

Dr. SITI MALIKHATUN BADRIYAH, SH. MHum.

**PENEMUAN HUKUM  
DALAM KONTEKS  
PENCARIAN**

**KEADILAN**



Badan Penerbit Universitas Diponegoro  
Semarang 2010



Sudah saatnya penegak hukum termasuk hakim sebagai inti penegakan hukum di pengadilan tidak lagi hanya sebagai corong undang-undang (*la bouche de la loi*) tetapi lebih menitik sampai kedalaman makna, menjadi seorang *vigilantes* /mujtahid. Dalam hal demikian maka dibutuhkan suatu pemahaman holistik dengan metode pendekatan *legal pluralism*, sehingga dalam menangani perkara hakim dapat memadukan dengan baik antara hukum Negara (*state law*), *natural law* (*religion, ethics, moral*), hukum yang hidup di dalam masyarakat (*the living law*).

Dengan pendekatan *legal pluralism* demikian diharapkan hakim dapat memberikan putusan yang sesuai dengan nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat, sehingga benar-benar mewujudkan keadilan yang didambakan masyarakat. Pencari keadilan (*justiciabellen*) tentu mendambakan Hakim berhati nurani sehingga dapat terwujud pengadilan berhati nurani (*conscience of the court*). Dalam setiap perkara di pengadilan dibutuhkan kreativitas hakim dalam menggali dan menemukan hukum, dengan jalan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Dengan demikian seharusnya hakim mampu mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hakim dituntut mempunyai keberanian untuk melakukan lompatan di bidang hukum yang kini disebut *rule breaking*.

Buku ini mencoba menguraikan betapa pentingnya penemuan hukum (*rechtsvinding*) dalam upaya mewujudnya keadilan yang didambakan masyarakat. Semoga buku ini bermanfaat dan dapat menumbuhkan semangat untuk melakukan *rule breaking*.



978-979-704-997-3

ISBN: 978-979-704-997-3

Xiii + 103 hlm; 23 cm

Penemuan Hukum Dalam Konteks Pencarian Keadilan

## KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan ke hadirat Allah SWT, karena berkat Rahmat dan Karunia-Nya, penulis dapat menyelesaikan buku yang berjudul “**Penemuan Hukum dalam Konteks Pencarian Keadilan**”. Selama ini masih terdapat silang pendapat di kalangan masyarakat bahwa dunia penegakan hukum seakan terbelenggu pada peraturan perundang-undangan tertulis semata, padahal seringkali terdapat perkara yang belum diatur dalam peraturan perundang-undangan atau ada peraturan perundang-undangan tetapi tidak jelas ataupun tidak lengkap, atau sudah tidak sesuai dengan kehidupan masyarakat lagi. Suatu peraturan perundang-undangan tidak mungkin dapat mencakup segala segi kehidupan masyarakat selengkap-lengkapnyanya dan sejelas-jelasnya, karena begitu luas dan banyaknya segi kehidupan masyarakat, serta senantiasa berubah. Untuk mengubah ataupun mengganti peraturan tentu bukan pekerjaan yang mudah dan membutuhkan waktu yang tidak sebentar, Sementara itu masyarakat bersifat dinamis, selalu berkembang dengan cepat terlebih lagi pada era globalisasi seperti saat ini. Oleh karena itu seorang penegak hukum, termasuk hakim sebagai aktor inti dalam penegakan hukum di pengadilan dituntut untuk dapat melakukan berbagai upaya untuk menggali dan menemukan hukum, karena pada dasarnya di dalam masyarakat selalu ada hukum (*ubi societas ibi ius*). Upaya untuk menggali dan menemukan hukum inilah yang dinamakan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Hakim dalam menangani perkara tidak dapat hanya mengandalkan peraturan perundang-undangan saja, tetapi dituntut untuk dapat menemukan hukum yang ada di dalam masyarakat. Oleh karena itu sudah saatnya hakim tidak lagi hanya sebagai corong undang-undang (*la bouche de la loi*) tetapi seharusnya menukik sampai kedalaman makna, menjadi seorang (*vigilantes /mujtahid*), yaitu orang yang berjihad dalam hukum sebagaimana dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo. Dalam hal demikian maka dibutuhkan suatu pemahaman holistik dengan metode pendekatan *legal pluralism*, sehingga dalam menangani perkara hakim dapat memadukan dengan baik antara hukum Negara (*state law*), *natural law* (*religion*,

*ethics, moral*), hukum yang hidup di dalam masyarakat (*living law*). Dengan pendekatan *legal pluralism* demikian diharapkan hakim dapat memberikan putusan yang sesuai dengan nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat. Hakim diharapkan dapat memberikan putusan yang sesuai dengan tiga nilai dasar penopang hukum yang oleh Gustav Radbruch disebut sebagai *Idee des rechts* yang mencakup keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Suatu tugas yang tidak ringan memang untuk mewujudkan ketiga nilai tersebut secara proporsional, karena seringkali ketiganya berada dalam ketegangan (*spannungsverhältnis*). Dalam hal terjadi demikian, maka yang seharusnya diutamakan adalah keadilan, karena pada dasarnya hukum itu adalah untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Dengan demikian tercipta hakim berhati nurani sehingga dapat terwujud pengadilan berhati nurani (*conscience of the court*). Dengan demikian seharusnya hakim mampu mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan. Hakim dituntut mempunyai Keberanian untuk melakukan lompatan di bidang hukum yang kini disebut *rule breaking*.

Dengan berbagai hal tersebut, penulis mengajak pembaca untuk mereorientasi bagaimana hakim melakukan penemuan hukum dalam menangani perkara yang dihadapi supaya dapat memberikan keadilan yang benar-benar didambakan masyarakat, suatu keadilan substantif, bukan hanya keadilan formal.

Penyelesaian buku ini tidak terlepas dari dukungan dan bantuan berbagai pihak. Untuk itu perkenankanlah penulis menyampaikan ucapan terima kasih yang tak terhingga kepada

*Pertama*, **Prof. Dr. Sri Redjeki Hartono, S.H., Prof. Dr. Esmi Warassih Pujirahayu, S.H., M.S.**, yang dengan penuh kesabaran senantiasa membimbing dan memberikan berbagai masukan berbagai ilmu dan pengetahuan yang sangat berharga bagi penulis serta memberikan dorongan semangat kepada penulis. **Prof. Dr. Arief Hidayat, S.H., M.S., Prof. Dr. Yos Johan Utama, S.H., M.Hum., Prof. Dr. L. Tri Setyawanto, S.H., M.Hum., Prof. Dr. R. Benny Riyanto, S.H., C.N., M.Hum., Prof. Dr. Adjie Samekto, S.H., M.Hum., Prof. Dr. Budi**

**Santoso, S.H., M.Hum., Prof.Dr. Suteki, S.H., M.Hum., Dr. Nanik Tri Hastuti, S.H., M.Hum., Dr. Rahayu, S.H., M.Hum.,** yang telah berkenan mendorong semangat dan memberikan berbagai masukan sebagai bahan inspirasi bagi penulis dalam mewujudkan karya tulis ini.

*Kedua, Prof. Dr. Sudikno Mertokusumo, SH,* dosen dan pembimbing penulis pada saat menyelesaikan studi Ilmu Hukum pada Program Pascasarjana Universitas Gadjah Mada Yogyakarta yang telah banyak memberikan nasihat, saran dan senantiasa mendorong penulis untuk selalu menyusun buku. Pemikiran-pemikiran beliau yang tidak pernah penulis lupakan terutama mengenai hukum yang bersifat dinamis sehingga penemuan hukum menjadi suatu kebutuhan yang mendasar dan satu hal prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia, bukan manusia untuk hukum, selalu lekat di hati penulis.

*Ketiga, Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, S.H.,* (alm) atas dorongan dan inspirasi kepada penulis. Guru Besar yang senantiasa menekankan pada konsep hukum progresif yang bertitik tolak pada pemikiran bahwa “hukum adalah untuk manusia, yang selalu lekat di hati penulis.

*Keempat, Prof.Dr. Siti Ismijati Jenie, S.H. CN., Prof. Dr. Tan Kamello, S.H., M.Hum,* yang pernah membimbing penulis dalam perkuliahan yang pernah penulis ikuti, pemikiran-pemikiran beliau senantiasa menjadi bahan inspirasi bagi penulis.

*Kelima, Bapak Kabul Supriyadhie, S.H., M.Hum.,* dosen, pembimbing, paman, rekan senior dan **Bapak Kashadi, S.H., M.Hum.,** dosen, pembimbing, rekan senior penulis yang tiada henti-hentinya membantu dan mendorong penulis serta memberikan nasihat dan saran yang sangat berharga bagi penulis.

*Keenam,* rekan-rekan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang yang telah berkenan memberikan dorongan semangat dan mendukung penulis, Rekan-rekan penulis, khususnya **Ibu Endang Kusuma Astuti, Mbak Mahmudah, Mas Eko, Mas DS Kurniawan** karena persahabatan, kasih sayang, persaudaraan yang tulus dan bimbingan, saran serta dorongan semangat yang

sangat berarti bagi penulis, serta semua rekan penulis yang tidak dapat disebutkan satu persatu, terimakasih yang tak terhingga karena doa dan dorongan semangat kepada penulis.

Teristimewa terimakasih yang tak terhingga kepada suami tercinta, **Ahmad Syaifudin** dan Ananda tersayang **Muhammad Shafiyuddin Wafi, Muhammad Haidar Fakhri Allam**, yang dengan penuh perhatian, ketulusan dan pengorbanan yang besar tiada henti-hentinya mendoakan, memberikan inspirasi, dorongan semangat dan membesarkan hati penulis dalam menghadapi berbagai hambatan dan rintangan dalam penyelesaian studi ini. Kepada Almarhum ayahanda tercinta **Bapak H. Saktullah** (alm) dan ibunda tercinta **Ibu Hj. Mahmudah**, sembah sujud ananda dan terima kasih tak terhingga atas kasih sayang, doa dan restu yang tiada pernah berakhir kepada penulis. Kepada kakak-kakak tersayang, **Mas Abdul Rauf, Mbak Siti Solihah, Mbak Musyafaah**, serta adik-adik tersayang, **Dik Muhammad Abdul Latif, Dik Ida, Dik Marfuatun Lissaadah, Dik Yoyok, Dik Uswatun Khasanah, Dik Ali**, Terimakasih yang tak terhingga penulis sampaikan atas kasih sayang, doa, dorongan semangat kepada penulis dalam menyelesaikan studi.

Penulis menyadari sepenuhnya bahwa tiada gading yang tak retak, demikian pula dalam tulisan ini tentu masih jauh dari sempurna karena keterbatasan yang ada pada penulis. Untuk itu segala kritik dan saran untuk perbaikan tulisan ini akan penulis terima dengan hati dan jiwa terbuka.

Semarang, Agustus 2010

Penulis

Siti Malikhatun Badriyah



## KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan ke hadirat Allah SWT, karena berkat Rahmat dan Karunia-Nya, penulis dapat menyelesaikan buku yang berjudul “**Penemuan Hukum dalam Konteks Pencarian Keadilan**”. Selama ini masih terdapat silang pendapat di kalangan masyarakat bahwa dunia penegakan hukum seakan terbelenggu pada peraturan perundang-undangan tertulis semata, padahal seringkali terdapat perkara yang belum diatur dalam peraturan perundang-undangan atau ada peraturan perundang-undangan tetapi tidak jelas ataupun tidak lengkap, atau sudah tidak sesuai dengan kehidupan masyarakat lagi. Suatu peraturan perundang-undangan tidak mungkin dapat mencakup segala segi kehidupan masyarakat selengkap-lengkapnyanya dan sejelas-jelasnya, karena begitu luas dan banyaknya segi kehidupan masyarakat, serta senantiasa berubah. Untuk mengubah ataupun mengganti peraturan tentu bukan pekerjaan yang mudah dan membutuhkan waktu yang tidak sebentar, Sementara itu masyarakat bersifat dinamis, selalu berkembang dengan cepat terlebih lagi pada era globalisasi seperti saat ini. Oleh karena itu seorang penegak hukum, termasuk hakim sebagai aktor inti dalam penegakan hukum di pengadilan dituntut untuk dapat melakukan berbagai upaya untuk menggali dan menemukan hukum, karena pada dasarnya di dalam masyarakat selalu ada hukum (*ubi societas ibi ius*). Upaya untuk menggali dan menemukan hukum inilah yang dinamakan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Hakim dalam menangani perkara tidak dapat hanya mengandalkan peraturan perundang-undangan saja, tetapi dituntut untuk dapat menemukan hukum yang

ada di dalam masyarakat. Oleh karena itu sudah saatnya hakim tidak lagi hanya sebagai corong undang-undang (*la bouche de la loi*) tetapi seharusnya menukik sampai kedalaman makna, menjadi seorang (*vigilantes /mujtahid*), yaitu orang yang berjihad dalam hukum sebagaimana dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo. Dalam hal demikian maka dibutuhkan suatu pemahaman holistik dengan metode pendekatan *legal pluralism*, sehingga dalam menangani perkara hakim dapat memadukan dengan baik antara hukum Negara (*state law*), *natural law* (*religion, ethics, moral*), hukum yang hidup di dalam masyarakat (*living law*). Dengan pendekatan *legal pluralism* demikian diharapkan hakim dapat memberikan putusan yang sesuai dengan nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat. Hakim diharapkan dapat memberikan putusan yang sesuai dengan tiga nilai dasar penopang hukum yang oleh Gustav Radbruch disebut sebagai *Idee des rechts* yang mencakup keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Suatu tugas yang tidak ringan memang untuk mewujudkan ketiga nilai tersebut secara proporsional, karena seringkali ketiganya berada dalam ketegangan (*spannungsverhaltnis*). Dalam hal terjadi demikian, maka yang seharusnya diutamakan adalah keadilan, karena pada dasarnya hukum itu adalah untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Dengan demikian tercipta hakim berhati nurani sehingga dapat terwujud pengadilan berhati nurani (*conscience of the court*). Dengan demikian seharusnya hakim mampu mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan. Hakim dituntut mempunyai Keberanian untuk melakukan lompatan di bidang hukum yang kini disebut *rule breaking*.

Dengan berbagai hal tersebut, penulis mengajak pembaca untuk mereorientasi bagaimana penegak hukum khususnya hakim melakukan penemuan hukum dalam menangani perkara yang dihadapi supaya dapat memberikan keadilan yang benar-benar didambakan masyarakat, suatu keadilan substantif, bukan hanya keadilan formal.

Penyelesaian buku ini tidak terlepas dari dukungan dan bantuan berbagai pihak. Untuk itu perkenankanlah penulis menyampaikan ucapan terima kasih yang tak terhingga kepada seluruh pihak yang telah memberikan berbagai inspirasi, masukan, dan pemikiran-pemikiran yang sangat berharga dalam penyelesaian karya ini.

Penulis menyadari sepenuhnya bahwa tiada gading yang tak retak, demikian pula dalam tulisan ini tentu masih jauh dari sempurna karena keterbatasan yang ada pada penulis. Untuk itu segala kritik dan saran untuk perbaikan tulisan ini akan penulis terima dengan hati dan jiwa terbuka.

Semarang, Agustus 2010

Penulis

Siti Malikhatun Badriyah

## PENDAHULUAN

Penegakan hukum<sup>1</sup> merupakan *sokoguru* (tiang utama) yang memperkokoh fundamen yang menunjang kesejahteraan hidup masyarakat, dalam berbagai aspek kehidupan. Menurut Soerjono Soekanto<sup>2</sup>, inti dari proses penegakan hukum (yang baik) adalah penerapan yang serasi dari nilai-nilai dan kaidah-kaidah, yang kemudian terwujud dalam perilaku. Pola perilaku tersebut tidak terbatas pada warga masyarakat saja, akan tetapi mencakup juga golongan “*pattern setting group*” yang dapat diartikan sebagai golongan penegak hukum dalam arti sempit.

Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang harus diperhatikan, yaitu: kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), dan keadilan (*gerechtigkeith*).<sup>3</sup> Ketiga unsur tersebut oleh Gustav Radbruch<sup>4</sup> dikatakan sebagai penopang cita hukum (*idee des Rechts*). Cita hukum ini akan membimbing manusia dalam kehidupannya ber hukum. Ketiga nilai dasar tersebut harus ada secara seimbang. Namun, seringkali ketiga nilai dasar tersebut tidak selalu berada dalam hubungan yang harmonis satu sama lain, melainkan berhadapan, bertentangan, ketegangan (*spannungsverhältnis*) satu sama lain. Dalam hal terjadi pertentangan demikian, yang mestinya diutamakan adalah keadilan. Hal ini karena pada hakikatnya hukum itu adalah untuk kepentingan manusia, bukan manusia untuk hukum.

Berkenaan dengan hal tersebut, Satjipto Rahardjo menawarkan suatu konsep Hukum Progresif yang bertolak dari dua komponen yang menjadi basis dalam hukum, yaitu peraturan dan perilaku (*rules and behavior*). Di sini, hukum ditempatkan sebagai aspek perilaku, namun juga sekaligus peraturan. Peraturan akan membangun suatu sistem hukum positif, sedangkan perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah (akan) terbangun itu.<sup>5</sup> Hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya,...dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu...untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia<sup>6</sup>. Dengan demikian hukumlah yang harus diabdikan pada manusia, bukan manusia yang harus mengabdikan pada hukum, dan tidak pada tempatnya mengorbankan manusia demi kepentingan hukum (ilmu hukum maupun praktik kehidupan ber hukum, dengan alasan keterbatasan hukum dalam menghadirkan keadilan sebagaimana yang sering dikemukakan oleh kaum positivis dengan konsepsi kebenaran formal dan proseduralnya.<sup>7</sup> Hukum hanya menjadi sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia. Apabila hukum tidak mampu mencapai jaminan demikian, maka harus dilakukan dan harus ada suatu upaya konkret terhadap hukum itu, termasuk dilakukan penataan dan penyusunan kembali.<sup>8</sup> Selanjutnya Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa hukum bukan merupakan

---

<sup>1</sup> Soejono D. *Penegakan dalam Sistem Pertahanan Sipil*, PT Karya Nusantara Cabang Bandung, 1978, hlm. 18

<sup>2</sup> Soerjono Soekanto, dan Mustafa Abdullah, *Sosiologi Hukum dalam Masyarakat*, CV. Rajawali, Jakarta, hlm. 40

<sup>3</sup> Sudikno Mertokusumo, Mr. A. Pitlo, *bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bhakti, 1993, hlm.3

<sup>4</sup> Lihat Gustav Radbruch, dalam Satjipto Rahardjo, *Op. Cit*, 2006, hlm. 135

<sup>5</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2008, hlm. 265

<sup>6</sup> *Ibid.*, hlm. 188

<sup>7</sup> *Ibid.*, hlm. 187

<sup>8</sup> *Ibid.*, hlm. 267

institusi yang mutlak serta final, karena hukum berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*).

Dalam penegakan hukum, hakim mempunyai peran sentral, baik hakim di tingkat Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi, maupun Mahkamah Agung serta Mahkamah Konstitusi. Dalam Pasal 1 angka 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.

Dalam penyelenggaraan peradilan, hakim melakukan penerapan hukum yang abstrak sifatnya pada peristiwa yang konkrit. Pada masa lampau hakim hanya sebagai “corong undang-undang” (*la bouche de la loi*), karena kewajibannya hanya menerapkan undang-undang sesuai dengan bunyinya. Pada perkembangan selanjutnya, hakim tidak lagi hanya menerapkan bunyi undang-undang, tetapi telah berkembang dengan melihat makna yang terkandung di dalamnya dengan melakukan berbagai penemuan hukum untuk dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Hal ini karena kegiatan kehidupan manusia itu sangat luas dan sangat beragam. Di samping itu masyarakat bukanlah statis tetapi dinamis, selalu berkembang sejalan dengan perkembangan jaman. Terlebih lagi pada masa transisi seperti dewasa ini, banyak sekali terjadi perubahan dan perkembangan dalam kehidupan masyarakat. Karena beraneka ragamnya kegiatan kehidupan masyarakat dan cepatnya perkembangan dan perubahannya, maka tidak mungkin tercakup dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Oleh karenanya sudah wajar kalau tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kegiatan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapannya dan jelas sejelas-jelasnya. Karena hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dicari dan diketemukan.

Sejarah mencatat perubahan yang signifikan dari aliran legisme menuju aliran *rechtsvinding*. Di Belanda perubahan yang revolusioner terjadi melalui putusan *Hogeraad* Belanda tanggal 31 Januari 1919 yang dikenal dengan Revolusi Januari. Melalui putusannya, *Hogeraad* Belanda menyatakan bahwa yang dimaksud perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 KUH Perdata, bukan perbuatan yang hanya melawan Undang-undang, melainkan termasuk perbuatan yang melanggar:<sup>9</sup>

- (1) Hukum yang berlaku
- (2) Hak orang lain
- (3) Kelalaian yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban menurut hukum yang berlaku, kesusilaan, kehormatan dalam pergaulan di masyarakat terhadap orang atau benda (kepatutan di dalam masyarakat).

---

<sup>9</sup> R. Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996, hlm.257

Adanya tafsiran yang luas dari Pasal 1365 oleh hakim terhadap Pasal 1365 KUH Perdata merupakan suatu keberanian yang luar biasa di bidang hukum, sebab pada masalah-masalah sebelumnya hakim tidak berani memutuskan seperti itu. Atas adanya tuntutan-tuntutan sesudah itu ternyata sudah dipergunakan tafsiran yang luas tersebut, sehingga dapat dikatakan bahwa putusan tanggal 31 Januari 1919 dianggap suatu tindakan revolusi di bidang hukum dan kehakiman.<sup>10</sup> Keberanian untuk melakukan lompatan di bidang hukum kini disebut *Rule Breaking*.

Menurut Satjipto Rahardjo<sup>11</sup>, sekarang mestinya hukum diproyeksikan terhadap gagasan dan pemahaman yang baru, yaitu menukik sampai pada kedalaman makna hukum. *Pertama*, para penegak hukum, dimana pun posisi mereka, mengidentifikasi diri mereka sebagai kaum *vigilantes*, orang-orang yang berjihad dalam hukum. Mereka tidak hanya membaca undang-undang tetapi diresapi dengan semangat untuk meluapkan keluar makna undang-undang yang ingin menyejahterakan rakyat. Dengan demikian diperlukan predisposisi progresif dari para penegak hukum. *Kedua*, kesadaran dan keyakinan bahwa hukum menginginkan yang baik terjadi pada rakyat dan masyarakat. Hukum bukan semata-mata sederetan kata-kata dan kalimat, tetapi merupakan pesan (*message*) yang membutuhkan realisasi. Selanjutnya, Satjipto Rahardjo<sup>12</sup> mengemukakan bahwa para penegak hukum yang berjihad untuk memunculkan kekuatan hukum akan senantiasa memeras dan mendorong kata-kata dari teks hukum sampai ke titik paling jauh (*ultimate*) sehingga kekuatan hukum keluar dari persembunyiannya. Pengadilan tidak lagi semata-mata menjadi tempat untuk menerapkan undang-undang, melainkan menjadi tempat untuk menguji undang-undang. Hakim bukan lagi *les bouches, qui prononcent les paroles de la loi* (mulut yang mengucapkan kata-kata undang-undang), melainkan seorang *vigilante* atau *mujtahid*.

Meskipun dalam suatu kasus yang dihadapi oleh hakim tidak ada peraturan hukumnya atau ada peraturan hukumnya tetapi tidak jelas, hakim tidak dapat menolak untuk mengadili perkara. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 16 ayat (1) UU tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Dalam hal hakim harus memutus perkara yang tidak ada peraturan hukumnya, hakim di sini harus berusaha menemukan hukumnya, baik hukum tertulis maupun hukum yang tidak tertulis. Oleh karena itu hakim harus melakukan penemuan

---

<sup>10</sup> *Ibid.* hlm. 258.

<sup>11</sup> Satjipto Rahardjo, 2009, *Op. Cit.* hlm. 55

<sup>12</sup> *Ibid.*, hlm. 56

hukum<sup>13</sup>, supaya putusannya benar-benar dapat memberikan keadilan bagi masyarakat, tidak hanya keadilan formal tetapi juga keadilan substantif. Dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya dalam menemukan apa yang dapat menjadi hukum, melalui keputusannya, hakim dapat dianggap sebagai salah satu faktor pembentuk hukum<sup>14</sup>. Dengan menemukan hukum dalam kehidupan masyarakat maka hakim akan lebih dapat memberikan keadilan bagi masyarakat, karena hukum sebagai kaidah sosial, tidak lepas dari nilai (*values*) yang berlaku dalam suatu masyarakat. Bahkan, menurut Teori Cermin (*The Mirror Theory*) Brian Z. Tamanaha<sup>15</sup> dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Hukum yang baik, adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat, yang tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat itu<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Penemuan hukum artinya “menemukan hukum untuk suatu kejadian konkret yang harus diberikan suatu penyelesaian yuridis oleh hakim maupun seorang pemutus yuridis lain. Lihat N.E. Algra dan van Duyvendijk, Penerjemah J.C.T. Simorangkir, Editor H. Boerhanoedding Soetan Batoeah *Pengantar Ilmu Hukum*, Binacipta, 1991, hlm. 324

<sup>14</sup> Utrecht dalam Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Alumni, Bandung, 2000, hlm. 53.

<sup>15</sup> Bryan Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York, 2006, hlm. 1-2.

<sup>16</sup> Satjipto Rahardjo, 2008, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta, penerbit Buku Kompas, hlm. 246

## BAB I

### KEADILAN SEBAGAI DAMBAAN DAN LANDASAN DALAM PENEGAKAN HUKUM DI PENGADILAN

#### A. Keadilan Suatu Dambaan dalam Penegakan Hukum

Hukum merupakan perlindungan kepentingan manusia atau masyarakat. Masyarakat selalu berkembang, maka kepentingan manusia pun berkembang secara makro maupun mikro. Sebagai perlindungan kepentingan manusia, hukum mengikuti perkembangan kepentingan manusia. Hukum itu dinamis (*historisch bestimmt*), selalu mengikuti perkembangan<sup>1</sup>. Dalam perkembangannya, hukum mencari idealnya yaitu terwujudnya tiga ide dasar dalam hukum, yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), dan keadilan (*gerechtigkeit*)<sup>2</sup>: Ketiga unsur tersebut oleh Gustav Radbruch<sup>3</sup> dikatakan sebagai penopang cita hukum (*idee des Rechts*). Cita hukum ini akan membimbing manusia dalam kehidupannya ber hukum. Ketiga nilai dasar tersebut harus ada secara seimbang, namun seringkali ketiga nilai dasar tersebut tidak selalu berada dalam hubungan yang harmonis satu sama lain, melainkan berhadapan, bertentangan, ketegangan (*spannungsverhältnis*) satu sama lain. Dalam hal terjadi pertentangan demikian, yang mestinya dikedepankan adalah keadilan. Ketiga nilai dasar tersebut juga menjadi landasan bagi penegakan hukum<sup>4</sup>.

Pada hakikatnya hukum mengandung ide atau konsep-konsep yang dapat digolongkan sebagai sesuatu yang abstrak, termasuk ide tentang

---

<sup>1</sup> Lihat Sudikno Mertokusumo, *Perkembangan Hukum Perjanjian*, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional Asosiasi Pengajar Hukum Perdata/Dagang, Fakultas Hukum UGM-Konsorsium Ilmu Hukum, Yogyakarta, 12-13 Maret 1990, hlm. 2

<sup>2</sup> Sudikno Mertokusumo, Mr. A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, 1993, hlm.3

<sup>3</sup> Lihat Gustav Radbruch, dalam Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagad Ketertiban*, Cetakan I, UKI Press, Jakarta, 2006, hlm. 135

<sup>4</sup> Keadilan merupakan salah satu tujuan dari setiap sistem hukum, bahkan merupakan tujuan dari setiap sistem hukum, bahkan merupakan tujuan terpenting. Masih ada tujuan hukum yang lain yang juga selalu menjadi tumpuan hukum, yaitu kepastian hukum, kemanfaatan, dan ketertiban. Di samping tujuan hukum, keadilan dapat juga dilihat sebagai suatu nilai (*value*). Bagi suatu kehidupan manusia yang baik, ada empat nilai yang merupakan fondasi pentingnya, yaitu keadilan, kebenaran, hukum, moral. Lihat Bambang Sutiyoso, 2007, *Metode Penemuan Hukum, Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 12

keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Apabila berbicara tentang penegakan hukum, maka pada hakikatnya berbicara tentang penegakan ide-ide serta konsep-konsep yang *nota bene* adalah abstrak tersebut. Dengan kata lain, penegakan hukum merupakan suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide tersebut menjadi kenyataan. Proses perwujudan ide-ide tersebut merupakan hakikat dari penegakan hukum. Apabila berbicara mengenai perwujudan ide-ide yang abstrak menjadi kenyataan, maka sebetulnya sudah memasuki bidang manajemen.<sup>5</sup>

Membicarakan masalah keadilan bukanlah terbatas pada suatu hal tentang definisi-definisi atau konsep-konsep dalam kaitannya dengan hukum alam (*the natural law*), tetapi juga pada persoalan praksis. Menurut Derrida<sup>6</sup>, “*The question of justice is not a matter of universal definition, but is rather the following question: How can we, in our particular time and place, work toward justice*”. Menegakkan hukum tidak sekaligus menciptakan keadilan bahkan Derrida mengemukakan bahwa: “*The meaning of justice is elucidated through a contrast with law*”, selanjutnya dikatakan bahwa “*In this sense, law is the opposite of justice*”.<sup>7</sup> Demikian hubungan antara hukum dan keadilan.

Salah satu penegakan hukum adalah penegakan hukum di pengadilan untuk menyelesaikan suatu perkara yang diajukan. Roscoe Pound<sup>8</sup> mengemukakan bahwa menurut hukum, ada tiga langkah yang harus dilakukan dalam mengadili suatu perkara, yaitu:

1. Menemukan hukum, menetapkan kaidah mana dari sekian banyak kaidah di dalam sistem hukum yang akan diterapkan, atau jika tidak ada yang dapat diterapkan (yang mungkin atau tidak mungkin dipakai sebagai satu kaidah untuk perkara lain sesudahnya berdasarkan bahan yang sudah ada menurut suatu cara yang ditunjukkan oleh sistem hukum;

---

<sup>5</sup> Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm. 12.

<sup>6</sup> Derrida dalam Roger Cotterrel, *Sociological Perspective on Law*, Dartmouth Publishing Company and Ashgate Publishing Company, England, 2001, hlm.433. Keadilan merupakan *condition sine qua non* terciptanya ketertiban dan merupakan syarat utama berlangsungnya kehidupan masyarakat. Keadilan menjaga supaya tidak terjadi ketimpangan sehingga tercipta keseimbangan antara hak dan kewajiban, adanya keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan sosial. Lihat juga dalam Suteki dkk, *Pendidikan Pancasila di Era Reformasi*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 2001, hlm. 31.

<sup>7</sup>Roger Cotterrel, *Op.Cit.*, hlm. 433-434.

<sup>8</sup> Roscoe Pound, *An Introduction To The Philosophy of Law*, diterjemahkan oleh Mohamad Radjab dengan judul *Pengantar Filsafat Hukum*, Bhartara, Jakarta, 1972, hlm. 62.

2. Menafsirkan kaidah yang dipilih atau ditetapkan secara demikian, yaitu menentukan maknanya sebagaimana pada saat kaidah itu dibentuk dan berkenaan dengan keluasannya yang dimaksud;
3. Menerapkan pada perkara yang sedang dihadapi kaidah yang ditemukan dan ditafsirkan demikian.

Leon Petrazycki mempunyai pandangan yang berbeda mengenai keadilan dengan kebanyakan orang yang mengatakan bahwa keadilan itu adalah abstrak. Menurut Petrazycki, keadilan adalah sebuah fenomena yang kongkrit yang dapat ditangkap melalui penelitian intuisi kita. Dikatakannya bahwa:

*“The doctrine herein developed concerning law in general and intuitive law in particular comprises all the premises needed to solve the problem of the nature of justice: actually, justice is nothing but intuitive law in our sense. As a real phenomenon justice is a physic phenomenon, knowledge of which can be acquired through self-observation and the joint method.”*<sup>9</sup>

Gunawan Setiardjo mendefinisikan keadilan sebagai berikut:

“Keadilan itu adalah (diambil dalam arti subjektif) suatu kebiasaan baik jiwa yang mendorong manusia dengan kemauan tetap dan terus menerus untuk memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya”. Keadilan itu adalah kongkret dengan melihat pernyataan dalam Pembukaan UUD Negara Republik Indonesia 1945, khususnya alinea ke-4.<sup>10</sup>

Menurut Plato<sup>11</sup>, *justice as “the supreme virtue of the good state* atau kebajikan tertinggi dari negara yang baik. Orang yang adil adalah *the self disciplined man whose passions are controlled by reason* atau orang yang mengendalikan diri yang perasaan hatinya dikendalikan oleh akal.

---

<sup>9</sup> Lihat Leon Petrazycki, *Law and Morality*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1955, hlm. 241.

<sup>10</sup> Gunawan Setiardjo, *Filsafat Pancasila Bagian I*, Cetakan X, 2004, hlm. 56. Bandingkan dengan pengertian keadilan menurut Franz Magnis-Suseno yang mengatakan bahwa adil pada hakikatnya berarti kita memberikan kepada siapa saja apa yang menjadi haknya. Prinsip keadilan mengungkapkan kewajiban untuk memberikan perlakuan yang sama terhadap semua orang serta menghormati hak semua pihak yang bersangkutan. Lihat, Franz Magnis-Suseno, *Etika Dasar: Masalah-masalah Pokok Filsafat Moral*, Kanisius, 1991, hlm 132.

<sup>11</sup> Plato dalam Abdullah, *Pertimbangan Hukum Putusan pengadilan*, Program Pascasarjana Universitas Sunan Giri, Sidoarjo, 2008, hlm. X.

Aristoteles<sup>12</sup> mengemukakan bahwa keadilan artinya berbuat kebajikan, atau dengan kata lain, keadilan adalah kebajikan yang utama. Dikatakannya bahwa, “*justice consists in treating equals equally and unequal unequally, in proportion to their inequality*”. Prinsip ini beranjak dari asumsi “untuk hal-hal yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama, secara proporsional. Salah satu perbedaan yang dilakukan Aristoteles<sup>13</sup> adalah perbedaan keadilan menjadi keadilan distributif (memberikan bagian) dan keadilan korektif mengadakan perbaikan) atau remedial (memberikan pengobatan). Keadilan distributif, mengatur pembagian barang-barang dan penghargaan kepada tiap orang sesuai dengan kedudukannya dalam masyarakat, serta menghendaki perlakuan yang sama bagi mereka yang berkedudukan sama menurut hukum. Adapun bentuk keadilan korektif adalah terutama merupakan suatu ukuran dari prinsip-prinsip teknis yang menguasai administrasi daripada hukum pelaksanaan undang-undang. Dalam mengatur hubungan hukum perlu ditemukan ukuran umum untuk menanggulangi akibat-akibat perbuatan, tanpa memandang siapa orangnya dan maksudnya baru dapat dinilai menurut suatu ukuran objektif. Hukuman harus memperbaiki kejahatan, ganti rugi harus memperbaiki kesalahan/penyelewengan perdata, pengembalian harus memperbaiki keuntungan yang diperoleh dengan tidak wajar.

Menurut Immanuel Kant<sup>14</sup>, keadilan merupakan kebebasan ekstrim dari setiap orang yang dibatasi oleh kebebasan dari semua orang lainnya. Keadilan merupakan sintesa dari kebebasan dan persamaan. H.L.A. Hart<sup>15</sup> mengemukakan bahwa keadilan merupakan suatu bentuk spesifik dari keunggulan atau *specific form of excellence* sebagai nilai dikaitkan dengan hukum. Keadilan mempunyai makna kelayakan atau *fairness*. Ide keadilan memuat 2 unsur yaitu: 1) asas formal yang tetap untuk memperlakukan kasus-kasus yang sama secara sama dan hal-hal yang beda secara beda. 2) ukuran untuk menentukan bilamana kasus-kasus adalah sama atau dalam hal apa

---

<sup>12</sup> Lihat Aristoteles dalam Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, LaksBang Mediatama, Yogyakarta, 2008, hlm. 36.

<sup>13</sup> Lihat Aristoteles dalam Teguh Prasetyo & Abdul Halim Barkatullah, *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum, Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Jaman*, Cetakan III, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2009, hlm. 60-61

<sup>14</sup> Immanuel Kant dalam Abdullah, *Pertimbangan Hukum Putusan Pengadilan*, Program Pasca Sarjana Universitas Sunan Giri, Sidoarjo, 2008, hlm. xi

<sup>15</sup> H.L.A. Hart dalam Abdullah, *Loc. Cit.*

berbeda. Ulpianus<sup>16</sup> menggambarkan keadilan sebagai "*justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*" (keadilan adalah kehendak yang terus menerus dan tetap memberikan kepada masing-masing apa yang menjadi haknya) atau "*tribuere cuique suum*" – "*to give everybody his own*", memberikan kepada setiap orang yang menjadi haknya.<sup>17</sup> Perumusan ini dengan tegas mengakui hak masing-masing person terhadap lainnya serta apa yang seharusnya menjadi bagiannya, demikian pula sebaliknya.<sup>18</sup> Pengertian ini diambil alih oleh Justinianus<sup>19</sup> dalam *Corpus Iuris Civilis. Juris Praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, sum cuique tribuere*, bahwa peraturan-peraturan dasar dari hukum adalah terkait dengan hidup dengan patut, tak merugikan orang lain dan memberi pada orang lain apa yang menjadi bagiannya.

Cicero<sup>20</sup> mengemukakan bahwa manusia lahir untuk keadilan. Selanjutnya dikemukakannya bahwa orang dinilai baik dilihat dari perilaku keadilannya. Dalam hubungannya dengan keadilan Cicero mengajukan tiga struktur fundamental (hubungan dasar), yaitu<sup>21</sup>:

- 1) hubungan antar individu (*ordo partium et partes*);
- 2) hubungan antar masyarakat sebagai keseluruhan dengan individu (*ordo totius ad partes*);
- 3) hubungan antara individu terhadap masyarakat secara keseluruhan (*ordo partium ad totum*).

