

BAB V

TAHAP-TAHAP PENEMUAN HUKUM DALAM PENYELESAIAN PERKARA PERDATA

A. Yurisprudensi Sebagai Bagian Penemuan Hukum

Dalam kodifikasi hukum Islam atau proses yurisprudensi Islam digunakan sumber rujukan secara hierarkhi mulai dari Al Qur'an yang menjadi sumber primer selanjutnya Al Hadis sebagai sumber kedua, namun tidak semua persoalan yang muncul ditemukan ketentuan hukumnya di dalam Al Qur'an maupun Al Hadist sehingga diperlukan rujukan berikutnya yang dikenal dengan sebutan Al Ra'yu atau penalaran. Inilah yang dalam istilah yurisprudensi hukum Islam disebut dengan ijtihad. Dalil yang digunakan tentang keabsahan menggunakan al-Ra'yu atau penalaran tersebut berasal dari hadis nabi yang diriwayatkan oleh Abu Dawud dalam Kitab Sunan Abu Dawud sebagai berikut :

قال الـيمن إلى معاذ يا بعث أن أراد لما وسلم عليه الله صلى الله رسول أن
تجد لم فإن قال الله بـك تاب أقضي قال قضاء لك عرض إذا تـقضي كـيف
لم فإن قال وسلم عليه الله صلى الله رسول فـ بسنة قال الله كـتاب في
هأجت قال الله كـتاب في ولا وسلم عليه الله صلى الله رسول سنة في تـجد
رأيي

Artinya :

Bahwa Rasulullah Shallallaahu 'Alaihi Wasalam ketika mengutus Mu'adz ke Yaman bersabda "Bagaimana engkau akan menghukum apabila datang kepadamu satu perkara ?". Ia (Mu'adz) menjawab "Saya akan menghukum dengan Kitabullah". Sabda beliau "Bagaimana bila tidak ada di Kitabullah ?". Ia menjawab "Saya akan menghukum dengan Sunnah Rasulullah". Beliau bersabda "Bagaimana jika tidak terdapat dalam Sunnah Rasulullah ?". Ia menjawab "Saya berijtihad dengan pikiran saya".

Adapun pengertian *ijtihad* secara bahasa berarti mengerahkan kesungguhan untuk memecahkan sesuatu perkara. Secara istilah artinya mengerahkan kesungguhan untuk menemukan hukum syar'i atau sebuah usaha sungguh-sungguh yang sebenarnya dapat dilaksanakan oleh siapa saja yang sudah berusaha mencari ilmu untuk memutuskan suatu perkara yang tidak dibahas dalam

Al-Qur'an maupun hadis dengan syarat menggunakan akal sehat dan pertimbangan matang. Untuk melakukan *ijtihad* tidak bisa sembarangan karena menyangkut ketentuan hukum yang akan digunakan oleh banyak orang dan menyangkut ketentuan agama. Oleh karena itu diperlukan persyaratan yang ketat menyangkut khususnya dalam hal pengetahuan mengenai hukum agama dan kaidah-kaidah kebahasaan, di antaranya :

- a. Mengetahui dalil-dalil syar'i yang dibutuhkan dalam berijtihad seperti ayat-ayat hukum dan hadits-haditsnya ;
- b. Mengetahui hal-hal yang berkaitan dengan keshahihan hadits dan kedhaifannya, seperti mengetahui sanad dan para periwayat hadits ;
- c. Mengetahui *nasikh-mansukh* dan perkara-perkara yang telah menjadi *ijma'* (kesepakatan ulama), sehingga dia tidak berhukum dengan apa yang telah mansukh (dihapusnya) atau menyelisih *ijma'* ;
- d. Mengetahui dalil-dalil yang sifatnya *takhsis*, *taqyid* atau semacamnya, lalu dapat menyelaraskan dengan ketentuan asal yang menjadi pokok permasalahan ;
- e. Mengetahui ilmu bahasa, ushul fikih, dalil-dalil yang memiliki hubungan umum-khusus, *mutlak-muqayyad*, *mujmal-mubayyan*, dan yang semisalnya sehingga akurat dalam menetapkan hukum ;
- f. Memiliki kemampuan beristinbat (mengambil kesimpulan) hukum-hukum dari dalil-dalilnya ; (dikutip dari Syaikh Muhammad bin Shalih Al-Utsaimin, *Syarh Ushul Sittah*).

Seorang mujtahid harus berusaha mengerahkan kesungguhannya dalam mencari kebenaran. Seseorang yang berijtihad kalau benar mendapatkan dua pahala, yaitu pahala karena dia telah berijtihad dan pahala atas kebenaran ijtihadnya, karena ketika dia benar ijtihadnya berarti telah memperlihatkan kebenaran dan memungkinkan orang mengamalkannya, apabila dia salah, maka dia mendapat satu pahala dan kesalahan ijtihadnya itu diampuni, karena sesuai sabda Nabi yang diriwayatkan oleh Bukhari Muslim menyatakan “*Apabila seorang hakim menetapkan hukum dengan cara berijtihad dan ternyata benar,*

maka dia mendapat dua pahala dan apabila ternyata salah, maka dia mendapat satu pahala” (HR. Bukhari dan Muslim).

Sedemikian pentingnya ijtihad ini sebagai jalan keluar untuk mendapatkan kepastian hukum yang tidak ditemukan dalam Al-Qur'an dan Al-Hadits maka pendapat ulama terbagi dua pertama, menyatakan bahwa ijtihad sudah berhenti setelah dilakukan oleh imam empat mazhab yakni Syafi'i, Imam Hanafi, Ahmad bin Hambali dan Imam Malik. Pendapat lain menyatakan bahwa sepanjang masa dibolehkan adanya ijtihad atas dasar dalil hadis nabi yang diriwayatkan oleh Hakim *“Terus menerus akan ada golongan dari umatku yang menegakkan kebenaran hingga kiamat nanti”*. Orang yang melakukan kegiatan ijtihad disebut Mujtahid yang macamnya ada 3 (tiga) sesuai dengan kapasitas intelektualnya.

- a. Mujtahid *mutlak* yaitu mereka yang memenuhi persyaratan sebagaimana disebutkan di atas sehingga dapat melakukan ijtihad dan memberikan fatwa mengenai berbagai masalah ;
- b. Mujtahid *muntasib* yaitu mereka yang dalam proses ijtihadnya mengikatkan diri kepada imam mazhab yang telah ada khususnya dalam mengikuti cara yang ditempuh oleh imam mazhab tersebut ;
- c. Mujtahid *muqayyad* yaitu mereka yang faham mengenai hukum-hukum namun tidak mau keluar dari dalil yang dikemukakan oleh seorang imam mazhab ;

Untuk memberikan gambaran tentang yurisprudensi dalam perkembangan hukum di Indonesia, maka terlebih dahulu dijelaskan mengenai pengertian yurisprudensi sebagaimana dikemukakan N.E. Algra dan H.R.W. Gokkel⁴⁷⁹ bahwa yurisprudensi merupakan pengumpulan yang sistematis dari putusan Mahkamah Agung dan putusan Pengadilan Tinggi yang diikuti oleh hakim-hakim di bawah dalam memberikan putusan mengenai persoalan yang sama. Menurut H.P. Panggabean,⁴⁸⁰ yurisprudensi merupakan sumber hukum formal yang dapat

⁴⁷⁹ N.E. Algra, HRW. Gokkel, Saleh Adiwinata, A. Telaohi, H. Boerhanoeddin St. Batoeach, *Kamus Istilah Hukum Foekema Andreae Belanda - Indonesia*, Binacipta, 1977, hlm. 228.

⁴⁸⁰ HP Panggabean, *Peran Mahkamah Agung Melalui Putusan-Putusan Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, 2008, hlm. 198.

dijadikan sebagai pedoman dalam penanganan sengketa sejenis. Dalam praktik peradilan, yurisprudensi belum sepenuhnya dipedomani para hakim, termasuk para hakim agung. Sering terjadi putusan Mahkamah Agung tidak mengandung rumusan kaidah hukum yang bersifat konstitutif, konstruktif maupun sosiatif.

Yurisprudensi merupakan alat pembangunan hukum nasional yang menurut R. Setiawan menekankan peranan putusan hakim hendaknya diletakkan pada unsur kepastian hukum tanpa mengabaikan segi-segi keadilan berfungsi ke arah pemberian normering yang bersifat abstrak dan umum.⁴⁸¹ Yurisprudensi sebagai alat pembangunan hukum nasional bertujuan pada 2 (dua) sasaran :

1. Menafsirkan dan menerapkan peraturan-peraturan yang berasal dari jaman Hindia Belanda, termasuk *Burgerlijk Wetboek* ;
2. Menyatukan putusan-putusan yang belum ada peraturan hukumnya ;

Yurisprudensi secara signifikan lebih berfokus pada menemukan elemen yang sama dalam putusan terdahulu untuk memudahkan hakim saat ini dalam memutuskan suatu perkara. Putusan penting (*Landmark Decision*) berfokus untuk memberikan jawaban terhadap permasalahan hukum baru yang belum memiliki sumber hukum dalam pertimbangan putusannya.

Penemuan hukum oleh seorang hakim adalah suatu proses pembentukan hukum sesuai peranan untuk menerapkan peraturan hukum umum dalam menangani suatu sengketa. Hasil temuan tersebut dapat dikatakan sebagai putusan hakim yang telah memiliki kekuatan hukum terhadap pihak-pihak yang berperkara. Adapun prinsip-prinsip hukum yang ditemukan oleh hakim menurut Sudikno Mertokusumo terdapat 3 (tiga) ketentuan yaitu :⁴⁸²

1. Prinsip kepastian hukum yang bersifat heteronom dan lebih mengutamakan undang-undang daripada memberi kreasi bagi hakim ;
2. Prinsip penemuan hukum heteronom yang mengarahkan para hakim menerapkan pola pikir deduktif dengan prinsip kebebasan bagi hakim untuk tidak terikat pada putusan hakim lain ;

⁴⁸¹ R. Setiawan, dalam HP Panggabean, *Ibid*.

⁴⁸² Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Edisi ke 2, Liberty, Yogyakarta, 2000, hlm. 41-45.

