat menjadi keterangan kepada hakim”.

Pasal 181 RBg/154 HIR ayat (1) menyatakan:

“Jika menurut pertimbangan pengadilan, bahwa perkara itu dapat menjadi lebih terang, kalau diadakan pemeriksaan seorang ahli, maka dapat ia mengangkat seorang ahli, baik atas permintaan kedua belah pihak, maupun karena jabatannya”.

## 2. Teori Pembuktian Terbalik (*Omkering Van Het Bewijslast*)

Hal yang sangat penting dalam hukum pembuktian adalah masalah pembagian beban pembuktian. Pembagian beban pembuktian itu harus adil dan tidak berat sebelah karena pembagian beban pembuktian yang berat sebelah dapat menjerumuskan pihak yang menerima beban yang terlampau berat dalam jurang kekalahan.

Soal pembagian beban pembuktian ini dianggap sebagai suatu persoalan yuridis yang dapat diperjuangkan sampai tingkat kasasi di mahkamah agung.

---

<sup>156</sup> Dalam praktik di pengadilan Pemeriksaan setempat dikenal juga dengan istilah *Discente*

Melakukan pembagian beban pembuktian yang tidak adil dianggap sebagai suatu pelanggaran hukum atau undang-undang yang merupakan alasan bagi Mahkamah Agung untuk membatalkan putusan hakim atau pengadilan yang berada di bawahnya.

Ketentuan mengenai beban pembuktian dalam penyelesaian sengketa perdata dapat ditemukan dalam HIR/RBg dan KUHPerdata yaitu pada Pasal 163 HIR/283 RBg dan Pasal 1865 KUHPerdata yang menyatakan bahwa setiap pihak yang mendalilkan sesuatu maka dialah yang harus membuktikan hak atau peristiwa tersebut.<sup>157</sup>

Hal ini berbeda dengan Pasal 28 UU Perlindungan Konsumen (UUPK), dimana kewajiban pembuktian tersebut dibalikkan menjadi beban dan tanggung jawab pelaku usaha. Dalam hukum acara, prosedur ini dikenal dengan pembuktian terbalik. Ketentuan Pasal 28 UUPK menegaskan pembuktian terhadap ada tidaknya unsur kesalahan merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha. Artinya, pertanggungjawaban perdata masih mensyaratkan unsur kesalahan, meskipun sudah diatur pembalikan beban pembuktian dalam ketentuan Pasal 28 tersebut.

Pembalikan beban pembuktian penting untuk diterapkan dalam UUPK dengan dasar pertimbangan di antaranya, *pertama*, secara sosial ekonomi kedudukan konsumen lebih lemah dibandingkan dengan kedudukan pengusaha/perusahaan. *Kedua*, dalam menghadapi gugatan konsumen, pengusaha lebih mudah mendapatkan pengacara untuk membela kepentingan-kepentingannya,

---

<sup>157</sup> Makarao Taufik, Moh, *Pokok-Pokok Hukum Acara Perdata* (Jakarta: Rineka Cipta, 2009), h.29.

termasuk dalam membuktikan dalil-dalilnya lewat keahlian para ahli dari berbagai bidang sesuai dengan produk yang dihasilkannya dan *ketiga*, bagi konsumen sulit membuktikan unsur ada tidaknya kesalahan/kelalaian pengusaha/produsen dalam proses produksi, pendistribusian, dan penjualan barang atau jasa yang telah dikonsumsi konsumen.

Dalam sistem pembalikan beban pembuktian, pelaku usaha harus membuktikan tidak adanya unsur kesalahan, sedangkan konsumen tetap dibebani pembuktian terkait adanya kerugian yang diderita akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan. Jadi, yang menjadi beban dan tanggung jawab pelaku usaha adalah membuktikan tidak adanya unsur kesalahan, bukan tidak adanya unsur kerugian pada konsumen.

Dalam pembalikan beban pembuktian, pelaku usaha selalu dianggap bertanggung jawab (*principle of strict liability*), sampai ia dapat membuktikan bahwa ia tidak bersalah. Jadi pembebanan pembuktian ada pada pelaku usaha. Dasar teori pembalikan beban pembuktian adalah seseorang dianggap tidak bersalah sampai yang bersangkutan dapat membuktikan sebaliknya.<sup>158</sup> Dalam konteks perlindungan konsumen apabila suatu produk yang dihasilkan oleh pelaku usaha cacat, maka konsumen cukup membuktikan produk yang dikonsumsinya memang cacat dan mengakibatkan kerugian. Sedangkan ada tidaknya kelalaian atau kesalahan dalam proses produksi barang dan jasa menjadi tanggung jawab pelaku usaha untuk membuktikan (pembalikan beban pembuktian).<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> Andi Handono, “*Perlindungan Hukum Bagi Konsumen Terhadap Informasi Iklan Barang Dan Jasa Yang Menyesatkan*,” Jurnal Hukum Oktober (2011): h.37.

<sup>159</sup> Ibid, h.131

Pembuktian ada tidaknya kesalahan dalam gugatan ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 dan Pasal 22 UUPK merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha (pihak yang digugat). Konsekuensinya, jika pelaku usaha gagal membuktikan tidak adanya unsur kesalahan sedangkan gugatan telah memiliki alasan yang sah menurut hukum, maka gugatan ganti kerugian yang dituntut penggugat/ konsumen akan dikabulkan.

Penerapan asas pembalikan beban pembuktian dalam penyelesaian sengketa konsumen menggunakan prinsip tanggung jawab. Prinsip pertanggungjawaban ini mengalami perkembangan yaitu tahap pertama: tanggung jawab berdasarkan kelalaian yaitu suatu prinsip tanggung jawab yang bersifat subjektif yang ditentukan oleh perilaku produsen. Sifat subjektifitas muncul pada kategori bahwa seseorang yang bersikap hati-hati mencegah timbulnya kerugian pada konsumen. Berdasarkan teori tersebut, kelalaian produsen yang berakibat pada munculnya kerugian konsumen merupakan faktor penentu adanya hak konsumen untuk mengajukan tuntutan kerugian kepada produsen. Disamping faktor kesalahan dan kelalaian produsen, tuntutan ganti kerugian berdasarkan kelalaian produsen diajukan dengan bukti-bukti, yaitu:

1. Pihak tergugat merupakan produsen yang benar-benar mempunyai kewajiban untuk melakukan tindakan yang dapat menghindari terjadinya kerugian konsumen.
2. Produsen tidak melaksanakan kewajiban untuk menjamin kualitas produknya sesuai dengan standar yang aman untuk di konsumsi atau digunakan.
3. Konsumen menderita kerugian.