Menurut Thomas Aquinas, dalam hubungannya dengan keadilan distributif pada dasarnya merupakan penghormatan terhadap person manusia (*acceptio personarum*) dan keluhurannya (*dignitas*). Dalam konteks keadilan distributif, keadilan dan kepatutan (*equity*) tidak tercapai semata-mata dengan penetapan nilai yang aktual, melainkan juga atas dasar kesamaan antara satu hal dengan hal yang lainnya (*aequalitas rei ad rem*). Ada dua bentuk kesamaan yaitu:

- 1) Kesamaan proporsional (*aequalitas proporsionis*)
- 2) Kesamaan kuantitas atau jumlah (*aequalitas quantitas*)

---

<sup>16</sup> Lihat Ulpianus dalam Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit*, hlm. 36.

<sup>17</sup> K. Bertens, *Pengantar Etika Bisnis*, Kanisius, Yogyakarta, 2000, hlm. 86-87

<sup>18</sup> Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit*, hlm. 36

<sup>19</sup> Lihat Justinianus dalam Agus Yudha Hernoko, *Loc.Cit*.

<sup>20</sup> Lihat Cicero dalam Teguh Prasetyo & Abdul Halim Barkatullah, *Op.Cit*, hlm. 88.

<sup>21</sup> Lihat Cicero dalam Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit*. hlm. 37

Thomas Aquinas menyatakan bahwa penghormatan terhadap person dapat terwujud apabila ada sesuatu yang dibagikan/diberikan kepada seseorang sebanding dengan yang seharusnya ia terima (*praeter proportionem dignitas ipsius*). Dengan dasar itu maka pengakuan terhadap person harus diarahkan pada pengakuan terhadap kepatutan (*equity*), kemudian pelayanan dan penghargaan didistribusikan secara proporsional atas dasar harkat dan martabat manusia. Paul Tillic, menyatakan bahwa keadilan yang terkandung dalam keadilan atributif, distributif, dan retributif bersifat proporsional (baik positif maupun negatif). Oleh Tillic, keadilan proporsional ini disebut “keadilan tributif”.<sup>22</sup> Pembagian keadilan menurut pengarang modern, antara lain dikemukakan oleh Boatright dan Manuel Velazquez<sup>23</sup>, yaitu:

- 1) Keadilan distributif (*distributive justice*), mempunyai pengertian yang sama pada pola tradisional, dimana *benefits and burdens* harus dibagi secara adil.
- 2) Keadilan retributif (*retributive justice*), berkaitan dengan terjadinya kesalahan, *dimana hukum atau denda dibebankan kepada orang yang bersalah haruslah bersifat adil*,
- 3) Keadilan kompensatoris (*compensatory justice*), menyangkut juga kesalahan yang dilakukan, tetapi menurut aspek lain, dimana orang mempunyai kewajiban moral untuk memberikan kompensasi atau ganti rugi kepada pihak lain yang dirugikan.

Dari beberapa perbedaan tentang keadilan tersebut di atas, keadilan distributif dipandang sebagai awal mula segala jenis teori keadilan. Dinamika keadilan yang berkembang di masyarakat dalam telaah para ahli pada umumnya berlandaskan pada teori keadilan distributif, meskipun dengan berbagai versi dan pandangan masing-masing.<sup>24</sup> Beauchamp dan Bowie<sup>25</sup> mengajukan enam prinsip agar keadilan distributif terwujud, yaitu apabila diberikan:

- 1) Kepada setiap orang bagian yang sama;
- 2) Kepada setiap orang sesuai dengan kebutuhan individualnya;
- 3) Kepada setiap orang sesuai dengan haknya;
- 4) Kepada setiap orang sesuai dengan usaha individualnya;
- 5) Kepada setiap orang sesuai dengan kontribusinya;

---

<sup>22</sup> Lihat Paul Tillic dalam Agus Yudha Hernoko, *Loc. Cit.*

<sup>23</sup> Lihat Boatright dan Manuel Velazquez, dalam Agus Yudha Hernoko, *Loc. Cit.*

<sup>24</sup> *Ibid.* hlm. 39

<sup>25</sup> Beauchamp dan Bowie dalam Agus Yuda Hernoko, *Loc. Cit.*, hlm. 40

6) Kepada setiap orang sesuai dengan jasanya (*merit*).

John Locke, Rousseau, Immanuel Kant, serta John Rawls mengemukakan keadilan dalam kontrak. Para pemikir tersebut menyadari bahwa tanpa kontrak serta hak dan kewajiban yang ditimbulkannya, maka masyarakat bisnis tidak akan berjalan. Oleh karena itu tanpa adanya kontrak, orang tidak akan bersedia terikat dan bergantung pada pernyataan pihak lain. Kontrak memberikan suatu cara dalam menjamin bahwa masing-masing individu akan memenuhi janjinya, dan selanjutnya hal ini memungkinkan terjadinya transaksi di antara mereka.

John Locke, Rousseau, dan Immanuel Kant, meskipun teori keadilannya berbasis kontrak, namun oleh John Rawls dikritik karena cenderung bersifat utilitarianisme dan intuisiisme. John Rawls mengemukakan bahwa tujuan utama menyajikan konsep keadilan yang menggeneralisasikan dan mengangkat teori kontrak sosial yang diungkapkan Locke, Rousseau, Kant ke tingkat abstraksi yang lebih tinggi. Untuk melakukan hal ini kita tidak akan menganggap kontrak sebagai satu-satunya cara untuk memahami masyarakat tertentu atau untuk membangun bentuk pemerintahan tertentu, namun gagasan yang menandainya adalah bahwa prinsip-prinsip keadilan bagi struktur dasar masyarakat merupakan tujuan dari kesepakatan. Subjek utama keadilan adalah struktur dasar masyarakat, atau lebih tepatnya, cara lembaga-lembaga sosial utama mendistribusikan hak dan kewajiban fundamental serta menentukan pembagian keuntungan dari kerja sama sosial. Melalui institusi-institusi utama dapat dipahami konstitusi politik dan prinsip ekonomi serta tatanan sosial. Struktur dasar adalah subjek utama keadilan sebab efek-efeknya begitu besar dan tampak sejak awal.<sup>26</sup> Selanjutnya Rawls memandang prinsip keadilan yang disebut keadilan sebagai *fairness*, dalam hal ini posisi kesetaraan alami berkaitan dengan kondisi alam dalam teori tradisional kontrak sosial. Prinsip-prinsip keadilan di sini, dipilih dalam keadaan tanpa pengetahuan. Hal ini memastikan bahwa tak seorang pun diuntungkan atau dirugikan dalam pilihan prinsip-prinsip dengan peluang netral atau kontingensi situasi sosial, karena semuanya sama-sama disituasikan dan tak seorangpun mampu merancang prinsip-prinsip yang mendukung kondisi khususnya, prinsip keadilan adalah hasil persetujuan dan

---

<sup>26</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Diterjemahkan oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo dengan judul *Teori Keadilan*, Cetakan I, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 72.

tawar-menawar yang *fair*.<sup>27</sup>Selanjutnya Rawls menjelaskan mengenai dua prinsip keadilan, yaitu: *Pertama*, setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang; *Kedua*, adalah bahwa perbedaan/ketimpangan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa agar (a) dapat diharapkan memberikan keuntungan semua orang, dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang. Istilah perbedaan sosial-ekonomis dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidaksamaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan, dan otoritas.<sup>28</sup> Dari prinsip kedua, menunjukkan pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapatan dan otoritas. Mereka inilah yang harus diberi perlindungan khusus, akan dapat memberikan keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung. Rawls mengerjakan teori mengenai prinsip-prinsip keadilan terutama sebagai alternatif bagi teori utilitarisme sebagaimana dikemukakan Hume, Bentham dan Mill. Rawls berpendapat bahwa dalam masyarakat yang diatur menurut prinsip-prinsip utilitarisme, orang-orang akan kehilangan harga diri, lagi pula bahwa pelayanan demi perkembangan bersama akan lenyap. Rawls juga berpendapat bahwa sebenarnya teori ini lebih keras dari apa yang dianggap normal oleh masyarakat. Memang boleh jadi diminta pengorbanan demi kepentingan umum, tetapi tidak dapat dibenarkan bahwa pengorbanan ini pertama-tama diminta dari orang-orang yang sudah kurang beruntung dalam masyarakat. Menurut Rawls, situasi ketidaksamaan harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Hal ini terjadi kalau dua syarat dipenuhi. Pertama, situasi ketidaksamaan menjamin *maximum minimorum* bagi golongan orang yang paling lemah. Artinya situasi masyarakat harus sedemikian rupa sehingga dihasilkan untung yang paling tinggi yang mungkin dihasilkan bagi golongan orang-orang kecil. Kedua, ketidaksamaan diikat pada jabatan-jabatan yang terbuka bagi semua orang. Maksudnya supaya kepada semua orang diberikan peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan pedoman ini semua perbedaan antara orang berdasarkan ras, kulit, agama dan perbedaan lain yang bersifat primordial, harus ditolak. Dengan demikian, prinsip perbedaan

---

<sup>27</sup>*Ibid*, hlm. 14.

<sup>28</sup>*Ibid*, hlm. 72.

menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal: *Pertama*, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. *Kedua*, setiap aturan harus memosisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidak-adilan yang dialami kaum lemah.<sup>29</sup>

Masalah keadilan timbul dalam situasi yang oleh John Rawls<sup>30</sup> disebut *circumstance of justice* (COJ), suatu rumusan yang berasal dari David Hume. Hume sendiri menyebut COJ untuk menggambarkan bahwa keadilan baru merupakan keutamaan yang relevan (*relevant virtue*) hanya apabila terjadi kelangkaan dan orang-orang tidak spontan tergerak dalam ikatan emosional untuk mengulurkan bantuan. Prinsip keadilan Hume hanya berkaitan dengan situasi empiris transaksi antar individual, sedangkan COJ Rawls adalah *objective COJ* yaitu “situasi normal konflik klaim di bawah mana kerja sama antarmanusia mungkin dan perlu”. Maka pengertian keadilan mengandaikan dua syarat: (1) masyarakat, (2) situasi kelangkaan wajar. Pembicaraan mengenai masyarakat adil dapat dilakukan jika yang disebut masyarakat itu memang ada. Di samping itu, tidak ada masalah keadilan untuk barang-barang atau nikmat yang mudah didapat dan berlimpah-limpah.

Mengenai keadilan ini Abu Hamid Al-Ghazali<sup>31</sup> berusaha menyelaraskan, menggabungkan gagasan Yunani Kuno, Persia dan gagasan asing lain dengan tradisi Islam serta berusaha membuat keseimbangan yang dinamakan “jalan tengah” dalam konsepnya tentang keadilan. Keadilan etis dalam konsep Al-Ghazali merupakan suatu pernyataan dari kebajikan-kebajikan manusia, akan tetapi pada pokoknya berasal dari Keadilan Illahi. Standar dari keadilan etis yang memberikan petunjuk terdiri empat kebajikan yaitu sebagai berikut:

---

<sup>29</sup>*Ibid* hlm. 73-89.

<sup>30</sup>*Ibid*. hlm. 15.

<sup>31</sup> Lihat Al-Ghazali dalam Majid Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*, diterjemahkan oleh mochtar Zoerni dan Joko S. Kahlar dengan judul *Teologi Keadilan Pespektif Islam*, Risalah Gusti, Surabaya, 1999, hlm. 166-177.

- a. Kebijakan (*al-hikmah*), kualitas pikiran yang menentukan manusia membuat pilihan-pilihan. Membedakan antara yang baik dan yang buruk (jahat) serta mengekang dirinya sendiri dari perbuatan-perbuatan ekstrim di bawah tekanan-tekanan serupa, misalnya mempertahankan keseimbangan antara sikap membabi buta dan mengecoh. Keseimbangan demikian menjadi salah satu tujuan orang beriman yang dinyatakan dalam prinsip ”jalan tengah”.
- b. Keberanian (*asy-syaja'ah*), kualitas amarah dan kejengkelan (*quwwah al-ghadhabiyah*) yang dapat digambarkan sebagai bentuk keberanian moral, bukan terburu-buru dan gegabah (*tahawwur*) dan bukan pula pengecut (*jubn*), akan tetapi suatu keadaan di antara dua perbuatan ekstrim. Dengan diarahkan hukum syariat) dan akal budi, keberanian mendorong manusia untuk memimpin dirinya secara pantas, serta mengikuti jalan benar atau jalan yang lurus (*ash-shirath al-mustaqim*) serta mengabaikan jalan kejahatan. Hal ini juga menyarankan kepada manusia untuk berketetapan hati atas beberapa alasan dan belas kasih kepada yang lain.
- c. Kesederhanaan (*al-'iffah*), kualitas jalan tengah yang menentukan manusia untuk mengikuti jalan tengah (*moderat*) antara dua perbuatan ekstrim, misalnya loba dan antipati, bersikap jujur kepada orang lain dan moderat dalam jalan kehidupannya. Dengan kata lain, ia merupakan suatu gambaran tentang ”jalan emas”
- d. Keadilan (*al-'adl*), yang tidak saja merupakan kebajikan, tetapi ”keseluruhan dari kebajikan-kebajikan”. Keadilan merupakan kesempurnaan dari segala kebajikan, yang berdiri atas **ekuilibrium (keadaan seimbang)** dan sikap moderat dalam tingkah laku pribadi dan urusan-urusan publik. Yang terpenting, keadilan merupakan sikap kewajaran (*inshaf*) yang mendorong manusia untuk menempuh apa yang digambarkan sebagai **jalan keadilan**. Jalan Keadilan menurut Al-Ghazali adalah jalan yang benar (*ash-shirath al-mustaqim*), berdasar atas mana manusia mencapai kebahagiaan di dunia dan Akhirat kelak.

Tidaklah salah apabila orang berharap banyak terhadap hukum, karena negara ini memang negara yang berdasarkan hukum.<sup>32</sup> Demikian juga tidak salah apabila orang mendambakan keadilan dalam penyelesaian perkara di pengadilan. Para pencari keadilan (*justiciabellen*) tentu mendambakan perkara-perkara yang diajukan ke pengadilan dapat diputus oleh hakim-hakim

---

<sup>32</sup> Satjipto rahardjo, *Hukum di Indonesia*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2009, hlm. 55.

yang profesional dan memiliki integritas moral yang tinggi, sehingga dapat melahirkan putusan-putusan yang tidak saja mengandung *legal justice*, tetapi juga berdimensi *moral justice*, dan *social justice*.<sup>33</sup> Kehadiran moral dalam hukum dilambangkan oleh "keadilan", yang dikenal sehari-hari melalui pengadilan, *court of justice*, *chief justice*, dan sebagainya.<sup>34</sup> Keadilan yang didambakan masyarakat, tentu bukan sekedar keadilan formal, tetapi keadilan substansial, bukan hanya berdimensi material, tetapi juga moral religius. Oleh karena itu, penegak hukum termasuk di pengadilan harus menjadikan keadilan sebagai titik awal dan akhir dalam menegakkan hukum.

## **B. Penegakan Hukum Oleh Hakim Berpilar Pancasila Sebagai Dasar Negara dan Falsafah Bangsa**

Mengingat bahwa Indonesia adalah Negara yang berdasar atas hukum (*rechtstaat*), maka setiap kegiatan mendasarkan pada hukum. Dua hal yang perlu dipadukan dalam pembangunan hukum, adalah tentang hubungan antara hukum dan masyarakat, yaitu pemaduan antara hukum sebagai alat perubahan masyarakat dan hukum sebagai cermin keadaan masyarakat. Pada awal 1970-an, saat program pembangunan nasional mulai lebih terencana dan pembangunan hukum harus juga dimasukkan di dalam GBHN, wacana tentang hukum sebagai alat atau sebagai cermin ini cukup meluas. Mochtar Kusumaatmaja mengemukakan bahwa sebenarnya jika hubungan antara dua konsep itu dilihat sebagai pertentangan, maka sebenarnya ia merupakan pertentangan antara legisme (termasuk positivism) dan aliran mazab sejarah. Aliran legisme menghendaki bahwa pembuatan hukum dapat begitu saja dilakukan dengan undang-undang, sedangkan aliran mazab sejarah menentang penyamaan hukum dengan undang-undang, sebab hukum itu tidak mungkin dibuat melainkan harus tumbuh dari kesadaran hukum masyarakatnya.<sup>35</sup> Pertentangan ini tidak perlu diteruskan, melainkan harus dipertemukan dalam keseimbangan antara keduanya yaitu hukum sebagai alat dan sebagai cermin budaya masyarakat; juga antara hukum sebagai alat untuk menegakkan ketertiban yang sifatnya konservatif (memelihara) dan hukum

---

<sup>33</sup> Bambang Sutiyoso, *Op.Cit*, hlm. 6

<sup>34</sup> Satjipto Rahardjo, *Op.cit*, 2009, hlm. 55.

<sup>35</sup> Mochtar Kusumaatmaja dalam Moh.Mahfud MD., *Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional*, Makalah Seminar Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen, BPHN, Jakarta, 29-31 Mei 2006, hlm. 10.

sebagai alat untuk membangun (mengarahkan) masyarakat agar menjadi lebih maju.<sup>36</sup>

Brian Z. Tamanaha<sup>37</sup> mengatakan bahwa hukum dan masyarakat memiliki bingkai yang disebut “*The Law-Society Framework*” yang memiliki karakteristik hubungan tertentu. Hubungan tersebut ditunjukkan dengan dua komponen dasar. Komponen pertama terdiri dari dua tema pokok yaitu ide yang menyatakan bahwa hukum adalah cermin masyarakat dan ide bahwa fungsi hukum adalah untuk mempertahankan “*social order*”. Komponen kedua terdiri dari tiga elemen, yaitu: *custom/consent*; *morality/reason*; dan *positive law*. *Custom/consent* and *morality/reason* dapat dipahami dalam pemikiran Donald Black sebagai *culture*<sup>38</sup>. Teori cermin (*the Mirror Theory*), menggambarkan bahwa hukum dalam suatu masyarakat merupakan pencerminan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat tersebut.

Pancasila sebagai falsafah/filsafat negara, di dalamnya terkandung nilai-nilai luhur bangsa Indonesia, yang wajib diterapkan dalam pembangunan termasuk pembangunan di bidang hukum.<sup>39</sup> Nilai-nilai Pancasila sebagaimana dinyatakan dalam Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966, pada hakikatnya adalah pandangan hidup, kesadaran, dan cita hukum serta cita-cita moral luhur yang meliputi suasana kejiwaan, serta watak bangsa Indonesia yang pada tanggal 18 Agustus 1945 telah dimurnikan dan dipadatkan oleh PPKI menjadi dasar negara Republik Indonesia.

Menurut Hamid S. Attamimi, dalam kedudukannya sebagai dasar dan ideologi negara, maka Pancasila harus dijadikan paradigma (kerangka berpikir, sumber nilai, dan orientasi arah) dalam pembangunan hukum, termasuk semua upaya pembaruannya. Pancasila sebagai dasar negara memang berkonotasi yuridis dalam arti melahirkan berbagai peraturan perundangan yang tersusun secara hierarkis dan bersumber darinya, sedangkan Pancasila sebagai ideologi dapat dikonotasikan sebagai program

---

<sup>36</sup>Lihat Mochtar Kusumaatmaja, *Op.Cit.*

<sup>37</sup>Brian Z. Tamanaha, A-, *General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York, 2006, hlm. 1-2.

<sup>38</sup>Donald Black, *The Behavior of Law*, Academic Press, New York, 1976, hlm. 61.

<sup>39</sup>Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1999, hlm. 227.

sosial politik tempat hukum menjadi salah satu alatnya dan karenanya juga harus bersumber dari Pancasila.<sup>40</sup>

Pancasila yang tergolong nilai kerohanian, di dalamnya terkandung nilai-nilai lain secara lengkap dan harmonis, baik nilai material, vital, kebenaran (kenyataan), estetis, etis, maupun nilai religius, yang dapat dibuktikan dari 5 (lima) sila Pancasila. Nilai-nilai Pancasila juga mempunyai sifat objektif dan subjektif sekaligus. Objektif berarti sesuai dengan objeknya, umum, dan universal. Subjektif berarti, keberadaan nilai-nilai itu tergantung pada bangsa Indonesia sendiri.<sup>41</sup> Dalam hal ini Pancasila timbul dari bangsa Indonesia, merupakan filsafat (pandangan hidup) bangsa Indonesia, yang diyakini bangsa Indonesia sebagai petunjuk dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.

Di samping Pancasila sebagai falsafah negara, Pancasila menjadi dasar negara Indonesia. Pancasila menjadi sumber dari segala sumber hukum, sehingga Pancasila menjadi ukuran dalam menilai hukum kita. Kedudukan Pancasila dalam hal ini berkedudukan sebagai *Grundnorm*. Ajaran *Grundnorm*<sup>42</sup> dipahami dalam dua pengertian yaitu *Grundnorm* dalam pengertian Hans Kelsen dan *Grundnorm* dalam pengertian yang lain yaitu dalam ajaran asalnya sumber hukum. Pertama, *Grundnorm* dalam pengertian Kelsen. Menurut Kelsen, pengertian *Grundnorm* dapat dikualifikasi ke dalam empat indikator, yaitu:

a. *Grundnorm* adalah sesuatu yang abstrak, diasumsikan, tidak tertulis, dan mempunyai daya keberlakuan secara universal.

---

<sup>40</sup> Hamid Attamimi dalam Moh. Mahfudz MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, Penerbit Pustaka LP3ES Indonesia, 2006, hlm. 52. Menurut A.W. Widjaya Pancasila sebagai filsafat Negara masih bersifat abstrak. Untuk mengkonkritkannya ke dalam realitas konkret maka diperlukan konsep operasionalnya yaitu ideologi Pancasila yang menggariskan hal-hal yang bersifat praktis/pragmatis. Fungsi ideologi Pancasila adalah pembaharuan masyarakat (reformasi sosial) menuju masyarakat yang mengutamakan nilai-nilai moral. Sebagai suatu sistem nilai, Pancasila mempunyai kedudukan (status) yang tetap dan masing-masing sila tidak dapat dipisahkan dengan sila-sila lainnya. Karena keterikatan antar sila ini maka Pancasila merupakan nilai kriteria (inti), dengan segala sesuatu penilaian dapat dikembalikan kepada nilai inti sebagai batu uji. Materialisasi nilai inti tersebut dapat dijumpai dalam hukum tertulis maupun tidak tertulis. Lihat A.W. Widjaja, *Perkuliahan Pancasila Pada Perguruan Tinggi*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1985, hlm. 126-127

<sup>41</sup> Dardji Darmodiharjo dan Shidarta, *Op. Cit.*, hlm. 230.

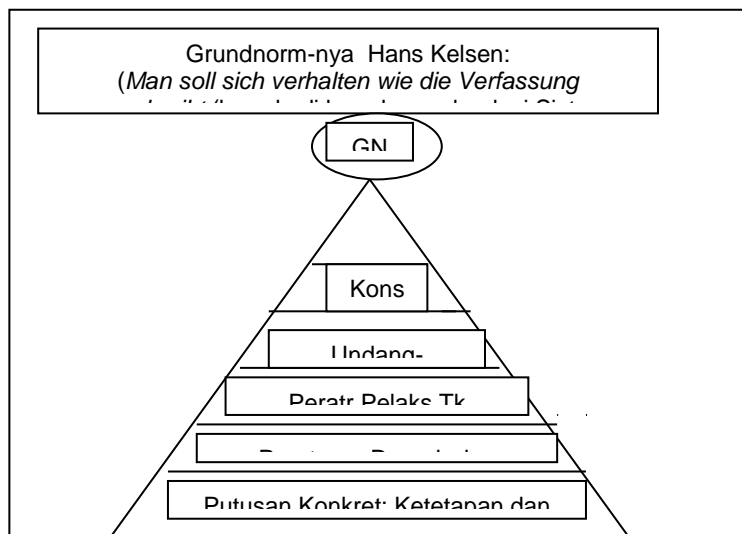
<sup>42</sup> Jazim Hamidi, *Kedudukan Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Jurnal Konstitusi, Vol. 3, Nomor 1, Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, Pebruari 2006, hlm. 103.

- b. Ia tidak *gesetzt* (ditetapkan), melainkan *vorausgesetzt* (diasumsikan) adanya oleh akal budi manusia.
- c. Ia tidak masuk ke dalam tatanan hukum positif, ia berada di luar namun menjadi landasan keberlakuan tertinggi bagi tatanan hukum positif. Ia *meta juristic* sifatnya.
- d. Seyogyanya seseorang menaati atau berperilaku seperti yang ditetapkan oleh konstitusi.

Kedua, *Grundnorm* dalam pengertian yang lain yaitu dalam kaitan dengan ajaran "asalnya sumber hukum". Dalam konteks ini, *Grundnorm* itu merupakan sumber berlakunya hukum yang tertinggi dan terakhir (*source of the sources*). Ia memberikan pertanggungjawaban mengapa hukum itu harus dilaksanakan. Meskipun, ketidakpatuhan terhadapnya tidak terdapat sanksi. Ia diterima masyarakat secara aksiomatis. Kata *norm* dalam terminologi *Grundnorm* itu menunjuk pada suatu norma yang bersifat umum, seperti norma agama, susila, sopan santun, hukum, dan norma-norma yang lain.

Dari pengertian *Grundnorm* pertama maupun pengertian kedua tampak jelas bahwa Pancasila dapat dikualifikasikan secara penuh sebagai *Grundnorm*. Pancasila memenuhi keempat persyaratan kualifikasi *Grundnorm* dalam pengertian yang pertama begitu pula dalam pengertian yang kedua. Melalui pengertian *Grundnorm* dalam konsepsi Hans Kelsen, berikut ini dilukiskan kedudukan hukum Pancasila dalam bentuk diagram/gambar.

Kedudukan Hukum Pancasila Perspektif Grundnorm Kelsen.



Hal yang perlu diperhatikan dalam *Stufenbautheorie* adalah bahwa keseluruhan hukum positif itu tersusun dalam sebuah hierarki logikal. Struktur logikal ini memiliki bentuk sebuah piramida yang terdiri atas sejumlah tataran bertingkat/berlapis. Kaidah-kaidah konstitusi<sup>43</sup> mewujudkan tataran tertinggi, dan kaidah-kaidah dimaksud tidak banyak. Di bawahnya terdapat kaidah-kaidah hukum yang secara langsung timbul dari konstitusi seperti undang-undang dalam arti formal. Kaidah-kaidah ini jumlahnya jauh lebih banyak dibanding kaidah-kaidah konstitusi. Di bawahnya terdapat kaidah-kaidah hukum individual, yakni kaidah-kaidah hukum yang memberikan hak atau membebaskan kewajiban kepada subjek hukum tertentu. Mereka adalah ketetapan-ketetapan pemerintah, putusan-putusan hakim dan hak-hak serta kewajiban-kewajiban keperdataan. Pada akhirnya, keberlakuan dari semua kaidah hukum yang termasuk ke dalam sebuah tataran hukum sistem piramidal tersebut berasal dari konstitusi. Konstitusi sendiri sebagai norma hukum tertinggi dalam suatu negara memperoleh keberlakuannya atau landasan keberlakuannya dari *Grundnorm*, sedangkan *Grundnorm* adalah landasan keberlakuan tertinggi dari sebuah tataran hukum, namun ia bukan sebuah kaidah hukum positif, ia bersifat *meta juristik*.<sup>44</sup>Berdasarkan pola pikir demikianlah dapat diuji mengenai konsistensi antara peraturan perundang-undangan yang satu (lebih rendah) terhadap peraturan perundang-undangan

---

<sup>43</sup> Konstitusi (undang-undang Dasar) adalah suatu alam pikiran yang menjelajahi sekalian ranah kehidupan manusia, baik sosial, kultural, politik, ekonomi maupun lainnya. Undang-undang Dasar dapat dikatakan sebagai pikiran bangsa ini tentang bagaimana suatu kehidupan baru akan disusun dan dijalankan, sejak kelahiran bangsa dan Negara Indonesia. Membaca Undang-undang Dasar tidak bisa hanya dengan membaca teks, tetapi harus membacanya secara filosofi, atau yang disebut oleh Ronald Dworkin (1996) sebagai *moral reading*. Undang-undang Dasar bukan hanya dokumen hukum tertulis, tetapi merupakan suatu perjanjian khidmat (*solemn pledge*) yang dibuat oleh bangsa Indonesia, sehingga lebih merupakan dokumen rohani daripada teks hukum, tidak kuantitatif tetapi kualitatif, tidak konkret tetapi umum (*general*). Pada umumnya dikatakan bahwa Undang-undang Dasar sebagai sumber dari perundang-undangan organik, yaitu induk hukum yang melahirkan hukum positif Indonesia, namun menurut Satjipto Rahardjo, seyogyanya Undang-undang Dasar dipandang sebagai Undang-undang Dasar sumber asas umum atau moral. Lihat Satjipto Rahardjo, *Mendududukkan Undang-undang Dasar, Suatu Pembahasan dan Optik Ilmu Hukum Umum*, Cetakan I, Badan Penerbit Universitas Diponegoro Semarang, 2007, hlm. 31-35. Fungsi Undang-undang Dasar adalah sebagai landasan kehidupan berbangsa dan bernegara serta memberikan panduan bagi kehidupan tersebut. Undang-undang Dasar sebagai *general jurisprudence*, sebagai suatu tipe perundang-undangan yang memberikan perspektif dan panduan (*guidance*) terhadap perundang-undangan yang disebut hukum positif. *Satipto Rahardjo, Ibid*, hlm. 55,82.

<sup>44</sup> Jazim Hamidi, *Op. Cit.*, hlm. 113.

lainnya (lebih tinggi) baik melalui *judicial review* oleh Mahkamah Agung (MA) maupun oleh Mahkamah Konstitusi (MK).

Pada setiap negara selalu terdapat asas atau norma tertinggi sebagai asas, norma yang menjadi sumber bagi semua asas hukum, norma hukum, dan hukum yang berlaku di negara yang bersangkutan, yang disebut dengan *Grundnorm*.<sup>45</sup> *Grundnorm* yang dimiliki Indonesia adalah Pancasila yang pada dasarnya memiliki multifungsi bagi bangsa Indonesia antara lain berfungsi sebagai pandangan hidup, ideologi bangsa dan dasar negara.

Pada tahun 1945 dalam Pembukaan UUD 1945 dirumuskan Pancasila oleh para pendiri negara (*founding fathers*). Dicantumkannya Pancasila di dalam Pembukaan UUD 1945 sama artinya dengan secara yuridis konstitusional Pancasila ditetapkan sebagai dasar negara Indonesia, sebagai sumber tertib hukum. Sebagai konsekuensi logis atas fungsi Pancasila sebagai Dasar Negara adalah semua peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia harus bersumber pada Pancasila, harus merupakan perwujudan Pancasila dengan karakter hukumnya.

Sejak lahirnya Negara Republik Indonesia serta ditetapkannya UUD 1945 sebagai konstitusinya, terbentuk pula sistem norma hukum Negara Republik Indonesia. Apabila dipelajari Teori Jenjang Norma (*stufentheorie*) dari Hans Kelsen sebagaimana tersebut di muka akan diperoleh pemahaman mengenai cerminan sistem tersebut ke dalam Sistem Norma Hukum Republik Indonesia. Dalam Sistem Norma Hukum ini, norma-norma hukum yang berlaku berada dalam suatu sistem berlapis-lapis dan berjenjang sekaligus berkelompok-kelompok. Suatu norma selalu berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi; dan norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai suatu norma dasar negara (*staatsfundamentalnorm*)<sup>46</sup> Republik Indonesia, yaitu Pembukaan UUD 1945.

---

<sup>45</sup> Pendapat Paton, sebagaimana dikutip oleh Moempoeni Moelatiningsih, *Pidato Pengukuhan Guru Besar Hukum Tata Negara pada Fakultas Hukum UNDIP*, Semarang, 16 Desember 2003, hlm.14-16.

<sup>46</sup> Pengertian *Staatsfundamentalnorm* dalam perspektif Nawiasky dapat dirumuskan ke dalam beberapa indikator, yaitu: (1) *Staatsfundamentalnorm* itu merupakan bagian dari tata hukum positif dan ia menempati norma hukum yang tertinggi dalam suatu negara; (2) Ia merupakan suatu norma yang menjadi dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar; (3) Maksud *norm* dalam *Staatsfundamentalnorm* adalah norma yang bersifat khusus yaitu norma hukum dalam kerangka hierarki peraturan perundang-undangan; (4) Ia adalah norma

Secara formal, hierarki logikal peraturan perundang-undangan nasional dapat ditemukan dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 10 Tahun 2004 tentang "Pembentukan Peraturan Perundang-undangan", yakni terdiri atas:

- (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945;
- (2) Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- (3) Peraturan Pemerintah;
- (4) Peraturan Presiden;

Pancasila sebagai falsafah negara maupun dasar negara Indonesia, membawa konsekuensi bahwa dalam segala peraturan perundang-undangan, pelaksanaan dan penegakannya seharusnya mendasarkan pada Pancasila.

### C. Hakim Memutus Perkara Berbasis Nilai Keadilan

Nilai<sup>47</sup> keadilan bersama nilai-nilai dasar Pancasila lainnya merupakan salah satu nilai yang dijadikan tujuan dari sebuah sistem nilai. Bagi bangsa Indonesia, nilai-nilai Pancasila ditempatkan sebagai nilai dasar. Pancasila memiliki nilai-nilai dasar yang bersifat universal dan tetap. Nilai-nilai itu tersusun secara hirarkis dan piramidal. Substansi Pancasila dengan kelima silanya yang terdapat pada ketuhanan, kemanusiaan, persatuan, kerakyatan serta keadilan sosial merupakan suatu sistem nilai. Prinsip dasar yang mengandung kualitas tertentu itu merupakan cita-cita dan harapan atau hal yang akan dicapai oleh bangsa Indonesia yang akan diwujudkan menjadi kenyataan kongkrit baik dalam bidang kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.<sup>48</sup> Bila ditinjau dari stratifikasi<sup>49</sup> nilai dasar Pancasila, nilai

---

hukum yang berbentuk tertulis; (5) Nilai validitas atau keabsahannya sudah jelas, karena ia ditetapkan oleh lembaga yang berwenang. Lihat Jazim Hamidi, Kedudukan Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia, *Jurnal Konstitusi, Volume 3, Nomor 1, Pebruari 2006*, MK RI, Jakarta, hlm. 108.

<sup>47</sup> Nilai atau *valere* artinya: kuat, baik, berharga. Nilai menyangkut penilaian. Nilai suatu hal sangat ditentukan hasil interaksi antara subjek yang menilai dan objek yang dinilai. Lihat, Bambang Daroeso, *Dasar dan Konsep Pendidikan Moral Pancasila*, Aneka Ilmu, Semarang, 1989, hlm. 19. Konstruksi nilai tidak mendapat konsensus tentang definisinya ialah karena konstruksi nilai lebih abstrak dan bertingkat lebih tinggi dari pada sikap dan karena itu lebih sulit untuk dikonsepsikan secara jelas. Lihat, Daniel J. Muller, *Mengukur Sikap-sikap Sosial*, Alih Bahasa oleh Cecep Syarifuddin dkk, Penerbit FISIP Press Universitas Pasundan, Bandung, 1990, hlm. 5.

<sup>48</sup> Kaelan, *Pendidikan Pancasila*, Paradigma, Yogyakarta, 2003, hlm. 70-71.

<sup>49</sup> Max Scheler mengemukakan bahwa nilai yang ada tidak sama luhurnya dan tidak sama tingginya. Menurut tingginya rendahnya nilai dapat digolongkan menjadi empat tingkatan,

keadilan sosial merupakan nilai puncak piramida dari sistem nilai Pancasila. Menurut Notonagoro, nilai-nilai Pancasila termasuk nilai kerohanian, tetapi nilai kerohanian yang mengakui nilai material dan nilai vital. Nilai sila pertama yaitu ketuhanan sebagai basisnya dan keadilan sosial sebagai tujuannya.<sup>50</sup>

Keadilan memiliki beraneka ragam makna dan keragaman makna tersebut telah menyebabkan keragaman dalam pendefinisinya sebagaimana telah disebutkan di muka. Sebenarnya, dalam tradisi ilmu-ilmu sosial, sudah banyak refleksi tentang makna keadilan sosial<sup>51</sup>, dan kiranya para *founding fathers* republik ini pun mendasarkan gagasan dan cita-cita mereka pada gagasan yang dikatakan universal itu. Meski begitu masih banyak orang mengartikan keadilan sosial sekedar keadilan distributif, padahal, ada perbedaan cukup mendasar antara keadilan sosial dengan keadilan distributif. Kalau keadilan distributif lebih banyak diartikan sebagai keadilan dalam ‘pembagian harta’ masyarakat kepada individu atau kelompok, keadilan sosial dalam arti luas, adalah sebuah keadaan yang memungkinkan setiap individu dan kelompok dalam masyarakat dapat berkembang maksimal. Dalam keadilan distributif tekanan pada individu sangat dominan, sedangkan dalam keadilan sosial tekanan individu diletakkan dalam dimensi sosial atau komunalnya. Masalah pokok keadilan sosial adalah pembagian (distribusi) nikmat dan beban dalam masyarakat yang oleh Brian Barry dirangkum dalam

---

yaitu: (1) Nilai kenikmatan (erat dengan indera manusia); (2) Nilai kehidupan (misal kesehatan); (3) Nilai kejiwaan (kebenaran, keindahan); dan (4) Nilai kerohanian (nilai-nilai pribadi moral). Lihat, Driyarkara, *Percikan Filsafat*, Pembangunan Nasional, Jakarta, 1978. Menurut Notonagoro, nilai dibagi menjadi tiga macam, yaitu: (1) Nilai material (untuk jasmani manusia); (2) Nilai vital (untuk aktivitas: kesehatan); dan Nilai kerohanian yang terdiri dari empat tingkatan yaitu: pertama nilai kebenaran, kedua nilai keindahan, ketiga nilai kebaikan dan keempat adalah nilai religius. Lihat, Notonagoro, *Pancasila Secara Ilmiah Populer*, Pantjuran Tujuh, Jakarta, 1975. Lihat juga dalam Kaelan, *Filsafat Pancasila: Pandangan Hidup Bangsa*, Paradigma, Yogyakarta, 2002, hlm. 124-125.