3. Prinsip *problem oriented*, yaitu berakhirnya pola pikir *system oriented* ke arah pola pikir *problem oriented* yang berorientasi keadilan .

Sudikno Mertokusumo, menyatakan bahwa akhir-akhir ini para hakim Indonesia telah mengarah pada pola pikir *the persuasive force of precedent*, yaitu sikap menerima putusan terdahulu yang didasari keyakinan bahwa nilai-nilai kaidah hukum itu telah sesuai dengan aspek keadilan. Sesuai sistem hukum yang menganut asas legalitas maka hakim Indonesia lebih cenderung mengikuti prinsip kepastian hukum, namun dengan adanya pilihan atas ketiga prinsip tersebut diharapkan para hakim akan lebih mampu mengembangkan kemampuan profesi melakukan penemuan hukum.⁴⁸³

Secara khas dikemukakan bahwa penemuan hukum dapat diartikan sebagai upaya hakim menemukan hukum dengan cara menjelaskan, menafsirkan dan melengkapi peraturan perundang-undangan yang dalam pemeriksaan perkara ternyata peraturan perundang-undangan itu tidak jelas dan atau tidak lengkap melalui 5 (lima) aliran penemuan hukum, yaitu :⁴⁸⁴

- a. Aliran *legisme*, dengan prinsip hanya undang-undang sebagai sumber hukum satu-satunya ;
- b. Aliran *historis*, dengan prinsip bahwa hukum itu ditentukan secara historis ;
- c. Aliran *begriffsjurisprudenz*, dengan prinsip bahwa hukum adalah sistem tertutup namun para hakim diberi kebebasan untuk menciptakan pengertian baru (*begriff*) ;
- d. Aliran *interessenjurisprudenz*, dengan prinsip bahwa hukum dititikberatkan pada kepentingan-kepentingan (*interessen*) yang difiksikan ;
- e. Aliran *freirechtbewegung*, dengan prinsip penemuan hukum bebas ;

Mengacu pada pemikiran aliran ke- 5 (lima) yaitu penemuan hukum bebas, Sudikno Mertokusumo berpendapat bahwa penemuan hukum oleh hakim akan memecahkan masalah hukum dengan pola pikir *problem oriented*.⁴⁸⁵

⁴⁸³ *Ibid.*, hlm. 45.

⁴⁸⁴ HP. Panggabean, *Op.Cit.*, hlm. 209.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, hlm. 82, lihat juga Yudha Bhakti, *Penafsiran Hukum*, Alumni, Bandung, 2002, hlm. 103-107.

Memerhatikan kelima aliran penemuan hukum tersebut, Sudikno Mertokusumo memaparkan 4 model penafsiran, dengan rincian sebagai berikut :

- a. Metode penafsiran yang terdiri dari :
 1. Interpretasi gramatikal ;
 2. Interpretasi sistematis ;
 3. Interpretasi historis ;
 4. interpretasi teologis ;
- b. Metode komparatif ;
- c. Metode antisipatif (futuristis) ;
- d. Metode per analogium (analogi) ;

Keempat model penafsiran memberikan kebebasan para hakim memilih penafsiran yang sesuai pendiriannya. Tersedianya 5 (lima) aliran penemuan hukum dan 4 (empat) model penafsiran akan membantu para hakim untuk mengembangkan kualitas profesi dalam membangun model penemuan hukum terhadap sengketa yang timbul sesuai perkembangan masyarakatnya. Sudikno Mertokusumo telah merinci 3 (tiga) prinsip penemuan hukum sebagai berikut :

1. Prinsip utama dalam penemuan hukum adalah masalah kemasyarakatan konkret yang harus dipecahkan dan bahwa undang-undang bukanlah satu-satunya sumber hukum ;
2. Prinsip penemuan hukum lebih condong menerapkan penafsiran undang-undang bersifat teleologis ;
3. Prinsip utama dalam penemuan hukum adalah memberikan perlindungan bagi kepentingan pencari keadilan, sehingga hakim diharapkan menerapkan sikap arif, kreatif dan inovatif untuk memerhatikan perkembangan masyarakat dan teknologi ;

B. Eksaminasi Publik Sebagai Bagian Penemuan Hukum

Sebagai suatu negara hukum, Indonesia melandaskan segala aspek kehidupan berbangsa dan bernegara pada prinsip-prinsip hukum (*rule of law*). Hukum dalam konteks ini dipahami sebagai sistem yang mengatur keseimbangan tatanan masyarakat apabila terganggu dan harus dipulihkan kembali kepada keadaan

semula (*restitutio in integrum*). Untuk menyelesaikan persoalan yang timbul sebagai akibat adanya konflik kepentingan antar manusia biasanya dicari penyelesaian hukum yang sesuai dengan jenis perkara, berdasarkan hukum yang berlaku. Dengan demikian *raison d'etre*-nya hukum adalah adanya konflik kepentingan manusia (*conflict of interest*).

Mekanisme penyelesaian konflik, di antaranya diselenggarakan melalui peradilan. Peradilan disediakan sebagai satu upaya mencari keadilan bagi para pihak yang ingin menentukan persengketaannya melalui jalur hukum.

Salah satu piranti penting dalam peradilan adalah lembaga pengadilan, sebagai institusi yang sangat vital keberadaannya dalam seluruh rangkaian peradilan. Lembaga ini secara *das sollen* diasumsikan sebagai institusi garda utama penjamin ditegakannya rasa keadilan bagi pihak-pihak pencari keadilan, namun pada tataran *das sein* pengadilan telah disalahgunakan untuk pencarian keuntungan aparat penegak hukum semata. Pengadilan telah bermetamorfosis menjadi sub sistem korup dari seluruh rangkaian peradilan yang memang sudah sarat dengan praktik KKN yang belakangan ramai dikenal dengan sebutan *judicial corruption*.⁴⁸⁶

Akibat praktik tersebut (KKN) produk putusan pengadilan tidak dapat begitu saja diyakini sebagai sebuah putusan adil, karena disinyalir sering terjadi "main mata" di antara aparat penegak hukum. Tidak hanya putusannya, pertimbangannya pun hakim dalam memutus perkara kadang terlihat paradoks dan *absurd* sehingga menimbulkan keraguan bagi masyarakat, dan berlanjut pada sikap hilangnya kepercayaan masyarakat terhadap putusan-putusan pengadilan.⁴⁸⁷

Sistem pengawasan berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1967 perihal eksaminasi, laporan bulanan dan daftar banding, bertujuan untuk memberikan pengawasan internal terhadap hakim yang kedudukannya lebih rendah serta sebagai lembaga uji terhadap hakim yang akan naik golongan atau promosi. Dengan demikian secara internal, di pengadilan sebenarnya telah disediakan sebuah mekanisme kontrol untuk mengkaji putusan yang telah dijatuhkan hakim, namun

⁴⁸⁶ Kwik Kian Gie, *Pemberantasan Korupsi untuk Meraih Kemandirian, Kemakmuran, Kesejahteraan dan Keadilan*, Edisi II, telah direvisi, Ghalia Indonesia, Bogor, 2003, hlm. 15.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

selama ini fungsi *internal control* yang ada belum cukup memberikan jaminan perbaikan karena mengalami disfungsi, bahkan kemandekan total.

Sistem kontrol yang dimaksud dalam Surat Edaran Mahkamah Agung tersebut dikenal dengan istilah eksaminasi. Eksaminasi internal menjadi tugas dan tanggung jawab dari lembaga peradilan terutama Mahkamah Agung (*rechtspraak*) sebagai bentuk pengawasan (*roezende*) terhadap putusan hakim di semua lingkungan peradilan (*rechtspraak*). Eksaminasi internal dari Mahkamah Agung ini tidak berjalan dengan baik karena disinyalir lembaga ini juga tidak terlepas dari praktik *judicial corruption*.

Atas dasar inilah diadakan upaya inisiatif melakukan upaya kontrol yang melibatkan masyarakat dalam bentuk kegiatan eksaminasi publik, sebagai bentuk pengawasan langsung dari masyarakat terhadap putusan-putusan peradilan.

Sebagai lembaga yang concern terhadap persoalan korupsi, terutama korupsi di peradilan, *Indonesian Corruption Watch* (ICW) melakukan kerjasama dengan *Indonesian Court Monitoring* (ICM) untuk mengadakan kegiatan eksaminasi masyarakat. Kegiatan ini sebagai bentuk ekspresi dari upaya kontrol terhadap berbagai putusan peradilan yang dinilai kontroversial terutama menyangkut perkara yang melibatkan masyarakat luas.

Kegiatan ini diselenggarakan secara bertahap, mulai dari pembentukan tim panel untuk memilih kasus yang layak eksaminasi, fasilitasi sidang majelis eksaminasi, diskusi publik, hingga langkah advokasi hasil sidang eksaminasi yang diserahkan pada instansi yang bersangkutan, dalam hal ini khususnya Mahkamah Agung.

Adapun tujuan eksaminasi, di antaranya sebagai berikut:⁴⁸⁸

- a. Menguji apakah putusan pengadilan sudah sesuai dengan kaidah hukum substantif dan kaedah hukum *ajektif* serta didasarkan kepada ilmu pengetahuan hukum dan hukum acara perdata ;
- b. Melakukan analisis terhadap pertimbangan hukum atas putusan dalam kasus yang menarik perhatian masyarakat untuk mengetahui pertimbangannya

⁴⁸⁸ Teten Masduki, *Op.cit*, hlm. 12.