4. Kelalaian produsen merupakan faktor yang mengakibatkan adanya kerugian pada konsumen (hubungan sebab akibat antara kelalaian dan kerugian konsumen).

Teori murni dari prinsip tanggung jawab berdasarkan kelalaian adalah suatu tanggung jawab yang didasarkan pada adanya unsur kesalahan dan hubungan kontrak. Teori ini dapat diajukan jika telah memenuhi dua syarat, yaitu adanya unsur kesalahan atau kelalaian dan hubungan kontrak antara produsen dan konsumen. Teori tanggung jawab produk berdasarkan kelalaian tidak memberikan perlindungan yang maksimal kepada konsumen karena konsumen dihadapkan pada dua kesulitan dalam mengajukan gugatan kepada produsen, yaitu, *pertama*, tuntutan adanya hubungan kontrak antara konsumen sebagai penggugat dengan produsen sebagai tergugat. *Kedua*, argumentasi produsen bahwa kerugian konsumen diakibatkan oleh kerusakan barang yang tidak diketahui.

Perkembangan tahap kedua teori tanggung jawab berdasarkan kelalaian adalah prinsip tanggung jawab yang tetap berdasarkan kelalaian namun untuk beberapa kasus terdapat pengecualian terhadap persyaratan hubungan kontrak. Seperti yang telah disebutkan sebelumnya, bahwa persyaratan hubungan kontrak merupakan salah satu hambatan konsumen untuk mengajukan ganti kerugian kepada produsen. Prinsip ini tidak memihak kepada kepentingan konsumen, karena pada kenyataannya konsumen yang sering mengalami kerugian atas pemakaian suatu produk adalah konsumen yang tidak memiliki kepentingan hukum dengan produsen. Setelah prinsip tanggung jawab atas dasar kelalaian dengan beberapa

pengecualian terhadap hubungan kontrak sebagai tahap kedua dalam perkembangan substansi hukum tanggung jawab produk.

Tahap ketiga yaitu sistem tanggung jawab yang tetap berdasarkan kelalaian, tetapi sudah tidak mensyaratkan adanya hubungan kontrak. Tahap perkembangan terakhir dalam prinsip tanggung jawab berdasarkan kelalaian adalah dalam bentuk modifikasi terhadap prinsip tanggung jawab berdasarkan kesalahan. Modifikasi ini bermakna adanya keringanan-keringanan bagi konsumen dalam penerapan tanggung jawab berdasarkan kelalaian, namun prinsip tanggung jawab ini masih berdasarkan kesalahan. Penerapan prinsip ini dalam penyelesaian sengketa konsumen menggunakan pembuktian terbalik.

Perkembangan ini merupakan masa transisi menuju pembentukan tanggung jawab mutlak (*strict liability*). Prinsip tanggung jawab ini dikenal dengan nama *product liability*. Menurut prinsip ini, produsen wajib bertanggung jawab atas kerugian yang diderita konsumen atas penggunaan produk yang beredar di pasaran. Tanggung jawab mutlak *strict liability*, yakni unsur kesalahan tidak perlu dibuktikan oleh pihak penggugat sebagai dasar ganti kerugian, ketentuan ini merupakan *lex specialis* dalam gugatan tentang melanggar hukum pada umumnya. Penggugat (konsumen) hanya perlu membuktikan adanya hubungan kausalitas antara perbuatan produsen dan kerugian yang dideritanya. Dengan diterapkannya prinsip tanggung jawab ini maka setiap konsumen yang merasa dirugikan akibat produk barang yang cacat atau tidak aman dapat menuntut kompensasi tanpa harus mempermasalahkan ada atau tidaknya unsur kesalahan di pihak produsen.

Alasan-alasan mengapa prinsip tanggung jawab mutlak diterapkan dalam hukum tentang *product liability* adalah:

- a. Di antara korban/konsumen di satu pihak ada produsen di lain pihak, beban kerugian seharusnya ditanggung oleh pihak yang memproduksi;
- b. Dengan menempatkan/mengedarkan barang-barang di pasaran berarti produsen menjamin bahwa barang-barang tersebut aman dan pantas untuk digunakan, bilamana terbukti tidak demikian dia harus bertanggung jawab.

Tanggung jawab produk termasuk dalam perbuatan melanggar hukum tetapi ditambah dengan tanggung jawab mutlak, tanpa melihat apakah ada unsur kesalahan pada pelaku usaha. Dalam penerapan tanggung jawab produk ini pelaku usaha pembuat produk atau yang dipersamakan dengannya dianggap bersalah atas terjadinya kerugian pada konsumen.

Pertanggungjawaban tanpa kesalahan (*liability without fault*) atau yang lebih dikenal dengan istilah *strict liability* tidak diatur dalam UUPK. Padahal, pertanggungjawaban pelaku usaha itu sudah seharusnya diberikan kepada konsumen yang dirugikan tanpa mempertimbangkan ada tidaknya unsur kesalahan. Terlebih lagi, *strict liability* itu sudah sangat umum diterapkan dalam ketentuan hukum perlindungan konsumen di negara-negara lain. Jadi meskipun UUPK menganut asas pembuktian terbalik dalam menyelesaikan sengketa konsumen namun hal tersebut tidaklah mempermudah usaha konsumen dalam mengajukan gugatan hukum kepada pelaku usaha dalam rangka mencari keadilan. Hal ini disebabkan konsumen tetap dibebani untuk membuktikan apakah ada kerugian atau tidak. Pelaku usaha dibebankan pembuktian apakah ada kesalahan atau tidak

sehingga pembuktian terbalik berlaku untuk membuktikan apakah ada kesalahan dari pelaku usaha.