<sup>50</sup> Lihat Darji Darmodiharjo, *Santiaji Pancasila*, Usaha Nasional, Jakarta, 1979.

<sup>51</sup> Keadilan sosial memiliki hubungan yang sangat erat dengan kesejahteraan sosial. Dalam UUD 1945, Kesejahteraan Sosial diatur dalam Pasal 33 dan 34. Dapat dikatakan bahwa kesejahteraan sosial menyangkut pemenuhan kebutuhan materiil yang harus diatur dalam organisasi dan system ekonomi yang berdasarkan kekeluargaan. Kesejahteraan sosial adalah *sarana materiil* yang harus dipenuhi untuk mencapai rasa aman dan tenteram yang disebut keadilan sosial. Sedangkan keadilan sosial merupakan *tujuan yang lebih tinggi* daripada sekedar kesejahteraan. Lihat, Mubyarto, *Sistem dan Moral Ekonomi Pancasila*, LP3ES, Jakarta, 1988. Pengetian lebih detail tentang kesejahteraan sosial dapat dikaji dalam Muhammad Suud, *3 Orientasi Kesejahteraan Sosial*, Perpustakaan Nasional, Jakarta, 2006, hlm 1-18.

tiga kelompok yaitu: (1) ekonomi (uang); (2) politik (kuasa); dan sosial (status).<sup>52</sup> Marxisme memandang keadilan bukan dari aspek distribusinya tetapi dari aspek produksi. Distribusi masih dapat diatur dan diperbaiki (fiskal progresif, misalnya), tetapi selama produksi berada di tangan kapitalis, selama itu pula ada masalah dengan keadilan.<sup>53</sup>

Struktur masyarakat Indonesia ditandai oleh dua cirinya yang bersifat unik, yaitu secara horizontal dan secara vertikal. Secara horizontal, ia ditandai dengan kenyataan adanya kesatuan-kesatuan sosial berdasarkan perbedaan suku-suku, agama, adat dan kedaerahan. Masyarakat Indonesia oleh Furnivall<sup>54</sup> disebut sebagai masyarakat majemuk (*plural societies*). Secara vertikal, struktur masyarakat Indonesia ditandai oleh adanya perbedaan-perbedaan vertikal berupa lapisan atas dan lapisan bawah, agraris dan industri. Oleh karena karakteristik tersebut, maka perkembangan kehidupan masyarakat juga tidak dapat serempak. Di satu sisi sebagian masyarakat masih berkuat di bidang agraris, di sisi lain sebagian sudah melangkah ke dunia industri bahkan sebagian lagi sudah berada pada taraf dunia informasi. Fred W. Riggs menyebut masyarakat seperti ini sebagai masyarakat prismatic (*prismatic society*).<sup>55</sup>

Kondisi masyarakat yang plural dan prismatic tersebut harus disikapi dengan arif agar bangsa Indonesia dapat menjadi *survival of the fittes* di dunia internasional dalam era globalisasi. Dalam kondisi demikian, sistem yang diharapkan mampu mengantisipasi berbagai perubahan sosial adalah sistem hukum. Hukum tampil sebagai kekuatan untuk mengatur (*regulative*) dan melakukan *integrasi (law as an integrative mechanism)*<sup>56</sup> sebagaimana dikemukakan oleh Harry C. Bredemeier.

Dalam praktik penegakan hukum di Indonesia, para penegak hukum termasuk hakim, sudah menggunakan aturan main dalam menjalankan tugasnya, dalam hal ini menggunakan berbagai peraturan hukum untuk bahan

---

<sup>52</sup> Brian Barry, *Theories of Justice*, Harvester-Wheatsheaf, London, 1989, Vol. I, hlm. 146.

<sup>53</sup> Bur Rasuanto, *Keadilan Sosial (Pandangan Deontologis Rawls dan Habermas)*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005, hlm. 14.

<sup>54</sup> Nasikun, *Sebuah Pendekatan Untuk Mempelajari Sistem Sosial Indonesia*, Fakultas Ilmu Sosial dan Politik UGM, Yogyakarta, 1974, hlm. 31.

<sup>55</sup> Ronny Hanitjo Soemitro, *Studi Hukum dan Masyarakat*, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 80.

<sup>56</sup> Konsep tentang fungsi hukum sebagai mekanisme pengintegrasian dapat disimak melalui tulisan Harry C. Bredemeier yang berjudul "*Law as an Integrative Mechanism*" dalam Vilhelm Aubert, *Sociology of Law*, Middlesex, Penguin Books, 1973), hlm. 52-67, sebagaimana diterjemahkan oleh Soetandyo Wignyosoebroto, 1976, Tidak Diterbitkan.

pertimbangan dalam pengambilan keputusan. Mengapa masih banyak masyarakat yang tidak puas dengan penegakan hukum di Indonesia? Bahkan banyak masyarakat yang sudah tidak percaya lagi dengan penegakan hukum yang dilakukan oleh para penegak hukum, yang kadang menimbulkan sikap anarkhis, main hakim sendiri dari sekelompok masyarakat. Salah satu penyebabnya adalah karena tidak terpenuhinya nilai keadilan, terutama keadilan masyarakat (*social justice*). Hakim belum sungguh-sungguh menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat dengan alasan terikat dengan aturan hukum formal yang sebenarnya kaku bahkan dalam beberapa hal justru menyimpang.

Peran pengadilan dari waktu ke waktu selalu berubah. Hal ini tentu juga berpengaruh pada peran hakim sebagai orang yang berwenang memberikan putusan terhadap perkara yang diajukan ke pengadilan. Dari abad 19-20 dapat disaksikan secara pelan-pelan terjadinya perubahan dari peran pengadilan sebagai institusi hukum yang sempit dan terisolasi menjadi pengadilan (untuk) rakyat. Pengadilan yang terisolasi ini juga dinyatakan dalam ungkapan pengadilan sebagai corong undang-undang, tidak lebih dan tidak kurang. Memang semangat liberal dan legalisme-positivistik yang sangat kuat pada abad ke-19 itu memberikan landasan teori bagi munculnya pengadilan yang terisolasi dari dinamika masyarakat dimana pengadilan berada. Isolasi tersebut juga mengundang asosiasi ke arah kediktatoran pengadilan (*judicial dictatorship*)<sup>57</sup>. Hakim dalam memutus perkara semata-mata dengan mengingat apa yang menurut tafsirannya dikehendaki oleh hukum tanpa harus melibatkan ke dalam atau mendengarkan dinamika masyarakat tersebut. Oleh karena itu menjadikan pengadilan menjadi terisolasi dari keseluruhan kehidupan masyarakat dan menjadi benda asing dalam tubuh masyarakat tersebut. Menurut Satjipto Rahardjo<sup>58</sup>, praksis hukum selama ini mengikuti cara menegakkan hukum menurut bunyi teks (*black letter law*) yang hanya menurut kata-kata dan kalimat dalam teks. Dengan demikian, praksis abad-19 masih menguasai pemikiran sampai saat ini.

Sementara itu, dinamika masyarakat menampilkan pengorganisasian baru, seperti perkembangan demokrasi dan bangkitnya kekuatan-kekuatan baru dalam masyarakat, seperti buruh, yang mengubah peta sosial dan politik

---

<sup>57</sup> Satjipto Rahardjo, 2008, *Op.Cit.*, hal. 38.

<sup>58</sup> Satjipto Rahardjo, *Lapisan-lapisan dalam Studi Hukum*, Cetakan Pertama, Bayumedia Publishing, 2009, hal. 55

secara mendalam. Kalau pada abad ke-19, hukum liberal lebih banyak dikaitkan dengan kaum borjuis, maka menjelang dan memasuki abad ke-20 kata kuncinya adalah rakyat. Naiknya peran dan partisipasi rakyat ini ternyata tidak dengan mudah diakomodasikan oleh institusi hukum, termasuk pengadilan. Seharusnya pengadilan mengubah perannya tidak lagi sebagai corong undang-undang, tetapi pengadilan yang mewakili dan mendengarkan suara rakyat. Bahkan dikatakan bahwa pengadilan hendaknya mampu menyuarakan mereka atau golongan-golongan yang *unrepresented* dan *under-represented*.<sup>59</sup>

Menurut Satjipto Rahardjo<sup>60</sup>, sekarang mestinya hukum diproyeksikan terhadap gagasan dan pemahaman yang baru, yaitu menukik sampai pada kedalaman makna hukum. *Pertama*, para penegak hukum, dimana pun posisi mereka, mengidentifikasi diri mereka sebagai kaum *vigilantes*, orang-orang yang berjihad dalam hukum. Mereka tidak hanya membaca undang-undang tetapi diresapi dengan semangat untuk meluapkan keluar makna undang-undang yang ingin menyejahterakan rakyat. Dengan demikian diperlukan predisposisi progresif dari para penegak hukum. *Kedua*, kesadaran dan keyakinan bahwa hukum menginginkan yang baik terjadi pada rakyat dan masyarakat. Hukum bukan semata-mata sederetan kata-kata dan kalimat, tetapi merupakan pesan (*message*) yang membutuhkan realisasi. Selanjutnya, Satjipto Rahardjo<sup>61</sup> mengemukakan bahwa para penegak hukum yang berjihad untuk memunculkan kekuatan hukum akan senantiasa memeras dan mendorong kata-kata dari teks hukum sampai ke titik paling jauh (*ultimate*) sehingga kekuatan hukum keluar dari persembunyiannya. Pengadilan tidak lagi semata-mata menjadi tempat untuk menerapkan undang-undang, melainkan menjadi tempat untuk menguji undang-undang. Hakim bukan lagi *les bouches, qui prononcent les paroles de la loi* (mulut yang mengucapkan kata-kata undang-undang), melainkan seorang *vigilante* atau *mujtahid*.

Lebih lanjut Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa dalam hal hakim memutus perkara dengan menggali nilai-nilai yang ada dalam kehidupan masyarakat, maka akan lebih dapat memberikan rasa keadilan bagi masyarakat, karena pada prinsipnya hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya manusia untuk hukum. Dengan demikian ketika masyarakat

---

<sup>59</sup>*Ibid*, hal. 38-39

<sup>60</sup> Satjipto Rahardjo, 2009, *Op. Cit.* hal. 55

<sup>61</sup>*Ibid*, hal. 56

berubah, maka hakim dalam penegakan hukum juga harus mengikuti perkembangan yang terjadi dalam dinamika kehidupan masyarakat. Pengadilan bukanlah institusi hukum yang steril, yang hanya berurusan dengan pengongkretan undang-undang, melainkan memiliki jangkauan yang lebih luas. Pengadilan sudah menjadi institusi sosial yang peka terhadap dinamika perkembangan masyarakat. Pengadilan sarat dengan pikiran keadilan, pembelaan rakyat dan nasib bangsanya. Ternyata pengadilan juga berhati nurani (*conscience of the court*). Hakim sebagai penegak hukum di pengadilan harus benar-benar memperhatikan dinamika masyarakat. Hakim berhati nurani dalam memutus perkara, sehingga benar-benar bisa memberikan keadilan bagi masyarakat.

Bentuk pekerjaan hakim dalam peradilan, khususnya dipandang dari sudut sosiologis merupakan proses sosial yang lebih besar. Lembaga kehakiman dilihat sebagai bagian atau kelanjutan dari pikiran-pikiran dan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Oleh karena itu, dalam menjalankan peranannya, hakim merupakan:

1. Pengemban nilai-nilai yang dihayati masyarakat;
2. Hasil pembinaan masyarakat atau yang lazim disebut sosialisasi;
3. Sasaran pengaruh lingkungan.<sup>62</sup>

Dalam Pasal angka 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.

Dari pasal tersebut dapat dilihat bahwa kekuasaan kehakiman adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan, bukan menegakkan undang-undang. Jadi yang dikehendaki bukanlah hakim sebagai corong undang-undang. Dengan demikian, hakim sebagai unsur sentral penegakan hukum di pengadilan tidak hanya terikat pada peraturan perundang-undangan formal, tetapi terikat pada tujuan untuk menegakkan hukum dan keadilan. Kata merdeka dimaksudkan bahwa hakim memutus perkara bebas, dalam hal ini adalah suatu kebebasan yang bertanggung jawab. Suatu kebebasan yang

---

<sup>62</sup> Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, hlm. 92.

mendasarkan pada nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila dan UUD 1945 yang bertujuan untuk menegakkan hukum dan keadilan. Hukum tidak identik dengan undang-undang. Penegakan hukum juga tidak identik dengan keadilan. Untuk dapat mewujudkan keadilan yang didambakan oleh para pencari keadilan serta masyarakat pada umumnya, maka hakim harus benar-benar dapat menggali dan menemukan hukum yang ada di dalam masyarakat, dengan berbagai metode penemuan hukum.

Keadilan dalam hal ini merupakan keadilan sebagaimana dikemukakan oleh Al-Ghazali<sup>63</sup> di muka yaitu merupakan kesempurnaan dari segala kebajikan, yang berdiri atas ekuilibrium (keadaan seimbang) dan sikap moderat dalam tingkah laku pribadi dan urusan-urusan publik. Yang terpenting, keadilan merupakan sikap kewajaran (*inshaf*) yang mendorong manusia untuk menempuh apa yang digambarkan sebagai jalan keadilan. Jalan Keadilan menurut Al-Ghazali adalah jalan yang benar (*ash-shirath al-mustaqim*), berdasar atas mana manusia mencapai kebahagiaan di dunia dan Akhirat kelak.

Dengan mendasarkan pada pandangan Al-Ghazali ini, Esmi Warassih berpendapat bahwa keadilan hendaknya memiliki arti yang sempurna karena keadilan tidak hanya menyangkut pembagian sumber daya saja tetapi harus merujuk pada persoalan akhlak. Hukum (termasuk dalam penegakan hukum oleh hakim) hendaknya mengandung unsur material maupun spiritual, karena mewujudkan keadilan tanpa bimbingan kerohanian akan melanggar prinsip-prinsip kemanusiaan (contoh: perjuangan akan hak-hak seseorang atau masyarakat secara adil tanpa bimbingan cahaya (Nur) Illahi dapat menimbulkan tindakan anarkhi. Keadilan merupakan sifat Tuhan sebab keadilan tidak hanya menyangkut kehidupan manusia tetapi juga wilayah Ketuhanan. Penerapan dan pelaksanaan keadilan dilihat dari seluruh aspek sebagai pelaksanaan kehidupan duniawi yang religius.<sup>64</sup>

Saat ini sudah berkembang suatu cara pandang kritis terhadap hukum atau *Critical Legal Study* (CLS). Cara pandang ini didorong oleh suatu Gerakan Studi Hukum Kritis (GSHK) sekitar tahun 1970-an yang salah satu

---

<sup>63</sup> Lihat Al-Ghazali dalam Majid Khadduri, *Op. Cit*, hlm. 177.

<sup>64</sup> Esmi Warassih, *pemberdayaan Masyarakat dalam Mewujudkan Tujuan Hukum (Proses Penegakan hukum dan Persoalan Keadilan)*, Pidato pengukuhan Guru Besar , Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 14 April 2001, hlm. 20-21.

tokohnya adalah Roberto M. Unger. Kalangan CLS berangkat dari titik tolak yang berbeda dengan teori hukum liberal. Gerakan CLS berpandangan bahwa “*law is as negotiable, subjective dan policy-dependent as politics.*”<sup>65</sup> Hal ini adalah realitas bahwa hukum dalam praktik pendaagunaannya tidak selalu bertolak dalam premis normatif yang telah selesai disepakati bersama, baik dalam pembentukan undang-undang positif (*in abstracto*) maupun dalam penerapannya (*in concreto*).

Menurut CLS tidak mungkin memisahkan politik dan pilihan-pilihan etik dengan hukum berdasarkan argumen objektivitas dan netralitas hukum, sebagaimana dikembangkan oleh teoretisi hukum liberal. Melalui pendirian ini, kalangan CLS ingin mengedepankan analisis hukum yang tidak hanya bertumpu pada segi-segi doktrinal semata—yang mengandalkan metode deduktif (lewat silogisme logika formal), tetapi juga dengan mempertimbangkan berbagai faktor di luar doktrin hukum seperti pengaruh faktor sosial, politik dan ekonomi dalam proses pembuatan dan penegakan hukum. Dengan titik tolak seperti ini tampak sangat sulit untuk mengatakan bahwa hukum itu bersifat netral dan objektif, baik dalam proses pembuatannya maupun proses aplikasi (interpretasinya). Jauh lebih dapat diterima memandang hukum sebagai suatu produk yang tidak netral karena senantiasa ada konflik kepentingan-kepentingan---bahkan perebutan kepentingan---tersembunyi yang difasilitasi hukum.<sup>66</sup>

Fenomena berkaitan dengan berbagai faktor di luar hukum baik faktor ekonomi, politik, sosial, budaya yang mempunyai keterkaitan erat serta saling mempengaruhi dengan faktor hukum, dapat diuraikan dengan Teori Bekerjanya Hukum yang dikemukakan oleh William J. Chambliss dan Robert B. Seidman.<sup>67</sup> Bekerjanya hukum dalam masyarakat melibatkan beberapa

---

<sup>65</sup> Lihat Ifdhal Kasim, Mempertimbangkan *Critical Legal* dalam *Kajian Hukum di Indonesia dalam Wacana Jurnal Ilmu Sosial Transformatif*, Edisi 6 Tahun II, Yogyakarta, 2000, hlm. 25

<sup>66</sup> Paling tidak dikenal adanya empat dasar atau akar konflik sebagaimana dikemukakan oleh Dorcey (1986) yaitu: (1) Perbedaan pengetahuan dan Pemahaman; (2) Perbedaan nilai; (3) perbedaan alokasi keuntungan dan kerugian; dan (4) Perbedaan karena latar belakang personal dan sejarah kelompok-kelompok yang berkepentingan. Lihat Bruce Mitchell dan B. Setiawan-Dwita Hadi Rahmi, *Pengelolaan Sumber Daya dan Lingkungan*, Gadjah Mada University Press, 2003, hlm. 22-25

<sup>67</sup> William J. Chambliss and Robert B. Seidman, *Law, Power and Order*, Addison-Wesley Publishing Company, Philipine, 1971, hlm. 12.

unsur atau aspek yang saling memiliki keterkaitan sebagai suatu sistem. Beberapa aspek tersebut yaitu: Lembaga Pembuat Hukum (*Law Making Institution*), Lembaga Penerap Sanksi (*Sanction Activity Institution*), Pemegang Peran (*Role Occupant*) serta Kekuatan Sosial Personal (*Societal Personal Force*), Budaya Hukum (*Legal Culture*)<sup>68</sup> serta unsur-unsur Umpan Balik (*Feed Back*) dari proses bekerjanya hukum yang sedang berjalan.

Seidman mengemukakan bahwa setiap sistem hukum memengaruhi, mendorong, atau memaksakan agar suatu kegiatan dilakukan oleh lembaga pembuat peraturan perundang-undangan dan lembaga kekuasaan negara. Hal ini akan menimbulkan tuntutan-tuntutan yang diajukan oleh berbagai golongan di dalam masyarakat kepada Lembaga Pembuat Peraturan/hukum. Kemudian oleh kekuasaan negara diselenggarakan dengan menggunakan hukum sebagai sarana untuk mendorong atau memaksakan dilakukannya tingkah laku-tingkah laku yang diinginkan dari pemegang-pemegang peran (*role occupant*). Kemudian terdapat respon pemegang peran terhadap tuntutan-tuntutan dan tekanan-tekanan yang ditujukan terhadap dirinya berupa kepatuhan atau umpan balik berupa keberatan, usulan dan lain-lain. Tingkah laku seorang pemegang peran merupakan hasil penjumlahan (*resultante*) dari seluruh kekuatan-kekuatan, yaitu yang berasal dari perorangan (*personal forces*) dan yang berasal dari masyarakat (*societal forces*), misalnya budaya hukum, faktor ekonomi, yang ditujukan kepada pemegang peran itu.

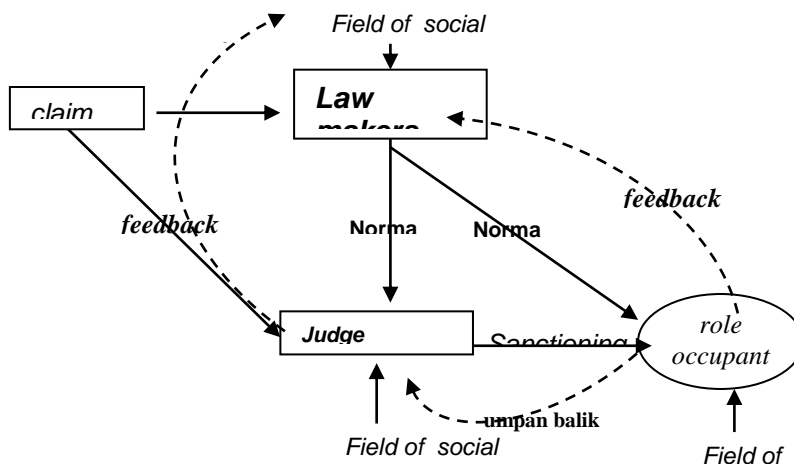
Keadaan ini juga berlaku bagi lembaga pembuat peraturan dan lembaga penerap sanksi. Kedua lembaga ini juga mendapat pengaruh-pengaruh dari kekuatan-kekuatan sosial dan personal. Jadi pengaruh lingkungan terhadap penegak hukum sebagai suatu lembaga tidak dapat dielakkan.<sup>69</sup> Bekerjanya Hukum dalam Masyarakat oleh Chambliss dan Seidman digambarkan dalam diagram berikut ini.

---

<sup>68</sup> Lihat, Lawrence M. Friedman, *The Legal System, A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York, 1975, hlm. 14-15.

<sup>69</sup> Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm. 27

## Diagram Bekerjanya Hukum dalam Masyarakat



**Sumber:** William J. Chambliss and Robert B. Seidman, *Law, Power and Order*, Addison-Wesley Publishing Company, Philipine, 1971, hlm. 12.

Berdasar uraian di atas dapat dikemukakan beberapa faktor tersebut yang dapat mempengaruhi bekerjanya hukum dalam masyarakat khususnya di bidang penegakan hukum di pengadilan. Faktor-faktor tersebut yaitu:

- (1) Bersifat *filosofis* (menyangkut nilai-nilai, asas-asas hukum);
- (2) Aspek yuridis (peraturan perundang-undangan)
- (3) faktor yang bersifat sosiologis (menyangkut pertimbangan sosial, politik, ekonomi serta kultur hukum penegak hukum).

Philip Selznick mengemukakan dari segi perspektif fungsionalis tentang bagaimana institusi “sesungguhnya bekerja” di dalam, yang berbeda dengan struktur sebagai *rationale* “luar” formalnya. Organisasi dapat dilihat sebagai sistem “organik”, “hidup”, dan jauh lebih kompleks yang menyesuaikan diri dengan lingkungan eksternal dalam rangka mempertahankan eksistensinya sebagai institusi, bukan semata-mata mengejar tujuan dan sasaran yang telah mereka tetapkan. Menurut Selznick, struktur

formal tidak pernah berhasil menaklukkan dimensi perilaku institusi yang irasional.<sup>70</sup>

Pembuatan kebijakan yang terjadi dalam organisasi dipengaruhi oleh dependensinya dan lingkungan tempat ia berada, bukan oleh pertimbangan yang murni rasional dan formal semata. Kebijakan bisa menyimpang di dalam organisasi. Dalam rangka mempertahankan kelangsungan hidupnya, anggota organisasi dapat membuat keputusan atau kebijakan yang bertentangan dengan cara dan tujuan yang telah mereka tetapkan sebelumnya. Selznick selanjutnya mengatakan bahwa setiap organisasi formal berusaha memobilisasi manusia dan sumber daya teknis sebagai alat untuk mencapai tujuannya. Namun demikian, orang-orang di dalam sistem itu cenderung menolak diperlakukan sebagai alat semata. Mereka berinteraksi secara keseluruhan, membawa masalah dan tujuan masing-masing; organisasi diletakkan dalam matriks institusional dan karenanya dipengaruhi oleh tekanan-tekanan dari lingkungannya yang menyebabkan mereka harus menyesuaikan diri.<sup>71</sup> Dikatakan oleh Chambliss-Seidman, bahwa untuk mengejar tujuan yang lebih menguntungkan karena pertimbangan lingkungannya, suatu organisasi akan melakukan apa yang disebut dengan *goal substitution* dan *goal displacement*. Seperti dikatan oleh Blumer<sup>72</sup> dalam Teori Interaksionalis Simbolik, bahwa manusia berinteraksi dengan manusia lainnya didasarkan atas pertimbangan-pertimbangan makna yang terdapat dalam simbol-simbol yang mereka ciptakan. Manusia bertindak atau tidak bertindak berdasarkan makna yang menurut mereka ada dalam sesuatu hal. Perilaku subjek dalam penegakan hukum (termasuk yang dilakukan oleh hakim dalam menangani perkara di pengadilan) ditentukan oleh berbagai faktor yang mengenai mereka, yang oleh Chambliss dan Seidman dikatakan sebagai hasil resultante. Pengadilan bukan institusi yang isoterik, sehingga tidak dapat memisahkan diri dengan lingkungannya. Pengadilan ada di dalam masyarakat. Di sinilah hakim sebagai salah satu pilar utama penegakan hukum di pengadilan menghadapi situasi dilematis, pada satu sisi hakim terikat formalitas tertentu, pada sisi lain hakim harus dapat menegakkan hukum dan keadilan. Dengan demikian hakim dituntut untuk benar-benar dapat menggali dan menemukan hukum (tidak hanya dengan undang-undang atau peraturan

---

<sup>70</sup> Wayne Parsons, *Public Policy; Pengantar Teori dan Praktik Analisis Kebijakan* dialihbahasakan oleh Tri Wibowo Budi Santoso, Kencana, Jakarta, 2005, hlm. 327-328.

<sup>71</sup> *Ibid*, hlm. 328

<sup>72</sup> Blumer dalam Wayne Parson, *Ibid*, hlm. 99.

tertulis tetapi juga berbagai sumber penemuan hukum) supaya dapat mewujudkan keadilan yang sesuai dengan dinamika masyarakat.

Menurut Nonet dan Selznick dalam Teori Hukum Responsif<sup>73</sup>, ada suatu kebutuhan akan suatu teori hukum dan sosial yang mampu (1) memperkuat nilai hukum dan (2) menunjukkan alternatif-alternatif bagi pemaksaan dan penekanan. Tesis mereka tentang "hukum yang responsif" bertujuan untuk memberikan teori demikian itu. Mereka mengembangkan teori ini dengan mempertandingkan tiga tipe hukum, atau lebih baik "tiga modalitas" atau keadaan-keadaan" dasar dari hukum dalam masyarakat: (1) hukum represif, yaitu hukum sebagai abdi kekuasaan represif; (2) Hukum otonom, yaitu hukum sebagai institusi yang dibedakan dan mampu untuk menjinakkan represi serta untuk melindungi integritasnya sendiri; (3) hukum responsif, yaitu hukum sebagai fasilitator dari respon terhadap kebutuhan-kebutuhan sosial dan aspirasi-aspirasi sosial. Dalam hukum responsif pada akhirnya yang dipermasalahkan adalah tujuan tata tertib sosial. Tipe hukum ini berasal dari suatu hasrat untuk membuat hukum lebih bertujuan di dalam melayani manusia dan institusi-institusi untuk mencapai, tidak hanya keadilan yang formal, tetapi juga keadilan yang substantif.

Selanjutnya, Nonet dan Selznick berpendapat bahwa hukum responsif yang dicita-citakan menuntut suatu penafsiran yang lebih luwes yang melihat aturan sebagai terikat pada problem dan konteks khusus, dan mencoba untuk mengidentifikasi nilai-nilai yang dipertaruhkan dalam perlindungan prosedural. Jika nilai-nilai ini diperjelas, mereka memberikan kriteria otoritatif untuk mengkritik aturan-aturan yang ada dan membentuk aturan-aturan baru. Yang menjadi perhatian bukan hukum sebagai hukum sendiri, melainkan apa yang sesungguhnya dapat disumbangkan oleh hukum untuk kepastian dalam masalah-masalah sosial dan untuk keadilan sosial yang substantif. Adanya berbagai penyimpangan di dalam masyarakat yang menimbulkan gangguan terhadap ketertiban, maka asumsi-asumsi rutin dari kehidupan institusional ditantang, dan banyak aturan dari waktu normal dikesampingkan. Dalam tatanan-tatanan demikian, dimana dipertaruhkan perbaikan konsensus, seringkali tidak akan membantu untuk memaksakan kepatuhan kepada aturan-aturan, yang dalam konteks, jauh dan tidak relevan.

---

<sup>73</sup> Lihat Philippe Nonet dan Philip Selznick dalam A.A.G. Peters, Koesriani, *Hukum dan Perkembangan Sosial, Buku Teks Sosiologi Hukum*, Buku III, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1988 hlm. 158-183.

Suatu hukum yang mengundang kritik terhadap aturan-aturan, dan bahkan membuat ketidakpatuhan terhadap suatu cara untuk mengkaji dan mengubah aturan-aturan, lebih baik dipersiapkan untuk meredakan perjuangan mengenai ancaman simbolik terhadap otoritas. Pemberian maaf kepada pelanggaran aturan lebih mudah dinegosiasikan demi kepentingan pembentukan kembali suatu kerangka dasar yang menjadikan kerja sama akan dapat terus dilangsungkan. Efeknya adalah untuk memungkinkan suatu cara penyelesaian secara integratif. Cara ini mengasumsikan bahwa syarat-syarat tata tertib umum tidak ditentukan secara kaku, melainkan agak terbuka bagi negosiasi, sehingga mereka dapat lebih baik memperhatikan kepentingan sosial yang terkena. Oleh karena itu, rekonstruksi hubungan sosial dianggap merupakan suatu sumber penting untuk mencapai tata tertib umum. Dengan kata lain, hukum responsif dapat lebih mudah mengadopsi suatu paradigma politik dalam menafsirkan ketidakpatuhan dan kekacauan. Paradigma tersebut menimbulkan suatu model pluralistis dari struktur kelompok masyarakat, dan dengan demikian menggarisbawahi realitas dan mempertegas legitimasi konflik sosial. Ketidakpatuhan dapat dilihat sebagai perbedaan paham, dan penyelewengan sebagai munculnya suatu cara hidup yang baru; huru hara tidak dianggap sepi sebagai tidak masuk akal atau hanya gerakan massa yang destruktif saja, melainkan dipertimbangkan untuk relevansinya sebagai protes sosial. Dengan jalan ini seni politik dan sipil untuk negosiasi, diskusi, dan kompromi dimasukkan dalam permainan.

Satjipto Rahardjo<sup>74</sup> mengemukakan Konsep Hukum Progresif yang mendasarkan pada asumsi bahwa pada dasarnya hukum itu adalah untuk manusia, hukum progresif mempunyai tujuan besar berupa kesejahteraan dan kebahagiaan manusia, maka hukum selalu berada pada status *law in the making*. Hukum tidak ada untuk dirinya sendiri dan tidak bersifat final, sehingga apabila hukum itu tidak memberikan jaminan perlindungan hukum bagi manusia, maka harus dilakukan perubahan. Setiap tahap dalam perjalanan hukum tersebut, karya serta putusan-putusan dibuat guna mencapai ideal hukum, yang dibuat oleh legislatif, yudikatif, eksekutif. Setiap putusan bersifat terminal menuju pada putusan berikutnya yang lebih baik. Oleh karena itu, hukum progresif selalu melakukan koreksi dan berusaha memperbaiki, meng-*update* serta menyempurnakan diri. Tidak ada kata

---

<sup>74</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm. 47-48

*status-quo* dan stagnan dalam hukum progresif. Dalam konsep progresivisme, status hukum selalu berupa *law in the making*. Hukum progresif memiliki watak pembebasan yang kuat. Paradigma “hukum untuk manusia” membuatnya merasa bebas untuk mencari dan menemukan format, pikiran, asas serta aksi-aksi yang tepat untuk mewujudkannya.

Cara berhukum progresif tidak hanya mengedepankan aturan (*rule*), tetapi juga perilaku (*behaviour*). Berhukum tidak hanya tekstual, melainkan juga kontekstual. Dalam terma tipologi, maka cara berhukum progresif dimasukkan ke dalam tipe berhukum dengan nurani (*conscience*). Penilaian keberhasilan hukum tidak dilihat dari diterapkannya hukum materiel maupun formal, melainkan penerapannya yang bermakna atau berkualitas. Cara berhukum tersebut tidak hanya menggunakan rasio (logika), melainkan juga sarat dengan kenuranian atau *compassion*. Di sinilah pintu masuk untuk semua modalitas, yaitu empati, kejujuran, komitmen, dan keberanian.

Meskipun hukum progresif sangat menekankan pada perilaku nyata dari para aktor hukum, namun hukum progresif tidak mengabaikan peran sistem hukum dimana mereka berada. Dengan demikian hukum progresif memasuki dua ranah, yaitu sistem dan manusia. Progresivitas menyangkut peran pelaku hukum, maupun sistem itu sendiri. Keadaan menjadi ideal, apabila manusia maupun sistemnya sama-sama progresif<sup>75</sup>.

Dalam penegakan hukum termasuk yang dilakukan oleh hakim, hukum hendaknya dilihat secara utuh melalui **pendekatan holistik**, mengingat hukum bukan sekedar formalitas yang hanya berurusan dengan soal-soal normatif, melainkan unsur kultur pun perlu mendapat perhatian di samping struktur dan substansinya. Dengan demikian hukum memiliki keberlakuan:<sup>76</sup>

1. Faktual /empiris, artinya dipatuhi dan ditegakkan;
2. Normatif/formal, yaitu kaidahnya cocok dalam sistem hukum hierarkhis;
3. Evaluatif, yaitu diterima dan benar (bermakna) serta memiliki sifat mewajibkan karena isinya.

---

<sup>75</sup> Satjipto Rahardjo, *ibid*, hlm. 92-93.

<sup>76</sup> Lihat J.J.H. Bruggink, dalam Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, PT Suryandaru Utama, Semarang, 2005, hlm. 175.

Hal tersebut penting dicermati mengingat problema yang dihadapi dalam pembangunan hukum di Indonesia pada masa mendatang adalah tidak semata-mata terletak pada masalah-masalah kepatuhan hukum (*an sich*) tetapi juga terletak pada bagaimana agar hukum benar-benar dapat mewujudkan keadilan. Tidaklah berlebihan ungkapan bahwa *the life of law has not been logic, but it has been experience*<sup>77</sup>. Oleh karena itu, masalah nilai dan asas sebagai landasan pembentukan suatu peraturan perlu mendapat perhatian utama, karena asas mengandung nilai moral dan etika masyarakat. Bahkan nilai-nilai tersebut berperan terus sampai pada proses untuk mencapai kebahagiaan terbesar bagi sebanyak mungkin orang.<sup>78</sup>

Di Indonesia yang memiliki struktur masyarakat yang plural, berbagai fenomena dalam kehidupan masyarakat makin kompleks terlebih pada era globalisasi seperti saat ini. Oleh karena itu diperlukan pemahaman secara menyeluruh terhadap berbagai aspek. Pemahaman terhadap berbagai aspek secara menyeluruh dideskripsikan oleh Fritjoff Capra dalam pemahaman menyeluruh tentang sistem kehidupan<sup>79</sup> dengan teori kompleksitas (*complexity Theory*) dalam bukunya *The Web of Life* yang mengemukakan perkembangan pemikiran yang semula terkotak-kotak (*fragmented*) ke arah pemikiran yang menyeluruh (holistik) (*from logos to holos*). Kemudian dalam buku *the Hidden Connection*, Fritjoff Capra<sup>80</sup> memunculkan teori kompleksitas ke dalam ranah sosial, dengan mengintegrasikan dimensi biologis, kognitif dan sosial dengan tujuan bukan hanya untuk memberikan pandangan yang utuh atas kehidupan, pikiran dan masyarakat, melainkan juga mengembangkan suatu pendekatan koheren yang sistematis pada berbagai permasalahan kritis yang muncul saat ini. Pemahaman yang lengkap atas fenomena sosial harus melibatkan integrasi empat perspektif yaitu bentuk, materi, proses, dan makna. Bila mempelajari sistem kehidupan dari perspektif

---

<sup>77</sup> Lihat Oliver Wendell Holmes yang dikutip oleh Sutandyo Wignjosoebroto, dalam Esmi Warassih, *loc.cit.* Lihat juga dalam Raymond Wacks, *Law, A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2008, hlm. 24. *The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or uncounscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it can not be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.*

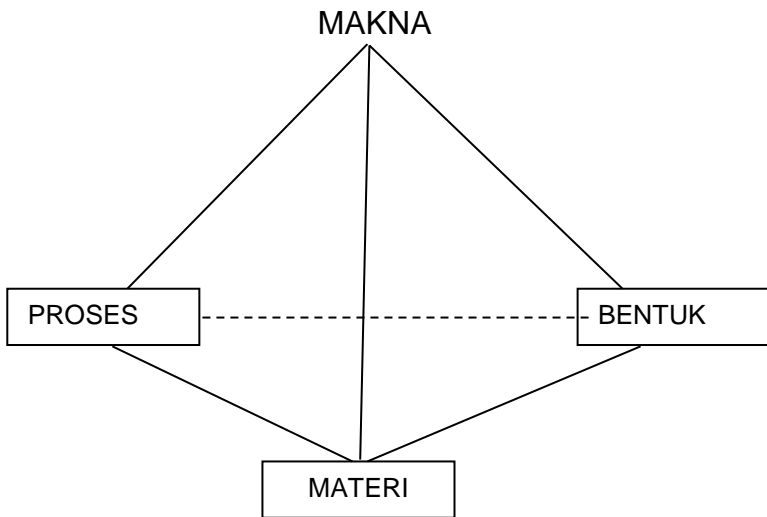
<sup>78</sup> Esmi Warassih, *Op.Cit.*, hlm. 176.