- sesuai atau tidak dengan kaidah hukum substantif dan ajektif serta prinsip-prinsip legal, moral, dan *social justice* ;
- c. Mendorong dan memberdayakan partisipasi publik untuk terlibat lebih jauh dalam menguji proses penyelesaian suatu perkara dan putusan atas perkara yang dinilai kontroversial putusannya dan melukai rasa keadilan rakyat ;
 - d. Mensosialisasikan dan mendorong lembaga eksaminasi dengan membiasakan publik melakukan penilaian dan pengujian terhadap suatu proses peradilan, putusan lembaga pengadilan serta keputusan lembaga penegak hukum lainnya yang dirasakan dan dinilai bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum dan rasa keadilan masyarakat ;
 - e. Mendorong terciptanya independensi lembaga penegakan hukum, termasuk Mahkamah Agung agar memiliki akuntabilitas dan transparansi kepada publik
 - f. Mendorong para hakim untuk meningkatkan integritas moral, kredibilitas, intelektualitas dan profesionalitasnya di dalam memeriksa dan memutus suatu perkara agar tidak melahirkan putusan kontroversial yang tidak berpihak kepada rasa keadilan masyarakat ;

Kegiatan eksaminasi secara umum dimaksudkan untuk menilai kualitas pertimbangan hukum dari hakim yang memutus perkara. Apakah telah sesuai dengan prinsip-prinsip hukum, apakah prosedur hukum acaranya telah diterapkan dengan benar, serta apakah putusan tersebut telah menyentuh rasa keadilan masyarakat ? Berdasarkan pertimbangan ini maka untuk menjadi anggota eksaminasi diperlukan keahlian khusus. Spesifikasi dibutuhkan untuk memperdalam kajian terhadap putusan yang akan dieksaminasi. Untuk itu terlebih dahulu harus dilihat jenis putusan yang akan dieksaminasi, apakah putusan dalam perkara perdata, pidana, niaga, agama atau lainnya ? Pertimbangan keahlian sangat diperlukan mengingat adanya prinsip-prinsip hukum yang berbeda pada masing-masing jenis perkara.

Pembentukan majelis eksaminasi dapat juga ditempuh melalui diskusi tim panel maupun pemilihan secara langsung oleh lembaga yang bersangkutan dengan menafsirkan pada kemampuan pakar yang akan menjadi anggota eksaminasi. Dalam diskusi tim panel nama-nama yang diajukan hanyalah bersifat rekomendasi sesuai

dengan keahlian yang dimiliki berdasarkan kualifikasi kasusnya. Setelah itu lembaga pelaksana yang akan menghubungi nama-nama yang telah direkomendasikan melalui diskusi tim panel. Selanjutnya lembaga tersebut juga harus mampu mencari ahli hukum alternatif seandainya nama-nama hasil rekomendasi tersebut tidak dapat dihubungi.

Sesuai dengan prinsip bahwa hakim harus ganjil karena dimungkinkan adanya dua jenis pertimbangan yang berlawanan sehingga menimbulkan kesulitan apabila diputus dengan hakim genap, terutama apabila setelah diambil secara voting ternyata memiliki selisih jumlah suara sama, maka untuk mengantisipasi hal tersebut, majelis eksaminasi yang terbentuk idealnya ganjil dengan jumlah ideal antara 7 sampai 11 orang. Cara ini tetap tidak menjadi jaminan akan mulus dalam pelaksanaannya, sebab apabila mengalami kesulitan mengumpulkan anggota dalam jumlah yang ganjil maka tetap dimungkinkan pelaksanaan sidang dilaksanakan dengan jumlah anggota yang genap.

Selain merekomendasikan majelis eksaminasi tim panel mempunyai fungsi yang lebih strategis yaitu melakukan pemilihan perkara yang akan dieksaminasi berdasarkan kriteria-kriteria tertentu.

Pentingnya dilakukan eksaminasi adalah sebagai upaya untuk dapat memberikan kepastian hukum dalam suatu kasus. Putusan yang diharapkan oleh publik adalah putusan pengadilan yuridis formil dapat memberikan rasa keadilan bagi masyarakat.

Apabila masyarakat merasa tidak puas, maka berdampak pada kasus pengadilan rakyat ala masyarakat "*Keboromo*" yaitu salah satu desa di wilayah Tayu, Kabupaten Pati Jawa Tengah pada tahun 2003.

Fenomena pengadilan rakyat "*Keboromo*" menarik untuk dicermati untuk beberapa alasan :

Pertama, pada saat perangkat hukum yang ada tidak bekerja dengan baik untuk menyelesaikan persoalan korupsi (terutama korupsi besar yang dilakukan oleh pejabat negara), masyarakat tidak sabar menunggu dan akhirnya berusaha untuk menyelesaikan persoalan dengan mekanisme internal (masyarakat) yang dibuat. Selama ini masyarakat hanya diperlihatkan sandiwara legal formal di pengadilan

dalam penyelesaian kasus-kasus korupsi. Bahkan penyelesaiannya pun memakan waktu yang panjang dan melelahkan. Pada titik itulah masyarakat mulai frustrasi dan mencoba menggelar pengadilan rakyat untuk menunjukkan bahwa masyarakat mampu menyelesaikan persoalannya sendiri ;

Kedua, forum pengadilan rakyat yang tidak *chaos* dan membawa hasil merupakan pengawasan rakyat secara langsung atas bekerjanya sistem birokrasi yang korup. Pengawasan ini terwujud dari proses klarifikasi sampai dengan pengadilan yang digelar dan pengembalian uang secara nyata. Proses penghukuman dari masyarakat hanya berhenti pada titik itu (pengakuan dan pengembalian uang) karena pranata dan sarana prasarana yang tidak mendukung untuk melakukan penghukuman terhadap pelaku. Pada akhirnya perangkat peradilan sebagai perangkat negara yang sebelumnya tidak pernah dipikirkan untuk dilibatkan dalam persoalan masyarakat kembali diminta oleh masyarakat. Bagaimana pun juga perangkat negara itulah yang memiliki sarana untuk menghukum. Proses pengawasan akan terus dilakukan oleh masyarakat. Pengawasan proses peradilan itu menjadi titik yang sangat penting dalam pengawasan sebuah perkara. Aparat hukum tidak akan berani "bermain-main" ketika kasus yang ditangani mendapatkan pengawalan yang ketat dari masyarakat.

Ketiga, pengadilan rakyat bisa dijadikan pelajaran bagi masyarakat lain, terutama aparat penegak hukum. Atas dasar fakta dan data dari warga Keboromo serta saksi yang cukup menguatkan, masyarakat melalui pengadilan yang digelarnya, berani memberikan vonis kepada pelaku. Sangat efektif, efisien, tidak bertele-tele dan pada proses pengadilan yang digelar cukup memenuhi rasa keadilan masyarakat. Yang patut dicatat di sini adalah proses yang dilakukan tidak menimbulkan *chaos*.⁴⁸⁹

Negara, dalam hal ini aparat hukum patut menghargai langkah yang dilakukan oleh kekuatan otonom dalam masyarakat. Berangkat dari kasus Keboromo yang mencoba memahami dan menghadirkan hukum dalam ruh masyarakat dengan caranya sendiri, patut mendapat apresiasi. Bekerjanya hukum di luar formalitas dan kebiasaan-kebiasaan yang ada menjadi menarik saat mampu memberikan pengaruh

⁴⁸⁹ Stigma bahwa pengadilan rakyat dapat menimbulkan *chaos* dapat ditepis dalam kasus di Keboromo ini.

atau dampak pada bekerjanya hukum dalam wilayah yang ada (formal).⁴⁹⁰ Inilah rancangan awal yang semula dipikirkan oleh penggagas eksaminasi publik.⁴⁹¹ Setidaknya eksaminasi tidak hanya bekerja pada ruang lingkup peradilan, tetapi publik juga mampu melakukannya. Ruang publik yang mencoba dimasuki oleh eksaminasi yang pada titik tertentu dianggap menabrak kebiasaan dan di luar formalitas.⁴⁹²

Terobosan hukum dengan melakukan pengadilan rakyat di Keboromo menjadi salah satu bukti bahwa masyarakat juga melaksanakan hukum sesuai dengan konsepnya. Terlepas pro-kontra tentang efektivitas pengadilan rakyat terbuka bahwa di luar formalitas yang ada hukum mampu bekerja dan memenuhi keadilan masyarakat. Sebagai salah satu contoh bekerjanya kekuatan otonom yang ada dalam masyarakat, kasus pengadilan rakyat Keboromo dapat dijadikan model.

Terkait dengan inisiasi adanya eksaminasi publik, kisah masyarakat Keboromo bukanlah kasus yang mengilhami lahirnya eksaminasi publik. Kisah ini setidaknya bisa dijadikan refleksi bahwa masyarakat dapat melakukan sesuatu dalam wilayah hukum. Implikasi tindakan masyarakat agar aparat hukum menindaklanjuti pengadilan rakyat juga jelas. Aparat hukum yang menangani kasus ini juga tidak dapat lari dari pengawasan masyarakat. Suatu implikasi positif karena dapat meminimalisasi praktik korupsi dalam penyelesaian perkara di peradilan.

William Chambliss menyebut kerangka kerja korupsi ini berada dalam *cobal* atau jaringan korupsi. Sebuah jaringan yang sempurna menurutnya adalah melibatkan elit di pusat kekuasaan yaitu pucuk pimpinan eksekutif, elit partai politik, petinggi lembaga peradilan dan kalangan bisnis. Bukan pekerjaan mudah untuk

⁴⁹⁰ Satjipto Rahardjo "Eksaminasi Publik Sebagai manifestasi Kekuatan Otonomi Masyarakat dalam Penyelenggaraan Hukum, dalam Eksaminasi Publik, ICW, 2003, hlm. 37-58. Dalam pandangan beliau mengenai penegakan hukum progresif banyak mendorong gagasan bahwa menjalankan hukum bukan sekedar menurut kata-kata hitam putih dari peraturan (*according to the letter*), melainkan menurut semangat dan makna yang lebih dalam (*to the very meaning*) dari undang-undang atau hukum. Hal inilah yang disebut sebagai penegakan hukum tidak hanya dengan kecerdasan intelektual, melainkan dengan kecerdasan spiritual.

⁴⁹¹ Gagasan awal eksaminasi publik muncul dari beberapa pengacara *Indonesia Corporation Watch (ICW)* yang beberapa kali dilakukan diskusi pada akhir tahun 2002. Dari diskusi dan kegeraman atas sandiwara peradilan dalam kasus *Bulog-Goro* yang melibatkan Tommy Soeharto yang akhirnya keluar ide pentingnya melakukan pengujian atau eksaminasi atas kasus tersebut.