### 3. Pembuktian Dalam Perspektif Hukum Islam

Penerapan beban pembuktian terbalik merupakan hal baru dalam perkembangan teori beban pembuktian. Penerapannya pun selama ini hanya terbatas pada pemberantasan tindak pidana korupsi. Artinya beban pembuktian terbalik merupakan aturan khusus yang tidak diterapkan pada tindak pidana umum. Di Indonesia penerapan beban pembuktian terbalik juga relatif baru yaitu sejak tahun 1999 dengan dikeluarkannya UU Nomor 31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Istilah beban pembuktian terbalik ini dalam kitab-kitab fikih empat mazhab tidak dikenal. Pembahasan beban pembuktian dalam hukum Islam selama ini hanya berkisar pada beban pembuktian pada pendakwa dan beban pembuktian berimbang. Dalam nash al-Qur'an maupun hadis Nabi Saw. tidak ditemukan konsep beban pembuktian terbalik secara langsung. Untuk menggali substansi pembuktian terbalik ini, para ulama telah menyusun sebuah kajian yang dikenal dengan ushul fikih.<sup>160</sup> Di antara metode yang dapat digunakan untuk mengetahui hukum beban pembuktian terbalik dalam Islam adalah dengan metode *istihsan*. *Istihsan* adalah berpindah dari *qiyas jali* kepada *qiyas khafi* atau berpindah dari hukum *kulli* ke hukum *juz'i* karena ada dalil yang secara logika membenarkannya. *Istihsan* dari segi penalaran masuk ke dalam kategori penalaran *istislahi* yaitu penalaran yang bertumpu dalil-dalil yang memiliki nilai atau prinsip

---

<sup>160</sup> Ushul Fikih adalah ilmu yang mempelajari tentang kaidah-kaidah (metode-metode) yang digunakan ulama untuk mengistinbatkan (menetapkan) hukum dari dalil-dalilnya yang terinci.

umum hukum Islam, seperti keadilan, kemashlahatan, kesetaraan, dan lain sebagainya. Dengan demikian dalam hal ini *istihsan* digunakan untuk melihat dalil-dalil yang mengecualikan atau berpindah dari konsep umum kepada dalil khusus yang dapat dibenarkan untuk melihat hukum pembuktian terbalik ini.

Penulis mengutip sebuah hadis dari Ibnu Abbas, sebagai berikut:

عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لو يعطى الناس بدعواهم ، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه<sup>161</sup>.

Artinya: Dari Ibnu Abbas dari Nabi Saw: “Jikalau kepada manusia diberikan (sesuatu) hanya berdasarkan pada dakwaan (tuntutan) mereka, niscaya manusia akan mendakwa (menuntut) darah orang lain dan harta mereka, sedangkan sumpah itu menjadi beban terdakwa/tergugat”.

Hadis ini dijadikan ulama untuk menjelaskan ketentuan umum beban pembuktian yang berada pada pendakwa. Menurut hadis ini, seandainya setiap dakwaan tidak perlu pembuktian, maka banyak sekali manusia mendakwa darah dan harta orang lain secara semena-mena. Dengan demikian setiap dakwaan diwajibkan pembuktian dan yang membuktikan tersebut adalah pendakwa.

Ketentuan di atas dikecualikan dengan ketentuan kedua yaitu pembuktian dapat dibebankan kepada kedua belah pihak secara berimbang. Pemikiran ini muncul karena dalam praktik masyarakat banyak orang yang menguasai sesuatu dapat membuktikan asal kepemilikannya tersebut.

Ketentuan beban pembuktian dalam Islam mengalami perkembangan yaitu dari beban pembuktian yang berada pada pundak pendakwa menjadi beban

---

<sup>161</sup> Abdurrahman bin Ahmad bin Rajab al-Hanbali, *Jami al-ulum wa al-hukm*, Muassisah al-risalah: 2001 M/1422 H, <https://www.islamweb.net/ar/library/content/81/167/>

pembuktian berimbang antara kedua belah pihak. Dengan kata lain beban pembuktian dalam Islam, dalam perkembangannya juga menganut teori hukum acara sebagaimana yang diterapkan dalam hukum acara di Indonesia, baik pidana maupun perdata. Teori hukum acara menganut asas *audi et alteram partem* atau disebut juga asas kedudukan prosesuil yang sama bagi para pihak di muka hakim atau dikenal juga dengan asas pembagian beban pembuktian. Menurut teori ini hakim harus membagi beban pembuktian berdasarkan kesamaan kedudukan para pihak. Asas kedudukan prosesuil yang sama dari para pihak membawa akibat bahwa kemungkinan untuk menang bagi para pihak harus sama. Oleh karena itu hakim harus membebani para pihak dengan pembuktian secara seimbang atau patut. Kalau penggugat menggugat mengenai perjanjian jual beli maka sepatutnyalah penggugat membuktikan tentang adanya jual beli itu dan bukannya tergugat yang harus membuktikan tentang tidak adanya perjanjian tersebut antara penggugat dan tergugat.<sup>162</sup>

Menurut mazhab Syafi'i, ketentuan ini merupakan aturan pengecualian dari ketentuan sebelumnya yaitu beban pembuktian berada pada pendakwa atau penggugat. Mazhab Syafi'i berpendapat apabila tergugat mengajukan klaim bahwa barang yang dikuasainya merupakan miliknya, maka tergugat berhak mengajukan bukti-bukti terhadap apa yang diklaimnya tersebut. Sebagai contoh disebutkan: "Apabila *mudda'i* (pendakwa) menegakkan *bayyinah*-nya (alat bukti saksi), dan *shahibul yad* (yang menguasai barang) juga menegakkan *bayyinah*, maka

---

<sup>162</sup> Sudikno Mertokusumo, Hukum Acara Perdata Indonesia (Yogyakarta: Liberty, 1998), h. 143-146

didengarlah *bayyinah* dari *sahibul yad* dan hakim menetapkan hukum berdasarkan *bayyinah sahibul yad* di atas *bayyinah mudda'i*, untuk mengutamakan orang yang menguasai barang.”<sup>163</sup>

Dalil untuk menguatkan pendapat ini adalah hadis riwayat Jabir yang menerangkan bahwa dua laki-laki bersengketa dihadapan Nabi Saw. tentang binatang ternak yaitu unta. Masing-masing dari keduanya menyampaikan *bayyinah* (alat bukti saksi) bahwa binatang tersebut miliknya dengan memeliharanya, kemudian Nabi Saw. memutuskan kepada orang yang menguasai hewan tersebut atau yang berada di tangannya.<sup>164</sup>

Adapun yang dijadikan sebagai alat bukti dalam kasus di atas adalah penguasaan unta sebagai bukti kepemilikan. Dalam kasus di atas penggugat tidak dapat memberikan bukti-bukti yang lebih meyakinkan, sehingga Nabi Saw. mengalahkan penggugat. Kasus ini dijadikan dasar oleh mazhab Syafi'i sebagai bentuk pengecualian dari hadis: “*bukti atas mudda'i dan sumpah atas mudda'a 'alaih*”. Pemberlakuan ketentuan ini juga terbatas pada kasus sengketa kepemilikan dan tidak berlaku pada kasus utang piutang dan lainnya.