<sup>79</sup> Fritjoff Capra, *The Hidden Connections*, Strategi Sistemik Melawan Kapitalisme Baru, Jalasutra, Bandung, hlm. 8

<sup>80</sup> Fritjoff Capra, *ibid*, hlm. 86

bentuk, maka dapat ditemukan bahwa pola organisasi sistem tersebut adalah suatu jaringan yang membentuk diri sendiri. Dalam perspektif materi, struktur material suatu sistem hidup adalah struktur disipatif, yaitu suatu sistem terbuka yang beroperasi jauh dari kesetimbangan. Dari perspektif proses, sistem kehidupan adalah sistem kognitif, yang dalam hal ini proses kognisi terkait erat dengan pola autopoiesis. Dalam kehidupan sosial yang berisi berbagai konsep, gagasan, citra, lambang adalah suatu dimensi kritis realitas sosial, yang membentuk apa yang disebut John Searle sebagai ciri mental dari fenomena sosial (*the mental carácter of social phenomena*). Para ahli sosial sering menyebutnya sebagai *hermeneutik* untuk menyatakan pandangan bahwa manusia melibatkan komunikasi makna sebagai pusatnya karena memiliki hakikat simbolis, dan bahwa tindakan manusia mengalir dari makna yang dihubungkan dengan lingkungan. Integrasi keempat perspektif tersebut menunjukkan adanya hubungan saling ketergantungan secara sistemik sebagai suatu realitas sosial. Keempat perspektif tersebut oleh Capra diragakan sebagai berikut:

### Teori Kompleksitas Fritjoff Capra



Sumber: Fritjoff Capra: *The Hidden Connection*

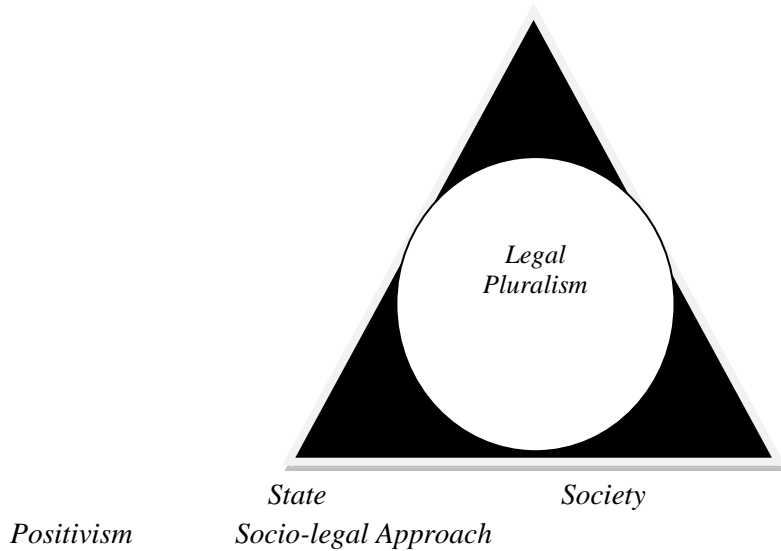
Pada ragaan di atas Fritjoff Capra menunjukkan adanya saling berhubungan antara perspektif materi, bentuk, proses dan makna. Ketiga

perspektif pertama membentuk segitiga. Perspektif makna digambarkan berada di luar bidang segitiga tersebut untuk menunjukkan bahwa ia membuka suatu dimensi dalam baru, sehingga keseluruhan struktur konseptualnya membentuk limas segitiga (tetrahedron).

Mengingat adanya kompleksitas yang ada di dalam masyarakat tersebut, maka hukum harus dilihat dengan pendekatan baru sebagaimana dikemukakan oleh Werner Menski yang disebut sebagai *triangular concept of legal pluralism*.<sup>81</sup> Pendekatan *legal pluralism* digambarkan oleh Werner Menski dalam ragaan sebagai berikut:

Pendekatan *Legal Pluralism*

*Moral/Ethic/Religion*  
*Natural Law*



Sumber: Werner Menski, 2006

Ragaan tersebut menunjukkan bahwa dunia hukum mencakup suatu pluralitas yang besar sekali dari segitiga dalam ruang dan waktu. Hukum adalah sungguh begitu plural yang tidak mungkin dapat diserap dalam keseluruhan teoretis, dengan sendirinya menjadi konfigurasi dalam model

<sup>81</sup> Werner Menski, *Comparative Law in A Global Context, The Legal Systems of Asia and Africa*, Second Edition, United Kingdom: Cambridge University Press, 2006.

yang sederhana. *Legal pluralism* merupakan integrasi sempurna untuk memahami dan menegakkan hukum dalam masyarakat majemuk (plural). Pendekatan *legal pluralism* mengandalkan adanya pertautan antara *state law* (*positive law*), aspek kemasyarakatan (*socio legal approach*), dan *natural law* (*moral/ethic/religion*).

Apabila konsep pluralisme hukum dari Werner Menski tersebut dihubungkan dengan konsep yang dikemukakan oleh Lawrence M. Friedman<sup>82</sup> mengenai tiga unsur sistem hukum, maka pluralitas hukum mencakup pluralitas dalam substansi, struktur dan kultur hukum. Menurut Friedman setiap sistem hukum terdapat tiga unsur yaitu substansi, struktur dan kultur hukum. Struktur adalah keseluruhan institusi hukum beserta aparaturnya, misalnya struktur sistem yudisial maka di dalamnya termasuk hakim, yurisdiksi pengadilan, bagaimana pengadilan yang lebih tinggi berada di atas pengadilan yang lebih rendah, dan orang-orang yang terkait dengan berbagai jenis pengadilan. Substansi tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan mengenai bagaimana institusi ini harus berperilaku. Berkenaan dengan kulturhukum, Lawrence M. Friedman<sup>83</sup> mengemukakan sebagai berikut:

“Kekuatan-kekuatan sosial (*social force*) terus menerus menggerakkan hukum – merusak di sini, memperbaharui di sana; menghidupkan di sini, mematikan di sana; memilih bagian mana dari “hukum” yang akan beroperasi, bagian mana yang tidak; mengganti, memintas, dan melewati apa yang muncul; perubahan-perubahan apa yang akan terjadi secara terbuka atau diam-diam. Karena tidak ada istilah lain yang lebih tepat lagi, dapat dikatakan sebagian dari kekuatan-kekuatan ini sebagai kultur hukum (*the legal culture*). Kultur hukum adalah elemen sikap dan nilai sosial. Istilah kekuatan-kekuatan sosial itu sendiri merupakan suatu abstraksi, namun kekuatan-kekuatan demikian tidak secara langsung menggerakkan sistem hukum. Orang-orang di dalam masyarakat memiliki kebutuhan dan membuat tuntutan-tuntutan; semua ini kadang menimbulkan, kadang tidak menimbulkan proses hukum-bergantung pada kulturnya...Nilai-nilai dan sikap-sikap dipertahankan oleh para pemimpin dan warga masyarakat adalah di antara faktor-faktor ini, karena perilaku mereka bergantung pada

---

<sup>82</sup> Lawrence M. Friedman, *The Legal System A social Science Perspective*, diterjemahkan oleh M. Khozim dengan judul *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, Penerbit Nusa Media, Bandung, 2009, hlm. 12-15.

<sup>83</sup>*Ibid*, hlm. 17-18.

penilaian mereka mengenai pilihan mana yang dipandang tepat. Dengan demikian, kultur hukum mengacu pada bagian-bagian yang ada pada kultur umum – adat, kebiasaan, opini, cara bertindak dan berfikir – yang mengarahkan kekuatan-kekuatan sosial menuju atau menjauhi hukum dan dengan cara-cara tertentu.

*Legal pluralism* sebagaimana dikemukakan oleh Werner Menski merupakan strategi baru yang harus dikuasai oleh penegak hukum termasuk hakim agar benar-benar dapat memberikan keadilan bagi para pencari keadilan (*justisiabellen*) atau masyarakat pada umumnya dengan melakukan suatu lompatan dengan cara berhukum yang tidak hanya terkungkung pada legalitas formal (*legal formalism*) tetapi juga dengan pertimbangan *living law* dan *natural law*. Dengan menggali dan menemukan hukum, baik *living law*, *natural law*, *state law*, maka hakim tidak lagi menggunakan cara berhukum dengan pendekatan positivistik saja tetapi juga mempertimbangkan aspek *moral/religion* ataupun *ethic* serta *socio legal*. Dengan demikian hakim akan menyelesaikan perkara dalam peradilan dengan landasan nilai-nilai keadilan yang berkembang di dalam masyarakat, dan akan menghasilkan putusan yang benar-benar memberikan keadilan sesuai dengan nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat, bukan semata-mata keadilan formal, tetapi lebih mengutamakan keadilan substantif.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdullah, *Pertimbangan Hukum Putusan Pengadilan*, Program Pasca Sarjana Universitas Sunan Giri, Sidoarjo, 2008.
- Vilhelm Aubert, *Sociology of Law*, Middlesex, Penguin Books, 1973, diterjemahkan oleh Soetandyo Wignyosoebroto, 1976.
- Bertens, K. -, *Pengantar Etika Bisnis*, Kanisius, Yogyakarta, 2000.
- Capra, Fritjoff, *The Hidden Connections*, Strategi Sistemik Melawan Kapitalisme Baru, Jalasutra, Bandung.
- Chambliss, William J. -, and Robert B. Seidman, *Law, Power and Order*, Addison-Wesley Publishing Company, Philipine, 1971.
- Cotterrel, Roger -, *Sociological Perspective on Law*, Dartmouth Publishing Company and Ashgate Publishing Company, England, 2001.
- Darmodiharjo, Darji-, dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1999.
- Darmodiharjo, Darji-, *Santiaji Pancasila*, Usaha Nasional, Jakarta, 1979.
- Daroeso, Bambang-, *Dasar dan Konsep Pendidikan Moral Pancasila*, Aneka Ilmu, Semarang.
- Friedman, Lawrence M. -, *The Legal System, A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York, 1975.
- Hamidi, Jazim-, *Kedudukan Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Jurnal Konstitusi, Vol. 3, Nomor 1, Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, Pebruari 2006.

- Hernoko, Agus Yudha *Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, LaksBang Mediatama, Yogyakarta, 2008.
- Kaelan, *Pendidikan Pancasila*, Paradigma, Yogyakarta, 2003.
- ....., *Filsafat Pancasila: Pandangan Hidup Bangsa*, Paradigma, Yogyakarta, 2002.
- Kasim, Ihdhal-, *Mempertimbangkan Critical Legal dalam Kajian Hukum di Indonesia dalam Wacana Jurnal Ilmu Sosial Transformatif*, Edisi 6 Tahun II, 2000, Yogyakarta, 2000.
- Khadduri, Majid -, *The Islamic Conception of Justice*, diterjemahkan oleh mochtar Zoerni dan Joko S. Kahlar dengan judul *Teologi Keadilan Pespektif Islam*, Risalah Gusti, Surabaya, 1999.
- MD, Moh.Mahfud-, *Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional*, Makalah Seminar Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen, BPHN, Jakarta, 29-31 Mei 2006.
- Menski, Werner, *Comparative Law in A Global Context, The Legal Systems of Asia and Africa*, Second Edition, United Kingdom: Cambridge University Press, 2006.
- Mertokusumo, Sudikno-, *Perkembangan Hukum Perjanjian*, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional Asosiasi Pengajar Hukum Perdata/Dagang, Fakultas Hukum UGM-Konsorsium Ilmu Hukum, Yogyakarta, 12-13 Maret 1990.
- Mertokusumo, Sudikno-, dan Mr. A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, 1993.
- ....., *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996.
- Mitchell, Bruce-, dan B. Setiawan-Dwita Hadi Rahmi, *Pengelolaan Sumber Daya dan Lingkungan*, Gadjah Mada University Press, 2003.

- Nasikun, *Sebuah Pendekatan Untuk Mempelajari Sistem Sosial Indonesia*, Fakultas Ilmu Sosial dan Politik UGM, Yogyakarta, 1974.
- Moempoeni Moelatiningsih, *Pidato Pengukuhan Guru Besar Hukum Tata Negara pada Fakultas Hukum UNDIP*, Semarang, 16 Desember 2003.
- Mubyarto, *Sistem dan Moral Ekonomi Pancasila*, LP3ES, Jakarta, 1988.
- Muller, Danniell J. -, *Mengukur Sikap-sikap Sosial*, Alih Bahasa oleh Cecep Syarifuddin dkk, Penerbit FISIP Press Universitas Pasundan, Bandung, 1990.
- Notonagoro, *Pancasila Secara Ilmiah Populer*, Pantjuran Tujuh, Jakarta, 1975.
- Parsons, Wayne-, *Public Policy; Pengantar Teori dan Praktik Analisis Kebijakan* dialihbahasakan oleh Tri Wibowo Budi Santoso, Kencana, Jakarta, 2005.
- Peters, A.A.G. -, Koesriani, *Hukum dan Perkembangan Sosial, Buku Teks Sosiologi Hukum*, Buku III, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1988.
- Petrazycki, Leon-, *Law and Morality*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1955
- Prasetyo, Teguh, & Abdul Halim Barkatullah, *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum, Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Jaman*, Cetakan III, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2009.
- Pound, Roscoe -, *An Introduction To The Philosophy of Law*, diterjemahkan oleh Mohamad Radjab dengan judul *Pengantar Filsafat Hukum*, Bhratara, Jakarta, 1972.
- Rahardjo, Satjipto-, *Hukum dalam Jagad Ketertiban*, Cetakan I, UKI Press, Jakarta, 2006.

- ....., *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2008.
- ....., *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009.
- ....., *Hukum di Indonesia*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2009.
- ....., *Mendududukan Undang-undang Dasar, Suatu Pembahasan dan Optik Ilmu Hukum Umum*, Cetakan I, Badan Penerbit Universitas Diponegoro Semarang, 2007.
- ....., *Lapisan-lapisan dalam Studi Hukum*, Cetakan Pertama, Bayumedia Publishing, 2009.
- ....., *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009.
- ....., *Masalah Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Sinar Baru, Bandung, 1983.
- Rasuanto, Bur-, *Keadilan Sosial (Pandangan Deontologis Rawls dan Habermas)*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005.
- Rawls, John-, *A Theory of Justice*, Diterjemahkan oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo dengan judul *Teori Keadilan*, Cetakan I, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006.
- Setiardi, Gunawan-, *Filsafat Pancasila Bagian I*, Cetakan X, 2004, hlm. 56.
- Soemitro, Ronny Hanitijo *Studi Hukum dan Masyarakat*, Alumni, Bandung, 1985.
- Suseno, Franz Magnis-, *Etika Dasar: Masalah-masalah Pokok Filsafat Moral*, Kanisius, 1991.

- Suteki dkk, *Pendidikan Pancasila di Era Reformasi*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 2001
- Sutiyoso, Bambang, *Metode Penemuan Hukum, Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, 2007.
- Suud, Muhammad-, *3 Orientasi Kesejahteraan Sosial*, Perpustakaan Nasional, Jakarta, 2006.
- Tamanaha, Brian Z.-, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York, 2006.
- Wacks, Raymond-, *Law, A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2008.
- Warassih, Esmi-, *pemberdayaan Masyarakat dalam Mewujudkan Tujuan Hukum (Proses Penegakan hukum dan Persoalan Keadilan)*, Pidato pengukuhan Guru Besar , Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 14 April 2001.
- Widjaja, A.W.-, *Perkuliahan Pancasila Pada Perguruan Tinggi*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1985.

## BAB II

### PENEMUAN HUKUM (*RECHTSVINDING*) DAN PENCIPTAAN HUKUM (*RECHTSSCHEPPING*) OLEH HAKIM UNTUK MEWUJUDKAN KEADILAN PADA ERA TRANSISI DI INDONESIA

#### A. Penegakan Hukum di Dalam Masyarakat

Manusia tidak dapat hidup sendiri tanpa manusia lainnya, karena manusia di samping sebagai makhluk individu juga sebagai makhluk sosial (*homo homini socios*). Di dalam masyarakat, manusia saling berhubungan satu sama lain. Oleh karena itu terjadilah kontak, interaksi antara sesama manusia. Kontak ini kemungkinan merupakan kontak yang menyenangkan, tetapi tidak jarang pula terjadi kontak yang tidak menyenangkan yang berupa konflik dan pertentangan.

Indonesia sebagai salah satu negara di dunia, memiliki masyarakat yang heterogen (pluralistik). Heterogenitas ini tentu berpengaruh terhadap kehidupan manusia. Kondisi demikian adalah wajar, karena setiap manusia mempunyai kepentingan. Ada kemungkinan terdapat persamaan kepentingan antara satu dengan yang lain. Akan tetapi sering terdapat pula perbedaan, sehingga sering terjadi konflik dalam masyarakat yang tidak dapat dihindari. Terlebih lagi pada era transisi, yang ditandai dengan perubahan cepat dalam berbagai aspek kehidupan masyarakat.

Gangguan kepentingan atau konflik harus dicegah atau tidak dibiarkan berlangsung terus, karena akan mengganggu keseimbangan tatanan dalam masyarakat. Manusia akan selalu berusaha agar tatanan masyarakat dalam keadaan seimbang (*equilibrium*), karena keadaan tatanan masyarakat yang seimbang menciptakan suasana tertib, damai dan aman, yang merupakan jaminan kelangsungan hidupnya. Oleh karena itu keseimbangan tatanan masyarakat yang terganggu harus dipulihkan dalam keadaan semula (*restitutio in integrum*)<sup>84</sup>. Untuk melindungi kepentingan manusia dalam

---

<sup>84</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996, hlm. 4

masyarakat, diperlukan kaidah sosial. Kaidah sosial pada hakikatnya merupakan perumusan suatu pandangan mengenai perilaku atau sikap yang seyogyanya dilakukan atau yang seyogyanya tidak dilakukan, yang dilarang dijalankan atau yang dianjurkan untuk dijalankan. Kaidah sosial ini terdiri dari kaidah agama dan kepercayaan, kaidah kesucilaan, kaidah sopan santun, dan kaidah hukum.

Sebagai salah satu kaidah sosial, kaidah hukum lazimnya diartikan sebagai peraturan hidup yang menentukan bagaimana manusia itu seharusnya berperilaku, bersikap di dalam masyarakat agar kepentingannya dan kepentingan orang lain terlindungi. Fungsi kaidah hukum pada hakikatnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia.<sup>85</sup>Kaidah hukum bertugas mengusahakan keseimbangan tatanan di dalam masyarakat dan kepastian hukum agar tujuannya tercapai, yaitu ketertiban masyarakat<sup>86</sup>. Agar kepentingan manusia terlindungi, maka hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar itu harus ditegakkan. Melalui penegakan hukum inilah, hukum menjadi kenyataan. Penegakan hukum<sup>87</sup> merupakan *sokoguru* (tiang utama) yang memperkokoh fundamen yang menunjang kesejahteraan hidup masyarakat, dalam berbagai aspek kehidupan. Menurut Soerjono Soekanto<sup>88</sup>, inti dari proses penegakan hukum (yang baik) adalah penerapan yang serasi dari nilai-nilai dan kaidah-kaidah, yang kemudian terwujud dalam perilaku. Pola perilaku tersebut tidak terbatas pada warga masyarakat saja, akan tetapi mencakup juga golongan "*pattern setting group*" yang dapat diartikan sebagai golongan penegak hukum dalam arti sempit.

Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang harus diperhatikan, yaitu: kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*),

---

<sup>85</sup>*Ibid.* hlm. 11

<sup>86</sup>*Ibid.* hlm. 11. Lihat juga dalam Soejono D. *Penegakan dalam Sistem Pertahanan Sipil*, PT Karya Nusantara Cabang Bandung, 1978, hlm. 17, Fungsi hukum sebagai sarana pengendalian masyarakat dan sebagai sarana untuk mendorong perkembangan masyarakat ke arah yang lebih maju. Tujuan hukum berusaha menjamin kepentingan umum dengan mewujudkan ketertiban dalam masyarakat, namun tidak mengabaikan melindungi kepentingan pribadi orang-perorangan agar merasa kedamaian di dalam batiniah, karena merasa terlindungi kepentingan-kepentingannya.

<sup>87</sup>Soejono D. *Penegakan dalam Sistem Pertahanan Sipil*, PT Karya Nusantara Cabang Bandung, 1978, hlm. 18

<sup>88</sup> Soerjono Soekanto, dan Mustafa Abdullah, *Sosiologi Hukum dalam Masyarakat*, CV. Rajawali, Jakarta, hlm. 40

dan keadilan (*gerechtigheit*).<sup>89</sup> Ketiga unsur tersebut oleh Radbruch<sup>90</sup> dikatakan sebagai penopang cita hukum (*idee des Rechts*). Cita hukum ini akan membimbing manusia dalam kehidupannya berhukum. Ketiga nilai dasar tersebut harus ada secara seimbang. Namun, seringkali ketiga nilai dasar tersebut tidak selalu berada dalam hubungan yang harmonis satu sama lain, melainkan berhadapan, bertentangan, ketegangan (*spannungsverhältnis*) satu sama lain. Dalam hal terjadi pertentangan demikian, yang mestinya diutamakan adalah keadilan.

Adapun tujuan kaidah hukum tidak lain adalah ketertiban masyarakat. Kalau kepentingan masyarakat terlindungi, maka keadaan masyarakat akan tertib. Untuk melindungi kepentingan manusia tersebut, maka tiga unsur dalam penegakan hukum sebagaimana disebut di atas harus ada secara proporsional. Akan tetapi seringkali terjadi benturan antara unsur satu dengan unsur yang lain, misalnya antara keadilan dan kepastian hukum. Apabila hal ini terjadi maka seyogyanya yang didahulukan adalah unsur keadilan, tanpa mengabaikan kepastian hukumnya. Hal ini karena pada hakikatnya hukum itu adalah untuk kepentingan manusia, bukan manusia untuk hukum.

Berkenaan dengan hal tersebut, Satjipto Rahardjo menawarkan suatu konsep Hukum Progresif yang bertolak dari dua komponen yang menjadi basis dalam hukum, yaitu peraturan dan perilaku (*rules and behavior*). Di sini, hukum ditempatkan sebagai aspek perilaku, namun juga sekaligus peraturan. Peraturan akan membangun suatu sistem hukum positif, sedangkan perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah (akan) terbangun itu.<sup>91</sup> Hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya,...dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu...untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia<sup>92</sup>. Dengan demikian hukumlah yang harus diabdikan pada manusia, bukan manusia yang harus mengabdikan pada hukum, dan tidak pada tempatnya mengorbankan manusia demi kepentingan hukum (ilmu hukum maupun praktik kehidupan berhukum, dengan alasan keterbatasan hukum dalam menghadirkan keadilan sebagaimana yang sering dikemukakan oleh

---

<sup>89</sup> Sudikno Mertokusumo, Mr. A. Pitlo *Op.Cit*, hlm.3

<sup>90</sup> Lihat Gustav Radbruch, dalam Satjipto Rahardjo, *Op.Cit*, 2006, hlm. 135

<sup>91</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2008, hlm. 265

<sup>92</sup> *Ibid*, hlm. 188

kaum positivis dengan konsepsi kebenaran formal dan proseduralnya.<sup>93</sup> Hukum hanya menjadi sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia. Apabila hukum tidak mampu mencapai jaminan demikian, maka harus dilakukan dan harus ada suatu upaya konkret terhadap hukum itu, termasuk dilakukan penataan dan penyusunan kembali.<sup>94</sup> Selanjutnya Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa hukum bukan merupakan institusi yang mutlak serta final, karena hukum berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*).

Dalam penegakan hukum, hakim<sup>95</sup> mempunyai peran sentral, baik hakim di tingkat Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi, maupun Mahkamah Agung. Dalam Pasal 1 angka 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.

Dalam penyelenggaraan peradilan, hakim melakukan penerapan hukum yang abstrak sifatnya pada peristiwa yang konkret. Pada masa lampau hakim hanya sebagai “corong undang-undang” (*la bouche de la loi*), karena kewajibannya hanya menerapkan undang-undang sesuai dengan bunyinya. Pada perkembangan selanjutnya, hakim tidak lagi hanya menerapkan bunyi undang-undang, tetapi telah berkembang dengan melihat makna yang terkandung di dalamnya dengan melakukan berbagai penemuan hukum untuk dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Hal ini karena kegiatan kehidupan manusia itu sangat luas dan sangat beragam. Di samping itu masyarakat bukanlah statis tetapi dinamis, selalu berkembang sejalan dengan perkembangan jaman. Terlebih lagi pada masa transisi seperti dewasa ini, banyak sekali terjadi perubahan dan perkembangan dalam kehidupan masyarakat.

---

<sup>93</sup>*Ibid.*, hlm. 187

<sup>94</sup> *Ibid.*, hlm. 267

<sup>95</sup> **Hakim** adalah pejabat yang memimpin persidangan. Ia yang memutuskan hukuman bagi pihak yang dituntut. Hakim harus dihormati di ruang pengadilan dan pelanggaran akan hal ini dapat menyebabkan hukuman. Hakim biasanya mengenakan baju berwarna hitam. Kekuasaannya berbeda-beda di berbagai negara, lihat <http://catuy.multiply.com/EnaknyaJadiHakim> di Indonesia.

Karena beraneka ragamnya kegiatan kehidupan masyarakat dan cepatnya perkembangan dan perubahannya, maka tidak mungkin tercakup dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Oleh karenanya sudah wajar kalau tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kegiatan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapinya dan jelas sejelas-jelasnya. Karena hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dicari dan diketemukan.

Sejarah mencatat perubahan yang signifikan dari aliran legisme menuju aliran *rechtsvinding*. Di Belanda perubahan yang revolusioner terjadi melalui putusan *Hogeraad* Belanda tanggal 31 Januari 1919 yang dikenal dengan Revolusi Januari. Melalui putusannya, *Hogeraad* Belanda menyatakan bahwa yang dimaksud perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 KUH Perdata, bukan perbuatan yang hanya melawan Undang-undang, melainkan termasuk perbuatan yang melanggar:<sup>96</sup>

- (1) Hukum yang berlaku
- (2) Hak orang lain
- (3) Kelalaian yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban menurut hukum yang berlaku, kesusilaan, kehormatan dalam pergaulan di masyarakat terhadap orang atau benda (kepatutan di dalam masyarakat).

Adanya tafsiran yang luas dari Pasal 1365 oleh hakim terhadap Pasal 1365 KUH Perdata merupakan suatu keberanian yang luar biasa di bidang hukum, sebab pada masalah-masalah sebelumnya hakim tidak berani memutuskan seperti itu. Atas adanya tuntutan-tuntutan sesudah itu ternyata sudah dipergunakan tafsiran yang luas tersebut, sehingga dapat dikatakan bahwa putusan tanggal 31 Januari 1919 dianggap suatu tindakan revolusi di bidang hukum dan kehakiman.<sup>97</sup> Keberanian untuk melakukan lompatan di bidang hukum kini disebut *Rule Breaking*.

Menurut Satjipto Rahardjo<sup>98</sup>, sekarang mestinya hukum diproyeksikan terhadap gagasan dan pemahaman yang baru, yaitu menukik sampai pada

---

<sup>96</sup> R. Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996, hlm.257

<sup>97</sup>*Ibid.* hlm. 258.

<sup>98</sup> Satjipto Rahardjo, 2009, *Op. Cit.* hlm. 55

kedalaman makna hukum. *Pertama*, para penegak hukum, dimana pun posisi mereka, mengidentifikasi diri mereka sebagai kaum *vigilantes*, orang-orang yang berjihad dalam hukum. Mereka tidak hanya membaca undang-undang tetapi diresapi dengan semangat untuk meluapkan keluar makna undang-undang yang ingin menyejahterakan rakyat. Dengan demikian diperlukan predisposisi progresif dari para penegak hukum. *Kedua*, kesadaran dan keyakinan bahwa hukum menginginkan yang baik terjadi pada rakyat dan masyarakat. Hukum bukan semata-mata sederetan kata-kata dan kalimat, tetapi merupakan pesan (*message*) yang membutuhkan realisasi. Selanjutnya, Satjipto Rahardjo<sup>99</sup> mengemukakan bahwa para penegak hukum yang berjihad untuk memunculkan kekuatan hukum akan senantiasa memeras dan mendorong kata-kata dari teks hukum sampai ke titik paling jauh (*ultimate*) sehingga kekuatan hukum keluar dari persembunyiannya. Pengadilan tidak lagi semata-mata menjadi tempat untuk menerapkan undang-undang, melainkan menjadi tempat untuk menguji undang-undang. Hakim bukan lagi *les bouches, qui prononcent les paroles de la loi* (mulut yang mengucapkan kata-kata undang-undang), melainkan seorang *vigilante* atau *mujtahid*.

Meskipun dalam suatu kasus yang dihadapi oleh hakim tidak ada peraturan hukumnya atau ada peraturan hukumnya tetapi tidak jelas, hakim tidak dapat menolak untuk mengadili perkara. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 16 ayat (1) UU tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Dalam hal hakim harus memutus perkara yang tidak ada peraturan hukumnya, hakim di sini harus berusaha menemukan hukumnya, baik hukum tertulis maupun hukum yang tidak tertulis. Oleh karena itu hakim harus melakukan penemuan hukum<sup>100</sup>, supaya putusannya benar-benar dapat memberikan keadilan bagi masyarakat. Dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya dalam menemukan apa yang dapat menjadi hukum, melalui keputusannya, hakim dapat dianggap

---

<sup>99</sup>*Ibid*, hlm. 56

<sup>100</sup> Penemuan hukum artinya “menemukan hukum untuk suatu kejadian konkret yang harus diberikan suatu penyelesaian yuridis oleh hakim maupun seorang pemutus yuridis lain. Lihat N.E. Algra dan van Duyvendijk, Penerjemah J.C.T. Simorangkir, Editor H. Boerhanoedding Soetan Batoeah *Pengantar Ilmu Hukum*, Binacipta, 1991, hlm. 324

sebagai salah satu faktor pembentuk hukum<sup>101</sup>. Dengan menemukan hukum dalam kehidupan masyarakat maka hakim akan lebih dapat memberikan keadilan bagi masyarakat, karena hukum sebagai kaidah sosial, tidak lepas dari nilai (*values*) yang berlaku dalam suatu masyarakat. Bahkan, menurut Teori Cermin (*The Mirror Theory*) Brian Z. Tamanaha<sup>102</sup> dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Hukum yang baik, adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat, yang tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat itu<sup>103</sup>.

Lazimnya pembentukan hukum dilakukan oleh pembentuk undang-undang, namun hakim dimungkinkan pula membentuk hukum, kalau hasil penemuan hukumnya itu kemudian merupakan yurisprudensi tetap yang diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat, yaitu putusan<sup>104</sup> yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkrit, tetapi memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi satu putusan dapat sekaligus mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkrit dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> Utrecht dalam Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Alumni, Bandung, 2000, hlm. 53.

<sup>102</sup> Bryan Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York, 2006, hlm. 1-2.

<sup>103</sup> Satjipto Rahardjo, 2008, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta, penerbit Buku Kompas, hlm. 246

<sup>104</sup> Putusan pengadilan yaitu suatu pernyataan hakim sebagai pejabat Negara yang diberi wewenang untuk itu, diucapkan dalam persidangan dan bertujuan untuk mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara antara para pihak. Putusan pengadilan terdiri dari tiga bagian, yaitu: (1) Kepala putusan, yang merupakan filosofi dan tujuan dari putusan; (2) Pertimbangan/konsideran, berisi penalaran hukum yang merupakan alat untuk menyusun argumen-argumen yang dapat membimbing pencari keadilan untuk memahami logika pemikiran dan pendapat hakim dalam memutus perkara. Esensinya merupakan pertanggungjawaban hakim terhadap putusannya. (3) dictum atau amar putusan. Pertimbangan hukum sangat menentukan isi amar putusan. Lihat Abdullah, 2008, *Pertimbangan Hukum putusan Pengadilan*, Program Pascasarjana Universitas Sunan Giri, Sidoarjo, hlm viii-xiv

<sup>105</sup> Sudikno Mertokusumo, 1996, *Penemuan Hukum Sebuah pengantar*, hlm.37

## B. Perkembangan Hukum dalam Dinamika Perubahan Masyarakat pada Era Transisi

Pada masa transisi<sup>106</sup>, berbagai aspek kehidupan masyarakat telah mengalami perubahan yang sangat signifikan, baik dalam bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, serta pertahanan dan keamanan. Bahkan oleh Fritjof Capra<sup>107</sup> dikatakan bahwa pada saat ini dunia sedang mengalami titik balik peradaban (*The Turning Point*). Transformasi yang kita alami saat ini mungkin lebih dramatis daripada transformasi yang pernah terjadi sebelumnya, karena perubahannya berlangsung lebih cepat, dan dalam skala yang lebih besar yang melibatkan seluruh dunia, dan karena beberapa transisi besarnya terjadi secara bersamaan. Perulangan irama dan pola-pola kebangkitan dan kemunduran yang tampak mendominasi evolusi budaya telah bersama-sama mencapai titik balik pada saat yang sama.

Perubahan dalam masyarakat ini tentu sangat berpengaruh terhadap perkembangan hukum dalam masyarakat. Hukum terkait erat dengan perubahan dan perkembangan dalam masyarakat. Perubahan di bidang hukum dapat mempengaruhi perkembangan dalam masyarakat. Demikian pula sebaliknya, setiap perubahan di dalam masyarakat, dapat mempengaruhi perkembangan hukum yang terdapat di dalam masyarakat yang bersangkutan. Satjipto Rahardjo<sup>108</sup> menyebutkan bahwa secara alami manusia mempunyai hasrat untuk hidup dalam dunia yang penuh suasana ketertiban. Hukum adalah bagian dari pranata untuk hidup secara tertib. Hukum adalah untuk manusia. Oleh karena itu, setiap kali manusia menghendaki dan membutuhkan hukum akan berubah. Hukum sebagai kaidah sosial, tidak lepas dari nilai (*values*) yang berlaku dalam suatu masyarakat. Bahkan dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Hukum yang baik, adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat, yang tentunya

---

<sup>106</sup> Pada masa kontemporer, penggunaan istilah transisi diartikan sebagai perubahan kea rah lebih liberal. Pemahaman kontemporer tentang transisi memiliki komponen normatifnya yaitu dalam pergeseran rezim dari kurang demokratis menjadi lebih demokratis (fenomena menuju demokrasi). Lihat Ruti G. Teitel, 2004, *Keadilan Transisional Sebuah Tinjauan komprehensif*, Terjemahan dari *Transitional Justice*, ELSAM, Jakarta, , hlm. 6-7.

<sup>107</sup> Fritjof Capra, 2007, *The Turning Point*, Penerjemah M. Toyyibi, Cetakan ke-7, Jejak, Yogyakarta.

<sup>108</sup> Satjipto Rahardjo, *Lapisan-lapisan dalam Studi Hukum*, Banyumedia Publishing, Malang, 2009, hlm. 74

sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat itu.

Brian Z. Tamanaha mengatakan bahwa hukum dan masyarakat memiliki bingkai yang disebut “*The Law-Society Framework*” yang memiliki karakteristik hubungan tertentu. Hubungan tersebut ditunjukkan dengan dua komponen dasar. Komponen pertama terdiri dari dua tema pokok yaitu ide yang menyatakan bahwa hukum adalah cermin masyarakat dan ide bahwa fungsi hukum adalah untuk mempertahankan “*social order*”. Komponen kedua terdiri dari tiga elemen, yaitu: *custom/consent*; *morality/reason*; dan *positive law*.<sup>109</sup> *Custom/consent* and *morality/reason* dapat dipahami dalam pemikiran Donald Black sebagai *culture*.<sup>110</sup>

Menurut Satjipto Rahardjo,<sup>111</sup> hukum sebagai sarana kontrol sosial ini nampaknya bersifat statis, karena hukum sebagai sarana kontrol sosial sekedar mempertahankan pola hubungan-hubungan serta kaidah-kaidah yang ada pada masa sekarang. Akan tetapi sebenarnya pekerjaan kontrol sosial ini cukup sarat pula dengan dinamika dan perubahan-perubahan.

Pelaksanaan kontrol sosial ini pada suatu saat tidak lagi berhenti pada orientasi masa sekarang, tetapi dapat juga melampauinya, yang berarti ditujukan untuk menjangkau masa yang akan datang. Dengan demikian, persoalan yang ingin dipecahkan bukan lagi bagaimana mempengaruhi tingkah laku orang-orang agar sesuai dengan harapan masyarakat dalam keadaan sekarang, melainkan menyangkut masalah perubahan-perubahan yang dikehendaki. Untuk jenis kontrol sosial yang terakhir ini, biasa dipakai istilah *social engineering*.

Hukum sebagai *social engineering* adalah penggunaan hukum secara sadar untuk mencapai suatu tertib atau keadaan masyarakat sebagaimana dicita-citakan atau untuk melakukan perubahan-perubahan yang diinginkan. Kemampuan hukum semacam ini melekat pada pengertian hukum

---

<sup>109</sup> Lihat, Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York, 2006, hlm. 1-2.

<sup>110</sup> Black mengatakan bahwa “*culture is the symbolic aspect of social life, including expression of what is true, good, beautiful. It includes ideas about the nature of reality (theoretical and practical), supernatural, metaphysical or empirical), conceptions of what ought to be (right or wrong, proper and technology, religion, magic or folklore). Values, ideology, morality and law have a symbolic aspect of this kind*”. Lihat, Donald Black, *The Behaviour of Law*, Academic Press, New York, 1976, hlm. 61.

<sup>111</sup> Satjipto Rahardjo, 1979, hlm. 122

modern. Sejalan dengan pendapat ini, Sudikno Mertokusumo menjelaskan bahwa kaidah hukum bertugas mengusahakan keseimbangan tatanan di dalam masyarakat dan kepastian hukum agar tujuannya tercapai, yaitu ketertiban masyarakat.<sup>112</sup>

Pada masa transisi, banyak sekali segi-segi kehidupan masyarakat yang berubah dan berkembang pesat. Perubahan ini tentu saja sangat mempengaruhi perkembangan hukum yang ada di Indonesia. Dalam masa transisi, institusi tradisional dan predikat-predikat hukum yang biasa tidak bisa berlaku. Dalam masa-masa perubahan politik yang dinamis, respon legal menimbulkan paradigma hukum yang *sui generis*, khas dan unik. Peran hukum dalam masa ini bersifat kompleks<sup>113</sup>. Dalam masa transisi ini Pembangunan di segala bidang pun senantiasa dilaksanakan, termasuk pembangunan hukum melalui pembaharuan hukum dalam rangka pengembangan hukum nasional yang bersumber pada Pancasila dan UUD 1945.