⁴⁹² Selama ini eksaminasi dilakukan di lingkungan pengadilan dan kejaksaan. Bekerjanya eksaminasi di lingkungan peradilan tersebut untuk menjalankan fungsi pengawasan internal.

memberantas korupsi, karena aparat penegak hukum sering berada pada situasi yang dilematis. Korupsi bukanlah kejahatan di luar sistem, namun korupsi bekerja dalam sistem itu sendiri. Menurut Chambliss hukum harus ditegakkan dengan baik, sudah menjadi tugas penegak hukum untuk menegakkan hukum dengan hati-hati dan memertimbangkan dengan baik apakah perbuatan yang dimaksud benar-benar melanggar hukum atau tidak.⁴⁹³

Untuk itulah penyelesaian persoalan peradilan perlu melihat prioritas dari kompleksnya persoalan yang ada. Yang harus menjadi prioritas saat ini adalah bagaimana membasmi korupsi. Untuk itu perlu "predator" dari luar. Bukan menyelesaikan persoalan internal dengan meminimalisasi tumpukan perkara misalnya. Sebab tumpukan perkara terkait dengan banyak aspek, terutama adanya ketidakpercayaan masyarakat terhadap putusan pengadilan, sehingga ada upaya untuk membawa perkara ke pengadilan yang tingkatnya lebih tinggi. Tidak ada pembatasan kasus yang boleh dikasasi ke Mahkamah Agung dan tidak berkembangnya sistem penyelesaian di luar sengketa seperti mediasi dan arbitrase.⁴⁹⁴ Sebagai kejahatan luar biasa (*extra ordinary crime*), korupsi tidak dapat diselesaikan dengan cara-cara biasa. Terobosan hukum, yang terkadang menabrak kebiasaan hukum yang berkembang perlu dilakukan. Salah satunya adalah dengan melakukan eksaminasi atas putusan peradilan.

Eksaminasi dalam beberapa kamus sering diartikan dengan pengujian. Dalam konteks hukum, eksaminasi lazim dilakukan di dalam badan hukum yang ada (internal). Misalnya di lembaga pengadilan (Mahkamah Agung, Pengadilan Tinggi hingga Pengadilan Negeri) serta di lingkungan Kejaksaan. Tujuannya lebih pada perbaikan kualitas putusan (di pengadilan) maupun surat dakwaan (di kejaksaan) yang dibuat oleh aparat hukum. Apabila ada sebuah penilaian dari atasan, hal tersebut hanya sebatas formalitas menjalankan tugas. Metode pengawasan melalui eksaminasi intern badan peradilan seperti makna Surat Edaran Mahkamah Agung

⁴⁹³ William J. Chambliss, *Vice, Corruption, Bureaucracy and Power in Chambliss (ed), Sociological Reading in the Conflict*, hlm. 358-359 atau dalam Wasingatu Zakiyah, dkk. *Menyingkap Tabir Mafia Peradilan*. Jakarta: ICW, 2002.

⁴⁹⁴ Teten Masduki, *Mengontrol Mafia Peradilan. Pengantar Buku Eksaminasi Publik*. (Jakarta: ICW, 2003), hlm. ix.

Nomor 1 Tahun 1967 sesuai dengan penjelasan Ketua Mahkamah Agung akan diintensifkan kembali setiap 6 (enam) bulan sekali.

Eksaminasi di lingkungan peradilan dilakukan untuk tujuan penilaian administrasi, kinerja, teknis yuridis hakim atau jaksa dalam memberi putusan atau dakwaan. Berbeda dengan eksaminasi publik yang dilakukan oleh sekelompok masyarakat di luar sistem peradilan yang melakukan eksaminasi untuk pengawasan. Sebagai sebuah *extra control* atau lebih tepat disebut sebagai kontrol sosial, eksaminasi publik dilakukan dengan aksentuasi ketidakpercayaan masyarakat terhadap mekanisme internal yang cenderung bersemangat *esprit de corps*.

Pelaksanaan eksaminasi selama ini ada beberapa kecenderungan yang muncul, di antaranya sebagai berikut :

1. Pelibatan kalangan *Non Governmental Organization* (NGO), perguruan tinggi serta praktisi hukum masih dominan, namun belum ada pelibatan komponen lain dalam masyarakat. Dominasi ini disadari karena selama ini eksaminasi ditempatkan sebagai sesuatu yang berada dalam tingkatan "maha" (putusan di atas putusan), karena pada saat tertentu, eksaminasi menguji putusan pengadilan yang dianggap sebagai putusan terakhir dari suatu perkara. Eksaminasi publik belum pernah dilakukan di kalangan masyarakat biasa atas perkara yang mengusik rasa keadilan ;
2. Hasil eksaminasi yang dibuat mirip dengan putusan pengadilan umumnya. Dengan tidak mengurangi makna eksaminasi sebagai pengujian produk peradilan, maka putusan dibuat hampir mirip dengan putusan pengadilan umumnya ;
3. Tim eksaminasi publik sebagai tim penguji juga menamakan diri sebagai majelis eksaminasi mirip dengan majelis hakim di pengadilan. Kerja yang dilakukan memang kerja majelis atau kelompok. Bukan kerja individu yang hampir tanpa perdebatan dengan pikiran orang lain ;
4. Perbedaan paling menonjol dengan lembaga peradilan adalah dalam hal metode. Metode eksaminasi yang dilakukan meminta pendapat masyarakat melalui diskusi publik yang digelar. Metode ini tidak pernah dilakukan oleh lembaga peradilan yang cenderung satu arah, apabila dilakukan porsinya juga sangat

kecil, yaitu dengan menghadirkan saksi ahli. Namun, saksi ahli yang dihadirkan terkadang hanya formalitas dan tidak dijadikan hakim dalam *ratio decidendi* putusan ;

5. Eksaminasi dilakukan sempat menjadi perkara yang sudah *in-kracht* maupun belum. Hal ini sempat menjadi perdebatan, pihak yang sepakat dengan eksaminasi terhadap perkara *in-kracht* khawatir apabila perkara masih berjalan, maka eksaminasi publik menjadi eksaminasi yang liar dan dapat memengaruhi hakim dalam membuat putusan. Sebaliknya, pihak yang sepakat dengan eksaminasi terhadap perkara belum *in-kracht* berharap pengaruh eksaminasi sejak dini dapat didorong untuk perubahan berarti dalam proses peradilan yang dikategorikan korup ;
6. Hasil eksaminasi bersifat terbuka. Hasil proses kritik anggota eksaminasi dapat dilihat dengan jelas. Secara tertulis masing-masing tim membuat *legal annotation* sebagai bahan rujukan diskusi tim. Berbeda dengan pengadilan di mana hasil putusan majelis yang dibuka ke publik, sedangkan adanya *concurring opinion* maupun *dissenting opinion* terkadang tidak dapat diakses oleh publik ;
7. Hasil eksaminasi publik juga *accessible*. Masyarakat dapat mengakses hasil eksaminasi publik dengan mudah, karena hasil eksaminasi dipublikasikan secara luas. Sama halnya dengan putusan pengadilan, hasil eksaminasi publik bukanlah suatu rahasia negara sehingga tidak perlu ditutupi ;
8. Hasil eksaminasi yang ada belum dimanfaatkan oleh lembaga peradilan secara maksimal sebagai proses koreksi. Terkadang eksaminasi publik baru sebatas perdebatan di kalangan tertentu yang melibatkan publik secara luas, namun lembaga peradilan tidak memanfaatkan hasilnya. Padahal lembaga peradilan yang dituju sebagai objek advokasi dalam eksaminasi publik ;

Langkah telah diayunkan, eksaminasi publik diketahui kalangan luas. Pengembangan dan *greget* eksaminasi publik perlu diperkuat dan diperluas agar semua kalangan dapat melakukannya. Bukan hanya pihak tertentu saja yang dapat melakukan eksaminasi. Implikasi dari eksaminasi atas proses peradilan yang dilakukan perlu didorong ke arah perbaikan sistem peradilan itu sendiri.

Upaya mengangkat eksaminasi publik sebagai sebuah terobosan hukum yang memiliki implikasi luas nampaknya perlu diuji. Beberapa riak kecil dalam wacana eksaminasi publik ke depan perlu diformulasikan kembali, seperti :

Pertama, sense hasil eksaminasi yang dibuat selayaknya terkait dengan ketidakadilan yang dirasakan oleh masyarakat, bukan arena saling menggugat atau menghujat antar pihak yang berperkara. Keberadaan eksaminasi publik terkait dengan latar belakang eksaminasi publik yang ditujukan dalam advokasi *judicial corruption*. Sebagai suatu proses advokasi yang dilakukan oleh komponen masyarakat, sense eksaminasi publik punya perbedaan yang sangat jelas dengan sense eksaminasi internal.

Kedua, menguji putusan peradilan atau proses peradilan membutuhkan suatu keahlian tertentu. Bagi masyarakat awam, bahkan kalangan hukum yang belum pernah melakukan praktik peradilan akan mengalami kesulitan yang luar biasa dalam melakukan eksaminasi. Dengan alasan perlu keahlian tertentu bagi tim eksaminator dan ketakutan beberapa pihak terhadap anggapan bahwa eksaminasi hanya alat untuk menjatuhkan lawan atau dianggap partisan memunculkan keinginan untuk mencitrakan eksaminasi publik dalam ranah ilmiah atau kegiatan akademis. Pencitraan ini sekaligus untuk menarik kalangan kampus agar mentradisikan eksaminasi dalam proses belajar mengajar. Pada akhirnya eksaminasi di kampus bukan hanya sebagai mata kuliah, tetapi sudah saatnya dipakai sebagai sebuah *mainstream* atau perspektif dalam metode pengajaran di Fakultas Hukum.⁴⁹⁵ Penggiringan eksaminasi hanya sebagai wahana akademis, dikhawatirkan akan menjadi *intellectual exercise* oleh karena itu kontekstualisasi eksaminasi kamus dalam rangkaian advokasi ini perlu dinyatakan secara eksplisit sebagai upaya melibatkan masyarakat kampus dalam gerakan anti mafia peradilan.⁴⁹⁶

Ketiga, selama ini eksaminasi publik dinilai oleh beberapa kalangan sebagai suatu "jalan tanpa ujung". Hasil eksaminasi tidak banyak berpengaruh pada kondisi

⁴⁹⁵ Ide ini muncul dari pertemuan beberapa dosen Fakultas Hukum di Yogyakarta pada 24 April 2004 yang diinisiasi oleh ICW untuk mendorong adanya mata kuliah eksaminasi di Fakultas Hukum.