Mazhab Syafi'i berpendapat bahwa beban pembuktian diberikan kepada pihak yang lebih lemah. Pihak yang lemah dalam hal ini adalah pendakwa. Pihak yang lemah ini harus memberikan bukti yang kuat. Alat bukti kuat yang dimaksud disini adalah saksi atau pengakuan pihak lawan. Sedangkan alat bukti yang lemah adalah sumpah. Jadi orang yang mengajukan dakwaan/gugatan dianggap orang

---

<sup>163</sup> Al-Mawardī, *al-Ḥāwī al-Kabīr*, Juz. XVII, h. 303.

<sup>164</sup> *ibid*

yang lemah karena menghendaki sesuatu yang secara zahir milik orang lain. Dalam pengecualian bukti dibebankan kepada orang yang mengajukan klaim. Setiap orang yang mengajukan klaim kepemilikan sesuatu dianggap sebagai pihak yang lemah dan dengan demikian harus memberikan bukti yang kuat.

Ada pendapat yang mengubah pemikiran mazhab di atas yang menganggap beban pembuktian berimbang hanyalah sebagai bentuk pengecualian. Anwarullah berpendapat bahwa beban pembuktian berada pada siapa saja yang mengajukan klaim baik penggugat, tergugat maupun pihak lain. Anwarullah dan Jalaluddin at-Tarusani berpendapat bahwa beban pembuktian berada pada pendakwa/penggugat untuk membuktikan dakwaannya/gugatannya. Namun demikian terdakwa/tergugat dapat membantah gugatan dengan mengajukan bukti tertentu. Di sini berlaku asas siapa saja yang mengajukan tuduhan terkait dengan masalah yang dipersengketakan harus membuktikannya baik penggugat, tergugat maupun pihak lain.<sup>165</sup>

Menurut Jalaluddin at-Tarusani, Hakim dalam memeriksa alat bukti harus secara bergantian. Pada tahap awal pemeriksaan, hakim harus memeriksa secara mendalam tentang kejelasan isi gugatan. Selanjutnya hakim memeriksa jawaban atau tanggapan tergugat terhadap gugatan tersebut. Di sini terlihat jelas betapa Jalaluddin at-Tarusani menghendaki agar beban pembuktian berada pada kedua belah pihak. Secara teoritis, konsep yang dijelaskan Jalaluddin at-Tarusani mengacu kepada teori hukum subjektif yaitu hukum itu bertujuan mempertahankan

---

<sup>165</sup> Anwarullah, *Islamic Law of Evidence*, Islami Da'wah Centre, Ministry of Religious Affairs, Brunei Darussalam, 2004, h. 4-11.

hukum subjektif. Jadi siapa yang mengemukakan atau mengaku mempunyai sesuatu hak harus membuktikannya.

Setelah pemeriksaan penggugat selesai dilakukan, dilanjutkan dengan pemeriksaan tergugat. Jalaluddin at-Tarusani menjelaskan bahwa pemeriksaan terhadap tergugat dilakukan setelah ia menolak atau menyanggah gugatan. Apabila sanggahan berupa *nafi* (pengingkaran terhadap gugatan), maka jawaban itu dianggap jelas dan selanjutnya pembuktiannya dimintakan kepada penggugat. Apabila penolakan tergugat berupa *isbat* (penetapan), seperti mengatakan “sesuatu itu milikku” maka hakim harus memeriksa tergugat seperti memeriksa penggugat. Dalam posisi penolakan secara *isbat*, tergugat sama kedudukannya seperti penggugat yaitu telah mengklaim sesuatu yang disengketakan sebagai miliknya, sehingga pembuktian dibebankan pula kepada tergugat yaitu dengan menghadirkan saksi sama seperti proses saksi oleh penggugat.

Alasan pengaturan ini adalah karena setiap pihak memiliki bukti-bukti baik pendakwa/penggugat maupun terdakwa/tergugat. Pendakwa/penggugat memiliki bukti yang menguatkan gugatan/dakwaannya dan sebaliknya terdakwa/tergugat juga memiliki bukti terhadap apa yang dikuasainya. Dengan demikian apabila hakim hanya membebankan bukti kepada pendakwa saja dan pendakwa memiliki bukti maka hakim harus memenangkannya. Padahal terdakwa juga memiliki alat bukti yang lebih kuat atau lebih mutakhir berupa informasi yang dikandungnya. Akibat kesalahan dari pembebanan pembuktian, kebenaran dan keadilan tidak akan tercapai. Padahal kebenaran dan keadilan itu merupakan cita-cita hukum.

Pengadilan dan proses pembuktian di dalamnya hanya merupakan sarana untuk mencapai kebenaran dan keadilan tersebut.

Atas dasar hal tersebut, maka proses peradilan harus dapat menciptakan keadilan dan menegakkan kebenaran. Oleh karenanya untuk kasus-kasus tertentu perlu mendapat pengecualian sebagaimana halnya pengecualian dari ketentuan umum beban pembuktian dari pendakwa saja kepada beban pembuktian secara berimbang kepada kedua belah pihak.

Pembuktian berimbang yang disampaikan oleh mazhab Syafi'i di atas secara substansi sebenarnya memiliki semangat yang sama dengan pembuktian terbalik yaitu sama-sama untuk memberikan asas keseimbangan dan keadilan dalam pembebanan alat bukti, namun hal itu terbatas pada kasus-kasus tertentu, termasuk dalam hal ini kasus penjaminan pengembalian modal pembiayaan *mudharabah*, *musyarakah* dan *wakalah bil istitsmar* sebagaimana yang tertuang dalam fatwa DSN MUI Nomor 105/DSN-MUI/X/2016.