Sejak Indonesia merdeka, bangsa ini telah bersepakat menjadikan Pembukaan UUD 1945 sebagai kesepakatan luhur yang final (*modus vivendi*). Di dalam Pembukaan UUD 1945 dicantumkan dasar dari negara ini didirikan, yakni Pancasila. Kedudukan Pancasila sebagai dasar negara membawa konsekuensi bahwa hukum ketatanegaraan pun harus berbasis nilai-nilai Pancasila. Pancasila telah ditetapkan sebagai *rechtsidee* maupun *grundnorm*. Baik kedudukan sebagai *rechtsidee* maupun sebagai *grundnorm*, nilai-nilai Pancasila harus mewarnai, menjiwai pembaharuan hukum di Indonesia, baik pada tataran substansial (materi hukum), struktural (apartur hukum) maupun kultural (budaya hukum). Pancasila harus disebutkan sebagai bintang pemandu arah (*leitstern*) kebijakan pembaharuan hukum di Indonesia. Kebijakan pembaharuan yang tidak menyinggung apa yang menjadi dasar penentuan arah kebijakan pembangunan hukum, yakni Pancasila dapat dikatakan masih bersifat parsial karena kurang melihat sisi pembangunan hukum nasional secara integral yang seharusnya melibatkan pembicaraan tentang Pancasila sebagai bintang pemandu arah (*leitstern*).

---

<sup>112</sup>*Ibid*, Hlm. 11

<sup>113</sup> Ruti G. Teitel, *Transitional Justice*, diterjemahkan oleh Tim ELSAM dengan judul *Keadilan Transisional Sebuah Tinjauan Komprehensif*, Seri Transitional Justice, Jakarta, hlm. 8-9.

Proses pembaharuan hukum ini sebenarnya telah berjalan lama. Namun demikian, cita-cita pembentukan hukum nasional dalam segala bidang kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, belum tercapai sepenuhnya. Pembentukan hukum nasional yang dimaksudkan dalam hal ini adalah pembentukan peraturan perundang-undangan nasional yang merupakan produk pembentuk undang-undang (badan Legislatif), yang didasarkan pada nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat dan diakui sebagai hukum (*the living law*).

Hal ini terlihat dalam kehidupan sehari-hari masih ada berbagai kegiatan kehidupan manusia yang sebenarnya merupakan hukum yang hidup dalam masyarakat, namun belum ada peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Kondisi semacam ini dapat dipahami, karena kebutuhan hidup manusia serta kegiatan kehidupan manusia sangat banyak dan beragam, serta cepat sekali berubah dan berkembang, sedangkan peraturan perundang-undangan tidak mungkin dapat menampung semua segi kehidupan manusia selengkap-lengkap dan sejelas-jelasnya.

Sehubungan dengan hal ini, Sudikno Mertokusumo<sup>114</sup> menyatakan bahwa undang-undang itu mengatur peristiwa, tetapi seringkali peristiwanya telah berkembang jauh, sedangkan undang-undangnya belum juga berubah. Oleh karena itu, tidak mengherankan kalau ada ungkapan *het recht hinkt achter de feiten aan*, yang berarti bahwa hukum itu ketinggalan dari peristiwanya. Yang dimaksudkan dengan hukum di sini dengan sendirinya adalah hukum yang tertulis atau undang-undang. Perubahan undang-undang harus melalui prosedur, sehingga tidak dapat setiap saat dilakukan untuk menyesuaikan keadaan.

Perubahan hukum senantiasa dirasakan perlu dimulai sejak adanya kesenjangan antara keadaan-keadaan, peristiwa-peristiwa, serta hubungan-hubungan dalam masyarakat, dengan hukum yang mengaturnya. Bagaimanapun kaidah hukum tidak mungkin dilepaskan dari hal-hal yang diaturnya, sehingga ketika hal-hal yang seyogyanya diaturnya tadi telah berubah sedemikian rupa, tentu saja dituntut perubahan hukum untuk menyesuaikan diri agar hukum masih efektif dalam pengaturannya.

Pembaharuan hukum perlu dilakukan secara komprehensif, meliputi seluruh komponen dalam sistem hukum, yaitu komponen substansial,

---

<sup>114</sup> Sudikno Mertokusumo, 1996, *Op.Cit.*, hlm 99

komponen struktural dan komponen kultural. Ada keterkaitan yang sangat erat antara pembaharuan pada komponen substansial dengan komponen kultural. Komponen substansial seharusnya dibangun berdasarkan komponen kultural yang dimiliki oleh bangsa tersebut. Sangat tepat dalil yang dikemukakan oleh Robert B. Seidman tentang "*The law of non transferability of law*", yakni sebuah dalil yang menyatakan bahwa hukum suatu bangsa tidak dapat dialihkan begitu saja kepada bangsa lain. Hal ini disebabkan oleh karena struktur sosial, budaya tempat persemajaan hukum itu tidaklah sama. Hukum yang sama dengan karakter sama tetapi diterapkan pada struktur sosial yang berbeda akan menghasilkan penegakan hukum yang berbeda pula. Hukum Belanda yang nota benenya berasal dari Hukum Bangsa Romawi (melalui kodifikasi di Perancis) tidak mungkin dapat diterapkan begitu saja di Indonesia. Penegakannya pasti akan memunculkan sejumlah anomali.

Perubahan-perubahan nilai atau kaidah-kaidah dasar dalam masyarakat menuntut dilakukan perubahan hukum agar dapat selalu menyesuaikan diri dengan masyarakat. Persoalan penyesuaian hukum terhadap perubahan yang terjadi dalam masyarakat, terutama yang dimaksud adalah hukum tertulis atau perundang-undangan (dalam arti luas). Hal ini sehubungan dengan kelemahan perundang-undangan yang bersifat statis dan kaku.

Dalam keadaan yang telah mendesak, perundang-undangan memang harus disesuaikan dengan perubahan masyarakat. Akan tetapi tidak mesti demikian, sebab sebenarnya hukum tertulis atau perundang-undangan pun telah mempunyai "senjata ampuh" untuk mengatasi sementara terhadap kesenjangan tersebut. Yang dimaksud senjata ampuh di sini adalah penemuan hukum oleh hakim. Dalam praktiknya, hakim dapat melakukan konstruksi hukum dan atau penafsiran jika melihat kenyataan bahwa peraturan perundangan yang ada belum mengatur peristiwa tertentu atau belum jelas.<sup>115</sup> Undang-undang pada hakikatnya memang dimaksudkan untuk melindungi baik individu maupun masyarakat. Akan tetapi pembentuk undang-undang kiranya mustahil untuk dapat memperhitungkan, memperhatikan, dan menuangkan segala ragam bentuk kehidupan masyarakat dalam suatu undang-undang. Pembentuk undang-undang hanya dapat membuat suatu ketentuan yang bersifat umum. Oleh karena itu tidak mungkin

---

<sup>115</sup> Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)* Toko Gunung Agung, Jakarta, hlm. 192-193

mengatur segala-galanya secara terperinci, sehingga perlu sebagian tugasnya itu diserahkan kepada hakim<sup>116</sup>

### C. Dampak Sociological Jurisprudence Terhadap Hakim Dalam memutus Perkara.

Mengenai hubungan saling memengaruhi antara hukum dan masyarakat, dikaji dalam suatu aliran filsafat hukum yang dinamakan *Sociological Jurisprudence*. Melalui kejayaan dan dominasi positivisme-analitis sejak abad ke-19, sampai sekarang kita masih mewarisi ilmu hukum yang mengunggulkan cara kerja “*discriminate, measure, categorize*” yang menghasilkan gambar hukum yang berkeping-keping (*fragmented*). Gambar yang muncul dari metodologi seperti itu adalah kerangka, skeleton, bukan sosok hukum yang utuh<sup>117</sup>. *Sociological Jurisprudence* berusaha untuk menyatukan Ilmu Hukum dengan lingkungannya, yaitu masyarakat termasuk di dalamnya adalah basis sosialnya beserta ilmu-ilmu sosial yang dipakai untuk mempelajarinya. Konsekuensi logis dari aliran ini terhadap sistem kerja pengadilan (yang diwakili oleh hakim) antara lain adalah:

- (1) Terdapat penghargaan terhadap *the living law*;
- (2) Memberikan kebebasan kepada hakim untuk memutus perkara berdasarkan *the living law*, atas dasar faham hukum non-positivistik;
- (3) Melakukan inventarisasi putusan-putusan hakim yang memuat nilai-nilai hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat sebagai pencerminan kesadaran hukumnya sebagai bahan hukum primer dalam pembuatan peraturan perundang-undangan serta dapat dipakai sebagai bahan pertimbangan hakim lainnya;
- (4) Mengembangkan lembaga peradilan yang dapat menjadi badan yang menyelesaikan sengketa hukum antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah;
- (5) Mengembangkan *public control* terhadap produk perundang-undangan.

---

<sup>116</sup> Sudikno Mertokusumo, 1984, *Bunga Rampai Ilmu Hukum*, Dihimpun oleh Kuncoro Basuki, Retno Supartinah, Edisi Pertama Cetakan pertama, Liberty, Yogyakarta, hlm. 22-23

<sup>117</sup> Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, hlm. 10.

Dominasi paham positivistik dengan ciri kodifikasi dan unifikasi hukum di Indonesia masih sangat kental. Seharusnya cara ber hukum yang dilaksanakan di Indonesia sebagai negara yang pluralis adalah dengan memfasilitasi tumbuh berkembangnya *the living law* pada masyarakat dan mensinergikannya dengan kepentingan nasional melalui upaya yang dikenal dengan harmonisasi hukum. Secara kontroversial, kenyataan yang berkembang justru sebaliknya. Hukum adat yang dinyatakan sebagai sumber utama dalam pembentukan hukum nasional ternyata semakin lama tidak jelas kedudukannya dan fungsinya dalam pembentukan hukum nasional, bahkan terkesan adanya upaya yang secara sistematis untuk menegasikan keberadaan hukum adat<sup>118</sup>. Undang-undang No. 5 tahun 1960 tentang UUPA misalnya, hanya memungkinkan hukum adat berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-undang atau peraturan lain yang lebih tinggi atau kepentingan nasional yang kurang jelas penafsirannya. Sementara itu sangat dimengerti bahwa apabila hukum adat dihadapkan kepada hukum nasional, maka hukum adat akan tersisihkan dan tidak berdaya<sup>119</sup>. Fenomena ini digambarkan oleh Satjipto Rahardjo dengan istilah “Memasukkan kambing (hukum adat) ke dalam kandang macan (hukum negara/hukum nasional atau hukum modern), sebagai akibat tindakan ahli hukum yang merumuskan berbagai peraturan perundang-undangan terlalu *normative*, tanpa kesadaran antropologis dan sosiologis yang cukup, yang tinggal menunggu saatnya kambing (hukum adat) tersebut dimakan oleh macan (hukum negara)”<sup>120</sup>.

Suatu contoh yang dapat menggambarkan betapa hukum adat benar-benar “dimakan” oleh hukum negara adalah dengan diundangkannya UU No. 5 Tahun 1979 tentang “Pemerintahan Desa” yang membat habis institusi lokal seperti Dusun, Marga, Gampong, Nagari (di luar Jawa) dari akar sosiologisnya yaitu masyarakat hukum adat dan menggantikannya dengan desa (seperti desa-desa di Jawa) yang tidak memiliki akar sosiologis. Dengan demikian sejak saat itu banyak hukum adat sebagai *the living law*, secara formal telah tamat. Pertanyaan mendasar yang perlu diajukan adalah, untuk menjadi negara modern dan maju, haruskah kita membunuh, menghilangkan

---

<sup>118</sup> Lihat Suteki, *Integrasi Hukum dan Masyarakat*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 2007, hlm. 105

<sup>119</sup> Suteki, *loc.cit.*

<sup>120</sup> Satjipto Rahardjo, 2005, *Hukum Adat Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia (Perspektif Sosiologi Hukum)*, Makalah disampaikan pada Lokakarya Hukum Adat diselenggarakan oleh Mahkamah Konstitusi, 4-6 juni 2005, hlm. 5.

hukum adat? Jawabannya adalah tidak harus. Sampai saat ini masih dapat disaksikan bahwa negara Jepang yang tetap mempertahankan ke-Jepangannya atau nasionalitasnya ditengah serbuan hukum modern melalui *Japanese Twist*<sup>121</sup>-nya ternyata mampu menjadi negara adi daya (*super power*) yang menyamai Amerika. Demikian pula Inggris yang tetap mempertahankan *Common Law System* dengan tetap konsekuen pada pola pembentukan hukum melalui *Judge Made law*-nya tetap bisa menjadi negara modern dan hukumnya dapat disandingkan dengan hukum modern. *The Living Law* merupakan ciri khas dari aliran dalam ilmu hukum *Sociological Jurisprudence*. Keadilan merupakan sasaran utama dari hukum, maka penegakan hukum harus diarahkan antara lain untuk mencapai keadilan, baik sebagai individu maupun keadilan bagi masyarakat atau keadilan sosial. Bukan hanya keadilan formal (*formal justice*), melainkan juga keadilan substansial (*substantial justice*) bahkan keadilan sosial (*social justice*). Di sinilah pentingnya hakim untuk menoleh, memperhatikan apa yang disebut dengan *the living law* sebagai salah satu sisi fakta sosial yang perlu dipertimbangkan untuk memutus perkara yang memenuhi rasa keadilan masyarakat. *The living law* dapat dikatakan sebagai *the social pressure* yang dapat dipertimbangkan oleh hakim dalam memutus perkara. H.L.A. Hart<sup>122</sup> dalam bukunya *The Concept of Law* mengatakan bahwa “*What is important is that the insistence on importance or seriousness of social pressure behind the rules is the primary factor determining whether are thought of as giving rise to obligation...*”

Pengaruh *Sociological Jurisprudence* dalam proses penegakan hukum, khususnya oleh hakim di Pengadilan belum begitu nyata, padahal UU No. 4 Tahun 2004 yang telah direvisi dengan UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang “Kekuasaan Kehakiman” khususnya pada Pasal 5 ayat (1) telah menegaskan bahwa hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Namun, mengapa belum banyak hakim yang memperhatikan aspek sosiologik dari hukum tersebut? Hal ini tentu saja disebabkan oleh kuatnya dominasi faham positivistik.

---

<sup>121</sup> *Japanese Twist* artinya kekhususan Jepang dalam menghadapi hukum. Karakteristik Jepang ini meminggirkan keunggulan atau kedaulatan undang-undang (*supremacy of law*), karena di atas undang-undang masih ada ukuran moral tertentu yang lebih diutamakan. Permintaan maaf dan budaya malu lebih dikedepankan dibandingkan ketentuan undang-undang saja. Lihat Satjipto Rahardjo, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2003, hlm. 113.

<sup>122</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Inggris: Oxford University Press, 1981, hlm. 84.

Keengganan hakim untuk menoleh pada realitas sosial (termasuk *the living law*) dari suatu perkara akan berdampak buruk pada upaya pencapaian keadilan. Dalam praktik hukum di Indonesia, seringkali para penegak hukum sudah menjalankan tugasnya sesuai dengan aturan main yang dituangkan dalam aturan formal. Terhadap kasus tindak pidana korupsi misalnya, sesuai dengan ketentuan undang-undang, jaksa, polisi sudah melakukan penyelidikan, penyidikan, jaksa sudah melakukan penuntutan ke pengadilan, pengacara sudah menjalankan fungsinya untuk membela hak-hak tersangka. Hakim juga sudah mendengar kedua belah pihak, sehingga turunlah putusan pengadilan. Semua aturan hukum yang relevan sudah dipertimbangkan dan sudah diterapkan. Semua formalitas dan tata cara yuridis sudah diikuti, tetapi mengapa terhadap penegakan hukum yang demikian masih saja banyak masyarakat yang tidak puas, masih saja dikatakan penegakan hukum di Indonesia ditengarai sangat kurang dan mencapai titik nadir. Inilah masalahnya, yakni masalah tidak dipenuhinya nilai keadilan, terutama keadilan masyarakat. Hakim masih belum dengan sungguh-sungguh menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) seperti telah diamanatkan oleh UU Kekuasaan Kehakiman (UU No. 48 Tahun 2009 sebagai revisi atas UU No. 4 Tahun 2004) khususnya pada Pasal 5 ayat (1) dengan alasan terkait dengan aturan hukum formal yang sebenarnya kaku dan seringkali menyimpang dari rasa keadilan masyarakat, padahal dalam Undang-undang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa hakim wajib menggali nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat (*the living law*).

Berdasarkan uraian di atas tampak bahwa untuk menghindari putusan yang tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat, hakim dalam memutus perkara hendaknya juga memperhatikan realitas sosial dimana perkara itu terjadi. Hakim seharusnya juga memperhatikan perkembangan pemikiran ilmu hukum yang sekarang telah mulai bergeser dari *Positivistic Jurisprudence* menuju kearah *Sociological Jurisprudence*. Dari kaca mata sosiologis seorang hakim bukanlah sosok yang bebas dan netral. Ia terikat dengan berbagai atribut sosial yang melingkupinya. Hal ini disebabkan oleh karena hukum itu tidak mutlak bersifat otonom, yang bebas dari pengaruh lingkungan non-hukum. Kita menghadapi realitas yang berbeda dari doktrin *Rule of Law*, misalnya pada saat kita berbicara soal pengadilan, maka kita juga akan berbicara mengenai struktur sosial pengadilan dan sosiologi suatu perkara (*sociology of a case*). Kita akan berbicara mengenai pelaku-pelaku di

pengadilan seperti hakim, jaksa, advokat sebagai manusia penuh dengan berbagai variabelnya, seperti perbedaan dalam kekuasaan dan kekayaan, tentang adanya kepentingan-kepentingan ekonomi yang nyata dan sebagainya. Kemudian apabila kita berbicara mengenai hakim, maka kita juga melihatnya sebagai manusia penuh dengan berbagai afiliasinya terhadap variabel-variabel yang berbeda. Oleh karena itu secara sosiologis kita akan mengatakan bahwa apabila ada dua hakim, maka kita akan berhadapan dengan dua macam hakim.<sup>123</sup>

Dampak yang sangat mendasar dari adanya *sociological jurisprudence*, hakim lebih mementingkan keadilan substantif (bahkan dapat dikatakan keadilan progresif) yang tidak semata-mata didasarkan pada logika hukum, melainkan juga pertimbangan hati nurani.---yang berarti menyampingkan sementara prinsip “*Rule of Law*” dan positivism yang mementingkan keadilan formal. Menurut Muladi<sup>124</sup>, dengan berlakunya ajaran sifat melawan hukum materiil, maka hukum yang hidup mempunyai multi-guna, baik sebagai dasar pemidanaan (kalau tidak ada bandingannya dengan hukum positif), sebagai alasan penghapus pidana (alasan pembenar) maupun alasan pemberatan pemidanaan. Hal ini harus dipertimbangkan oleh hakim di pengadilan umum. Hakim harus berani menilai sampai sejauh mana validitas *the living law* tersebut, apakah merupakan *culture* yang harus diapresiasi atau merupakan “*counter culture*” yang justru harus dianulir. Dalam hal ini peranan Pancasila sebagai “*margin of appreciation*” dalam hukum yang hidup di dalam masyarakat Indonesia menjadi penting.

---

<sup>123</sup>Satjipto Rahardjo, *Pendekatan dan Pengkajian Sosiologis Terhadap Hukum*, Makalah Seminar, Pebruari 1993, hlm.8.

<sup>124</sup>Muladi, Pancasila Sebagai *Margin of Appreciation* Dalam Hukum yang Hidup di Indonesia dalam: *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Penyunting Ahmad Gunawan dan Mu'ammarr Ramadhan, Pustaka Pelajar-IAIN Walisongo dan PDIH Undip, Jogjakarta, 2006.

#### **D. Penyelesaian Perkara oleh Hakim dalam Hal Tidak Ada/ Tidak jelas Peraturan Hukumnya**

Keberadaan lembaga peradilan dalam negara modern seperti Indonesia merupakan suatu keniscayaan, karena akan mustahil kekuasaan politik pemerintahan dapat berjalan dengan benar dan adil jika tidak ada lembaga yang berfungsi menegakkan hukum dan mengadili sengketa antara rakyat dengan pemerintah atau antara rakyat dengan anggota masyarakat lainnya. Penegakan hukum dan keadilan merupakan salah satu fungsi kedaulatan suatu negara. Dalam bukunya *Territory The Claiming of Space*, David Storey menegaskan tentang peran dan fungsi negara, yaitu: (1) Mengatur perekonomian negara. (2) Menyediakan kebutuhan dan kepentingan publik terutama kesehatan dan transportasi. (3) Menyediakan perangkat hukum dan menegakkan keadilan bagi rakyatnya. (4) Membela dan menjaga territorial wilayahnya negara dan keamanan rakyatnya dari ancaman pihak luar. Tidak ada bangsa yang beradab tanpa adanya peradilan yang merdeka dan mandiri. Salah satu tiang penyangga tegaknya kedaulatan negara adalah adanya pengadilan berdaulat. Entitas pengadilan sejatinya merupakan lembaga yang bertugas mencerahkan dan memberi arah perjalanan peradaban bangsa. Penyelesaian sengketa antara rakyat dengan penguasa atau antara sesama warga yang diproses melalui peradilan yang independen harus menjadi puncak kearifan dan perekat kohesi sosial bagi para pihak yang bersengketa. Perbedaan pendapat dan sengketa hukum merupakan bagian dari dinamika sosial dalam negara modern. Pengadilan di Amerika Serikat telah banyak menegakkan tiang pancang pembangunan peradilan dan peradaban dengan mengeluarkan putusan-putusan yang bernilai bagi kemanusiaan. Antara lain putusan Chief Justice John Marshall (1755-1835), juga ada putusan-putusan yang dikenal dengan kasus *Mallory*, *Escobedo*, *Miranda*, dll, yang terbukti memberikan kontribusi bagi tata pergaulan sosial-politik.<sup>125</sup>

Kekuasaan kehakiman dalam praktik, diselenggarakan oleh badan peradilan negara. Adapun tugas pokok badan peradilan adalah memeriksa, mengadili, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan oleh masyarakat pencari keadilan. Ketentuan mengenai kekuasaan kehakiman ini, di Indonesia secara konstitusional diatur dalam Bab IX, Pasal 24, 24A, 24B,

---

<sup>125</sup> Lihat David Storey dalam Artidjo Alkostar, *Reformasi Sistem Peradilan Dalam Penegakan Hukum di Indonesia*, <http://www.legalitas.org/> 27 Juni 2010

24C dan 25 UUD 1945 hasil amandemen MPR. Hasil amandemen tersebut telah mengubah struktur kekuasaan kehakiman, karena di samping Mahkamah Agung juga terdapat lembaga kekuasaan kehakiman yang baru, yaitu Mahkamah Konstitusi. Pasal 18 UU Kekuasaan Kehakiman menyebutkan:

Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai kewenangan lainnya yang diberikan oleh undang-undang (Pasal 24 A ayat (1) UUD 1945 hasil amandemen). Mahkamah Agung adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (Pasal I angka 1 Undang-undang No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung). Pimpinan dan hakim anggota Mahkamah Agung adalah Hakim Agung (Pasal I angka 2 UU No. 5 Tahun 2004 yang mengubah Pasal 4 UU No. 14 Tahun 1985). Kekuasaan Mahkamah Agung adalah sebagai berikut:

- (1) Bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus:
  - a. permohonan kasasi;
  - b. sengketa tentang kewenangan mengadili;
  - c. permohonan peninjauan kembali putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap
- (2) Memberikan pertimbangan dalam bidang hukum, baik diminta maupun tidak, kepada Lembaga Tinggi Negara
- (3) Memberikan nasihat hukum kepada Presiden selaku Kepala Negara untuk pemberian atau penolakan grasi;
- (4) Menguji secara materil terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang (Penjelasan Umum UU No 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung.

Untuk dapat menyelenggarakan kekuasaan dan kewenangan tersebut dengan sebaik-baiknya, Mahkamah Agung melaksanakan hal-hal sebagai berikut:

- a. Wewenang pengawasan meliputi:
  - 1) jalannya peradilan;
  - 2) pekerjaan pengadilan dan tingkah laku para Hakim di semua Lingkungan Peradilan
  - 3) pengawasan yang dilakukan terhadap Penasihat Hukum dan Notaris sepanjang yang menyangkut peradilan;
  - 4) pemberian peringatan, teguran, dan petunjuk yang diperlukan;
- b. Meminta keterangan dan pertimbangan dari:
  - 1) Pengadilan di semua Lingkungan Peradilan;
  - 2) Jaksa Agung;
  - 3) Pejabat lain yang disertai tugas penuntutan perkara pidana;
- c. Membuat peraturan sebagai pelengkap untuk mengisi kekurangan atau kekosongan hukum yang diperlukan bagi kelancaran jalannya peradilan
- d. Mengatur sendiri administrasinya baik mengenai administrasi peradilan maupun administrasi umum (Penjelasan Umum Undang-undang Tentang Mahkamah Agung).

Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD, memutus sengketa kewenangan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum (Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945). Di samping itu, Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD (Pasal 24 C ayat (2) UUD 1945).

Hakim mempunyai peran penting dalam peradilan. Hakim dan hakim konstitusi adalah pejabat Negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang diatur dalam undang-undang (Pasal 19 UU Kekuasaan Kehakiman). Sebagai

penegak hukum, hakim mempunyai tugas pokok di bidang judicial, yaitu menerima, memeriksa, memutus, dan menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya. Dengan tugas seperti itu, dapat dikatakan bahwa hakim merupakan pelaksana inti yang secara fungsional melaksanakan kekuasaan kehakiman. Oleh karena itu, keberadaannya sangat penting dan determinan dalam menegakkan hukum dan keadilan melalui putusan-putusannya.

Para pencari keadilan (*justiciabellen*) tentu sangat mendambakan perkara-perkara yang diajukan ke pengadilan dapat diputus oleh hakim-hakim yang professional dan memiliki integritas moral yang tinggi, sehingga dapat melahirkan putusan-putusan yang tidak saja mengandung *legal justice*, tetapi juga berdimensi *moral justice*, dan *social justice*.<sup>126</sup>

Dalam penanganan kasus di pengadilan, dalam hal undang-undang tidak lengkap atau tidak jelas, terjadi kekosongan hukum dalam suatu perkara yang diajukan ke pengadilan menjadi tugas hakim, untuk menggali dan menemukan hukum yang dapat digunakan untuk menyelesaikan perkara yang dihadapinya, untuk dapat menyesuaikan dengan tuntutan perkembangan masyarakat. Hal ini sesuai dengan yang disebutkan dalam Pasal 4 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang.

Dalam pasal tersebut dikatakan mengadili menurut “hukum”, bukan undang-undang, karena pengertian hukum dalam hal ini adalah lebih luas dari sekedar undang-undang, karena hukum dapat meliputi baik hukum tertulis maupun tidak tertulis. Untuk mencari hukumnya undang-undang yang bersifat umum belum tentu mencakup peristiwa yang sedang dihadapi hakim. Oleh karena itu hakim harus berusaha mencari hukum dari sumber-sumber hukum yang lain untuk dapat membantu memecahkan peristiwa yang diajukan oleh para pencari keadilan.

Dalam Pasal 4 ayat (2) disebutkan bahwa pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan. Dari ketentuan tersebut dapat dilihat bahwa pengadilan (dalam hal ini hakim sebagai pemutus perkara) bertugas membantu pencari keadilan dalam hal apapun, termasuk dalam hal tidak ada peraturan hukumnya sekalipun, untuk terciptanya suatu keadilan yang diinginkan masyarakat.

---

<sup>126</sup> Bambang Sutiyoso, *Op. Cit*, hlm. 6

Seorang Hakim, tidak boleh menolak suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak ada hukumnya, atau tidak jelas. Dalam keadaan demikian hakim tetap wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Hakim harus berusaha mencari dan menemukan hukum yang dapat digunakan untuk menyelesaikan dan memutus perkara yang dihadapkan kepadanya. Dalam Pasal 5 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian, seorang hakim harus senantiasa mengikuti perkembangan yang ada dalam masyarakat, karena tugas yang diembannya dalam peradilan harus dapat memberikan rasa keadilan masyarakat. Hakim harus melakukan penemuan hukum untuk dapat menerapkan dalam peristiwa konkrit yang diajukan kepadanya.

Dalam penemuan hukum ini sumber-sumber penemuan hukum yang dapat digunakan sesuai dengan hierarki/tingkatannya menurut Sudikno Mertokusumo<sup>127</sup> antara lain adalah:

1. Undang-undang

Dalam membaca undang-undang ini tidak mudah, karena tidak sekedar membaca bunyi kata-katanya (*naar de letter van de wet*), tetapi harus pula mencari arti, makna atau tujuannya.

2. Hukum kebiasaan

Hukum kebiasaan adalah hukum yang tidak tertulis. Kebiasaan adalah perilaku yang diulang. Kebiasaan merupakan hukum kebiasaan apabila kebiasaan itu dianggap mengikat. Untuk dapat menjadi hukum kebiasaan maka kebiasaan itu harus menimbulkan keyakinan umum (*opinio necessitatis*) bahwa perilaku yang diulang itu memang patut secara obyektif dilakukan, bahwa dengan melakukan perilaku itu berkeyakinan melakukan suatu kewajiban hukum

3. Yurisprudensi

Yurisprudensi mengandung pengertian:

- a. setiap putusan hakim

---

<sup>127</sup> Sudikno Mertokusumo, 1996 b, hlm. 48-54

- b. kumpulan putusan hakim yang disusun secara sistematis dari tingkat peradilan pertama sampai pada tingkat kasasi dan yang pada umumnya diberi *annotatie* oleh pakar di bidang peradilan.
- c. Pandangan atau pendapat para ahli yang dianut oleh hakim dan dituangkan dalam putusannya.

Di samping itu, di lingkungan peradilan dikenal apa yang disebut yurisprudensi tetap. Apabila suatu kaidah atau ketentuan dalam suatu putusan kemudian diikuti secara konstan atau tetap oleh para hakim dalam putusannya dan dapat dianggap menjadi bagian dari keyakinan hukum umum, maka dikatakan bahwa terhadap masalah hukum tersebut telah terbentuk yurisprudensi tetap. Diputuskan kembali kaidah hukum dalam suatu putusan oleh suatu yurisprudensi tetap akan memperkuat wibawa kaidah hukum tersebut

#### 4. Perjanjian internasional (*tractaat/treaty*)

Traktat (perjanjian internasional)<sup>128</sup> adalah perjanjian yang dibuat antar Negara yang dituangkan dalam bentuk tertentu. Perjanjian internasional ini pada dasarnya dibagi dalam perjanjian internasional yang penting, dan yang kurang penting atau yang sederhana sifatnya. Perjanjian internasional yang penting dinamakan traktat, sedangkan yang kurang penting dipergunakan istilah “persetujuan.” Contoh perjanjian yang penting adalah yang menyangkut masalah-masalah yang penting bagi kelangsungan hidup suatu Negara/bangsa, seperti perjanjian batas wilayah, sedangkan perjanjian yang kurang penting seperti *agreement*, *protocol*, *piagam*, *charter*, *pakta*. Akibat perjanjian-perjanjian tersebut adalah “*pacta servanda*” artinya bahwa perjanjian mengikat para pihak yang mengadakan perjanjian. Di samping itu para pihak harus menaati serta menepati perjanjian yang mereka buat (isi perjanjian). Yang dimuat dalam traktat pada umumnya adalah ketentuan-ketentuan hukum yang bersifat umum yang mengikat Negara-negara penandatangan. Ini berarti timbulnya traktat yang menciptakan hukum sehingga dapat digolongkan dalam sumber hukum formil.

---

<sup>128</sup> Lihat R. Soeroso, *op.cit.*, hlm. 170-171

## 5. Doktrin

Menurut Sudikno Mertokusumo<sup>129</sup>, Doktrin adalah pendapat para sarjana hukum yang merupakan sumber hukum tempat hakim dapat menemukan hukumnya. Seringkali hakim dalam putusannya menyabut pendapat sarjan hukum saebagai dasar pertyimbangan dalam memutuskan peraturan btertentu. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa hakim menemukan hukumnya dalam doktrin. Doktrin merupakan sumber hukum formil. Doktrin yang belum digunakan hakim dalam mempertimbangkan keputusannya belum merupakan sumber hukum formil

## 6. Perilaku

Hukum tidak hanya berwujud norm atau kaidah saja, tetapi dapat berwujud perilaku. Pada perilaku manusia terdapat hukumnya. Dari perilaku manusia lahir hukum. Oleh karena itu perilaku baik yang bersifat aktif (perbuatan konkrit) maupun yang bersifat pasif seperti sikap (itikad) juga merupakan sumber hukum, dan menjadi sumber penemuan hukum.

## 7. Kepentingan manusia

Perilaku manusia itu didorong oleh kepentingan manusia, sedangkan kepentingan manusia merupakan objek perlindungan hukum. Oleh karena itu tidak boleh dilupakan bahwa kepentingan manusia juga merupakan sumber hukum.

Dengan demikian hakim harus mempunyai kemampuan dan kreativitas untuk dapat menyelesaikan dan memutus perkara dengan mencari dan menemukan hukum dalam kasus yang tidak ada peraturan hukumnya. Hakim harus mampu melakukan penemuan hukum untuk dapat memutus perkara sehingga terwujud keadilan yang didambakan masyarakat. Di sini hakim lebih leluasa serta luwes untuk menyelesaikan perkara, karena tidak hanya menyampaikan bunyi undang-undang, tetapi dapat melakukan penemuan hukum dari berbagai sumber penemuan hukum dan juga dapat melakukan penciptaan hukum, karena sebenarnya hukum itu ada di dalam masyarakat. Di

---

<sup>129</sup> Sudikno Mertokusumo, 1986 b, *Op.cit.* hlm. 94. Lihat juga Soeroso, *Ibid*, hlm. 179, yang menyebutkan bahwa pendapat para sarjana atau ilmu hukuim adalah sumber hokum, tetapi bukan hukuim seperti undang-undang karena tidak mempnyai kekuatan mengikat.

mana ada masyarakat, di situ tentu ada hukum, tinggal bagaimana kita menggali, sehingga dalam penegakan hukum benar-benar dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Apabila melakukan penemuan hukum berbasis nilai keadilan dalam memutus perkara, dan kemudian putusan hakim menjadi hukum, maka akan tercipta hukum yang benar-benar sesuai dengan nilai-nilai keadilan yang ada dalam masyarakat.

### **E. Peran Hakim dalam Penemuan Hukum (*rechtsvinding*) dan Penciptaan Hukum (*rechtscepping*) pada Era Transisi**

Pada dasarnya apa yang dilakukan oleh hakim di persidangan adalah mengkonstatasi peristiwa konkrit, yang sekaligus berarti merumuskan peristiwa konkrit, mengkualifikasi peristiwa konkrit yang berarti menetapkan peristiwa hukumnya dari peristiwa konkrit, dan mengkonstitusi atau memberi hukum atau hukumannya. Semua itu pada dasarnya sama dengan kegiatan seorang sarjana hukum yang dihadapkan pada suatu konflik atau kasus dan harus memecahkannya, yaitu meliputi<sup>130</sup>:

1. *legal problem identification*
2. *legal problem solving*
3. *decision making*

Dalam menjalankan tugasnya di persidangan tersebut Hakim harus senantiasa mengikuti perkembangan nilai-nilai yang ada di dalam masyarakat, supaya dapat memberikan putusan yang sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Dalam hal ini Hakim harus mengadili menurut hukum. Menurut Bernard L. Tanya<sup>131</sup>, keadilan mestinya merupakan unsur konstitutif dalam hukum, namun ada kalanya, faktual, suatu aturan tidak memiliki muatan keadilan, atau tidak selalu memiliki muatan keadilan. Di sinilah muncul perbedaan makna antara *lex* dan *ius*, dan oleh karena itu, antara *rechts* dan *wet*, antara hukum dan undang-undang. *Ius* menunjuk pada cita hukum yang harus tercermindalam hukum sebagai hukum, yakni keadilan. Sebaliknya *lex*, menunjuk pada aturan-aturan hukum yang faktual ditetapkan dan diformalkan, tanpa mempersoalkan mutunya. Dengan demikian *ius* tidak selalu ditemukan dalam *lex*.

---

<sup>130</sup> Sudikno Mertokusumo, 1996 b, hlm. 74

<sup>131</sup> Bernard L. Tanya, 2000, *Hukum, politik, dan KKN*, Srikandi, Surabaya, hlm. 13

Meskipun hukum dan keadilan merupakan dwitunggal yang tidak terpisahkan, namun dapat saja terjadi suatu peraturan tidak mengandung keadilan apapun. Oleh karena itu seorang Hakim Indonesia tidak hanya menegakkan hukum *per se*, tetapi juga menegakkan keadilan. Seorang Hakim harus berusaha sedemikian rupa sehingga jarak dan diskrepansi antara hukum dan keadilan diminimalisir. Caranya adalah dengan menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Dalam menjalankan tugas untuk mengadili suatu perkara ada kemungkinan bahwa tidak ada peraturan hukum, atau peraturan hukumnya tidak jelas, atau terjadi kekosongan hukum. Dalam hal demikian, maka hakim harus berusaha mencari dan menemukan hukumnya untuk menyelesaikan kasus tersebut. Oleh karena itu, hakim sangat berperan dalam penemuan hukum, terutama pada masa transisi, karena banyaknya perubahan dan perkembangan masyarakat yang tentunya sulit diikuti dengan perkembangan peraturan peundang-undangan secara cepat.

Menurut Scholten<sup>132</sup> Penemuan hukum (*rechtsvinding*) berbeda dengan penerapan hukum (*rechtstoepassing*), karena di sini ditemukan sesuatu yang baru. Penemuan hukum dapat dilakukan baik melalui penafsiran, atau analogi, maupun penghalusan hukum (*rechtsverwijning*). Penegakan hukum tidak hanya dilakukan dengan logika penerapan hukum yang mengandalkan penggunaan logika (*een hanteren van logische figuren*), melainkan melibatkan penilaian, memasuki ranah pemberian makna. Melalui silogisme dan kesimpulan logis, tidak akan ditemukan sesuatu yang baru, seperti yang dikehendaki oleh penemuan hukum. Jika hakim memutus suatu kasus berdasarkan hak dan kewajiban yang sudah ada (*preexisting right and obligation*) maka hakim tidak lebih dan tidak kurang hanya sebagai robot. Karena hakim bukan robot, tetapi manusia maka hakim dapat membuat peraturan baru. Jadi bukan hanya badan legislatif dan eksekutif yang membuat hukum, tetapi juga badan yudikatif.