⁴⁹⁶ Hasrul Halili, *Eksaminasi Publik Dari Persoalan Independensi sampai ke Isu Partisan, dalam Eksaminasi Publik*, Penerbit ICW, Jakarta, 2003, hlm. 87.

internal di lingkungan peradilan. Eksaminasi publik tidak memiliki implikasi apapun pada lembaga peradilan. Inilah tantangan untuk mengembangkan eksaminasi lebih jauh.

Dalam penelitian disertasi ini, peneliti menggunakan contoh kasus Semen Padang merupakan imbas dari permasalahan setelah terjadinya perubahan pemberlakuan sistem pemerintahan daerah dari sistem yang semula sentralistik menjadi pemerintahan daerah yang desentralistik, sehingga timbul gugatan-gugatan terhadap aset negara yang berada di daerah antara lain tentang seberapa jauh wewenang dan keterlibatan masyarakat daerah terhadap aset-aset tersebut serta gugatan terhadap kebijakan pemerintah pusat dalam mengelola aset tersebut. Perubahan kebijakan pemerintah pusat dalam pengelolaan sebagai aset negara yang ada di BUMN (Badan Usaha Milik Negara) menjadi ke arah privatisasi BUMN yang dianggap layak jual telah menimbulkan pro dan kontra, karena selama berlaku kerangka hukum perseroan terbatas terhadap BUMN yang diprivatisasi, maka mekanisme dalam mengambil keputusan terhadap perseroan eks BUMN harus tunduk pada hukum perseroan. Dalam hal ini mayoritas suara dipegang oleh pemegang saham terbanyak, sehingga suara daerah yang merasa memiliki aset dasar yang dikelola perseroan merasa ditinggalkan karena secara hukum perseroan biasanya daerah tidak memiliki saham perseroan *a quo*.

Menurut Paul Scholten di dalam perilaku manusia sebenarnya terdapat hukum. Jadi hukum tidak semata terdapat di dalam peraturan perundang-undangan. Penggalan inilah yang pada dasarnya dimaksud dengan penemuan hukum (*rechtsvinding, law making*), bukan penciptaan hukum dari tidak ada menjadi ada.⁴⁹⁷

C. Penemuan Hukum Dalam Masyarakat Pluralistik - Prismatic

Struktur masyarakat Indonesia ditandai oleh dua cirinya yang bersifat unik, yaitu secara horizontal dan vertikal. Secara horizontal ditandai dengan kenyataan adanya kesatuan-kesatuan sosial berdasarkan perbedaan suku, agama,

⁴⁹⁷ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 38.

adat dan kedaerahan. Masyarakat Indonesia oleh Furnival⁴⁹⁸ 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*).⁴⁹⁹

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)*⁵⁰⁰ sebagaimana dikemukakan oleh Harry C. Bredemeier.

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 ke- 19 hingga 20 dapat disaksikan secara pelan-pelan terjadinya perubahan dan 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

⁴⁹⁸ Nasikun, *Sebuah Pendekatan Untuk Mempelajari Sistem Sosial Indonesia*, Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 1974, hlm. 31.

⁴⁹⁹ Ronny Hanitijo Soemitro, *Studi Hukum dan Masyarakat*, Alumni, Bandung, 2009, hlm. 80.

⁵⁰⁰ Konsep tentang fungsi hukum sebagai mekanisme pengintegrasi dapat dilihat melalui tulisan Harry C. Bredemeier yang berjudul "*Law as An Integrative Mechanism*" dalam Vilhelm Aubert, *Sociologu of Law*, Middlesex, Penguin Books, 1973, hlm. 52-67 sebagaimana diterjemahkan oleh Soetandyo Wignjosoebroto, 1976, tidak diterbitkan.

mengundang asosiasi ke arah kediktatoran pengadilan (*judicial dictatorship*).⁵⁰¹ Hakim dalam memutus perkara semata-mata dengan mengingat apa yang menurut tafsirannya dikehendaki oleh hukum tanpa hams melibatkan ke dalam atau mendengarkan dinamika masyarakat tersebut. Oleh karena itu, menjadikan pengadilan menjadi terisolasi dan keseluruhan kehidupan masyarakat dan menjadi benda asing dalam tubuh masyarakat tersebut. Menurut Satjipto Rahardjo⁵⁰², 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 ke-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 social politik secara mendalam. Apabila 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 partisipasi rakyat ternyata tidak dengan mudah diakomodasikan oleh institusi hukum termasuk pengadilan. Seharusnya pengadilan mengubah perannya tidak lagi sebagai corong undang-undang, namun pengadilan yang mewakili dan mendengarkan suara rakyat, bahkan dikatakan bahwa pengadilan hendaknya mampu menyuarakan mereka atau golongan-golongan yang *unrepresented* dan *under-represented*.⁵⁰³

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 berubah, maka hakim dalam penegakan hukum juga harus mengikuti perkembangan yang terjadi dalam dinamika kehidupan masyarakat. Pengadilan bukan institusi hukum steril yang hanya berurusan dengan pengonkretan undang-undang, melainkan memiliki

⁵⁰¹ Satjipto Rahardjo, *Lapisan-Lapisan Dalam Studi Hukum*, Cetakan Pertama, Bayumedia Publishing, 2009, hlm. 55.

⁵⁰² *Ibid.*, hlm. 56.

⁵⁰³ *Ibid.*, hlm. 57.

jangkauan luas. Pengadilan sudah menjadi institusi sosial yang peka terhadap dinamika perkembangan masyarakat. Pengadilan sarat dengan pikiran keadilan, pembelaan rakyat dan nasib bangsanya. Pengadilan ternyata juga berhati nurani (*conscience of the court*). Hakim sebagai penegak hukum di pengadilan harus benar-benar memerhatikan dinamika masyarakat. Hakim berhati nurani dalam memutus perkara, sehingga benar-benar dapat 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 nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Oleh karena itu, dalam menjalankan peranannya hakim adalah :⁵⁰⁴

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

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 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 di pengadilan tidak hanya terikat pada peraturan perundang-undangan formal, namun 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 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

⁵⁰⁴ *Ibid.*, hlm. 57.

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.

Esmi Warassih berpendapat bahwa keadilan hendaknya memiliki arti yang sempurna karena keadilan tidak hanya menyangkut pembagian sumber daya saja, namun 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, contohnya perjuangan akan hak-hak seseorang atau masyarakat secara adil tanpa bimbingan cahaya (nur) Illahi dapat menimbulkan tindakan anarki. Keadilan merupakan sifat Tuhan, sebab keadilan tidak hanya menyangkut kehidupan manusia, namun juga wilayah Ketuhanan. Penerapan dan pelaksanaan keadilan dilihat dan seluruh aspek sebagai pelaksanaan kehidupan duniawi yang religius.⁵⁰⁵

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 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 and policy-dependent as politics*".⁵⁰⁶ Hal ini adalah realitas bahwa hukum dalam praktik pendaayagunaannya 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

⁵⁰⁵ Esmi Warassih, *Pemberdayaan Masyarakat Dalam Mewujudkan Tujuan Hukum (Proses Penegakan Hukum dan Persoalan Keadilan)*, Pidato Pengukuhan Guru Besar, Fakultas Hukum - Universitas Diponegoro, Semarang, 14 April 2001, hlm. 20-21.

⁵⁰⁶ Ifdhal Kasim, *Mempertimbangkan Critical Legal Dalam Kajian Hukum di Indonesia Dalam Wacana Jurnal Ilmu Sosial Transformatif*, Edisi VI, Tahun II, Yogyakarta, 2000, hlm. 25.

kalangan CLS ingin mengedepankan analisis hukum yang tidak hanya bertumpu pada segi-segi doktrinal semata yang mengandalkan metode deduktif (lewat silogisme logika formal) namun juga dengan mempertimbangkan berbagai faktor di luar doktrin seperti pengaruh faktor sosial, politik dan ekonomi dalam proses penegakan hukum. Dengan titik tolak seperti ini tampak sangat sulit untuk mengatakan bahwa hukum itu bersifat netral dan proses pembuatannya maupun proses aplikasi (interpretasinya). Jauh lebih dapat diterima memandang hukum sebagai suatu produk yang tidak netral karena senantiasa ada konflik kepentingan-kepentingan perebutan kepentingan tersembunyi yang difasilitasi hukum.