Landasan yuridis terkait dengan beban pembuktian terbalik ini, penulis juga mendasarkan argumen kepada Q.S. Yusuf ayat 23-28 yang berbunyi:

وَرَاوَدْتُهُ الَّتِي هُوَ فِي بَيْتِهَا عَنْ نَفْسِهِ وَعَلَّقَتِ الْأَبْوَابَ وَقَالَتْ هَيْت لَكَ قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ إِنَّهُ رَبِّي أَحْسَنَ مَثْوَايَ إِنَّهُ لَا يُفْلِحُ  
الظَّالِمُونَ ٢٣ وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ كَذَلِكَ لِنَصْرِفَ عَنْهُ السُّوءَ وَالْفَحْشَاءَ إِنَّهُ مِنْ عِبَادِنَا الْمُخْلَصِينَ  
٢٤ وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِنْ دُبُرٍ وَالْقِيَا سِيَدَهَا لَدَا الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ  
عَذَابٌ أَلِيمٌ ٢٥ قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ  
الْكَاذِبِينَ ٢٦ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ٢٧ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ

لَنْ كَيْدُكُمْ عَظِيمٌ ٢٨

Artinya: “Dan wanita (Zulaikha) yang Yusuf tinggal di rumahnya menggoda Yusuf untuk menundukkan dirinya (kepadanya) dan dia menutup pintu-pintu, seraya berkata: "Marilah ke sini". Yusuf berkata: "Aku berlindung kepada Allah, sungguh tuanku telah memperlakukan aku dengan baik". Sesungguhnya orang-orang yang zalim tiada akan beruntung.” Sesungguhnya wanita itu telah bermaksud (melakukan perbuatan itu) dengan Yusuf, dan Yusufpun bermaksud (melakukan pula) dengan wanita itu andaikata dia tidak melihat tanda (dari) Tuhannya. Demikianlah, agar Kami memalingkan dari padanya kemungkaran dan kekejian. Sesungguhnya Yusuf itu termasuk hamba-hamba Kami yang terpilih. Dan keduanya berlomba-lomba menuju pintu dan wanita itu menarik baju gamis Yusuf dari belakang hingga koyak dan kedua-duanya mendapati suami wanita itu di muka pintu. Wanita itu berkata: “Apakah pembalasan terhadap orang yang bermaksud berbuat serong dengan isterimu, selain dipenjarakan atau (dihukum) dengan azab yang pedih”? Yusuf berkata: "Dia menggodaku untuk menundukkan diriku (kepadanya)", dan seorang saksi dari keluarga wanita itu memberikan kesaksiannya: "Jika baju gamisnya koyak di muka, maka wanita itu benar dan Yusuf termasuk orang-orang yang dusta.” Dan jika baju gamisnya koyak di belakang, maka wanita itulah yang dusta, dan Yusuf termasuk orang-orang yang benar". Maka tatkala suami wanita itu melihat baju gamis Yusuf koyak di belakang berkatalah dia: "Sesungguhnya (kejadian) itu adalah diantara tipu daya kamu, sesungguhnya tipu daya kamu adalah besar."

Dari kisah yang disitir al-Qur'an tersebut dapat diketahui bahwa alat bukti dakwaan Zulaikha terhadap Yusuf adalah letak koyaknya baju Yusuf di belakang atau di depan. Terhadap upaya pembuktian tersebut, Yusuf (sebagai terdakwa) berkewajiban untuk menunjukkan letak koyak bajunya. Setelah diketahui bahwa koyak bajunya di bagian belakang, maka dakwaan terhadap Yusuf tidak terbukti, sehingga Yusuf tidak dihukum seperti yang didakwa oleh Zulaikha.

Selain kisah Yusuf di atas, penulis juga mengambil substansi dari Q.S.

Maryam: 27-33 sebagai berikut:

فَأْتَتْ بِهِ قَوْمَهَا تَحْمِلُهُ ۗ قَالُوا يَمْرُؤٌ لَّغَدَّ جِنَّتٍ شَيْئًا فَرِيًّا ۚ ٢٧ يَأْتِخَتْ هُرُورًا مَا كَانَ آ بُولِكَ أَمْرًا سَوِيًّا وَمَا كَانَتْ أُمَّكَ بَغِيًّا ۗ

٢٨ فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ ۗ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا ۚ ٢٩ قَالَ إِنِّي عَبْدُ اللَّهِ ۗ آتَنِي الْكِتَابَ وَجَعَلَنِي نَبِيًّا ۗ ٣٠

وَجَعَلَنِي مُبْرَكًا أَيْنَ مَا كُنْتُ وَأَوْصِنِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا ۝ ٣١ وَيَرَأُ بِوَالِدَتِي وَلَمْ يَجْعَلْنِي جَبَّارًا شَقِيًّا ٣٢

وَالسَّلَامُ عَلَيَّ يَوْمَ وُلِدْتُ وَيَوْمَ أَمُوتُ وَيَوْمَ أُبْعَثُ حَيًّا ٣٣

Artinya: “Kemudian dia (Maryam) membawa dia (bayi itu) kepada kaumnya dengan menggendongnya. Mereka (kaumnya) berkata, "Wahai Maryam! Sungguh, engkau telah membawa sesuatu yang sangat mungkar. Wahai saudara perempuan Harun (Maryam)! Ayahmu bukan seorang yang buruk perangai dan ibumu bukan seorang perempuan pezina. Maka dia (Maryam) menunjuk kepada (anak)-nya. Mereka berkata, "Bagaimana kami akan berbicara dengan anak kecil yang masih dalam ayunan?" Dia (Isa) berkata, "Sesungguhnya aku hamba Allah, Dia memberiku Kitab (Injil) dan Dia menjadikan aku seorang Nabi, dan Dia menjadikanku seorang yang diberkahi di mana saja aku berada, dan Dia memerintahkan kepadaku (melaksanakan) salat dan (menunaikan) zakat selama aku hidup, dan berbakti kepada ibuku, dan Dia tidak menjadikan aku seorang yang sombong lagi celaka. Dan kesejahteraan semoga dilimpahkan kepadaku, pada hari kelahiranku, pada hari wafatku, dan pada hari aku dibangkitkan hidup Kembali”.

Kisah Maryam ini memberikan sebuah petunjuk ketika Maryam didakwa oleh kaumnya (masyarakat) berbuat zina dengan laki-laki lain, maka Maryam menyanggahnya, sehingga kaumnya menuntut Maryam untuk membuktikan dirinya tidak bersalah melakukan perbuatan dosa. Atas tuduhan dan tuntutan tersebut Maryam melakukan pembuktian dengan menyuruh kaumnya berbicara kepada Nabi Isa yang masih bayi, sehingga muncullah kebenaran berupa mukjizat yang menyatakan bahwa Isa adalah hamba Allah yang dilahirkan Maryam atas kekuasaan-Nya bukan atas dasar perbuatan keji (zina) sebagaimana tuduhan kaumnya.

Kedua ayat di atas secara substansi dapat digunakan sebagai dasar penerapan pembuktian terbalik terhadap kasus-kasus yang sulit pembuktiannya. Ketika klaim penggugat dimentahkan oleh pihak tergugat/tertuduh, maka wajib bagi yang tertuduh untuk membuktikan bahwa perbuatan yang dituduhkan itu tidak

benar dan hanyalah fitnah belaka. Dengan demikian, maka pembuktian terbalik mendapat perhatian besar untuk mengungkap kebenaran materiil yang tersembunyi di balik sebuah kasus. Pengungkapan fakta hukum melalui metode pembuktian terbalik dan berimbang merupakan dasar dalam menetapkan hukum.