Menurut Sudikno Mertokusumo<sup>133</sup>, penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa konkrit. Lebih konkrit lagi dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah konkretisasi,

---

<sup>132</sup> Lihat Scholten, dalam Anton Freddy Susanto, 2005, *Semiotika Hukum dan demokrasi, Teks Menuju Progresivitas Makna*, PT Refika Aditama, Bandung. Lihat juga Charles Himawan, 2003, *Hukum Sebagai Panglima*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, hlm. 24.

<sup>133</sup> Sudikno Mertokusumo, 1996b, *Op.Cit.* hlm. 75

kristalisasi atau individualisasi peraturan hukum atau *das sollen*, yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit atau *das sein*. Peristiwa konkrit perlu dicarikan hukumnya yang bersifat umum dan abstrak. Peristiwa konkrit harus dipertemukan dengan peraturan hukum. Peristiwa konkrit itu harus dihubungkan dengan peraturan hukumnya agar dapat tercakup oleh peraturan hukum itu. Sebaliknya peraturan hukumnya harus disesuaikan dengan peristiwa konkritnya agar dapat diterapkan.

Ada perbedaan mendasar antara pikiran analitis dan realitas atau sosiologis, seperti diwakili oleh *analytical jurisprudence* dan *legal realism*. Yang pertama selalu melihat ke dalam bingkai peraturan dan tidak keluar dari lingkaran itu (*in het kader van de wet*). Berdasarkan pikiran hukum yang demikian itu, maka penafsiran hukum menjadi hal yang ditabukan. Tidak ada dan tidak boleh ada penafsiran, yang ada ialah penerapan hukum, undang-undang. Penafsiran itu ada di tangan badan legislatif, oleh karena dalam pembuatan hukum sudah termasuk di situ penafsirannya. Di sini kepastian sangat diunggulkan, bahkan sampai titik mutlak dan kepastian itu diperoleh dengan membaca undang-undang. Di pihak lain, pikiran realis, sosiologis dan bebas, berpendapat bahwa hukum itu merupakan kerangka yang abstrak, sedang peristiwa yang dihadapkan padanya adalah unik. Kalau orang berpegangan pada kata-kata undang-undang, maka sifat unik dari perkara tersebut akan hilang dan dikesampingkan. Maka setiap pembuatan keputusan hukum adalah aktivitas yang kreatif, demi melayani keunikan tersebut.

Hukum progresif dan penafsiran progresif berpegangan pada paradigma “Hukum untuk manusia”, sedang *analytical jurisprudence* mengikuti paradigma “Manusia untuk Hukum”. Manusia di sini merupakan simbol bagi kenyataan dan dinamika kehidupan. Hukum itu memandu dan melayani masyarakat. Dengan demikian diperlukan keseimbangan antara ‘statika’ dan ‘dinamika’, antara ‘peraturan’, dan ‘jalan yang terbuka’. Hukum, pengadilan tidak dipersepsikan sebagai robot, tetapi sebagai lembaga yang secara kreatif memandu dan melayani masyarakat. Tugas tersebut bisa dilaksanakan, apabila hukum diberi kebebasan untuk memberi penafsiran. Menafsirkan di sini adalah bagian dari memandu dan melayani.

Alam pikiran hukum tersebut pada dasarnya menerima penafsiran hukum sebagai jembatan antara undang-undang yang statis, kaku dengan masa kini dan masa depan. Hukum akan dicari dan dipercaya masyarakat,

manakala ia mampu menjalankan tugas memandu dan melayani masyarakat<sup>134</sup>. Pada masa transisi, diharapkan hukum tidak hanya menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat, tetapi lebih jauh lagi bagaimana hukum menjadi faktor penggerak ke arah perubahan masyarakat (*law is a tool of social engineering*).

Berkaitan dengan peran Hakim, pada dasarnya peran utama hakim adalah dalam persidangan, karena menjadi penentu penyelesaian kasus yang dihadapinya melalui putusan hakim. Penggunaan putusan hakim sebagai *a tool of social engineering* menurut Roscoe Pound, sebagaimana diringkas oleh Ahmad Ali<sup>135</sup> adalah sebagai berikut:

1. Fungsi *social engineering* (rekayasa sosial) dari hukum maupun putusan hakim, pada setiap masyarakat (kecuali masyarakat totaliter) ditentukan dan dibatasi oleh kebutuhan untuk menyeimbangkan antara stabilitas hukum dan kepastian terhadap perkembangan hukum sebagai alat evolusi sosial.
2. Kebebasan pengadilan yang merupakan hal esensial dalam masyarakat demokratis, pembatasan lebih lanjut diadakan jika pengadilan menjadi penerjemah-penerjemah yang tertinggi dari konstitusi. Kecenderungan yang menyolok di tahun-tahun akhir ini tidak dapat dicampuri dengan kebijakan modern badan legislatif melalui penafsiran konstitusi yang kaku dan tidak terlalu obyektif, kata-kata yang bermakna luas dari teks-teks konstitusi sering melahirkan rintangan-rintangan yang tak teratasi.
3. Dalam sistem-sistem hukum, di tangan organ politiklah terletak pengawasan yang tertinggi terhadap kebijakan badan legislatif sehingga fungsi hakim menjadi relatif lebih mudah.

Dalam fungsi tambahan dari badan pengadilan itu sebagai penafsir peraturan-peraturan politik dan sebagai wasit dari tindakan-tindakan yang bersifat administratif, maka tugas hakim di sini pada hakikatnya menyerahkan kebijakan pada organ-organ yang dipilih dari demokrasi dan membuat penafsiran kebijakan yang sejenis itu dengan sangat baik. Ini berarti penafsiran yang terbatas dari pemeriksaan-pemeriksaan sejenis itu, seperti

---

<sup>134</sup> Anton Freddy Susanto, *Op.Cit*, hlm. 12-13

<sup>135</sup> Ahmad Ali, *op.cit*, hlm.206

pelanggaran keadilan alami, hal-hal yang tidak masuk akal ultra virus dan sebagainya.

4. Dalam menafsirkan preseden dan undang-undang, fungsi pengadilan dapat dan harus lebih positif dan konstruktif.

Penafsiran undang-undang yang dilakukan dengan sangat baik, dan bersifat membantu kebijakan hukum, dan bukan malah sebaliknya menghalang-halangnya, dikuasai oleh prinsip-prinsip yang sama yang menunjukkan pengekangan-pengekangan pengadilan dalam menyatakan tidak sahnya undang-undang atau tindakan-tindakan pemerintah. Perkembangan hukum melalui penafsiran preseden yang dilakukan dengan luwes akan sangat dibantu jika Mahkamah Agung tidak terlalu terikat pada preseden, seperti yang baru-baru ini disarankan oleh Lord Wright.

5. Semakin lebih banyaknya penggunaan hukum sebagai alat pengendalian sosial serta kebijakan dalam masyarakat modern, secara bertahap mengurangi bidang “hukumnya pakar hukum”, dan, dengan demikian, fungsi kreatif dari hakim dalam sistem-sistem hukum kebiasaan, namun hal itu menjadikan perkembangan hukum oleh pengadilan yang kreatif dalam fungsi tambahannya menafsirkan undang-undang dan pembatasan-pembatasan tindakan-tindakan administratif oleh pengadilan bertambah penting.

Yang lebih tegas menekankan penggunaan hukum maupun putusan hakim sebagai *a tool of social engineering* adalah Mochtar Kusumaatmadja. Mochtar Kusumaatmadja ingin mendayagunakan hukum nasional yang modern sebagai sarana untuk mengubah dan merekayasa kehidupan masyarakat.<sup>136</sup>

Menurut Mochtar Kusumaatmadja dalam Achmad Ali<sup>137</sup>, pandangan yang kolot tentang hukum yang menitikberatkan pada pemeliharaan ketertiban dalam arti statis, dan menekankan sifat konservatif dari hukum, menganggap bahwa hukum tidak dapat memainkan suatu peranan yang berarti dalam proses pembaharuan. Ucapan bahwa dengan ahli hukum orang tidak dapat membuat revolusi menggambarkan anggapan demikian. Anggapan tadi tidak

---

<sup>136</sup>Wignjosoebroto, Soetandyo-, 2002, “*Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*”, ELSAM, Jakarta, hlm. 365

<sup>137</sup> Ahmad Ali, *op.cit.*, hlm. 207

benar dan dibantah oleh pengalaman antara lain di Amerika Serikat, terutama setelah New Deal mulai tahun tigapuluhan dapat dilihat penggunaan hukum sebagai alat untuk mewujudkan perubahan-perubahan di bidang sosial. Di negara tersebutlah timbul istilah *law as a tool of social engineering* (Roscoe Pound). Peranan hukum dalam bentuk keputusan-keputusan Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam mewujudkan persamaan hak bagi warga yang berkulit hitam merupakan contoh yang sangat mengesankan dari peranan progresif yang dapat dimainkan oleh hukum dalam masyarakat. Intinya tetap ketertiban. Selama perubahan yang dikehendaki dalam masyarakat hendak dilakukan dengan cara yang tertib, selama itu masih ada tempat bagi peranan hukum.

Sehubungan dengan hal ini, Paul Scholten<sup>138</sup>, menyebutkan bahwa masa keemasan hakim memperlakukan hukum seperti pekerjaan matematis, yang memproses undang-undang seperti memproses angka-angka secara logis (*hanteren van logische figuren*) sudah lewat. Pekerjaan hukum itu lebih dari sekedar silogisme. Putusan hukum tidak dibuat semata-mata menurut jalur logika, melainkan melompat (*In de beslissing zit altijd ten slotte een sprong*). Scholten mengajukan gagasan ”*logische expansiekracht van het recht* (kekuatan hukum untuk mengembangkan diri). Menurutnya, hukum bukan merupakan bangunan logis yang tertutup (*logische geslotenheid*), ada kekuatan yang tersembunyi dalam hukum.

Menurut Satjipto Rahardjo<sup>139</sup> gagasan hukum progresif, yang dikembangkan sejak 2002 merupakan lahan pesemaian yang bagus bagi pengembangan kekuatan yang tersimpan dalam hukum. Hukum progresif menolak cara berhukum yang menyebabkan hilangnya dinamika hukum. Hukum menjadi stasis dan stagnan manakala kita tidak berusaha menyangi dan menyingkirkan hambatan-hambatan yang menyebabkan hukum menjadi stagnan. Salah satu hal yang akan terhambat adalah tidak munculnya kekuatan yang sebenarnya ada secara inheren dalam hukum. Kekuatan yang tersimpan itu menjadi tidak muncul karena para penegak hukum sendiri yang menyebabkannya. Penghambatnya adalah cara berhukum yang hanya mengeja teks undang-undang. Tidak muncul atau dimunculkannya kekuatan yang ada di dalam hukum yang seharusnya mampu atau tajam menjadi tumpul dan tidak mampu menyelesaikan persoalan yang dihadapinya. Pekerjaan hukum

---

<sup>138</sup> Lihat Paul Scholten dalam Satjipto Rahardjo, 2009, *op.cit*, hlm. 57

<sup>139</sup>Satjipto Rahardjo, *Loc. Cit*.

lebih dari hanya logis-rasional, melainkan sesuatu yang menuntut kreativitas dari para pelakunya. Di sinilah pekerjaan memunculkan kekuatan hukum memperoleh tempatnya.

Jika dikaji semua putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan yang pasti (*kracht van gewijsde*) dan yang merupakan hasil produk penemuan hukum hakim, maka dapat dibedakan:

1. Penemuan hukum oleh hakim yang hanya sekedar menjadi jalan bagi hakim untuk menerapkan hukum dalam kasus konkrit, tetapi sama sekali tidak mempunyai efek terhadap penyesuaian hukum pada perubahan masyarakat maupun efek melakukan perekayasaan masyarakat
2. Penemuan hukum oleh hakim yang merupakan karya hakim untuk menyesuaikan hukum yang dianggap sudah usang atau ketinggalan terhadap perubahan masyarakat atau masyarakat yang telah mengalami perubahan;
3. Penemuan hukum oleh hakim yang merupakan karya hakim untuk memerankan hukum sebagai “*a tool of social engineering*”. Contohnya adalah Penetapan Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Barat No. 546/73 P Tanggal 14 November 1973 telah berbuat mengubah status quo putusan hakim tentang perubahan status dari yang tidak jelas menjadi jelas jenis kelaminnya. Penetapan Hakim tersebut menjawab tantangan zaman dengan ditemukannya teknologi di bidang kedokteran berupa operasi kelamin.

Hakim di samping dapat melakukan penemuan hukum, juga dimungkinkan membentuk hukum, kalau hasil penemuan hukumnya itu kemudian merupakan yurisprudensi tetap yang diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat, yaitu putusan yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkrit, tetapi memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi satu putusan dapat sekaligus mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkrit dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang.<sup>140</sup>

Dalam hal demikian Hakim telah melakukan penemuan hukum, dan sekaligus melakukan pembentukan hukum. Menurut Sudikno

---

<sup>140</sup> Sudikno Mertokusumo, 1996b, *Op.Cit*, hlm. 37

Mertokusumo<sup>141</sup>, istilah penciptaan hukum (*rechtsschepping*) kurang tepat, karena memberi kesan bahwa hukumnya itu sama sekali tidak ada, kemudian diciptakan, dari tidak ada menjadi ada. Hukum bukanlah selalu berupa baik tertulis maupun tidak, tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa. Di dalam perilaku itulah harus diketemukan atau digali kaidah atau hukumnya (Pasal 5 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman). Maka kiranya istilah penemuan hukum (*rechtsvinding*) yang tepat.

Apabila suatu kaidah atau ketentuan dalam suatu putusan kemudian diikuti secara konstan atau tetap oleh para hakim dalam putusannya dan dapat dianggap menjadi bagian dari keyakinan hukum umum, maka dapat dikatakan bahwa terhadap masalah hukum tersebut telah terbentuk yurisprudensi tetap. Diputusulangnya kaidah hukum dalam suatu putusan oleh suatu yurisprudensi tetap akan memperkuat wibawa kaidah hukum tersebut. Sebagai contoh yurisprudensi tetap adalah Putusan HR 31 Januari 1919, mengenai Perbuatan Melawan Hukum, sebagaimana telah dikemukakan pada bagian Pendahuluan makalah ini.

Dengan demikian hakim harus mempunyai kemampuan dan kreativitas untuk dapat menyelesaikan dan memutus perkara dengan mencari dan menemukan hukum dalam kasus yang tidak ada peraturan hukumnya. Hakim harus mampu melakukan penemuan hukum untuk dapat memutus perkara sehingga terwujud keadilan yang didambakan masyarakat. Di sini hakim lebih leluasa serta luwes untuk menyelesaikan perkara, karena tidak hanya menyampaikan bunyi undang-undang (*la bouche de la loi*), tetapi dapat melakukan penemuan hukum dari berbagai sumber penemuan hukum dan juga dapat melakukan penciptaan hukum, karena sebenarnya hukum itu ada di dalam masyarakat. Di mana ada masyarakat, di situ tentu ada hukum (*ubi societas, ibi ius*), tinggal bagaimana kita menggali, sehingga dalam penegakan hukum benar-benar dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Apabila hakim melakukan penemuan hukum berbasis nilai keadilan dalam memutus perkara, dan kemudian putusan hakim menjadi hukum, maka akan tercipta hukum yang benar-benar sesuai dengan nilai-nilai keadilan yang ada dalam masyarakat.

Dalam penegakan hukum seharusnya hakim berpegang teguh pada prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Oleh karena itu, hakim harus senantiasa mengedepankan nilai keadilan dalam

---

<sup>141</sup>*Ibid*, hlm. 37

masyarakat, sehingga harus selalu mengikuti dinamika perubahan yang ada dalam masyarakat.

Dari uraian di atas dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut:

1. Pada masa transisi seperti pada masa sekarang ini, banyak sekali segi-segi kehidupan masyarakat yang berubah dan berkembang pesat. Perubahan ini tentu saja sangat mempengaruhi perkembangan hukum yang ada di Indonesia. Hukum terkait erat dengan perubahan dan perkembangan dalam masyarakat. Perubahan di bidang hukum dapat mempengaruhi perkembangan dalam masyarakat. Demikian pula sebaliknya, setiap perubahan di dalam masyarakat, dapat mempengaruhi perkembangan hukum yang terdapat di dalam masyarakat yang bersangkutan. Hukum sebagai kaidah sosial, tidak lepas dari nilai (*values*) yang berlaku dalam suatu masyarakat. Bahkan dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Hukum yang baik, adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat, yang tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat itu. Perubahan-perubahan nilai atau kaidah-kaidah dasar dalam masyarakat menuntut dilakukan perubahan hukum agar dapat selalu menyesuaikan diri dengan masyarakat. Persoalan penyesuaian hukum terhadap perubahan yang terjadi dalam masyarakat, terutama yang dimaksud adalah hukum tertulis atau perundang-undangan (dalam arti luas). Hal ini sehubungan dengan kelemahan perundang-undangan yang bersifat statis dan kaku. Undang-undang pada hakikatnya memang dimaksudkan untuk melindungi baik individu maupun masyarakat. Akan tetapi pembentuk undang-undang kiranya mustahil untuk dapat memperhitungkan, memperhatikan, dan menuangkan segala ragam bentuk kehidupan masyarakat dalam suatu undang-undang. Pembentuk undang-undang hanya dapat membuat suatu ketentuan yang bersifat umum. Oleh karena itu tidak mungkin mengatur segala-galanya secara terperinci, sehingga perlu sebagian tugasnya itu diserahkan kepada hakim. Hukum berfungsi sebagai sarana kontrol sosial (*social control*), yaitu suatu proses mempengaruhi orang-orang untuk bertingkah laku sesuai dengan harapan masyarakat. Di samping itu, hukum juga berfungsi sebagai sarana untuk merubah masyarakat (*social engineering*).

Dari uraian di atas dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut:

1. Dalam penanganan kasus di pengadilan, dalam hal undang-undang tidak lengkap atau tidak jelas, terjadi kekosongan hukum dalam suatu perkara yang diajukan ke pengadilan menjadi tugas hakim, untuk menggali dan menemukan hukum yang dapat digunakan untuk menyelesaikan perkara yang dihadapinya, untuk dapat menyesuaikan dengan tuntutan perkembangan masyarakat. Dalam hal demikian maka hakim harus melakukan penemuan hukum dari berbagai sumber penemuan hukum. Penemuan hukum adalah konkretisasi, kristalisasi atau individualisasi peraturan hukum atau *das sollen*, yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret atau *das sein*.
2. Pada masa transisi seperti saat ini, diharapkan hukum tidak hanya menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat, tetapi lebih jauh lagi bagaimana hukum menjadi faktor penggerak ke arah perubahan masyarakat (*law as a tool of social engineering*). Hakim di samping dapat melakukan penemuan hukum, juga dimungkinkan membentuk hukum, kalau hasil penemuan hukumnya itu kemudian merupakan yurisprudensi tetap yang diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat, yaitu putusan yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkret, tetapi memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi satu putusan dapat sekaligus mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkret dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang. Dalam hal demikian hakim telah melakukan penemuan hukum, dan sekaligus melakukan pembentukan hukum. Pada masa sekarang, hakim harus mempunyai kreativitas yang tinggi dan berpikir progresif, sehingga benar-benar menegakkan hukum sesuai dengan nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat. Hakim bukan lagi *les bouches, qui prononcent les paroles de la loi* (mulut yang mengucapkan kata-kata undang-undang), melainkan seorang *vigilante* atau *mujtahid* (orang yang berjihad), sehingga kekuatan hukum yang tersembunyi menjadi terungkap. Dengan demikian hukum menjadi tajam dan dapat menyelesaikan permasalahan di dalam masyarakat.

## DAFTAR PUSTAKA

### A. DAFTAR BUKU

- Abdullah, *Pertimbangan Hukum putusan Pengadilan*, Program Pascasarjana Universitas Sunan Giri, Sidoarjo, 2008.
- Adhiwisastra, Yudha Bhakti-, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Alumni, Bandung, 2000.
- Ali, Achmad, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Toko Gunung Agung, Jakarta, 2002.
- Algra N.E,- dan van Duyvendijk, Penerjemah J.C.T. Simorangkir, Editor H. Boerhanoedding Soetan Batoeah, *Pengantar Ilmu Hukum*, Binacipta, 1991.
- Arief, Barda Nawawi, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.
- Cotterrel, Roger, *Sociological Perspective on Law*, Dartmouth Publishing Company and Ashgate Publishing Company, England, 2001.
- Capra, Fritjoff, *The Turning Point*, Penerjemah M. Toyiyibi, Cetakan ke-7, Jejak, Yogyakarta Fritjoff Capra, 2007, *The Turning Point*, Penerjemah M. Toyiyibi, Cetakan ke-7, Jejak, Yogyakarta, 2007.
- Hadjon, Philipus M.-, Tatik Sri Djatmiati, “*Argumentasi Hukum*”, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2005.
- Hart, H.L.A, *The Concept of Law*, Oxford, Inggris: Oxford University Press, 1981.
- Himawan, Charles-, *Hukum Sebagai Panglima*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2003.

- Mahfud MD, Moh.-, *Hukum dan Pilar-pilar Demokrasi*, Gama Media, Yogyakarta, 1999.
- Mertokusumo, Sudikno-, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, 1996a.
- ....., *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996b.
- Mertokusumo, Sudikno, Pitlo, A-, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bhakti, 1993.
- Petrazycki, Leon, *Law and Morality*, Harvard University Press, Chambridge Massachussetts, 1955,.
- Rahardjo, Satjipto-, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Alumni, Bandung, 1979,.
- ....., *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2008.
- ....., *Hukum dalam Jagad Ketertiban*, Cetakan I, UKI Press, Jakarta, 2006.
- ....., *Lapisan-lapisan dalam Studi Hukum*, Cetakan Pertama, Bayumedia Publishing, 2009.
- ....., *Hukum Adat Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia (Perspektif Sosiologi Hukum)*, Makalah disampaikan pada Lokakarya Hukum Adat diselenggarakan oleh Mahkamah Konstitusi, 4-6 juni 2005
- ....., *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2003.
- ....., , *Pendekatan dan Pengkajian Sosiologis Terhadap Hukum*, Makalah Seminar, Pebruari 1993.
- Muladi, Pancasila Sebagai *Margin of Appreciation* Dalam Hukum yang Hidup di Indonesia dalam: *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Penyunting Ahmad Gunawan dan Mu'ammam Ramadhan, Pustaka Pelajar-IAIN Walisongo dan PDIH Undip, Jogjakarta, 2006.

- Soejono D. *Penegakan dalam Sistem Pertahanan Sipil*, PT Karya Nusantara Cabang Bandung, 1978.
- Setiardjo, Gunawan -, *Filsafat Pancasila Bagian I*, Cetakan X, 2004.
- Susanto, Anthon Freddy-, *Semiotika Hukum dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna*, PT Refika Aditama, Bandung, 2005.
- Suteki, *Integrasi Hukum dan Masyarakat*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 2007.
- Sutiyo, Bambang, *Metode Penemuan Hukum, Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, 2007.
- Tamanaha, Brian Z. , *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York, 2006.
- Tanya, Bernard L, *Hukum, Politik, dan KKN*, Srikandi, Surabaya, 2006.
- Teitel, Ruti G. -, *Keadilan Transisional Sebuah Tinjauan komprehensif*, Terjemahan dari *Transitional Justice*, ELSAM, Jakarta, 2004.
- Wignjosoebroto, Soetandyo-, “*Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*”, ELSAM, Jakarta, 2002.

---

[http/ catuy. Multiply com/ Enaknya Jadi Hakim di Indonesia](http://catuy.multiply.com/)

Artidjo Alkostar, *Reformasi Sistem Peradilan Dalam Penegakan Hukum di Indonesia*, [http://www.legalitas.org/27 Juni 2010](http://www.legalitas.org/27%20Juni%202010)

## **B. DAFTAR PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN**

Undang-Undang Dasar 1945

Kitab Undang-undang Peradilan Umum

Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung

Undang-undang Nomor 5 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung

### **BAB III**

## **IMPLIKASI PEMBAHARUAN HUKUM NASIONAL BERPILAR PANCASILA TERHADAP PERAN HAKIM DALAM PENEMUAN HUKUM (*RECHTSVINDING*)**

### **A. Penegakan Hukum dan Pembaharuan Hukum Nasional**

Sebagai salah satu kaidah sosial, kaidah hukum lazimnya diartikan sebagai peraturan hidup yang menentukan bagaimana manusia itu seyogyanya berperilaku, bersikap di dalam masyarakat agar kepentingannya dan kepentingan orang lain terlindungi. Fungsi kaidah hukum pada hakikatnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia.<sup>142</sup> Kaidah hukum bertugas mengusahakan keseimbangan tatanan di dalam masyarakat dan kepastian hukum agar tujuannya tercapai, yaitu ketertiban masyarakat<sup>143</sup>. Agar kepentingan manusia terlindungi, maka hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar itu harus ditegakkan. Melalui penegakan hukum inilah, hukum menjadi kenyataan. Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang harus diperhatikan, yaitu: kepastian hukum (*rechtsicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), dan keadilan (*gerechtigkeit*)<sup>144</sup>: Ketiga unsur tersebut oleh Radbruch<sup>145</sup> dikatakan sebagai penopang cita hukum (*idee des Rechts*). Cita hukum ini akan membimbing manusia dalam kehidupannya ber hukum. Ketiga nilai dasar tersebut harus ada secara seimbang. Namun, seringkali ketiga nilai dasar tersebut tidak selalu berada dalam hubungan yang harmonis satu sama lain, melainkan berhadapan, bertentangan, ketegangan (*spannungsverhältnis*) satu sama lain. Dalam hal terjadi pertentangan demikian, yang mestinya dikedepankan adalah keadilan tanpa mengabaikan kemanfaatan dan kepastian hukumnya. Hal ini karena pada hakikatnya hukum itu adalah untuk kepentingan manusia, bukan manusia untuk hukum.

---

<sup>142</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996b, hlm. 11

<sup>143</sup> Sudikno Mertokusumo, *Loc. Cit.*

<sup>144</sup> Sudikno Mertokusumo, Mr. A. Pitlo 1993, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti hlm.3

<sup>145</sup> Lihat Gustav Radbruch, dalam Satjipto Rahardjo, 2006, *Hukum dalam Jagad Ketertiban*, Cetakan I, UKI Press, Jakarta, hlm. 135

Berkenaan dengan hal tersebut, Satjipto Rahardjo menawarkan suatu konsep Hukum Progresif yang bertolak dari dua komponen yang menjadi basis dalam hukum, yaitu peraturan dan perilaku (*rules and behavior*) Di sini, hukum ditempatkan sebagai aspek perilaku, namun juga sekaligus peraturan. Peraturan akan membangun suatu sistem hukum positif, sedangkan perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah (akan) terbangun itu.<sup>146</sup> Hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya,...dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu,...untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia<sup>147</sup>. Dengan demikian hukumlah yang harus diabdikan pada manusia, bukan manusia yang harus mengabdikan pada hukum, dan tidak pada tempatnya mengorbankan manusia demi kepentingan hukum (ilmu hukum maupun praktik kehidupan ber hukum, dengan alasan keterbatasan hukum dalam menghadirkan keadilan sebagaimana yang sering dikemukakan oleh kaum positivis dengan konsepsi kebenaran formal dan proseduralnya.<sup>148</sup> Hukum hanya menjadi sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia. Apabila hukum tidak mampu mencapai jaminan demikian, maka harus dilakukan dan harus ada suatu upaya konkret terhadap hukum itu, termasuk dilakukan penataan dan penyusunan kembali.<sup>149</sup> Selanjutnya Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa hukum bukan merupakan institusi yang mutlak serta final, karena hukum berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*).

Karena hukum adalah untuk manusia, maka eksistensinya harus sesuai dengan manusia dimana hukum itu berada. Oleh karena itu upaya pembaharuan hukum yang dilakukan di Indonesia pun harus sesuai dengan nilai-nilai yang ada di dalam masyarakat Indonesia. Usaha pembaharuan hukum di Indonesia sudah dimulai sejak lahirnya UUD 1945 tidak dapat dilepaskan dari landasan dan sekaligus tujuan yang ingin dicapai seperti telah dirumuskan dalam Pembukaan UUD 1945. Tujuan yang telah digariskan dalam Pembukaan UUD 1945 itu secara singkat ialah "melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila". Inilah garis kebijakan umum yang menjadi landasan dan sekaligus

---

<sup>146</sup> Satjipto Rahardjo, 2008, "Membedah Hukum Progresif", Penerbit Buku Kompas, Jakarta, hlm. 265

<sup>147</sup> *Ibid.*, hlm. 188

<sup>148</sup> *Ibid.*, hlm. 187

<sup>149</sup> *Ibid.*, hlm. 267

tujuan politik hukum di Indonesia. Ini pulalah yang menjadi landasan dan tujuan dari setiap usaha pembaharuan hukum<sup>150</sup>.

Dalam berbagai pernyataan (*statement*) pertemuan ilmiah baik nasional maupun internasional, jelas menunjukkan bahwa perlu ada harmonisasi/sinkronisasi/konsistensi antara pembangunan/pembaharuan hukum nasional dengan nilai-nilai atau aspirasi sosio-filosofik dan sosio kultural yang ada di masyarakat. Oleh karena itu, dalam melakukan upaya pembaruan hukum nasional, perlu dilakukan pengkajian dan penggalian nilai-nilai nasional yang bersumber pada Pancasila dan yang bersumber pada nilai-nilai yang ada di masyarakat (nilai-nilai religius maupun nilai-nilai budaya/adat).<sup>151</sup>

Pembaharuan hukum nasional di Indonesia akan berimplikasi terhadap penegakan hukum di Indonesia. Dalam penegakan hukum, hakim<sup>152</sup> mempunyai peran sentral, baik hakim di tingkat Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi, maupun Mahkamah Agung. Dalam Pasal 1 angka 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.

Dalam penyelenggaraan peradilan, Hakim melakukan penerapan hukum yang abstrak sifatnya pada peristiwa yang konkrit. Pada masa lampau hakim hanya sebagai “corong undang-undang” (*la bouche de la loi*), karena kewajibannya hanya menerapkan undang-undang sesuai dengan bunyinya. Pada perkembangan selanjutnya, Hakim tidak lagi hanya menerapkan bunyi undang-undang, tetapi telah berkembang dengan melihat makna yang terkandung di dalamnya dengan melakukan berbagai penemuan hukum untuk dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Hal ini karena kegiatan kehidupan manusia itu sangat luas dan sangat beragam. Di samping itu masyarakat

---

<sup>150</sup> Barda Nawawi Arief, 1994, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan pidana penjara*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, hlm. 1

<sup>151</sup> Barda Nawawi Arief, 2005, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 7

<sup>152</sup> **Hakim** adalah pejabat yang memimpin persidangan. Ia yang memutuskan hukuman bagi pihak yang dituntut. Kekuasaannya berbeda-beda di berbagai negara, lihat [http:// catuy.com/](http://catuy.com/) *Enaknya Jadi Hakim di Indonesia*.

bukanlah statis tetapi dinamis, selalu berkembang sejalan dengan perkembangan jaman. Terlebih lagi pada masa reformasi dan transformasi seperti dewasa ini, banyak sekali terjadi perubahan dan perkembangan dalam kehidupan masyarakat.

Karena beraneka ragamnya kegiatan kehidupan masyarakat dan cepatnya perkembangan dan perubahannya, maka tidak mungkin tercakup dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Oleh karenanya sudah wajar kalau tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kegiatan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapinya dan jelas sejelas-jelasnya. Karena hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dicari dan diketemukan.

Menurut Satjipto Rahardjo<sup>153</sup>, sekarang mestinya hukum diproyeksikan terhadap gagasan dan pemahaman yang baru, yaitu menukik sampai pada kedalaman makna hukum. *Pertama*, para penegak hukum, dimana pun posisi mereka, mengidentifikasi diri mereka sebagai kaum *vigilantes*, orang-orang yang berjihad dalam hukum. Mereka tidak hanya membaca undang-undang tetapi diresapi dengan semangat untuk meluapkan keluar makna undang-undang yang ingin menyejahterakan rakyat. Dengan demikian diperlukan predisposisi progresif dari para penegak hukum. *Kedua*, kesadaran dan keyakinan bahwa hukum menginginkan yang baik terjadi pada rakyat dan masyarakat. Hukum bukan semata-mata sederetan kata-kata dan kalimat, tetapi merupakan pesan (*message*) yang membutuhkan realisasi. Selanjutnya, Satjipto Rahardjo<sup>154</sup> mengemukakan bahwa Para penegak hukum yang berjihad untuk memunculkan kekuatan hukum akan senantiasa memeras dan mendorong kekuatan hukum keluar dari persembunyiannya. Pengadilan tidak lagi semata-mata menjadi tempat untuk menerapkan undang-undang, melainkan menjadi tempat untuk menguji undang-undang. Hakim bukan lagi *les bouches, qui prononcent les paroles de la loi* (mulut yang mengucapkan kata-kata undang-undang), melainkan seorang *vigilante* atau *mujtahid*.

Meskipun dalam suatu kasus yang dihadapi oleh hakim tidak ada peraturan hukumnya atau ada peraturan hukumnya tetapi tidak jelas, hakim tidak dapat menolak untuk mengadili perkara. Dalam hal hakim harus

---

<sup>153</sup> Satjipto Rahardjo, 2009, *Op. Cit.* hlm. 55

<sup>154</sup> *Ibid*, hlm. 56

memutus perkara yang tidak ada peraturan hukumnya, hakim di sini harus berusaha menemukan hukumnya, baik hukum tertulis maupun hukum yang tidak tertulis. Oleh karena itu hakim harus melakukan penemuan hukum, supaya putusannya benar-benar dapat memberikan keadilan bagi masyarakat. Dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya dalam menemukan apa yang dapat menjadi hukum, melalui keputusannya, hakim dapat dianggap sebagai salah satu faktor pembentuk hukum<sup>155</sup>. Dengan menemukan hukum dalam kehidupan masyarakat maka hakim akan lebih dapat memberikan keadilan bagi masyarakat, karena hukum sebagai kaidah sosial, tidak lepas dari nilai (*values*) yang berlaku dalam suatu masyarakat. Bahkan dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Hukum yang baik, adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat, yang tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat itu<sup>156</sup>.

Lazimnya pembentukan hukum dilakukan oleh pembentuk undang-undang, maka hakim dimungkinkan pula membentuk hukum, kalau hasil penemuan hukumnya itu kemudian merupakan yurisprudensi tetap yang diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat, yaitu putusan<sup>157</sup> yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkrit, tetapi memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi satu putusan dapat sekaligus mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkrit dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang.<sup>158</sup>

Sejak Indonesia merdeka, bangsa ini telah bersepakat menjadikan Pembukaan UUD 1945 sebagai kesepakatan luhur yang final (*modus vivendi*). Di dalam Pembukaan UUD 1945 dicantumkan dasar dari negara ini didirikan,

---

<sup>155</sup> Utrecht dalam Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 53.

<sup>156</sup> Satjipto Rahardjo, 2008, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta, penerbit Buku Kompas, hlm. 246

<sup>157</sup> Putusan pengadilan terdiri dari tiga bagian, yaitu: (1) Kepala putusan, yang merupakan filosofi dan tujuan dari putusan; (2) Pertimbangan/konsideran, berisi penalaran hukum yang merupakan alat untuk menyusun argumen-argumen yang dapat membimbing pencari keadilan untuk memahami logika pemikiran dan pendapat hakim dalam memutus perkara. Esensinya merupakan pertanggungjawaban hakim terhadap putusannya. (3) dictum atau amar putusan. Pertimbangan hukum sangat menentukan isi amar putusan. Lihat Abdullah, 2008, *Pertimbangan Hukum putusan Pengadilan*, Program Pascasarjana Universitas Sunan Giri, Sidoarjo, hlm viii-xiv.

<sup>158</sup> Sudikno Mertokusumo, 1996b, *Op.Cit*, hlm.37

yakni Pancasila. Kedudukan Pancasila sebagai dasar negara membawa konsekuensi bahwa hukum ketatanegaraan pun harus berbasis nilai-nilai Pancasila. Pancasila telah ditetapkan sebagai *rechtsidee* maupun *grundnorm*. Baik kedudukan sebagai *rechtsidee* maupun sebagai *grundnorm*, nilai-nilai Pancasila harus mewarnai, menjiwai pembaharuan hukum di Indonesia, baik pada tataran substansial (materi hukum), struktural (apartur hukum) maupun kultural (budaya hukum). Pancasila harus disebutkan sebagai bintang pemandu arah (*leitstern*) kebijakan pembaharuan hukum di Inonesia. Kebijakan pembaharuan yang tidak menyinggung apa yang menjadi dasar penentuan arah kebijakan pembangunan hukum, yakni Pancasila dapat dikatakan masih bersifat parsial karena kurang melihat sisi pembangunan hukum nasional secara integral yang seharusnya melibatkan pembicaraan tentang Pancasila sebagai bintang pemandu arah (*leitstern*).

## **B. Pembaharuan Hukum Nasional Berpilar Pancasila**

### **1. Pembaharuan Hukum Nasional**

Proses pembaharuan hukum ini sebenarnya telah berjalan lama. Namun demikian, cita-cita pembentukan hukum nasional dalam segala bidang kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, belum tercapai sepenuhnya. Pembentukan hukum nasional yang dimaksudkan dalam hal ini adalah pembentukan peraturan perundang-undangan nasional yang merupakan produk pembentuk undang-undang (badan Legislatif), yang didasarkan pada nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat dan diakui sebagai hukum (*living law*).