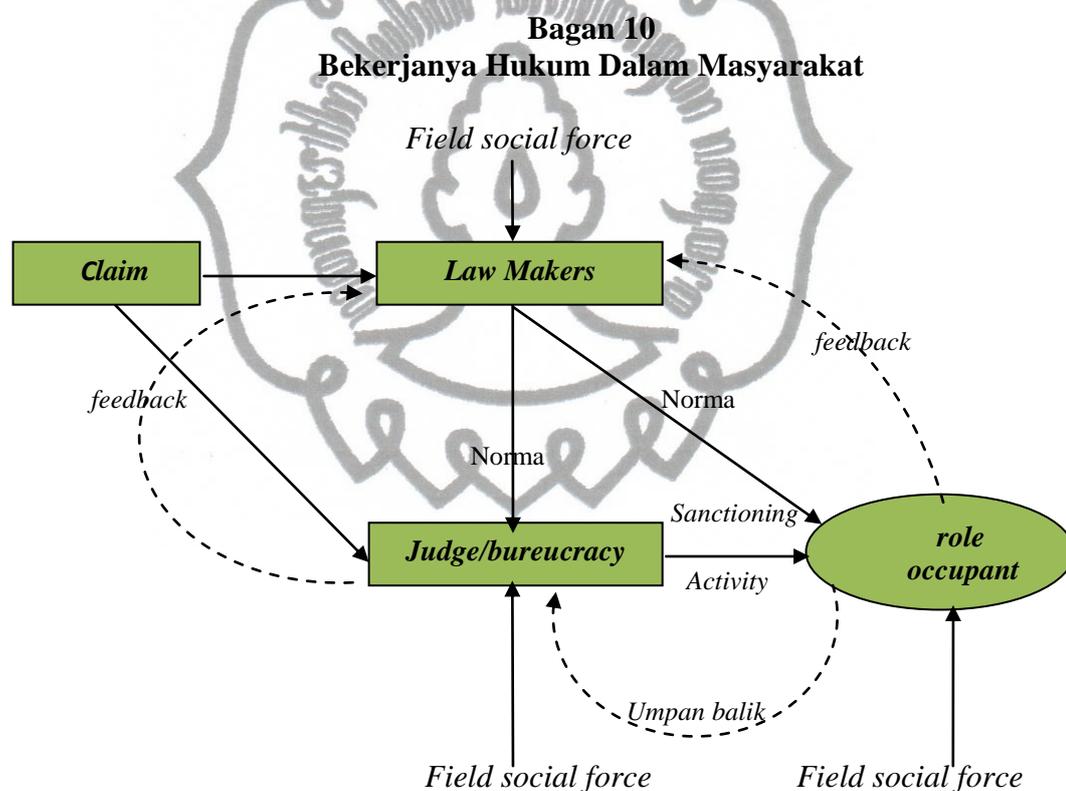
Fenomena berkaitan dengan berbagai faktor di luar ekonomi, politik, sosial, budaya yang memiliki keterkaitan erat serta saling memengaruhi dengan faktor hukum dapat diuraikan dengan teori bekerjanya hukum yang dikemukakan oleh William J. Chambliss dan Robert B. Seidman.⁵⁰⁷ Bekerjanya hukum dalam masyarakat melibatkan beberapa 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*)⁵⁰⁸ 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 yang diajukan oleh berbagai golongan di dalam masyarakat kepada lembaga pembuat peraturan (hukum). Kemudian oleh kekuasaan negara diselenggarakan dengan menegakkan hukum sebagai sarana untuk mendorong atau memaksakan dilakukannya tingkah laku yang diinginkan dari pemegang peran (*role occupant*). Kemudian terdapat respon pemegang peran terhadap tuntutan dan tekanan yang ditujukan terhadap dirinya berupa kepatuhan

⁵⁰⁷ William J. Chambliss and Robert B. Seidman, *Law, Power and Order*, Addison-Wesley Publishing Company, Philipine, 1999, hlm. 12.

⁵⁰⁸ Lawrence M. Friedmann, *The Legal System, A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York, 1999, hlm. 14-15.

atau umpan balik berupa keberatan, usulan dan lain-lain. Tingkah laku seorang pemegang peran merupakan hasil penjumlahan (*resultante*) dari seluruh kekuatan yang berasal dari perorangan (*personal forces*) dan masyarakat (*societal forces*), misalnya budaya hukum, faktor ekonomi yang ditujukan kepada pemegang peran. Keadaan ini juga berlaku bagi lembaga pembuat peraturan dan lembaga penerap sanksi. Kedua lembaga ini juga mendapat pengaruh dari kekuatan sosial dan personal. Pengaruh lingkungan terhadap penegak hukum sebagai suatu lembaga dapat dielakkan.⁵⁰⁹ Bekerjanya hukum dalam masyarakat oleh Chambliss dan Seidman digambarkan dalam diagram berikut ini :



Sumber : William Chambliss and Robert B. Seidman⁵¹⁰

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

1. Bersifat *filosofis* (menyangkut nilai-nilai, asas-asas hukum) ;

⁵⁰⁹ Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Sinar Baru, Bandung, 1998, hlm. 27.

⁵¹⁰ William J. Chambliss and Robert B. Seidman, *Op.cit.*, hlm. 12.

2. Aspek yuridis (peraturan perundang-undangan) ;
3. Faktor yang bersifat sosiologis (menyangkut pertimbangan sosial, politik, ekonomi serta kultur hukum penegak hukum) ;

Philip Selznick mengemukakan dan 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.⁵¹¹

Pembuatan kebijakan yang terjadi dalam organisasi dipengaruhi oleh dependensinya dan lingkungan tempat ia berada, bukan oleh pertimbangan yang murni rasional dan formal semata. Kebijakan dapat menyimpang 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 mencapai tujuannya. Namun demikian, orang-orang di dalam sistem tersebut 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.⁵¹² Dikatakan oleh Chambliss-Seidman, untuk mengejar tujuan yang lebih menguntungkan karena pertimbangan lingkungannya, suatu organisasi akan melakukan apa yang disebut dengan *goal substitution dan goal displacement*.

⁵¹¹ Wayne Parsons, *Public Policy, Pengantar Teori dan Praktik Analisis Kebijakan* dialihbahasakan oleh Tri Wibowo Budi Santoso, Kencana, Jakarta, 2005, hlm. 327-328.

⁵¹² *Ibid.*, hlm. 328.

Seperti dikatakan oleh Blumer⁵¹³ 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 oleh Chambliss dan Seidman dikatakan sebagai hasil *resultant*. 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 tertulis tetapi juga berbagai sumber penemuan hukum) agar dapat mewujudkan keadilan yang sesuai dengan dinamika masyarakat.

Menurut Nonet dan Selznick dalam Teori Hukum Responsif⁵¹⁴ ada suatu kebutuhan 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 memberikan teori demikian itu. Mereka mengembangkan teori ini dengan membandingkan tiga tipe hokum 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 dan respon terhadap kebutuhan dan aspirasi sosial. Dalam hukum responsif pada akhirnya yang dipermasalahkan adalah tujuan tata tertib sosial. Tipe hukum ini berasal dari suatu hasrat untuk

⁵¹³ Blumer dalam Wayne Parson, *Ibid.*, hlm. 99.

⁵¹⁴ Philippe Nonet and Philip Selznick dalam A.A.G. Peters, Koesriani, *Hukum dan Perkembangan Sosial*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1999, hlm. 158-183.

membuat hukum lebih bertujuan di dalam melayani manusia dan institusi untuk mencapai keadilan 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 baru. Dalam hal ini yang menjadi perhatian bukan hukum sebagai hukum sendiri, melainkan apa yang sesungguhnya dapat disumbangkan oleh hukum untuk keadilan dalam masalah-masalah sosial dan untuk keadilan sosial yang substantif. Adanya berbagai penyimpangan di dalam masyarakat yang menimbulkan gangguan terhadap ketertiban, maka asumsi rutin dari kehidupan institusional ditantang dan banyak aturan dari waktu normal dikesampingkan. Dalam tatanan demikian, dimana dipertaruhkan perbaikan konsensus seringkali tidak akan membantu untuk memaksakan kepatuhan kepada aturan-aturan yang dalam konteks jauh dan tidak relevan. Suatu hukum yang mengundang kritik terhadap 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 memerhatikan 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 lebih mudah mengadopsi suatu paradigma politik dalam menafsirkan ketidakpatuhan dan kekacauan. Paradigma tersebut menimbulkan suatu model pluralistis dari struktur kelompok masyarakat,

dengan demikian menggarisbawahi realitas dan mempertegas legitimasi konflik sosial. Ketidapatuhan 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 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 Rahardjo⁵¹⁵ mengemukakan konsep hukum progresif yang mendasarkan asumsi bahwa hukum adalah untuk manusia; hukum progresif memiliki 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 dibuat guna mencapai ideal hukum yang dibuat oleh legislatif, yudikatif dan 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 *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*), namun 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 materiil maupun formal, melainkan penerapannya yang bermakna atau berkualitas. Cara berhukum tersebut tidak

⁵¹⁵ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm. 47-48.

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.⁵¹⁶

Dalam penegakan hukum termasuk yang dilakukan oleh hakim hendaknya dilihat secara utuh melalui pendekatan holistik, mengingat hukum bukan formalitas yang hanya berurusan dengan soal-soal normatif, melainkan unsur kultur juga perlu mendapat perhatian, di samping struktur dan substansinya. Dengan demikian hukum memiliki keberlakuan :⁵¹⁷

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

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*), namun juga pada hukum benar-benar dapat mewujudkan keadilan. Tidaklah berlebihan ungkapan bahwa *the life of law has not been logic, but it has been experience*.⁵¹⁸ Oleh karena itu, masalah nilai dan asas sebagai landasan pembentukan suatu peraturan

⁵¹⁶ Satjipto Rahardjo, *Ibid.*, hlm. 92-93.

⁵¹⁷ J.J.H. Bruggink, dalam Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Suryandaru Utama, Semarang, 2005, hlm. 175.

⁵¹⁸ Oliver Wendell Holmes yang dikutip oleh Soetandyo 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, institutions of public policy, avowed or uncouncious, 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.*

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.⁵¹⁹

Di Indonesia yang memiliki struktur masyarakat yang plural, 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 kehidupan⁵²⁰ 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 Capra⁵²¹ memunculkan teori kompleksitas ke dalam ranah sosial dengan mengintegrasikan dimensi biologis, kognitif dan sosial dengan tujuan bukan hanya untuk memberikan pandangan utuh atas kehidupan, pikiran dan masyarakat, melainkan juga mengembangkan suatu pendekatan koheren sistematis pada berbagai permasalahan kritis yang muncul saat ini.