Menurut Ibnu Qayyim, metode pembuktian melalui surah Yusuf tersebut merupakan bentuk dari sebuah *qarinah* (petunjuk). Dalam kitab beliau yang berjudul *At-turuq al-hukumiyyah fi as-siyasah asy-syar'iyah*, beliau ditanya mengenai hakim yang menjatuhkan putusan berdasarkan bukti persangkaan atau firasat yang diambil dari indikasi-indikasi yang nampak, kemudian beliau menjawab:

وقد سئل أبو الوفا بن عقيل عن هذه المسألة ؟ فقال: ليس ذلك حكماً بالفراسة بل هو حكم بالامارات. وإذا تأملت  
الشرع وجدتموه يجوز التعويل على ذلك. ومال أصحاب مالك رحمه الله الى التوصل بالاقرار بما يراه الحاكم. وذلك

مستند الى قوله تعالى ان كان فميضه قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكٰذِبِيْنَ

Artinya: “Abul Wafa ditanya mengenai persoalan ini, dia menjawab: “yang demikian itu bukan menjatuhkan putusan berdasarkan firasat tetapi berdasarkan bukti persangkaan yang diperoleh dari indikasi-indikasi yang diketahuinya”. Imam Malik mengatakan, bahwa yang demikian itu sebenarnya hakim memutus berdasarkan bukti persangkaan dari indikasi-indikasi yang diketahuinya. Dan itu dibolehkan menurut firman Allah surat Yusuf ayat: 26 (dan seorang saksi dari keluarga wanita itu memberikan kesaksiannya: “Jika baju gamisnya koyak di muka, maka wanita itu benar dan Yusuf termasuk orang-orang yang dusta”).

Menurut Ibnu Qayyim, *qarinah-qarinah* inilah yang sering dilalaikan orang, baik yang berupa tanda-tanda keadaan maupun petunjuk-petunjuk yang meyakinkan sehingga mereka meninggalkan hukuman had dan menyia-nyiaikan hak-hak serta membuat penyelewengan semakin berani menimbulkan kerusakan,

mereka menjadikan syariat Islam semakin sempit ruang lingkungannya dan menutup diri mereka dari jalan-jalan yang benar untuk menyingkap kebenaran dan melaksanakannya. Di lain pihak ada orang yang melampaui batas sehingga berakibat keluar dari garis yang telah ditentukan hukumnya oleh Allah dan rasul-Nya, padahal Allah Swt. mengutus rasul-rasul dan menurunkan kitab-kitab-Nya, adalah agar manusia bertindak adil, maka apabila telah nampak adanya keadilan itu dengan jalan apapun yang diperintahkaninya itu berarti dari agama.

Dasar Ibnu Qayyim dalam penggunaan *qarinah* di dasarkan pada firman Allah dalam surat al-Hijr ayat :75

إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّمَن تَوَسَّعَ

Artinya: *Sungguh, pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda (kekuasaan Allah) bagi orang yang memperhatikan tanda-tanda.*

Orang-orang yang memperhatikan tanda-tanda yang disebut dalam ayat tersebut itulah ahli-ahli firasat yang telah mengambil firasatnya dari tanda-tanda.

Firman Allah SWT dalam surat Muhammad ayat 30:

وَلَوْ نَشَاءُ لَارْتَبِكُمْ فَلَعَرْفَنَهُمْ بِسِيمَتِهِمْ ۗ وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ أَعْمَالَكُمْ

Artinya: Dan sekiranya Kami menghendaki, niscaya Kami perlihatkan mereka kepadamu (Muhammad) sehingga engkau benar-benar dapat mengenal mereka dengan tanda-tandanya. Dan engkau benar-benar akan mengenal mereka dari nada bicaranya, dan Allah mengetahui segala perbuatan kamu.

Adapun hadis yang menjadi sandaran teori pembuktian terbalik ini adalah sebuah riwayat Jabir yang menerangkan “bahwa dua laki-laki bersengketa di hadapan Nabi Saw. tentang klaim kepemilikan binatang ternak yaitu unta. Masing-masing dari keduanya menyampaikan *bayyinah* (alat bukti saksi) bahwa binatang

tersebut miliknya dengan memeliharanya, kemudian Nabi Saw. memutuskan kepada orang yang menguasai hewan tersebut atau yang berada di tangannya”.

Dari riwayat ini dapat diambil substansi bahwa yang dijadikan sebagai alat bukti adalah penguasaan unta sebagai bukti kepemilikan. Dalam kasus di atas kedua belah pihak masing-masing mengajukan alat bukti, namun penggugat tidak dapat memberikan bukti-bukti yang lebih meyakinkan, sehingga Nabi Saw. mengalahkan penggugat.

Beberapa *qaul* ulama yang mendasarkan argumentasinya tentang penerapan teori pembuktian terbalik ini didasarkan pada dua pendekatan yaitu pertama: pendekatan “*al-qadha’ bima yazh-haru min qara’in al-ahwal wa al-amarat* (keputusan hukum yang didasarkan pada indikasi-indikasi kondisional dan tanda-tanda yang zahir)”. Konsep ini bermaksud pada keputusan hakim atau jaksa yang tidak didasarkan pada bukti yang diajukan oleh penuntut (*bayyinat al-mudda’i*) atau sumpah yang disampaikan oleh pihak yang dituntut (*yaminu al-mudda’a ‘alaih*) akan tetapi didasarkan kepada *qara’in al-ahwal wa al-amarat al-zahirah* (qarinah-qarinah tradisi dan tanda-tanda yang jelas).

Konsep ini mula-mula berangkat dari *al-qa’idah al-ushuliyah*-nya Imam Malik yang menerima teori *munasib mursal* (kemaslahatan yang tidak memiliki dalil yang menganggapnya *mu’tabar*, pula tidak memiliki dalil yang menganggapnya dibuang (*mulgha*) sebagai salah satu ‘*illat* dalam menetapkan hukum). Akan tetapi meski konsep awal dari sistem ini berangkat dari pendapat Imam Malik, konsep ini menjadi termodifikasi secara lebih luas dalam pemikiran Ibnu Al-Qayyim Al-Hanbali (wafat 751 H) dalam kitab *Al-thuruq al-*

*hukmiyyah* yang kemudian dikembangkan lebih lanjut oleh Ibnu Farhun al-Maliki (799 H) dalam kitabnya *Tabshirat al-hukkam*, dan lalu oleh al-Tharabulisi al-Hanafi dalam *Mu'in al-hukkam*. Menurut konsep ini, seseorang bisa dijerat dengan hukum tanpa harus ada bukti-bukti yang jelas, akan tetapi didasarkan pada tanda-tanda yang jelas oleh seorang hakim. Termasuk dalam konteks ini adalah kasus yang menimpa Nabi Yusuf as, ia dinyatakan sebagai pihak yang benar dengan indikasi bajunya robek di bagian belakang tanpa harus ada saksi atau sumpah.