Hal ini terlihat dalam kehidupan sehari-hari masih ada berbagai kegiatan kehidupan manusia yang sebenarnya merupakan hukum yang hidup dalam masyarakat, namun belum ada peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Kondisi semacam ini dapat dipahami, karena kebutuhan hidup manusia serta kegiatan kehidupan manusia sangat banyak dan beragam, serta cepat sekali berubah dan berkembang, sedangkan peraturan perundang-undangan tidak mungkin dapat menampung semua segi kehidupan manusia selengkap-lengkapnyanya dan sejelas-jelasnya.

Sehubungan dengan hal ini, Sudikno Mertokusumo<sup>159</sup> menyatakan bahwa undang-undang itu mengatur peristiwa, tetapi seringkali peristiwanya telah berkembang jauh, sedangkan undang-undangnya belum juga berubah. Oleh karena itu, tidak mengherankan kalau ada ungkapan *het recht hinkt achter de feiten aan*, yang berarti bahwa hukum itu ketinggalan dari peristiwanya. Yang dimaksudkan dengan hukum di sini dengan sendirinya adalah hukum yang tertulis atau undang-undang. Perubahan undang-undang harus melalui prosedur, sehingga tidak dapat setiap saat dilakukan untuk menyesuaikan keadaan.

Perubahan hukum senantiasa dirasakan perlu dimulai sejak adanya kesenjangan antara keadaan-keadaan, peristiwa-peristiwa, serta hubungan-hubungan dalam masyarakat, dengan hukum yang mengaturnya. Bagaimanapun kaidah hukum tidak mungkin dilepaskan dari hal-hal yang diaturnya, sehingga ketika hal-hal yang seyogyanya diaturnya tadi telah berubah sedemikian rupa, tentu saja dituntut perubahan hukum untuk menyesuaikan diri agar hukum masih efektif dalam pengaturannya.

Pembaharuan hukum perlu dilakukan secara komprehensif, meliputi seluruh komponen dalam sistem hukum yang menurut Friedman<sup>160</sup> terdiri dari komponen substansial, komponen struktural dan komponen kultural. Ada keterkaitan yang sangat erat antara pembaharuan pada komponen substansial dengan komponen kultural. Komponen substansial seharusnya dibangun berdasarkan komponen kultural yang dimiliki oleh bangsa tersebut. Sangat tepat dalil yang dikemukakan oleh Robert B. Seidman tentang "*The law of non transferability of law*", yakni sebuah dalil yang menyatakan bahwa hukum suatu bangsa tidak dapat dialihkan begitu saja kepada bangsa lain. Hal ini disebabkan oleh karena struktur sosial, budaya tempat persemaian hukum itu tidaklah sama. Hukum yang sama dengan karakter sama tetapi diterapkan pada struktur sosial yang berbeda akan menghasilkan penegakan hukum yang berbeda pula. Hukum Belanda yang nota benenya berasal dari Hukum Bangsa Romawi (melalui kodifikasi di Perancis) tidak mungkin dapat diterapkan begitu saja di Indonesia. Penegakannya pasti akan memunculkan sejumlah anomali.

---

<sup>159</sup> Sudikno Mertokusumo, 1996, *Op.Cit.*, hlm. 99

<sup>160</sup> Lawrence M. Friedman, *The Legal Sistem A social Perspective*, diterjemahkan oleh M. Khozim dengan judul *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, Nusa Media, Bandung, 2009, hlm. 12-19.

Perubahan-perubahan nilai atau kaidah-kaidah dasar dalam masyarakat menuntut dilakukan perubahan hukum agar dapat selalu menyesuaikan diri dengan masyarakat. Persoalan penyesuaian hukum terhadap perubahan yang terjadi dalam masyarakat, terutama yang dimaksud adalah hukum tertulis atau perundang-undangan (dalam arti luas). Hal ini sehubungan dengan kelemahan perundang-undangan yang bersifat statis dan kaku.

Dalam keadaan yang telah mendesak, perundang-undangan memang harus disesuaikan dengan perubahan masyarakat. Akan tetapi tidak mesti demikian, sebab sebenarnya hukum tertulis atau perundang-undangan pun telah mempunyai “senjata ampuh” untuk mengatasi sementara terhadap kesenjangan tersebut. Yang dimaksud senjata ampuh di sini adalah penemuan hukum oleh hakim. Dalam praktiknya, hakim dapat melakukan konstruksi hukum dan atau penafsiran jika melihat kenyataan bahwa peraturan perundangan yang ada belum mengatur peristiwa tertentu atau belum jelas.<sup>161</sup> Undang-undang pada hakikatnya memang dimaksudkan untuk melindungi baik individu maupun masyarakat. Akan tetapi pembentuk undang-undang kiranya mustahil untuk dapat memperhitungkan, memperhatikan, dan menuangkan segala ragam bentuk kehidupan masyarakat dalam suatu undang-undang. Pembentuk undang-undang hanya dapat membuat suatu ketentuan yang bersifat umum. Oleh karena itu tidak mungkin mengatur segala-galanya secara terperinci, sehingga perlu sebagian tugasnya itu diserahkan kepada hakim<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis) Toko Gunung Agung, Jakarta*, hlm.192-193

<sup>162</sup> Sudikno Mertokusumo, 1984, *Bunga Rampai Ilmu Hukum*, Dihimpun oleh Kuncoro Basuki, Retno Supartinah, Edisi Pertama Cetakan pertama, Liberty, Yogyakarta, hlm. 22-23

## 2. *Grand Design* Sistem dan Politik Hukum Nasional

Dalam Konvensi Hukum Nasional disimpulkan tentang pentingnya *Grand Design* Sistem dan Politik Hukum Nasional dalam rangka pembangunan hukum nasional dan didasari landasan falsafah Pancasila dan konstitusi Negara, yaitu UUD 1945. *Grand Design* Sistem dan Politik Hukum Nasional merupakan sebuah desain komprehensif yang menjadi pedoman bagi seluruh *stake holders* yang mencakup seluruh unsur dari mulai perencanaan, legislasi, diseminasi dan budaya hukum masyarakat<sup>163</sup>.

Selanjutnya Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa *Grand design* adalah rancang bangun yang besar atau pola besar. *Grand design* hukum nasional berarti rancang bangun yang besar dalam pembangunan sistem hukum nasional yang meliputi keseluruhan komponen dalam sistem hukum, yaitu komponen substansi, struktur dan kultur hukum. *Grand design* sistem dan politik hukum nasional harus berdasarkan dan diarahkan pada Pembukaan UUD 1945. *Grand design* sistem dan politik hukum nasional harus tetap berdasarkan pada paradigma Pancasila, yaitu:

- a. paradigma Ketuhanan (moral-religius),
- b. paradigma kemanusiaan (humanistik),
- c. paradigma kebangsaan (persatuan/nasionalistik),
- d. paradigma kerakyatan/demokrasi;
- e. paradigma keadilan sosial.

*Grand design* ini menghendaki adanya keseimbangan 3 nilai dasar, yaitu:

- a. Nilai Ketuhanan (moral-religius)
- b. Nilai Kemanusiaan (humanistik)
- c. Nilai Kemasyarakatan, yaitu : nasionalistik, demokratik dan keadilan sosial

---

<sup>163</sup> Barda Nawawi Arief, 2008, *Kumpulan Hasil Seminar Hukum Nasional Ke I s/d VIII dan Konvensi Hukum Nasional 2008*, Pustaka Magister, Semarang , hlm. 136

Di samping prinsip keseimbangan ketiga nilai dasar tersebut, *grand design* sistem dan politik hukum nasional juga harus didasarkan padaide keseimbangan monodualistik, yang meliputi hal-hal sebagai berikut:

- a. antara “kepentingan umum/masyarakat” dan “kepentingan individu”;
- b. antara perlindungan/kepentingan pelaku (ide individualisasi pidana) dan korban;
- c. antara faktor “objektif” (perbuatan/lahiriah) dan “subjektif” (orang/batiniah/sikap batin); → ide “*daad-dader strafrecht*”;
- d. antara kriteria “formal” dan “materiel”;
- e. antara “kepastian hukum”, “kelenturan/ elastisitas/fleksibilitas”, dan “keadilan”;
- f. antara nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global/internasional/universal;

Dengan demikian sebenarnya sejak *founding father* telah meletakkan dasar negara dan menetapkan UUD 1945, sejak saat itu pula Indonesia telah memiliki *grand design*. Pada saat itu kita telah mempunyai politik hukum dalam rangka pembangunan hukum nasional.

Para ahli hukum telah banyak yang mencoba untuk mendefinisikan apakah politik hukum itu. T.M. Radhie misalnya, mendefinisikan politik hukum sebagai suatu pernyataan kehendak penguasa negara mengenai hukum yang berlaku di wilayahnya dan mengenai arah hukum perkembangan hukum yang dibangun.<sup>164</sup> Definisi ini mencakup *ius constitutum* dan *ius constituendum*. Definisi Radhie agak berbeda dari definisi yang pernah dikemukakan oleh Padmo Wahyono yang mengatakan politik hukum adalah kebijakan dasar yang menentukan arah, bentuk, maupun isi dari hukum yang akan dibentuk.<sup>165</sup>

Pakar Hukum Pidana Soedarto mendefinisikan politik hukum sebagai kebijakan negara (---juga dapat diartikan kebijakan publik---) melalui badan-badan negara yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan akan dipergunakan untuk mengekspresikan

---

<sup>164</sup> Teuku Mohammad Radhie, *Pembaharuan dan Politik Hukum dalam Rangka Pembangunan Nasional*, dalam majalah PrismaNo. 6 Tahun II Desember 1973, hlm. 3

<sup>165</sup> Padmo Wahyono, *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*, cet. II, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986, hlm. 160.

apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.<sup>166</sup> Selanjutnya pada tahun 1986 Soedarto mendefinisikan politik hukum sebagai usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu.<sup>167</sup>

Satjipto Rahardjo mendefinisikan politik hukum sebagai aktivitas memilih dan cara yang hendak dipakai untuk mencapai suatu tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat.<sup>168</sup> Abdul Hakim Garuda Nusantara mendefinisikan politik hukum sebagai *legal policy* atau kebijakan hukum yang hendak diterapkan atau dilaksanakan secara nasional oleh suatu pemerintahan negara tertentu yang dapat meliputi: 1) pelaksanaan secara konsisten ketentuan hukum yang telah ada; 2) pembangunan hukum yang berintikan pembaruan atas hukum yang telah ada dan pembuatan hukum-hukum baru; 3) penegasan fungsi lembaga penegak hukum-hukum serta pembinaan para anggotanya; dan 4) peningkatan kesadaran hukum masyarakat menurut persepsi elit pengambil kebijakan.<sup>169</sup> Politik hukum dapat juga dilihat dari sudut lain yakni sebagai kristalisasi dari kehendak-kehendak politik yang saling bersaing dalam pemberlakuan hukum sehingga latar belakang politik tertentu dapat melahirkan hukum dengan karakter tertentu.<sup>170</sup>

Berdasar berbagai definisi tersebut Moh. Mahfud MD<sup>171</sup> membuat rumusan sederhana (operasional) bahwa politik hukum itu adalah arahan atau garis resmi yang dijadikan dasar pijak dan cara untuk membuat dan

---

<sup>166</sup> Soedarto, *Perkembangan Ilmu Hukum dan Politik Hukum*, dalam *Hukum dan Keadilan*, No. 5 Tahun ke VII, Januari-Februari 1979, hlm. 15-16. Juga dalam Soedarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat, Kajian terhadap Hukum Pidana*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm. 20.

<sup>167</sup> Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 151

<sup>168</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Cet III, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, hlm. 352-353.

<sup>169</sup> Abdul Hakim Garuda Nusantara, "Politik Hukum Nasional", *Makalah pada Karya Latihan Bantuan Hukum* yang diselenggarakan oleh Yayasan LBH Indonesia dan LBH Surabaya, September, 1985.

<sup>170</sup> Lihat dalam Moh. Mahfud MD, *Perkembangan Politik Hukum, Studi tentang Pengaruh Konfigurasi Politik terhadap Karakter Produk Hukum*, Disertasi Doktor di UGM, 1993 ; juga dalam Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Pustaka LP3ES Indonesia, Jakarta, cet. II, 2001. Di dalam kedua karya ini digambarkan bahwa perubahan-perubahan karakter produk hukum dan politik hukum dipengaruhi oleh perubahan-perubahan konfigurasi politik.

<sup>171</sup> Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional*, Makalah Seminar Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen, BPHN, Jakarta, 29-31 Mei 2006, hlm. 1-2. Lihat juga dalam Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3ES, Jakarta, 2006, hlm. 13-16.

melaksanakan hukum dalam rangka mencapai tujuan bangsa dan negara. Dapat juga dikatakan bahwa politik hukum merupakan upaya menjadikan hukum sebagai proses pencapaian tujuan negara. Politik hukum dapat dikatakan juga sebagai jawaban atas pertanyaan tentang mau diapakan hukum itu dalam perspektif formal kenegaraan guna mencapai tujuan negara. Di dalam pengertian ini pijakan utama politik hukum nasional adalah tujuan negara yang kemudian melahirkan sistem hukum nasional yang harus dibangun dengan pilihan isi dan cara-cara tertentu. Dengan demikian politik hukum mengandung dua sisi yang tak terpisahkan yakni (1) sebagai arahan pembuatan hukum atau *policy* lembaga-lembaga negara dalam pembuatan hukum, dan (2) sekaligus sebagai alat untuk menilai dan mengkritisi apakah sebuah hukum yang dibuat sudah sesuai atau tidak dengan kerangka pikir *policy* tersebut untuk mencapai tujuan negara.

Melalui pengertian-pengertian tersebut maka pembatasan politik hukum untuk mencapai tujuan negara dengan satu sistem hukum nasional sekurang-kurangnya mencakup hal-hal sebagai berikut:<sup>172</sup>

1. Tujuan negara atau masyarakat Indonesia yang diidamkan sebagai orientasi politik hukum, termasuk penggalan nilai-nilai dasar tujuan negara sebagai pemandu politik hukum.
2. Sistem hukum nasional yang diperlukan untuk mencapai tujuan itu serta faktor-faktor yang memengaruhinya.
3. Perencanaan dan kerangka pikir dalam perumusan kebijakan hukum.
4. Isi hukum nasional dan faktor-faktor yang memengaruhinya.
5. Pemagaran hukum dengan prolegnas dan *judicial review*, *legislative review*, dan sebagainya.

UUD 1945 sebagai landasan sistem dan politik hukum nasional, yang berarti bahwa UUD 1945 merupakan sumber hukum yang paling mendasar, hukum tertinggi yang mengadung nilai asas dan norma yang harus dipatuhi, dijunjung tinggi, dan dilaksanakan dalam setiap pengambilan keputusan dan atau kebijakan hukum baik oleh pemerintah, legislatif, dan badan-badan yudisial serta rakyat pada umumnya. Oleh karena itu, di dalam sistem hukum nasional yang hendak dibangun dan pelaksanaannya dalam bentuk politik

---

<sup>172</sup> *Ibid*, hlm. 17.

hukum nasional, harus tetap dijaga dan dipertahankan semangat dan nilai-nilai fundamental yang terkandung dalam dasar falsafah negara Pancasila yang termuat dalam Pembukaan UUD 1945 dan seluruh batang tubuhnya sebagai landasan falsafah dan konstitusional negara.

Sistem dan politik hukum nasional yang disusun dalam rangka pembangunan hukum nasional sejalan dengan *grand design* yang telah dibuat oleh *founding father*, karena telah didasarkan pada landasan falsafah Pancasila dan konstitusi negara yaitu UUD 1945, khususnya Pembukaan UUD 1945.

Dalam konteks politik hukum, hukum berfungsi sebagai "alat" yang bekerja dalam sistem hukum tertentu untuk mencapai tujuan negara atau cita-cita<sup>173</sup> masyarakat Indonesia. Oleh sebab itu pembahasan mengenai politik hukum nasional harus didahului dengan penegasan tentang tujuan negara. Pada umumnya dikatakan bahwa tujuan bangsa Indonesia adalah membentuk masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila. Di luar rumusan yang populer dan biasanya disebut sebagai tujuan bangsa itu, secara definitif tujuan negara<sup>174</sup> Indonesia tertuang di dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945 yang butir-butirnya yaitu: (1) melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia; (2) memajukan kesejahteraan umum; (3) mencerdaskan kehidupan bangsa; dan (4) ikut melaksanakan ketertiban dunia, berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Seperti telah disebutkan dalam Pembukaan UUD 1945 alinea keempat, tujuan negara tersebut harus diraih oleh negara yang penyelenggaraannya didasarkan pada lima sila dasar negara (Pancasila) yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, dan Keadilan sosial bagi seluruh rakyat

---

<sup>173</sup> Sebenarnya hampir tak ada bedanya antara tujuan dan cita-cita. Tetapi dalam konteks ini penulis menitikberatkan keduanya pada aspek yang berbeda : 'cita-cita' lebih meruakan semangat yang bersemayam di hati masyarakat, sedangkan 'tujuan' lebih formal kenegaraan sebagai pernyataan konstitutif yang harus dijadikan arah atau orientasi penyelenggaraan negara.

<sup>174</sup> Tujuan bangsa dan tujuan negara itu substansinya sama, hanya saja tujuan negara seringkali dianggap bersifat lebih konstitutif karena dirumuskan secara resmi di dalam Pembukaan UUD 1945.

Indonesia. Pancasila ini dapat memandu politik hukum nasional dalam berbagai bidang. Rinciannya adalah sebagai berikut:<sup>175</sup>

- (1) Sila *Ketuhanan Yang Maha Esa* menjadi landasan politik hukum yang berbasis moral agama;
- (2) Sila *Kemanusiaan yang adil dan beradab* menjadi landasan politik hukum yang menghargai dan melindungi hak-hak asasi manusia yang nondiskriminatif;
- (3) Sila *Persatuan Indonesia* menjadi landasan politik hukum untuk mempersatukan seluruh unsur bangsa dengan berbagai ikatan primordialnya masing-masing;
- (4) Sila *Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan* menjadi landasan politik hukum yang meletakkan kekuasaan di bawah kekuasaan rakyat (demokratis); dan
- (5) Sila *Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia* menjadi landasan politik hukum dalam hidup bermasyarakat yang berkeadilan sosial sehingga mereka yang lemah secara sosial dan ekonomis tidak ditindas oleh mereka yang kuat secara sewenang-wenang.

*Grand design* yang dituangkan dalam Konvensi Hukum Nasional 2008 belum jelas dan lengkap. Dalam *grand design* tersebut tidak dijelaskan prinsip-prinsip keseimbangan dalam pembangunan sistem dan politik hukum nasional, padahal prinsip-prinsip tersebut menempati posisi yang sangat strategis dalam pembangunan sistem hukum nasional. Dengan demikian *grand design* tersebut seolah-oleh kehilangan ruhnya, yakni ide dasar keseimbangan antara nilai Ketuhanan (moral-religius), nilai kemanusiaan (humanistik) dan nilai kemasyarakatan (nasionalitas, demokratik dan keadilan sosial). Di samping itu, *grand design* Konvensi Hukum Nasional tersebut tidak menyebutkan prinsip ide keseimbangan monodualistik, sebagaimana telah disebutkan di atas.

---

<sup>175</sup> Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3ES, Jakarta, 2006, hlm. 17-18.

### C. Pembaharuan Hukum Nasional dan Peran Hakim dalam Penegakan Hukum

Pembaharuan hukum nasional harus meliputi pembaharuan dalam segala komponen sistem hukum nasional. Dengan demikian, pembaharuan sistem hukum nasional tentu juga meliputi pengembangan dalam peradilan, sehingga akan berimplikasi pula terhadap peran hakim dalam penegakan hukum.

Menurut Barda Nawawi Arief<sup>176</sup>, kebijakan pengembangan peradilan dapat diartikan sebagai upaya-upaya yang rasional untuk mengembangkan/meningkatkan kualitas peradilan. Pengertian demikian identik dengan tujuan "reformasi" yang menuntut adanya peningkatan kualitas yang lebih baik, karena *to return* mengandung makna *to make better, become better, change for the better* atau *return to a former good state*. Dengan demikian, reformasi sistem peradilan mengandung makna peningkatan kualitas sistem peradilan. Kebijakan pengembangan/ peningkatan kualitas peradilan tentunya terkait dengan berbagai aspek yang memengaruhi kualitas peradilan/penegakan hukum. Berbagai aspek itu dapat mencakup kualitas individual (SDM), kualitas institusional/kelembagaan, kualitas mekanisme tata kerja/manajemen, kualitas sarana/prasarana, kualitas substansi hukum/perundang-undangan, dan kualitas lingkungan (kondisi sosial, ekonomi, politik, budaya, termasuk budaya hukum masyarakat). Dengan demikian, upaya peningkatan kualitas peradilan/penegakan hukum harus mencakup keseluruhan aspek/kualitas yang memengaruhi kualitas peradilan itu.

Dalam rangka pembaharuan hukum nasional, semestinya peran hakim sebagai salah satu aspek dalam peradilan juga harus berbasis Pancasila dan UUD 1945 yang merupakan ruh/penentu arah. Dengan demikian dalam penegakan hukum, hakim seharusnya sesuai *Grand design* sistem dan politik hukum nasional yang mestinya tetap berdasarkan pada paradigma Pancasila, yaitu:

- a. paradigma Ketuhanan (moral-religius),

---

<sup>176</sup> Barda Nawawi Arief, 2007, *Kapita Selekta Hukum Pidana tentang Sistem Peradilan Pidana Terpadu (Integrated Criminal Justice System)*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, hlm. 31.

- b. paradigma kemanusiaan (humanistik),
- c. paradigma kebangsaan (persatuan/nasionalistik),
- d. paradigma kerakyatan/demokrasi;
- e. paradigma keadilan sosial.

*Grand design* ini menghendaki adanya keseimbangan 3 nilai dasar, yaitu:

- a. Nilai Ketuhanan (moral-religius);
- b. Nilai Kemanusiaan (humanistik);
- c. Nilai Kemasyarakatan, yaitu : nasionalistik, demokratik dan keadilan sosial.

Di samping prinsip keseimbangan ketiga nilai dasar tersebut, *grand design* sistem dan politik hukum nasional juga harus didasarkan pada ide keseimbangan monodualistik, yang meliputi hal-hal sebagai berikut:

- (1) antara “kepentingan umum/masyarakat” dan “kepentingan individu”;
- (2) antara perlindungan/kepentingan pelaku (ide individualisasi pidana) dan korban;
- (3) antara faktor “objektif” (perbuatan/lahiriah) dan “subjektif” (orang/batiniah/sikap batin); → ide “*daad-dader strafrecht*”;
- (4) antara kriteria “formal” dan “materiel”;
- (5) antara “kepastian hukum”, “kelenturan/ elastisitas/fleksibilitas”, dan “keadilan”;
- (6) antara nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global/internasional/universal.

Dalam penegakan hukum, terdapat tiga nilai dasar yang menjadi landasan, yaitu, nilai kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan<sup>177</sup> Namun

---

<sup>177</sup> Keadilan merupakan salah satu tujuan dari setiap sistem hukum, bahkan merupakan tujuan dari setiap sistem hukum, bahkan merupakan tujuan terpenting. Masih ada tujuan hukum yang lain yang juga selalu menjadi tumpuan hukum, yaitu kepastian hukum, kemanfaatan, dan ketertiban. Di samping tujuan hukum, keadilan dapat juga dilihat sebagai suatu nilai (*value*). Bagi suatu kehidupan manusia yang baik, ada empat nilai yang merupakan fondasi pentingnya, yaitu keadilan, kebenaran, hukum, moral. Lihat Bambang Sutiyoso, 2007, *Metode Penemuan Hukum, Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 12

demikian, seringkali sulit untuk mewujudkan ketiga-tiganya secara seimbang. Dalam hal demikian, maka seharusnya yang diutamakan adalah keadilan tanpa mengesampingkan kepastian dan kemanfaatan. Menurut Plato<sup>178</sup>, keadilan merupakan nilai kebijakan yang tertinggi. Plato mengemukakan bahwa *justice is the supreme virtue which harmonize all other virtues*. Para filosof Yunani memandang keadilan sebagai suatu kebajikan individual (*individual virtue*). Oleh karena itu dalam *Institute of Justinian*, diberikanlah definisi keadilan yang sangat terkenal itu, yang mengartikan keadilan sebagai suatu tujuan yang kontinyu dan konstan untuk memberikan kepada setiap orang haknya. *Justice is the constant and continual purpose which gives to everyone his own*.

Dalam praktik penegakan hukum di Indonesia, para penegak hukum termasuk hakim, sudah menggunakan aturan main dalam menjalankan tugasnya, dalam hal ini menggunakan berbagai peraturan hukum untuk bahan pertimbangan dalam pengambilan keputusan. Mengapa masih banyak masyarakat yang tidak puas dengan penegakan hukum di Indonesia? Hal ini seringkali muncul terutama pada era reformasi dan transformasi. Bahkan banyak masyarakat yang sudah tidak percaya lagi dengan penegakan hukum yang dilakukan oleh para penegak hukum, yang kadang menimbulkan sikap anarkhis, main hakim sendiri dari sekelompok masyarakat. Salah satu penyebabnya adalah karena tidak terpenuhinya nilai keadilan, terutama keadilan masyarakat (*social justice*). Hakim belum sepenuhnya menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat dengan alasan terikat dengan aturan hukum formal yang sebenarnya kaku bahkan dalam beberapa hal justru melenceng.

Menegakkan hukum, tidak sekaligus menciptakan keadilan. Derrida mengatakan bahwa *“The question of justice is not a matter of universal definition, but is rather the following question: How can we, in our particular time in place, work toward justice”*. Bahkan dikatakan oleh Derrida *“the meaning of justice is elucidated through a contrast with law. In this sense law is the opposite of justice”*<sup>179</sup>. Pandangan Leon Petrazycki tentang keadilan dapat

---

<sup>178</sup> *Ibid*, hlm. 13

<sup>179</sup> Lihat Derrida dalam Roger Cotterrel, *Sociological Perspective on Law*, Dartmouth Publishing Company and Ashgate Publishing Company, England, 2001, hlm.433. Keadilan merupakan *condition sine qua non* terciptanya ketertiban dan merupakan syarat utama berlangsungnya kehidupan masyarakat. Keadilan menjaga supaya tidak terjadi ketimpangan sehingga tercipta keseimbangan antara hak dan kewajiban, adanya keseimbangan antara

dimaknai sebagai pandangan yang berbeda dengan kebanyakan orang yang mengatakan bahwa keadilan itu adalah abstrak. Menurut Petrazycki, keadilan adalah sebuah fenomena yang konkret yang dapat ditangkap melalui penelitian intuisi kita. Ia mengatakan:

*“The doctrine herein developed concerning law in general and intuitive law in particular comprises all the premises needed to solve the problem of the nature of justice: actually, justice is nothing but intuitive law in our sense. As a real phenomenon justice is a psychic phenomenon, knowledge of which can be acquired through self-observation and the joint method.”<sup>180</sup>*

Uraian yang dikemukakan oleh Petrazycki semakin menegaskan bahwa sebenarnya keadilan sosial bukan sesuatu yang abstrak, yang hanya berada pada dunia nilai-nilai saja tanpa perwujudan konkret. Keadilan sosial adalah perilaku, yakni perilaku untuk memberikan kepada orang lain apa yang menjadi haknya demi terwujudnya masyarakat yang sejahtera. Kesejahteraan adalah tujuan utama dari adanya keadilan sosial. Hal senada dikemukakan juga oleh Gunawan Setiardjo.<sup>181</sup> Dengan demikian, sebenarnya nilai keadilan ada dalam kehidupan masyarakat, bukan sesuatu yang abstrak (tidak membumi). Nilai keadilan semestinya menjadi landasan bagi para penegak hukum di Indonesia, termasuk hakim dalam memberikan putusan.

Mengenai keadilan ini Abu Hamid Al-Ghazali<sup>182</sup> berusaha menyelaraskan, menggabungkan gagasan Yunani Kuno, Persia dan gagasan asing lain dengan tradisi Islam serta berusaha membuat keseimbangan yang dinamakan ”jalan tengah” dalam konsepnya tentang keadilan. Keadilan etis dalam konsep Al-Ghazali merupakan suatu pernyataan dari kebajikan-kebajikan manusia, akan tetapi pada pokoknya berasal dari Keadilan Illahi.

---

kepentingan pribadi dan kepentingan sosial. Lihat, Suteki dkk, *Pendidikan Pancasila di Era Reformasi*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 2001, hlm. 31.

<sup>180</sup> Leon Petrazycki, *Law and Morality*, Harvard University Press, Chambridge Massachussetts, 1955, hal. 241

<sup>181</sup> Gunawan Setiardjo, *Filsafat Pancasila Bagian I*, Cetakan X, 2004, hal 56.

<sup>182</sup> Lihat Al-Ghazali dalam Majid Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*, diterjemahkan oleh mochtar Zoerni dan Joko S. Kahlar dengan judul *Teologi Keadilan Pespektif Islam*, Risalah Gusti, Surabaya, 1999, hlm. 166-177.

Standar dari keadilan etis yang memberikan petunjuk terdiri empat kebajikan yaitu sebagai berikut:

- e. Kebijaksanaan (*al-hikmah*), kualitas pikiran yang menentukan manusia membuat pilihan-pilihan. Membedakan antara yang baik dan yang buruk (jahat) serta mengekang dirinya sendiri dari perbuatan-perbuatan ekstrim di bawah tekanan-tekanan serupa, misalnya mempertahankan keseimbangan antara sikap membabi buta dan mengecoh. Keseimbangan demikian menjadi salah satu tujuan orang beriman yang dinyatakan dalam prinsip ”jalan tengah”.
- f. Keberanian (*asy-syaja'ah*), kualitas amarah dan kejengkelan (*quwwah al-ghadhabiyah*) yang dapat digambarkan sebagai bentuk keberanian moral, bukan terburu-buru dan gegabah (*tahawwur*) dan bukan pula pengecut (*jubn*), akan tetapi suatu keadaan di antara dua perbuatan ekstrim. Dengan diarahkan hukum syariat) dan akal budi, keberanian mendorong manusia untuk memimpin dirinya secara pantas, serta mengikuti jalan benar atau jalan yang lurus (*ash-shirath al-mustaqim*) serta mengabaikan jalan kejahatan. Hal ini juga menyarankan kepada manusia untuk berketetapan hati atas beberapa alasan dan belas kasih kepada yang lain.
- g. Kesederhanaan (*al-'iffah*), kualitas jalan tengah yang menentukan manusia untuk mengikuti jalan tengah (*moderat*) antara dua perbuatan ekstrim, misalnya loba dan antipati, bersikap jujur kepada orang lain dan moderat dalam jalan kehidupannya. Dengan kata lain, ia merupakan suatu gambaran tentang ”jalan emas”
- h. Keadilan (*al-'adl*), yang tidak saja merupakan kebajikan, tetapi ”keseluruhan dari kebajikan-kebajikan”. Keadilan merupakan kesempurnaan dari segala kebajikan, yang berdiri atas **ekuilibrium (keadaan seimbang)** dan sikap moderat dalam tingkah laku pribadi dan urusan-urusan publik. Yang terpenting, keadilan merupakan sikap kewajaran (*inshaf*) yang mendorong manusia untuk menempuh apa yang digambarkan sebagai **jalan keadilan**. Jalan Keadilan menurut Al-Ghazali adalah jalan yang benar (*ash-shirath al-mustaqim*), berdasar atas mana manusia mencapai kebahagiaan di dunia dan Akhirat kelak.

Peran pengadilan dari waktu ke waktu selalu berubah. Hal ini tentu juga berpengaruh pada peran hakim sebagai orang yang berwenang memberikan putusan terhadap perkara yang diajukan ke pengadilan. Dari abad 19-20 kita

menyaksikan secara pelan-pelan terjadinya perubahan dari peran pengadilan sebagai institusi hukum yang sempit dan terisolasi menjadi pengadilan (untuk) rakyat. Pengadilan yang terisolasi ini juga dinyatakan dalam ungkapan pengadilan sebagai corong undang-undang, tidak lebih dan tidak kurang. Memang semangat liberal dan legalisme-positivistik yang sangat kuat di abad ke-19 itu memberikan landasan terori bagi munculnya pengadilan yang terisolasi dari dinamika masyarakat dimana pengadilan berada. Isolasi tersebut juga mengundangi asosiasi ke arah kediktatoran pengadilan (*judicial dictatorship*)<sup>183</sup>. Hakim dalam memutus perkara semata-mata dengan mengingat apa yang menurut tafsirannya dikehendaki oleh hukum tanpa harus melibatkan ke dalam atau mendengarkan dinamika masyarakat tersebut. Oleh karena itu menjadikan pengadilan menjadi terisolasi dari keseluruhan kehidupan masyarakat dan menjadi benda asing dalam tubuh masyarakat tersebut. Menurut Satjipto Rahardjo<sup>184</sup>, praksis hukum selama ini mengikuti cara menegakkan hukum menurut bunyi teks (*black letter law*) yang hanya menurut kata-kata dan kalimat dalam teks. Dengan demikian, praksis abad-19 masih menguasai pemikiran sampai saat ini.

Sementara itu, dinamika masyarakat menampilkan pengorganisasian baru, seperti perkembangan demokrasi dan bangkitnya kekuatan-kekuatan baru dalam masyarakat, seperti buruh, yang mengubah peta sosial dan politik secara mendalam. Kalau pada abad ke-19, hukum liberal lebih banyak dikaitkan dengan kaum borjuis, maka menjelang dan memasuki abad ke-20 kata kuncinya adalah rakyat. Naiknya peran dan partisipasi rakyat ini ternyata tidak dengan mudah diakomodasikan oleh institusi hukum, termasuk pengadilan. Seharusnya pengadilan Mengubah perannya tidak lagi sebagai corong undang-undang, tetapi pengadilan yang mewakili dan mendengarkan suara rakyat. Bahkan dikatakan bahwa pengadilan hendaknya mampu menyuarakan mereka atau golongan-golongan yang *unrepresented* dan *under-represented*.<sup>185</sup>

Menurut Satjipto Rahardjo<sup>186</sup>, sekarang mestinya hukum diproyeksikan terhadap gagasan dan pemahaman yang baru, yaitu menukik sampai pada

---

<sup>183</sup> Satjipto Rahardjo, 2008, *Op. Cit.*, hlm. 38.

<sup>184</sup> Satjipto Rahardjo, 2009, *Lapisan-lapisan dalam Studi Hukum*, Cetakan Pertama, Bayumedia Publishing, hlm. 55

<sup>185</sup> *Ibid*, hlm. 38-39

<sup>186</sup> Satjipto Rahardjo, 2009, *Op. Cit.* hlm. 55

kedalaman makna hukum. *Pertama*, para penegak hukum, dimana pun posisi mereka, mengidentifikasi diri mereka sebagai kaum *vigilantes*, orang-orang yang berjihad dalam hukum. Mereka tidak hanya membaca undang-undang tetapi diresapi dengan semangat untuk meluapkan keluar makna undang-undang yang ingin menyejahterakan rakyat. Dengan demikian diperlukan predisposisi progresif dari para penegak hukum. *Kedua*, kesadaran dan keyakinan bahwa hukum menginginkan yang baik terjadi pada rakyat dan masyarakat. Hukum bukan semata-mata sederetan kata-kata dan kalimat, tetapi merupakan pesan (*message*) yang membutuhkan realisasi. Selanjutnya, Satjipto Rahardjo<sup>187</sup> mengemukakan bahwa Para penegak hukum yang berjihad untuk memunculkan kekuatan hukum akan senantiasa memeras dan mendorong kata-kata dari teks hukum sampai ke titik paling jauh (*ultimate*) sehingga kekuatan hukum keluar dari persembunyiannya. Pengadilan tidak lagi semata-mata menjadi tempat untuk menerapkan undang-undang, melainkan menjadi tempat untuk menguji undang-undang. Hakim bukan lagi *les bouches, qui prononcent les paroles de la loi* (mulut yang mengucapkan kata-kata undang-undang), melainkan seorang *vigilante* atau *mujtahid*.

Dalam hal hakim memutus perkara dengan menggali nilai-nilai yang ada dalam kehidupan masyarakat, maka akan lebih dapat memberikan rasa keadilan bagi masyarakat, karena pada prinsipnya hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya manusia untuk hukum. Dengan demikian ketika masyarakat berubah, maka hakim dalam penegakan hukum juga harus mengikuti perkembangan yang terjadi dalam dinamika kehidupan masyarakat. Pengadilan bukanlah institusi hukum yang steril, yang hanya berurusan dengan pengongkretan undang-undang, melainkan memiliki jangkauan yang lebih luas. Pengadilan sudah menjadi institusi sosial yang peka terhadap dinamika perkembangan masyarakat. Pengadilan sarat dengan pikiran keadilan, pembelaan rakyat dan nasib bangsanya. Ternyata pengadilan juga berhati nurani (*conscience of the court*). Hakim sebagai penegak hukum di pengadilan harus benar-benar memperhatikan dinamika masyarakat. Hakim berhati nurani dalam memutus perkara, sehingga benar-benar bisa memberikan keadilan bagi masyarakat.

---

<sup>187</sup>*Ibid*, hlm. 56

## D. Penemuan Hukum (*rechtsvinding*) oleh Hakim dalam Peradilan

Pada dasarnya apa yang dilakukan oleh hakim di persidangan adalah mengkonstatasi peristiwa konkrit, yang sekaligus berarti merumuskan peristiwa konkrit, mengkualifikasi peristiwa konkrit yang berarti menetapkan peristiwa hukumnya dari peristiwa konkrit, dan mengkonstitusi atau memberi hukum atau hukumannya. Semua itu pada dasarnya sama dengan kegiatan seorang sarjana hukum yang dihadapkan pada suatu konflik atau kasus dan harus memecahkannya, yaitu meliputi<sup>188</sup>:

1. *legal problem identification*;
2. *legal problem solving*;
3. *decision making*

Dalam menjalankan tugasnya di persidangan tersebut Hakim harus senantiasa mengikuti perkembangan nilai-nilai yang ada di dalam masyarakat, supaya dapat memberikan putusan yang sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Dalam hal ini Hakim harus mengadili menurut hukum.