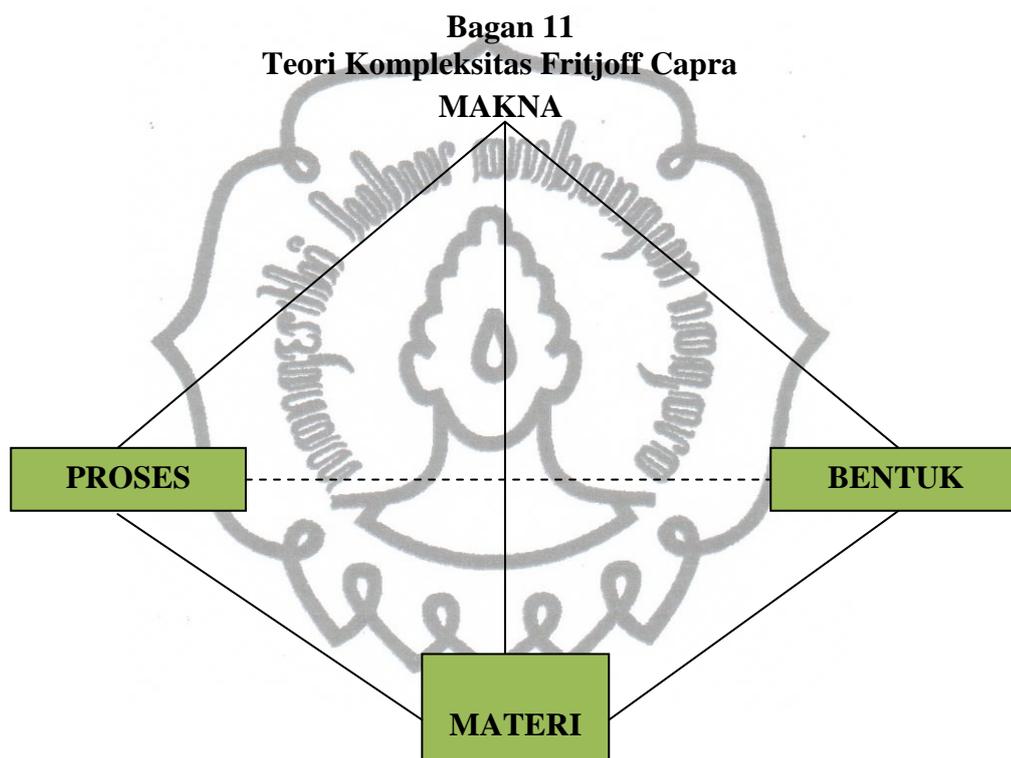
Pemahaman yang lengkap atas fenomena sosial harus melibatkan integrasi empat perspektif, yaitu bentuk, materi, proses dan makna. Apabila mempelajari sistem kehidupan dan perspektif bentuk, maka dapat ditemukan bahwa pola organisasi sistem tersebut adalah suatu jaringan yang membentuk diri sendiri. Dalam 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 dan lambang adalah suatu dimensi kritis realitas sosial yang membentuk apa yang disebut John Searle sebagai ciri mental dari fenomena sosial (*the mental character of social phenomena*). Para ahli sosial

⁵¹⁹ Esmi Warassih, *Op.cit.*, hlm. 176.

⁵²⁰ Fritjoff Capra, *The Hidden Connections*, Strategi Sistemik Melawan Kapitalisme Baru, Jalasutra, Bandung, 2009, hlm. 8.

⁵²¹ Fritjoff Capra, *Ibid.*, hlm. 86.

sering menyebutnya sebagai *hermeneutik* untuk menyatakan pandangan bahwa manusia melibatkan komunikasi makna sebagai pusatnya karena memiliki hakikat simbolis dan 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 :



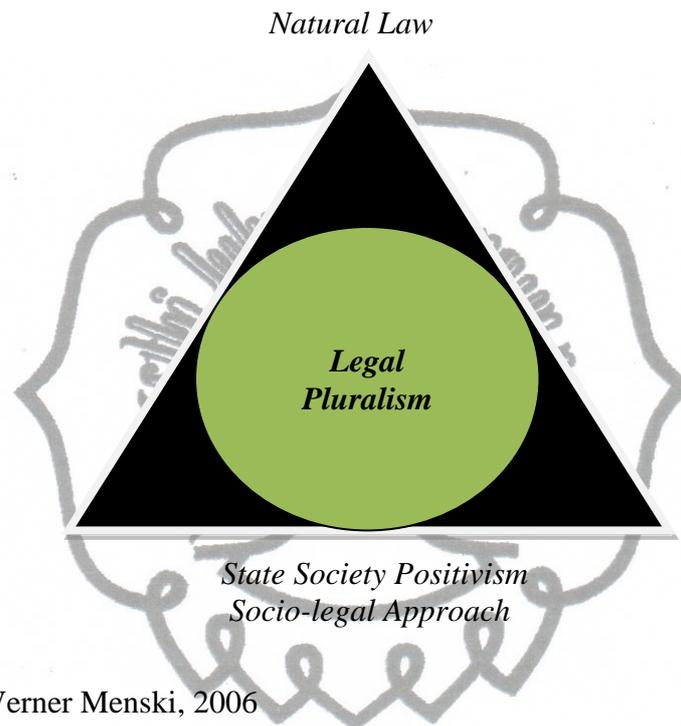
Sumber : Fritjoff Capra, *The Hidden Connection*

Pada ragaan di atas Fritjoff Capra menunjukkan adanya saling hubungan antara perspektif materi, bentuk, proses dan makna. Ketiga perspektif pertama membentuk segitiga. Perspektif makna digambarkan berada di luar bidang segitiga 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.⁵²² Pendekatan *legal pluralism* digambarkan oleh Werner Menski dalam ragaan sebagai berikut :

Bagan 12
Pendekatan *Legal Pluralism*
Moral/Ethic/Religion



Sumber : Werner Menski, 2006

Ragaan tersebut dalam kaitannya dengan penelitian disertasi ini menunjukkan bahwa dunia hukum mencakup suatu pluralitas yang besar sekali dan segitiga dalam ruang dan waktu. Hukumri adalah sungguh begitu plural yang tidak mungkin dapat diserap dalam keseluruhan teoretis, dengan sendirinya menjadi konfigurasi dalam model 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 dan Werner Menski dihubungkan dengan konsep yang dikemukakan oleh Lawrence M. Friedman⁵²³ mengenai tiga

⁵²² Werner Menski, *Comparative Law in A Global Context, The Legal Systems of Asia and Africa*, Second Edition, United Kingdom, Cambridge University Press, 2006, hlm. 88-89.

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 aparturnya, misalnya struktur sistem yudisial maka di dalamnya termasuk hakim, yurisdiksi pengadilan, bagaimana pengadilan yang lebih berada di atas pengadilan yang lebih rendah dan orang-orang yang terkait dengan berbagai jenis pengadilan. Substansi tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan mengenai bagaimana institusi ini harus berperilaku.⁵²⁴

Legal pluralism sebagaimana dikemukakan 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*), namun mempertimbangkan *living law and natural law*. Dengan menggali dan menemukan hukum, baik *natural law and state law* maka hakim tidak lagi menggunakan cara berhukum dengan pendekatan positivistik, namun 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

⁵²³ Lawrence M. Friedman, *The Legal System A Sosial Science Perspective*, diterjemahkan oleh M. Khozim dengan judul *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, Penerbit Nusa Media, Bandung, 2009, hlm. 12-15.

⁵²⁴ *Ibid.*, hlm. 17-18. Berkenaan dengan kultur hukum, Lawrence M. Friedman mengemukakan bahwa kekuatan sosial (*social force*) terus-menerus menggerakkan hukum merusak di sini, memperbarui di sana, menghidupkan di sini, di 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 sosial itu sendiri merupakan 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 menimbulkan proses hukum-bergantung pada kulturnya. Nilai-nilai dan sikap dipertahankan oleh para pemimpin dan warga masyarakat adalah di antara faktor-faktor ini, karena perilaku mereka bergantung pada penilaian mereka mengenai pilihan mana yang dipandang tepat. Dengan demikian, kultur hukum mengacu pada bagian-bagian yang ada kultur umum yaitu adat, kebiasaan, opini, cara bertindak dan berfikir yang mengarahkan kekuatan-kekuatan sosial menuju atau menjauhi hukum dengan cara-cara tertentu.

menghasilkan putusan yang memberikan keadilan sesuai dengan nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat, bukan semata-mata keadilan formal.

Dalam praktik di peradilan tidak pernah dapat menyimpulkan sepenuhnya, bahwa apa yang diputuskan oleh hakim sudah sepenuhnya memenuhi tujuan kepastian dan juga pasti adil. Hukum juga tidak dapat diidentikkan dengan keadilan, sebab hukum itu sebagai sarana sedangkan keadilan sebagai tujuan. Pound menyatakan, bahwa hukum sebagai alat untuk pembaruan masyarakat (*a tool of social engineering*), sedangkan Mochtar menyebut hukum sebagai sarana pembaruan masyarakat. Hukum adalah media untuk mendekati dan mencapai keadilan. Dengan demikian, tidak mungkin diperselisihkan antara sarana atau alat dengan tujuan.

Penalaran hukum bagi positivisme selalu menitikberatkan pada pencapaian kepastian hukum. Doktrin Austin dan Kelsen dalam sistem perundang-undangan di Indonesia diakomodasi, namun tidak sepenuhnya diterima dalam konsep penalaran hukum sebab hakim Indonesia berkewajiban menegakkan hukum dan keadilan (Pasal 1 UU Nomor 48 Tahun 2009). Hakim wajib mengadili menurut hukum dan menggali nilai-nilai hukum sesuai rasa keadilan masyarakat (Pasal 4 dan 5 UU Nomor 48 Tahun 2009). Hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih norma hukumnya tidak jelas atau terjadi kekosongan norma positif (Pasal 10 UU Nomor 48 Tahun 2009). Melalui sikap kemandirian hakim, negara memberikan wewenang memeriksa dan mengadili, termasuk wewenang *judicial discretion* demi nilai kemanfaatan dan keadilan. Sebetulnya teori *judicial discretion* dalam sistem perundang-undangan di Indonesia adalah konsep radikal melenturkan positivisme Austin dan Kelsen dalam proses peradilan, sebab hakim Indonesia tidak hanya menerapkan hukum sebagai corong undang-undang, namun melakukan penemuan dan pembentukan hukum. Berdasarkan tersebut, pandangan yang menempatkan hakim seolah mulut undang-undang sudah ditinggalkan.⁵²⁵

⁵²⁵ Idris, Rahminawati dan Imam Mulyana, *Penemuan Hukum Nasional dan Internasional*, Fikahati Aneska, Bandung, 2012, hlm. 625

Negara hukum Indonesia menghendaki menegakkan hukum dan keadilan, sehingga kepastian hukum dan keadilan harus menjadi produk putusan hakim. Penalaran hukum prismatik dalam argumentasi putusan hakim merupakan contoh pergulatan antara kepastian hukum dan keadilan. Ketika produk putusan menjadi yurisprudensi, maka statusnya berubah menjadi sumber hukum.