Kedua, adalah pendekatan politik (*al-siyasah al-syar'iyah*). Artinya keputusan hukum atas dasar *siyasah syar'iyah*. Menurut Ibnu al-Qayyim dan kemudian dinukil oleh mazhab-mazhab yang lain, *siyasah* terbagi menjadi dua macam, pertama, *siyasah yang dzalim* yang dilarang oleh syara' dan kedua, *siyasah yang adil* yang dapat mengeluarkan hak dari seorang yang *zalim*, menolak banyak penyelewengan (termasuk korupsi), menakut-nakuti mereka yang senang berbuat kerusakan dan bisa menjadi perantara pada *al-maqashid al-syar'iyah*, sehingga Islam mengharuskannya dalam upaya menegakkan kebenaran.

Salah satu contoh pendekatan politik hukum ini adalah apa yang dilakukan oleh Sayidina Ali bin Abi Thalib, ketika ada seorang yang melaporkan beberapa orang, "Mereka pergi bersama ayah saya, lalu mereka kembali, sedang ayah saya tidak kembali. Lalu aku bertanya kepada mereka mengenai ayah saya, mereka menjawab, "Ayahmu telah mati". Lalu aku menanyakan tentang harta ayahku yang banyak, mereka menjawab, "Ayahmu tidak meninggalkan apa-apa". Lalu kami laporkan mereka kepada adhi Syuraih, lalu Qadhi menyumpah mereka dan

kemudian melepaskannya karena mereka bersumpah”. Lalu Ali memanggil beberapa polisi untuk menangkap mereka. Tiap-tiap orang dipegang oleh dua polisi. Ali berpesan kepada mereka agar jangan sampai mereka berbincang-bincang dengan temannya. Ali memanggil sekretarisnya, lantas memanggil seseorang dari mereka. Ali berkata kepadanya, “Kamu ceritakan tentang ayah anak ini, pada hari apa keluar bersama kalian? di tempat mana ia beristirahat bersama kalian? bagaimana ia berangkat dengan kalian? dengan penyakit apa ia meninggal? apa yang menimpa hartanya? siapa yang memandikan dan menguburkannya? siapa yang menjadi imam shalatnya? dan dimana dikuburkan?”. Sekretarisnya menulis apa jawabannya. Kemudian ganti satunya untuk ditanyakan sampai akhirnya selesai. Ternyata jawaban mereka berbeda-beda. sehingga pada akhirnya dibunuhlah mereka itu. Apa yang dilakukan oleh Qadhi Syuraih adalah benar adanya secara hukum syari’at, tetapi secara politik tindakan tersebut tampak sekali kelemahannya dalam upaya mengungkap fakta dan kebenaran. Dari sini *al-Madzahib al-Tsalatsah* seperti yang dikatakan al-Qarafi memberi keleluasaan dalam pendekataan politik, “Pemberian keleluasaan terhadap para hakim dalam *al-siyasah al-syar’iyyah* (rekayasa hukum) tidak menyalahi syari’at, bahkan dibenarkan oleh banyak dalil-dalil yang tujuannya adalah untuk kemaslahatan.

## H. Metode Penelitian

### 1. Jenis Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif (*normative law*). Penelitian hukum normatif adalah suatu penelitian hukum terhadap aturan-aturan, norma, dan asas-asas hukum, termasuk pula doktrin-doktrin hukum yang

berkembang dan relevan dengan tema penelitian. Penelitian hukum normatif menurut Soerjono Soekanto diarahkan pada penelitian yang menarik asas-asas hukum, sistematika hukum, sinkronisasi peraturan perundang-undangan, perbandingan hukum, dan sejarah hukum.<sup>166</sup>

## 2. Pendekatan

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan adalah pendekatan penelitian yang analisisnya berbasis pada asas, norma, dan aturan-aturan perundang-undangan, termasuk pula norma dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen dan Fatwa DSN Nomor Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 tentang penjaminan pengembalian modal pembiayaan *musyarakah*, *mudharabah* dan *wakalah bil istitsmar*. Sementara pendekatan konseptual adalah pendekatan yang ingin membangun suatu konsep secara komprehensif mengenai hal yang diteliti. Konsep yang ingin dibangun bisa berupa penyempurnaan konsep yang telah ada dan dapat pula berupa konsep baru yang sama sekali belum pernah ada sebelumnya. Kedua pendekatan ini akan menjadi patron dalam merumuskan analisis terhadap pokok permasalahan penelitian ini.

## 3. Bahan Hukum

Bahan hukum disebut juga dengan sumber-sumber penelitian hukum. Sumber-sumber penelitian hukum menurut Peter Mahmud Marzuki terdiri atas dua, yaitu bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer dalam

---

<sup>166</sup> Soejono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: UII Press, 2007), h.51.

penelitian ini berupa Undang-Undang dan Fatwa DSN MUI. Sementara itu, bahan hukum sekunder adalah bahan hukum berupa publikasi-publikasi mengenai referensi hukum yang tidak termasuk dalam dokumen resmi Negara.<sup>167</sup> Publikasi-publikasi hukum banyak mengandung doktrin-doktrin hukum yang berguna dalam tataran akademik maupun praksis hukum. Bahan hukum primer penelitian ini yaitu Fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 tentang penjaminan pengembalian modal pembiayaan *musyarakah*, *mudharabah* dan *wakalah bil istitsmar* dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen yang memiliki titik singgung dengan tema penelitian. Sementara itu, bahan hukum sekunder dalam penelitian ini adalah kitab, buku, disertasi, tesis maupun jurnal ilmiah baik yang berbahasa Indonesia maupun berbahasa asing yang tema utama bahasannya terkait dengan masalah pembuktian terbalik dalam sengketa ekonomi syariah.