Menurut Bernard L. Tanya<sup>189</sup>, keadilan mestinya merupakan unsur konstitutif dalam hukum, namun ada kalanya, faktual, suatu aturan tidak memiliki muatan keadilan, atau tidak selalu memiliki muatan keadilan. Di sinilah muncul perbedaan makna antara *lex* dan *ius*, dan oleh karena itu, antara *rechts* dan *wet*, antara hukum dan undang-undang. *Ius* menunjuk pada cita hukum yang harus tercerminal dalam hukum sebagai hukum, yakni keadilan. Sebaliknya *lex*, menunjuk pada aturan-aturan hukum yang faktual ditetapkan dan diformalkan, tanpa mempersoalkan mutunya. Dengan demikian *ius* tidak selalu ditemukan dalam *lex*.

Meskipun hukum dan keadilan merupakan dwitunggal yang tidak terpisahkan, namun dapat saja terjadi suatu peraturan tidak mengandung keadilan apapun. Oleh karena itu seorang Hakim Indonesia tidak hanya menegakkan hukum *per se*, tetapi juga menegakkan keadilan. Seorang Hakim harus berusaha sedemikian rupa sehingga jarak dan diskrepansi antara hukum dan keadilan diminimalisir. Caranya adalah dengan menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

---

<sup>188</sup> Sudikno Mertokusumo, 1996 b, hlm. 74

<sup>189</sup> Bernard L. Tanya, 2000, *Hukum, politik, dan KKN*, Srikandi, Surabaya, hlm. 13

Dalam menjalankan tugas untuk mengadili suatu perkara ada kemungkinan bahwa tidak ada peraturan hukum, atau peraturan hukumnya tidak jelas, atau terjadi kekosongan hukum. Dalam hal demikian, maka hakim harus berusaha mencari dan menemukan hukumnya untuk menyelesaikan kasus tersebut. Oleh karena itu Hakim sangat berperan dalam penemuan hukum, terutama pada masa reformasi dan transformasi, karena banyaknya perubahan dan perkembangan masyarakat yang tentunya sulit diikuti dengan perkembangan peraturan perundang-undangan secara cepat.

Menurut Scholten<sup>190</sup> Penemuan hukum (*rechtsvinding*) berbeda dengan penerapan hukum (*rechtstoepassing*), karena di sini ditemukan sesuatu yang baru. Penemuan hukum dapat dilakukan baik melalui penafsiran, atau analogi, maupun penghalusan hukum (*rechtsverwijning*). Penegakan hukum tidak hanya dilakukan dengan logika penerapan hukum yang mengandalkan penggunaan logika (*een hanteren van logische figuren*), melainkan melibatkan penilaian, memasuki ranah pemberian makna. Melalui silogisme dan kesimpulan logis, tidak akan ditemukan sesuatu yang baru, seperti yang dikehendaki oleh penemuan hukum. Jika hakim memutus suatu kasus berdasarkan hak dan kewajiban yang sudah ada (*preexisting right and obligation*) maka hakim tidak lebih dan tidak kurang hanya sebagai robot. Karena hakim bukan robot, tetapi manusia maka hakim dapat membuat peraturan baru. Jadi bukan hanya badan legislatif dan eksekutif yang membuat hukum, tetapi juga badan yudikatif.

Menurut Sudikno Mertokusumo<sup>191</sup>, penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa konkrit. Lebih konkrit lagi dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah konkretisasi, kristalisasi atau individualisasi peraturan hukum atau *das sollen*, yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit atau *das sein*. Peristiwa konkrit perlu dicarikan hukumnya yang bersifat umum dan abstrak. Peristiwa konkrit harus dipertemukan dengan peraturan hukum. Peristiwa konkrit itu harus dihubungkan dengan peraturan hukumnya agar dapat tercakup oleh peraturan

---

<sup>190</sup> Lihat Scholten, dalam Anton Freddy Susanto, 2005, *Semiotika Hukum dan demokrasi, Teks Menuju Progresivitas Makna*, PT Refika Aditama, Bandung. Lihat juga Charles Himawan, 2003, *Hukum Sebagai Panglima*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, hlm. 24.

<sup>191</sup> Sudikno Mertokusumo, 1996b, *Op.Cit.* hlm. 75

hukum itu. Sebaliknya peraturan hukumnya harus disesuaikan dengan peristiwa konkritnya agar dapat diterapkan.

Ada perbedaan mendasar antara pikiran analitis dan realitas atau sosiologis, seperti diwakili oleh *analytical jurisprudence* dan *legal realism*. Yang pertama selalu melihat ke dalam bingkai peraturan dan tidak keluar dari lingkaran itu (*in het kader van de wet*). Berdasarkan pikiran hukum yang demikian itu, maka penafsiran hukum menjadi hal yang ditabukan. Tidak ada dan tidak boleh ada penafsiran, yang ada ialah penerapan hukum, undang-undang. Penafsiran itu ada di tangan badan legislatif, oleh karena dalam pembuatan hukum sudah termasuk di situ penafsirannya. Di sini kepastian sangat diunggulkan, bahkan sampai titik mutlak dan kepastian itu diperoleh dengan membaca undang-undang. Di pihak lain, pikiran realis, sosiologis dan bebas, berpendapat bahwa hukum itu merupakan kerangka yang abstrak, sedang peristiwa yang dihadapkan padanya adalah unik. Kalau orang berpegangan pada kata-kata undang-undang, maka sifat unik dari perkara tersebut akan hilang dan dikesampingkan. Maka setiap pembuatan keputusan hukum adalah aktivitas yang kreatif, demi melayani keunikan tersebut.

Hukum progresif dan penafsiran progresif berpegangan pada paradigma “Hukum untuk manusia”, sedang *analytical jurisprudence* mengikuti paradigma “Manusia untuk Hukum”. Manusia di sini merupakan simbol bagi kenyataan dan dinamika kehidupan. Hukum itu memandu dan melayani masyarakat. Dengan demikian diperlukan keseimbangan antara ‘statika’ dan ‘dinamika’, antara ‘peraturan’, dan ‘jalan yang terbuka’. Hukum, pengadilan tidak dipersepsikan sebagai robot, tetapi sebagai lembaga yang secara kreatif memandu dan melayani masyarakat. Tugas tersebut bisa dilaksanakan, apabila hukum diberi kebebasan untuk memberi penafsiran. Menafsirkan di sini adalah bagian dari memandu dan melayani.

Alam pikiran hukum tersebut pada dasarnya menerima penafsiran hukum sebagai jembatan antara undang-undang yang statis, kaku dengan masa kini dan masa depan. Hukum akan dicari dan dipercaya masyarakat, manakala ia mampu menjalankan tugas memandu dan melayani masyarakat<sup>192</sup>. Pada masa reformasi dan transformasi, diharapkan hukum tidak hanya menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat, tetapi lebih

---

<sup>192</sup> Anton Freddy Susanto, *Op.Cit*, hlm. 12-13

jauh lagi bagaimana hukum menjadi faktor penggerak ke arah perubahan masyarakat (*law is a tool of social engineering*).

Berkaitan dengan peran Hakim, pada dasarnya peran utama hakim adalah dalam persidangan, karena menjadi penentu penyelesaian kasus yang dihadapinya melalui putusan hakim. Penggunaan putusan hakim sebagai *a tool of social engineering* menurut Roscoe Pound, sebagaimana diringkas oleh Ahmad Ali<sup>193</sup> adalah sebagai berikut:

1. Fungsi *social engineering* (rekayasa sosial) dari hukum maupun putusan hakim, pada setiap masyarakat (kecuali masyarakat totaliter) ditentukan dan dibatasi oleh kebutuhan untuk menyeimbangkan antara stabilitas hukum dan kepastian terhadap perkembangan hukum sebagai alat evolusi sosial.
2. Kebebasan pengadilan yang merupakan hal esensial dalam masyarakat demiokratis, pembatasan lebih lanjut diadakan jika pengadilan menjadi penerjemah-penerjemah yang tertinggi dari konstitusi. Kecenderungan yang menyolok di tahun-tahun akhir ini tidak dapat dicampuri dengan kebijakan modern badan legislatif melalui penafsiran konstitusi yang kaku dan tidak terlalu obyektif, kata-kata yang bermakna luas dari teks-teks konstitusi sering melahirkan rintangan-rintangan yang tak teratasi.
3. Dalam sistem-sistem hukum, di tangan organ politiklah terletak pengawasan yang tertinggi terhadap kebijakan badan legislatif sehingga fungsi hakim menjadi relatif lebih mudah.

Dalam fungsi tambahan dari badan pengadilan itu sebagai penafsir peraturan-peraturan politik dan sebagai wasit dari tindakan-tindakan yang bersifat administratif, maka tugas hakim di sini pada hakikatnya menyerahkan kebijakan pada organ-organ yang dipilih dari demokrasi dan membuat penafsiran kebijakan yang sejenis itu dengan sangat baik. Ini berarti penafsiran yang terbatas dari pemeriksaan-pemeriksaan sejenis itu, seperti pelanggaran keadilan alami, hal-hal yang tidak masuk akal ultra virus dan sebagainya.

4. Dalam menafsirkan preseden dan undang-undang, fungsi pengadilan dapat dan harus lebih positif dan konstruktif.

---

<sup>193</sup> Ahmad Ali, *Op.Cit*, hlm. 206.

Penafsiran undang-undang yang dilakukan dengan sangat baik, dan bersifat membantu kebijakan hukum, dan bukan malah sebaliknya menghalang-halangnya, dikuasai oleh prinsip-prinsip yang sama yang menunjukkan pengekangan-pengekangan pengadilan dalam menyatakan tidak sahnya undang-undang atau tindakan-tindakan pemerintah. Perkembangan hukum melalui penafsiran preseden yang dilakukan dengan luwes akan sangat dibantu jika Mahkamah Agung tidak terlalu terikat pada preseden, seperti yang baru-baru ini disarankan oleh Lord Wright.

5. semakin lebih banyaknya penggunaan hukum sebagai alat pengendalian sosial serta kebijakan dalam masyarakat modern, secara bertahap mengurangi bidang “hukumnya pakar hukum”, dan, dengan demikian, fungsi kreatif dari hakim dalam sistem-sistem hukum kebiasaan, namun hal itu menjadikan perkembangan hukum oleh pengadilan yang kreatif dalam fungsi tambahannya menafsirkan undang-undang dan pembatasan-pembatasan tindakan-tindakan administratif oleh pengadilan pengadilan bertambah penting.

Yang lebih tegas menekankan penggunaan hukum maupun putusan hakim sebagai *a tool of social engineering* adalah Mochtar Kusumaatmadja. Mochtar kusumaatmadja ingin mendayagunakan hukum nasional yang modern sebagai sarana untuk mengubah dan merekayasa kehidupan masyarakat<sup>194</sup>.

Menurut Mochtar Kusumaatmadja<sup>195</sup>, pandangan yang kolot tentang hukum yang menitikberatkan pada pemeliharaan ketertiban dalam arti statis, dan menekankan sifat konservatif dari hukum, menganggap bahwa hukum tidak dapat memainkan suatu peranan yang berarti dalam proses pembaharuan. Ucapan bahwa dengan ahli hukum orang tidak dapat membuat revolusi menggambarkan anggapan demikian. Anggapan tadi tidak benar dan dibantah oleh pengalaman antara lain di Amerika Serikat, terutama setelah New Deal mulai tahun tigapuluhan dapat dilihat penggunaan hukum sebagai alat untuk mewujudkan perubahan-perubahan di bidang sosial. Di negara tersebutlah timbul istilah *law as a tool of social engineering* (R. Pound). Peranan hukum dalam bentuk keputusan-keputusan Mahkamah Agung

---

<sup>194</sup> Lihat Mochtar Kusumaatmadjadalam Sutandyo Wignjosoebroto, *Op.Cit*, hlm. 365.

<sup>195</sup> Lihat Mochtar Kusumaatmadja, dalam Achmad Ali, *Op.Cit*, hlm. 207.

Amerika Serikat dalam mewujudkan persamaan hak bagi warga yang berkulit hitam merupakan contoh yang sangat mengesankan dari peranan progresif yang dapat dimainkan oleh hukum dalam masyarakat. Intinya tetap ketertiban. Selama perubahan yang dikehendaki dalam masyarakat hendak dilakukan dengan cara yang tertib, selama itu masih ada tempat bagi peranan hukum.

Sehubungan dengan hal ini, Paul Scholten<sup>196</sup>, menyebutkan bahwa masa keemasan hakim memperlakukan hukum seperti pekerjaan matematis, yang memproses undang-undang seperti memproses angka-angka secara logis (*hanteren van logische figuren*) sudah lewat. Pekerjaan hukum itu lebih dari sekedar silogisme. Putusan hukum tidak dibuat semata-mata menurut jalur logika, melainkan melompat (*In de beslissing zit altijd ten slotte een sprong*). Scholten mengajukan gagasan "*logische expansiekracht van het recht* (kekuatan hukum untuk mengembangkan diri). Menurutnya, hukum bukan merupakan bangunan logis yang tertutup (*logische geslotenheid*), ada kekuatan yang tersembunyi dalam hukum.

Menurut Satjipto Rahardjo<sup>197</sup> gagasan hukum progresif, yang dikembangkan sejak 2002 merupakan lahan pesemaian yang bagus bagi pengembangan kekuatan yang tersimpan dalam hukum. Hukum progresif menolak cara berhukum yang menyebabkan hilangnya dinamika hukum. Hukum menjadi statis dan stagnan manakala kita tidak berusaha menyingkirkan hambatan-hambatan yang menyebabkan hukum menjadi stagnan. Salah satu hal yang akan terhambat adalah tidak munculnya kekuatan yang sebenarnya ada secara inheren dalam hukum. Kekuatan yang tersimpan itu menjadi tidak muncul karena para penegak hukum sendiri yang menyebabkannya. Penghambatnya adalah cara berhukum yang hanya mengeja teks undang-undang. Tidak muncul atau dimunculkannya kekuatan yang ada di dalam hukum yang seharusnya mampu atau tajam menjadi tumpul dan tidak mampu menyelesaikan persoalan yang dihadapinya.

Pekerjaan hukum lebih dari hanya logis-rasional, melainkan sesuatu yang menuntut kreativitas dari para pelakunya. Di sinilah pekerjaan memunculkan kekuatan hukum memperoleh tempatnya. Jika dikaji semua putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan yang pasti (*kracht van*

---

<sup>196</sup> Lihat Paul Scholten dalam Satjipto Rahardjo, 2009, *op.cit*, hlm. 57

<sup>197</sup>Satjipto Rahardjo, *Loc. Cit.*

*gewijsde*) dan yang merupakan hasil produk penemuan hukum hakim, maka dapat dibedakan:

1. Penemuan hukum oleh hakim yang hanya sekedar menjadi jalan bagi hakim untuk menerapkan hukum dalam kasus konkrit, tetapi sama sekali tidak mempunyai efek terhadap penyesuaian hukum pada perubahan masyarakat maupun efek melakukan perekayasaan masyarakat
2. Penemuan hukum oleh hakim yang merupakan karya hakim untuk menyesuaikan hukum yang dianggap sudah usang atau ketinggalan terhadap perubahan masyarakat atau masyarakat yang telah mengalami perubahan;
3. Penemuan hukum oleh hakim yang merupakan karya hakim untuk memerankan hukum sebagai “*a tool of social engineering*”. Contohnya adalah Penetapan Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Barat selatan No. 546/73 P Tanggal 14 November 1973 telah berbuat mengubah statusquo putusan hakim tentang perubahan status dari yang tidak jelas menjadi jelas jenis kelaminnya. Penetapan Hakim tersebut menjawab tantangan zaman dengan ditemukannya teknologi di bidang kedokteran berupa operasi kelamin.

Hakim di samping dapat melakukan penemuan hukum, juga dimungkinkan membentuk hukum, kalau hasil penemuan hukumnya itu kemudian merupakan yurisprudensi tetap yang diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat, yaitu putusan yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkrit, tetapi memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi satu putusan dapat sekaligus mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkrit dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang.<sup>198</sup>

Dalam hal demikian Hakim telah melakukan penemuan hukum, dan sekaligus melakukan pembentukan hukum. Menurut Sudikno Mertokusumo<sup>199</sup>, istilah penciptaan hukum (*rechtsschepping*) kurang tepat, karena memberi kesan bahwa hukumnya itu sama sekali tidak ada, kemudian diciptakan, dari tidak ada menjadi ada. Hukum bukanlah selalu berupa baik

---

<sup>198</sup> Sudikno Mertokusumo, 1996b, *Op.Cit.*, hlm. 37

<sup>199</sup> *Ibid*, hlm. 37

tertulis maupun tidak, tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa. Di dalam perilaku itulah harus diketemukan atau digali kaidah atau hukumnya (Pasal 28 UU tentang Kekuasaan Kehakiman). Maka kiranya istilah penemuan hukum (*rechtsvinding*) yang tepat.

Apabila suatu kaidah atau ketentuan dalam suatu putusan kemudian diikuti secara konstan atau tetap oleh para hakim dalam putusannya dan dapat dianggap menjadi bagian dari keyakinan hukum umum, maka dapat dikatakan bahwa terhadap masalah hukum tersebut telah terbentuk yurisprudensi tetap. Diputusulangnya kaidah hukum dalam suatu putusan oleh suatu yurisprudensi tetap akan memperkuat wibawa kaidah hukum tersebut. Sebagai contoh yurisprudensi tetap adalah Putusan HR 31 Januari 1919, mengenai Perbuatan Melawan Hukum.

Dengan demikian hakim harus mempunyai kemampuan dan kreativitas untuk dapat menyelesaikan dan memutus perkara dengan mencari dan menemukan hukum dalam kasus yang tidak ada peraturan hukumnya. Hakim harus mampu melakukan penemuan hukum untuk dapat memutus perkara sehingga terwujud keadilan yang didambakan masyarakat. Di sini Hakim lebih leluasa serta luwes untuk menyelesaikan perkara, karena tidak hanya menyampaikan bunyi undang-undang, tetapi dapat melakukan penemuan hukum dari berbagai sumber penemuan hukum dan juga dapat melakukan penciptaan hukum, karena sebenarnya hukum itu ada di dalam masyarakat. Di mana ada masyarakat, di situ tentu ada hukum, tinggal bagaimana kita menggali, sehingga dalam penegakan hukum benar-benar dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Apabila hakim menemukan penemuan hukum berbasis nilai keadilan dalam memutus perkara, dan kemudian putusan hakim menjadi hukum, maka akan tercipta hukum yang benar-benar sesuai dengan nilai-nilai keadilan yang ada dalam masyarakat.

Dalam penegakan hukum, hakim juga harus mendasarkan diri pada Pancasila dan UUD 45 yang merupakan ruh/penentu arah. Dengan demikian dalam penegakan hukum, hakim harus sesuai *Grand design* sistem dan politik hukum nasional yang mestinya tetap berdasarkan pada paradigma Pancasila, yaitu:

- a. paradigma Ketuhanan (moral-religius),
- b. paradigma kemanusiaan (humanistik),

- c. paradigma kebangsaan (persatuan/nasionalistik),
- d. paradigma kerakyatan/demokrasi;
- e. paradigma keadilan sosial.

*Grand design* ini menghendaki adanya keseimbangan 3 nilai dasar, yaitu:

- (1) Nilai Ketuhanan (moral-religius)
- (2) Nilai Kemanusiaan (humanistik)
- (3) Nilai Kemasyarakatan, yaitu : nasionalistik, demokratik dan keadilan sosial

Di samping prinsip keseimbangan ketiga nilai dasar tersebut, *grand design* sistem dan politik hukum nasional juga harus didasarkan pada ide keseimbangan monodualistik, yang meliputi hal-hal sebagai berikut:

- (1) antara “kepentingan umum/masyarakat” dan “kepentingan individu”;
- (2) antara perlindungan/kepentingan pelaku (ide individualisasi pidana) dan korban;
- (3) antara faktor “objektif” (perbuatan/lahiriah) dan “subjektif” (orang/batiniah/sikap batin); → ide “*daad-dader strafrecht*”;
- (4) antara kriteria “formal” dan “materiel”;
- (5) antara “kepastian hukum”, “kelenturan/ elastisitas/fleksibilitas”, dan “keadilan”;
- (6) antara nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global/internasional/universal;

Dalam penegakan hukum seharusnya hakim berpegang teguh pada prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Oleh karena itu, hakim harus senantiasa mengedepankan nilai keadilan dalam masyarakat, sehingga harus selalu mengikuti dinamika perubahan yang ada dalam masyarakat.

## E. Simpulan

Dari uraian di atas dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut:

1. Pada masa reformasi dan transformasi seperti pada masa sekarang ini, banyak sekali segi-segi kehidupan masyarakat yang berubah dan berkembang pesat. Perubahan ini tentu saja sangat mempengaruhi perkembangan hukum yang ada di Indonesia. Hukum terkait erat dengan perubahan dan perkembangan dalam masyarakat. Perubahan di bidang hukum dapat mempengaruhi perkembangan dalam masyarakat. Demikian pula sebaliknya, setiap perubahan di dalam masyarakat, dapat mempengaruhi perkembangan hukum yang terdapat di dalam masyarakat yang bersangkutan. Hukum sebagai kaidah sosial, tidak lepas dari nilai (*values*) yang berlaku dalam suatu masyarakat. Bahkan dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Hukum yang baik, adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat, yang tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat itu. Perubahan-perubahan nilai atau kaidah-kaidah dasar dalam masyarakat menuntut dilakukan perubahan hukum agar dapat selalu menyesuaikan diri dengan masyarakat. Persoalan penyesuaian hukum terhadap perubahan yang terjadi dalam masyarakat, terutama yang dimaksud adalah hukum tertulis atau perundang-undangan (dalam arti luas). Hal ini sehubungan dengan kelemahan perundang-undangan yang bersifat statis dan kaku. Undang-undang pada hakikatnya memang dimaksudkan untuk melindungi baik individu maupun masyarakat. Akan tetapi pembentuk undang-undang kiranya mustahil untuk dapat memperhitungkan, memperhatikan, dan menuangkan segala ragam bentuk kehidupan masyarakat dalam suatu undang-undang. Pembentuk undang-undang hanya dapat membuat suatu ketentuan yang bersifat umum. Oleh karena itu tidak mungkin mengatur segala-galanya secara terperinci, sehingga perlu sebagian tugasnya itu diserahkan kepada hakim. Hukum berfungsi sebagai sarana kontrol sosial (*social control*), yaitu suatu proses mempengaruhi orang-orang untuk bertingkah laku sesuai dengan harapan masyarakat. Di samping itu, hukum juga berfungsi sebagai sarana untuk merubah masyarakat (*social engineering*).

2. Pembaharuan hukum nasional harus mencakup semua komponen sistem hukum nasional, baik substansi, struktur, maupun kultur. Pembaharuan hukum nasional berbasis Pancasila berarti pembaharuan hukum dengan landasan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila yang merupakan bintang pemandu arah (berdasarkan pada paradigma Pancasila), yaitu: paradigma Ketuhanan (moral-religius), paradigma kemanusiaan (humanistik), paradigma kebangsaan (persatuan/nasionalistik), paradigma kerakyatan/demokrasi; paradigma keadilan sosial. Dengan demikian, sangat diperlukan adanya keseimbangan tiga nilai dasar, yaitu: Nilai Ketuhanan (moral-religius), Nilai Kemanusiaan (humanistik), Nilai Kemasyarakatan, yaitu : nasionalistik, demokratik dan keadilan sosial. Di samping prinsip keseimbangan ketiga nilai dasar tersebut, juga harus didasarkan pada ide keseimbangan yang meliputi: keseimbangan antara “kepentingan umum/masyarakat” dan “kepentingan individu”; keseimbangan antara perlindungan/kepentingan pelaku (ide individualisasi pidana) dan korban; keseimbangan antara faktor “objektif” (perbuatan/lahiriah) dan “subjektif” (orang/batiniah/sikap batin); → ide “*daad-dader strafrecht*”; dan keseimbangan antara kriteria “formal” dan “materiel”;
  - a. antara “kepastian hukum”, “kelenturan/ elastisitas/fleksibilitas”, dan “keadilan”;
  - b. antara nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global/internasional/universal;
3. Pembaharuan Hukum Nasional berpilar Pancasila berimplikasi pada peran hakim dalam penegakan hukum, antara lain adalah dalam melakukan penemuan hukum dan pembentukan hukum, sehingga dalam memberikan putusan akan mendasarkan diri pada nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, dan mengutamakan adanya ide-ide keseimbangan. Dalam penanganan kasus di pengadilan, dalam hal undang-undang tidak lengkap atau tidak jelas, terjadi kekosongan hukum dalam suatu perkara yang diajukan ke pengadilan menjadi tugas hakim, untuk menggali dan menemukan hukum yang dapat digunakan untuk menyelesaikan perkara yang dihadapinya, untuk dapat menyesuaikan dengan tuntutan perkembangan masyarakat. Dalam hal demikian maka Hakim harus melakukan penemuan hukum dari berbagai sumber penemuan hukum.

Penemuan hukum adalah konkretisasi, kristalisasi atau individualisasi peraturan hukum atau *das sollen*, yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret atau *das sein*. Pada masa reformasi dan transformasi seperti saat ini, diharapkan hukum tidak hanya menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat, tetapi lebih jauh lagi bagaimana hukum menjadi faktor penggerak ke arah perubahan masyarakat (*law as a tool of social engineering*). Hakim di samping dapat melakukan penemuan hukum, juga dimungkinkan membentuk hukum, kalau hasil penemuan hukumnya itu kemudian merupakan yurisprudensi tetap yang diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat, yaitu putusan yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkret, tetapi memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi satu putusan dapat sekaligus mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkret dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang. Dalam hal demikian Hakim telah melakukan penemuan hukum, dan sekaligus melakukan pembentukan hukum. Pada masa sekarang, hakim harus mempunyai kreativitas yang tinggi dan berpikir progresif, sehingga benar-benar menegakkan hukum sesuai dengan nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat. Hakim bukan lagi *les bouches, qui prononcent les paroles de la loi* (mulut yang mengucapkan kata-kata undang-undang), melainkan seorang *vigilante* atau *mujtahid* (orang yang berjihad), sehingga kekuatan hukum yang tersembunyi menjadi terungkap. Dengan demikian hukum menjadi tajam dan dapat menyelesaikan permasalahan di dalam masyarakat dalam upaya pencarian keadilan yang bukan sekedar keadilan formal tetapi juga keadilan substantif.

## DAFTAR PUSTAKA

### A. DAFTAR BUKU

- Abdullah, *Pertimbangan Hukum putusan Pengadilan*, Program Pascasarjana Universitas Sunan Giri, Sidoarjo, hal viii-xiv, 2008.
- Adhiwisastra, Yudha Bhakti-, *Penafsiran dan Kkonstruksi Hukum*, Alumni, Bandung, 2000.
- Ali, Achmad, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Toko Gunung Agung, Jakarta, 2002.
- Arief, Barda Nawawi, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.
- ....., *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan pidana penjara*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 1994, 1994.
- ....., *Kumpulan Hasil Seminar Hukum Nasional Ke I s/d VIII dan Konvensi Hukum Nasional 2008*, Pustaka Magister, Semarang 2008, *Kumpulan Hasil Seminar Hukum Nasional Ke I s/d VIII dan Konvensi Hukum Nasional 2008*, Pustaka Magister, Semarang, 2008.
- ....., *Kapita Selekta Hukum Pidana tentang Sistem Peradilan Pidana Terpadu (Integrated Criminal Justice System)*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 2007.
- Cotterrel, Roger, *Sociological Perspective on Law*, Dartmouth Publishing Company and Ashgate Publishing Company, England, 2001.
- Friedman, Lawrence M. *The Legal Sistem A social Perspective*, diterjemahkan oleh M. Khozim dengan judul *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, Nusa Media, Bandung, 2009.

- Fritjoff Capra, *The Turning Point*, Penerjemah M. Toyyibi, Cetakan ke-7, Jejak, Yogyakarta, 2007.
- Hadjon, Philipus M.-, Tatik Sri Djatmiati, “*Argumentasi Hukum*”, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2005.
- Himawan, Charles-, “*Hukum Sebagai Panglima*”, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2003.
- Mahfud MD, Moh.-, *Hukum dan Pilar-pilar Demokrasi*, Gama Media, Yogyakarta, 1999.
- ....., MD, *Perkembangan Politik Hukum, Studi tentang Pengaruh Konfigurasi Politik terhadap Karakter Produk Hukum, Disertasi Doktor di UGM, 1993* Pustaka LP3ES Indonesia, Jakarta, cet. II, 2001.
- ....., *Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional*, Makalah Seminar Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen, BPHN, Jakarta, 29-31 Mei 2006,
- ....., *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3ES, Jakarta, 2006.
- Mertokusumo, Sudikno-, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*”, Liberty, Yogyakarta, 1996a.
- ....., *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996b.
- Mertokusumo, Sudikno, Pitlo, A-, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bhakti, 1993.
- Nusantara, Abdul Hakim Garuda, -, *Politik Hukum di Indonesia, Politik Hukum Nasional*, Makalah pada Karya Latihan Bantuan Hukum yang diselenggarakan oleh Yayasan LBH Indonesia dan LBH Surabaya, September, 1985.
- Petrazycki, Leon, *Law and Morality*, Harvard University Press, Chambridge Massachussetts, 1955.
- Rahardjo, Satjipto-, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Alumni, Bandung, 1979.

- ....., *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2008, .
- ....., *Hukum dalam Jagad Ketertiban*, Cetakan I, UKI Press, Jakarta, 2006.
- ....., *Lapisan-lapisan dalam Studi Hukum*, Cetakan Pertama, Bayumedia Publishing, 2009.
- ....., 1991., *Ilmu Hukum*, Cet III, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991.,
- Radhie, Teuku Mohammad, “Pembaharuan dan Politik Hukum dalam Rangka Pembangunan Nasional”, dalam majalah *Prisma* No. 6 Tahun II Desember 1973.
- Setiardjo, Gunawan -, *Filsafat Pancasila Bagian I*, Cetakan X, 2004.
- Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986.
- ....., “Perkembangan Ilmu Hukum dan Politik Hukum”, dalam *Hukum dan Keadilan*, No. 5 Tahun ke VII, Januari-Pebruari 1979, hlm. 15-16. Juga dalam Soedarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Kajian terhadap Hukum Pidana, Sinar Baru, Bandung, 1983.
- Susanto, Anthon Freddy-, *Semiotika Hukum dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna*, PT Refika Aditama, Bandung, 2005.
- Suteki, *Rekonstruksi Politik Hukum Tentang Hak Menguasai Negara Atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai Keadilan Sosial (Studi Privatisasi Pengelolaan Sumber Daya Air)*, 2008.
- Sutiyoso, Bambang, *Metode Penemuan Hukum, Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, 2007.
- Tamanaha, Brian Z. , *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York, 2006
- Tanya, Bernard L, *Hukum, Politik, dan KKN*, Srikandi, Surabaya, 2006.
- Wahyono Padmo, *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*, cet. II, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986.

Wignjosuebrotto, Soetandyo-, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, ELSAM, Jakarta, 2002,.

---

[http/ catuy. Multiply com/](http://catuy.multiply.com/) *Enaknya Jadi Hakim di Indonesia*

Artidjo Alkostar, *Reformasi Sistem Peradilan Dalam Penegakan Hukum di Indonesia*, <http://www.legalitas.org/27> Juni 2007

## **B. DAFTAR PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN**

Undang-Undang Dasar 1945

Kitab Undang-undang Peradilan Umum

Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman

Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung

Undang-undang Nomor 5 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung



## DAFTAR ISI

### BAB I

<b>KEADILAN SEBAGAI DAMBAAN DAN LANDASANDALAM PENEGAKAN HUKUM DI PENGADILAN</b>	<b>1</b>
<b>A. Keadilan Suatu Dambaan dalam Penegakan Hukum</b>	<b>1</b>
<b>B. Penegakan Hukum Oleh Hakim Berpilar Pancasila Sebagai Dasar Negara dan Falsafah Bangsa</b>	<b>11</b>
<b>C. Hakim Memutus Perkara Berbasis Nilai Keadilan</b>	<b>17</b>

### BAB II

<b>PENEMUAN HUKUM (<i>RECHTSVINDING</i>) DAN PENCIPTAAN HUKUM (<i>RECHTSSCHEPPING</i>) OLEH HAKIM UNTUK MEWUJUDKAN KEADILAN PADA ERA TRANSISI DI INDONESIA</b>	<b>41</b>
<b>A. Penegakan Hukum di Dalam Masyarakat</b>	<b>41</b>
<b>B. Perkembangan Hukum dalam Dinamika Perubahan Masyarakat pada Era Transisi</b>	<b>48</b>
<b>C. Dampak Sociological <i>Jurisprudence</i> Terhadap Hakim Dalam memutus Perkara.</b>	<b>53</b>
<b>D. Penyelesaian Perkara oleh Hakim dalam Hal Tidak Ada / Tidak jelas Peraturan Hukumnya</b>	<b>58</b>
<b>E. Peran Hakim dalam Penemuan Hukum (<i>rechtsvinding</i>) dan Penciptaan Hukum (<i>rechtsscepping</i>) pada Era Transisi</b>	<b>65</b>

### **BAB III**

<b>IMPLIKASI PEMBAHARUAN HUKUM NASIONAL BERPILAR PANCASILA TERHADAP PERAN HAKIM DALAM PENEMUAN HUKUM (<i>RECHTSVINDING</i>)</b>	<b>78</b>
<b>A. Penegakan Hukum dan Pembaharuan Hukum Nasional</b>	<b>78</b>
<b>B. Pembaharuan Hukum Nasional Berpilar Pancasila</b>	<b>83</b>
1. Pembaharuan Hukum Nasional	83
2. <i>Grand Design</i> Sistem dan Politik Hukum Nasional	86
<b>C. Pembaharuan Hukum Nasional dan Peran Hakim dalam Penegakan Hukum</b>	<b>92</b>
<b>D. Penemuan Hukum (<i>rechtsvinding</i>) oleh Hakim dalam Peradilan</b>	<b>99</b>
<b>E. Simpulan</b>	<b>108</b>

## INDEX BUKU PENEMUAN HUKUM

### INDEX HAL

anomali  
Budaya Hukum  
*Behaviour*  
Bekerjanya Hukum  
*circumstance of justice*  
*compassion*  
*Conscience*  
*Conscience of the court*  
*Corpus Iuris Civilis*  
*Critical Legal Study*  
Culture  
Equity  
*equilibrium*  
Falsafah bangsa  
*Fairness*  
*Grand design*  
Grundnorm  
*Gerechtigkeit*  
Hakim  
Historisch bestimmt  
holistik  
*idee des Rechts*  
*integrasi*  
interaksionalis simbolik  
Jalan keadilan  
*Justiciabellen*  
*judicial dictatorship*  
Kebijaksanaan  
Keberanian  
Kekuasaan kehakiman  
Kesederhanaan  
Keadilan  
keadilan formal  
keadilan substansial  
Kepatutan  
Kepentingan manusia  
kompleksitas  
kontrak sosial  
*La bouche de la loi*  
*Law in the making*  
*Legal justice*  
*Legal pluralism*  
*leitztern*  
*Living law*

Masyarakat prismatic  
*Maximum minimorum*  
*Mirror Theory*  
Meta juristic  
*Moral justice*  
*Mujtahid*  
Norma  
Natural law  
Pancasila  
Politik Hukum  
*plural societies*  
*personal forces*  
Positive law  
progresif  
Rechtstaat  
*Rechtssicherheit*  
*Rechtsvinding*  
*Resultante*  
Responsif  
*Restitutio in integrum*  
*Rule Breaking*  
Rule of law  
Seimbang  
Source of the source  
*social justice*  
*social engineering*  
*societal forces*  
Spannungsverhältnis  
*staatsfundamentalnorm*  
*Stufenbautheorie*  
*sui generis*  
Tetrahedron  
*vigilantes*  
*zweckmassigkeit*

## INDEX NAMA

Abu Hamid Al-Ghazali  
Al-Ghazali  
Aristoteles  
Ahmad Ali  
Barda Nawawi Arif  
Blumer  
Brian Z. Tamanaha  
Brian Barry  
Boatright  
Cicero  
David Hume  
Derrida  
Donald Black  
Esmi Warassih  
Fritjoff Capra  
Gustav Radbruch  
Hamid S. Attamimi  
Hans Kelsen  
H.L.A. Hart  
Harry C. Bredemeier  
Immanuel Kant  
John Rawls  
John Locke  
Justinianus  
Lawrence M. Friedman  
Leon Petrazycki  
Manuel Velazquez  
Notonagoro  
Oliver Wendell Holmes  
Paul Tillic  
Philip Nonet  
Philip Selznick  
Plato  
Roberto M. Unger  
Robert B. Seidman  
Rousseau  
Satjipto Rahardjo  
Sudikno Mertokusumo  
Thomas Aquinas  
Ulpianus  
Werner Menski  
William J. Chambliss

Sudah saatnya penegak hukum termasuk hakim sebagai inti penegakan hukum di pengadilan tidak lagi hanya sebagai corong undang-undang (*la bouche de la loi*) tetapi lebih menitik sampai kedalaman makna, menjadi seorang *vigilantes* /mujtahid. Dalam hal demikian maka dibutuhkan suatu pemahaman holistik dengan metode pendekatan *legal pluralism*, sehingga dalam menangani perkara hakim dapat memadukan dengan baik antara hukum Negara (*state law*) , *natural law* (*religion, ethics, moral*), hukum yang hidup di dalam masyarakat ( *the living law*). Dengan pendekatan *legal pluralism* demikian diharapkan hakim dapat memberikan putusan yang sesuai dengan nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat, sehingga benar-benar mewujudkan keadilan yang didambakan masyarakat. Pencari keadilan (*justiciabellen*) tentu mendambakan Hakim berhati nurani sehingga dapat terwujud pengadilan berhati nurani (*conscience of the court*). Dalam setiap perkara di pengadilan dibutuhkan kreativitas hakim dalam menggali dan menemukan hukum, dengan jalan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Dengan demikian seharusnya hakim mampu mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hakim dituntut mempunyai keberanian untuk melakukan lompatan di bidang hukum yang kini disebut *rule breaking*.

Buku ini mencoba menguraikan betapa pentingnya penemuan hukum (*rechtsvinding*) dalam upaya mewujudnya keadilan yang didambakan masyarakat. Semoga buku ini bermanfaat dan dapat menumbuhkan semangat untuk melakukan *rule breaking*.