#### 4. Pengumpulan Bahan Hukum

Teknik pengumpulan bahan hukum dalam penelitian ini adalah inventarisasi berbagai peraturan yang relevan baik dalam bentuk peraturan perundang-undangan, peraturan menteri maupun fatwa DSN. Selain itu juga dilakukan beberapa seleksi terhadap beberapa publikasi ilmiah baik yang berbentuk disertasi, jurnal maupun buku-buku serta menggali informasi melalui wawancara yang membahas mengenai formulasi hukum pembuktian terbalik dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016. Keseluruhan bahan hukum yang diperoleh akan dianalisis melalui

---

<sup>167</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana, 2005), h.141.

pembacaan dan penelaahan bahan hukum secara sistemik yaitu membaca bahan hukum secara keseluruhan dan memperbandingkannya satu sama lain.

#### 5. Analisis Bahan Hukum

Analisis terhadap bahan hukum yang diperoleh dalam penelitian ini bersifat preskriptif dan komparatif. Preskriptif memuat hasil analisis yang menguraikan sisi normatif dari suatu pengaturan dalam perundang-undangan mengenai apa yang seharusnya dilakukan dan tidak dilakukan. Guna mencapai tujuan dimaksud maka analisis bahan hukum akan dimulai dengan telaah terhadap beberapa aturan, norma, dan asas hukum terkait dengan tema penelitian. Kesemuanya akan diinventarisir kemudian dianalisis dengan menggunakan penafsiran hukum historis<sup>168</sup> dan sosiologis.<sup>169</sup>

Setelah menganalisa secara preskriptif, selanjutnya dilakukan analisis secara komparatif. Menurut Hudson, metode komparatif dilakukan untuk membandingkan persamaan dan perbedaan dua atau lebih fakta-fakta dan sifat-sifat objek yang diteliti berdasarkan kerangka pemikiran tertentu. Dengan menggunakan metode komparatif, peneliti dapat mencari jawaban mendasar tentang sebab akibat dengan menganalisis faktor-faktor penyebab atau terjadinya suatu fenomena tertentu. Disini peneliti akan melakukan kajian komparasi tentang *ratio legis* dari

---

<sup>168</sup>Penafsiran hukum historis terbagi dua yaitu interpretasi menurut sejarah UU dan interpretasi menurut sejarah hukum. Interpretasi menurut UU hanya dapat diketahui dari orang yang terlibat dalam proses penggodokan suatu perundang-undangan, sedangkan interpretasi menurut sejarah hukum cakupannya lebih luas yang meliputi pula sejarah penetapan suatu ketentuan perundang-undangan dan sejarah sistem hukumnya. Lihat Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2008), h.169.

<sup>169</sup>Penafsiran hukum sosiologis adalah sebuah metode interpretasi hukum dengan melihat makna UU berdasarkan tujuan kemasyarakatan dan kebutuhan masa kini apakah masih sesuai atau tidak. Ibid, h.166.

pembuktian terbalik yang dianut Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 dan Fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 dengan mencari titik persamaan dan perbedaan keduanya.

## I. Sistematika Penulisan

Untuk memperjelas sistematika penyusunan disertasi ini, peneliti akan membaginya menjadi beberapa bab sebagai berikut:

Bab I. Pendahuluan. Bab ini berisi tentang latar belakang, perumusan masalah, fokus penelitian, signifikansi penelitian, definisi operasional, penelitian terdahulu, kerangka teori (*grand theory, middle theory dan applied theory*), metodologi penelitian dan sistematika penulisan.

Bab II. Dalam bab ini penulis akan melakukan kajian umum tentang fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 dan UU Perlindungan Konsumen. Pertama kali penulis akan meneliti tentang latar belakang lahirnya fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 dari sisi sosiologis, kemudian membedah anatomi fatwa tersebut. mengkaji tentang praktik/implementasi penerapan jaminan dalam akad *mudharabah, musyarakah dan wakalah bil istitsmar* dalam konteks ekonomi modern. Kemudian penulis juga membahas tentang unsur-unsur *ta'addi, tafrith dan mukhalafth al-syuruth* (wanprestasi) dalam kerangka hukum acara ekonomi syariah. Hal yang urgen adalah tentang *force majeure* dan *hardship (masyaqqah)* yang bisa menjadi faktor pertimbangan untuk meringankan atau melepaskan tuntutan ganti rugi.

Setelah mengkaji fatwa DSN, sebagai perbandingan penulis akan mencoba menelusuri tentang latar belakang lahirnya UU Nomor 8 Tahun 1999 tentang

Perlindungan Konsumen, bagaimana hierarki dan kedudukan antara produsen dan konsumen, alasan pembalikan beban pembuktian terhadap produsen dalam sengketa konsumen dan bagaimana penerapan prinsip tanggungjawab mutlak (*strict liability*) yang dimiliki produsen atas barang yang diproduksinya.

Bab III. Pada bab ini, penulis akan mencoba melakukan analisis tentang pembuktian terbalik dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 dalam perspektif ekonomi syariah, yuridis dan filosofis. Pembuktian terbalik dalam perspektif ekonomi syariah, akan membahas tentang latar belakang (hukum asal) bebasnya pengelola modal dari tanggungjawab kerugian yang timbul atas usaha yang dijalankan dan apa yang menjadi faktor penentu berpindahnya pembalikan beban pembuktian terhadap pengelola modal. Analisa yuridis dilakukan dalam rangka mencari urgensi pembuktian terbalik sebagai upaya perlindungan hukum mencegah tindak kejahatan perbankan oleh pengelola modal. Adapun dari perspektif filosofis, pembuktian terbalik digunakan untuk mewujudkan asas keadilan dan keseimbangan.

Kemudian pada Bab IV, sebagai sebuah tawaran konsep, penulis akan membangun sebuah formulasi hukum pembuktian terbalik dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah. Di bab ini, penulis akan mengkaji tentang asas-asas umum pembuktian dalam hukum acara, jenis-jenis alat bukti di persidangan dan pembagian porsi pembuktian secara berimbang oleh hakim. Kemudian akan dilakukan pengkajian tentang bagaimana mekanisme pembuktian terbalik dalam sengketa Undang-Undang Perlindungan Konsumen. Untuk membangun kerangka formulasi hukum pembuktian terbalik akan dieksplorasi tentang prinsip

tanggungjawab (*strict liability*) sebagai pondasi dasar yang melatar belakanginya. Sebagai bentuk pembaharuan hukum acara peradilan agama, penulis akan membuat sebuah mekanisme dan skema pembuktian terbalik dengan melakukan anaotasi terhadap putusan PA Tangerang tentang sengketa akad kerjasama (*musyarakah*).

Bab V. Penutup, diakhir bab, penulis akan memberikan kesimpulan dan beberapa saran/rekomendasi tentang penelitian ini.