Kasus anak perempuan tunggal dalam hukum Al-Qur'an hanya memperoleh bagian waris seperdua dari objek warisan, sedangkan paman memperoleh bagian *ashabah* (sisa). Dalam pasal 174 kompilasi hukum Islam menyatakan: Kelompok ahli waris terdiri dari :

b. Menurut golongan darah :

- Golongan laki-laki terdiri dari ayah, anak laki-laki, saudara laki-laki dan kakek ;
- Golongan perempuan terdiri dari anak perempuan, ibu dan nenek ;

c. Menurut hubungan perkawinan terdiri dari duda dan janda ;

Apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak mendapat warisan hanya anak, ayah, ibu, janda, atau duda. Berdasarkan pasal tersebut, paman dinyatakan tidak memperoleh bagian warisan, padahal dalam fikih konvensional paman termasuk ahli waris golongan laki-laki (*ashabah*) yang mendapat bagian sisa. Adapun anak perempuan dalam Al Qur'an Surah *An-Nisaa'* (4) ayat 176 kata "*walad*" diartikan meliputi anak laki-laki dan anak perempuan. Sejalan dengan itu, Ibnu Abbas berpendapat bahwa anak perempuan menghibat paman. Doktrin ini dipahami bahwa anak perempuan tunggal menghibat saudara perempuan ayah (bibi). Secara sosiologis, kesetaraan gender sudah menjadi nilai hukum yang hidup dalam masyarakat kontemporer Indonesia yang sesuai rasa keadilan masyarakat. Adapun mempertimbangkan kata "*walad*" yang meliputi anak laki-laki dan anak perempuan merupakan pertimbangan *filosofikal justice* atau *moral justice*.⁵²⁶

Pola penalaran hukum prismatik dalam konsep negara hukum Indonesia merupakan kewajiban para hakim dalam praktik pengembangan hukum di

⁵²⁶ Syarif Mappiase, *Logika Hukum Pertimbangan Putusan Hakim*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2015, hlm. 134.

pengadilan. *Mind set* hakim menurut Yang Mulia Hakim Agung Suhardjono sudah saatnya berubah sejalan dengan dinamika masyarakat. Paul Scholten telah mengingatkan bahwa hukum ada dalam undang-undang, namun masih harus ditemukan. Dengan demikian, kecerdasan moral dan kecerdasan *judicial discretion* harus mengubah *mind set* hakim legisme menjadi *legalistic and prismatic*.⁵²⁷

Teori-teori tentang keadilan selalu mencari sumber pembenarnya pada intuisi, gagasan atau cita-cita yang dianut oleh filsuf pemikir hukum tertentu. Menggantungkan validitas hukum positif pada nilai-nilai keadilan abstrak tentu mengaburkan nilai kepastian hukum. Pengadilan yang sehari-harinya bertugas menerima, memeriksa dan mengadili perkara dari berbagai kasus yang diajukan tidak boleh menolak untuk mengadili perkara tersebut. Kalau para hakim dalam rapat musyawarah putusan berselisih pendapat tentang tujuan hukum yang hendak dicapai (antara kepastian hukum dan keadilan), bagaimana pemecahannya, jawabnya kembali kepada rumusan undang-undang tentang *dissenting opinion* telah mengatur mekanismenya. Kelemahan argumentasi bagi yang mengutamakan keadilan, membuka pintu bagi aliran-aliran hukum untuk melakukan kritik seperti halnya dengan positivisme. Positivisme mengutamakan kepastian hukum dibanding keadilan. Cara pandang positivisme hukum yang formalistik membuat hakim tidak dapat bertanya apakah norma hukum positif itu adil atau tidak adil.

⁵²⁷ Hasil wawancara dengan Yang Mulia Hakim Agung H. Suhardjono, SH, MH, di Ruang Hakim Agung Mahkamah Agung Republik Indonesia, Lantai 6, Jakarta, hari Senin, tanggal 14 September 2015, pukul 09.30-12.00 Wib. Menurut Beliau, bagi pihak yang mengunggulkan keadilan seperti aliran hukum alam, realisme hukum selalu menuntut agar hukum positif dipertanggungjawabkan validitasnya pada nilai-nilai keadilan. Keabsahan hukum positif, tidak semata-mata diukur dari produk pihak otoritas yang sah bagi yang membuatnya, namun tergantung pada isinya apakah memuat nilai-nilai keadilan, sebab hukum yang tidak adil tidak pantas disebut sebagai hukum. Standar dan kriteria keadilan tidak dapat dibuktikan secara empirik disebabkan karena terlalu relatif sifatnya, sehingga kalau ditanya apa ukuran adil itu maka selalu dijawabnya dengan normatif. Hukum positif betapa pun lengkapnya selalu tertatih-tatih mengikuti perkembangan jaman, selalu dibatasi oleh ruang dan waktu yang pada jaman lain sudah tidak berlaku lagi, bunyi undang-undangnya tetap ada dan tidak dihapus tetapi hukum yang dikandungnya menjadi tidak berlaku lagi. Dahulu mempertontonkan alat supaya orang tidak hamil dapat dituntut pidana, sekarang sudah menjadi program keluarga berencana. Undang-undangnya tidak dihapus, namun hukumnya tidak berlaku lagi, mendekatkan penafsiran pada bunyi teks, malah menjauhkan dari rasa keadilan.

Jika diundangkan atas dasar otoritas yang sah maka cukuplah menjadi hukum yang sah, dengan demikian mengikat seluruh warga negara termasuk hakim.⁵²⁸

Hakim yang positivistik tinggal menemukan penafsirannya karena undang-undangnya sudah tersedia dan siap saji sebagai premis mayor terhadap premis minor-nya, lalu menarik kesimpulan sebagai pendapat hukum menjawab petitum gugatan sebab kesimpulan sesungguhnya telah dipersiapkan melalui premis mayornya.

Hakim yang positivistik, metode berpikirnya selalu aksiomatik sistemik. Hukum positif sebagai premis mayor dan fakta hukum sebagai premis minor. *The rule systematizing logic of legal science* selalu menjadi alat ukur penerapan hukumnya. Fakta-fakta yang tidak sesuai dengan norma hukum positif, namun masih dalam jangkauan keberlakuannya dapat dinyatakan berdasar hukum, peralihan hak milik karena jual beli tidak membatalkan sewa-menyewa, lalu bagaimana peralihan hak milik karena pewarisan atau hibah yang tidak ditunjuk dalam undang-undang? Di sini berlaku *argumentasi analogi* atau *qiyas* karena terdapat inti persamaan antara cabang dan pokok.⁵²⁹

Premis mayor yang tidak sesuai fakta, bagi hakim profesional selalu melakukan interpretasi dalam konteks kenyataan faktual (konkret). Dalam perkembangan hukum perdata Islam, anak tiri yang banyak membantu ayah tirinya dalam hal perolehan harta lalu tiba-tiba ayah tiri meninggal dunia tanpa meninggalkan wasiat dapat dipersepsikan seolah-olah telah diberi wasiat dan diterapkan oleh hakim sebagai "wasiat wajibah" sama seperti anak angkat memperoleh harta waris melalui porsi wasiat wajibah.

Mahkamah Agung Republik Indonesia mempunyai tugas dan fungsi melakukan pengawasan terhadap jalannya peradilan dan melakukan pembinaan terhadap pengadilan-pengadilan di bawahnya. Terkait dengan itu, Mahkamah Agung telah memberi penafsiran putusan bebas dalam Pasal 244 KUHP. Membedakan pengertian putusan bebas menjadi *Ontslog van Recht Vervolging*

⁵²⁸ Hasil wawancara dengan Yang Mulia Hakim Agung Dr. Yakup Ginting, SH, M.Kn, di Ruang Hakim Agung Mahkamah Agung Republik Indonesia, Lantai 6, Jakarta, hari Senin, tanggal 14 September 2015, pukul 13.30-14.30 Wib.

⁵²⁹ Syarif Mappiase, *Op.cit.*, hlm. 136.

yaitu putusan pelepasan dari segala tuntutan hukum oleh karena perbuatan yang didakwakan terbukti, namun bukan perbuatan pidana. Dibedakan dari *vrijspraak* (putusan bebas murni), yaitu putusan pembebasan dari segala tindakan hukum (bebas murni) karena unsur perbuatan yang didakwakan dalam surat dakwaan tidak terbukti.

Ratio decidendi dalam putusan yang dijatuhkan oleh Mahkamah Agung merupakan pintu masuk menerobos ketentuan Pasal 244 KUHAP. Dalam hal ini peneliti mengutip pertimbangan hukumnya sebagai berikut :

"Menimbang bahwa Pasal 244 KUHAP menentukan bahwa terhadap putusan perkara pidana yang diberikan pada tingkat terakhir oleh pengadilan lain selain daripada Mahkamah Agung. Terdakwa atau penuntut umum dapat mengajukan permintaan kasasi kepada Mahkamah Agung kecuali putusan bebas.

Menimbang, namun Mahkamah Agung berpendapat bahwa selaku Badan Peradilan Tertinggi yang mempunyai tugas untuk membina dan menjaga agar semua hukum dan undang-undang di seluruh wilayah negara diterapkan secara tepat dan adil, Mahkamah Agung wajib memeriksa apabila ada pihak yang mengajukan permohonan kasasi terhadap putusan pengadilan bawahannya yang membebaskan terdakwa, yaitu guna menentukan sudah tepat dan adilkah putusan pengadilan bawahannya itu.

Menimbang, sesuai yurisprudensi yang sudah ada, apabila ternyata putusan pengadilan yang membebaskan terdakwa itu merupakan pembebasan yang murni sifatnya. Maka sesuai ketentuan Pasal 244 KUHAP tersebut, permohonan kasasi tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima.

Menimbang, bahwa sebaliknya apabila pembebasan itu didasarkan pada penafsiran yang keliru terhadap sebutan tindak pidana yang dimuat dalam surat dakwaan dan bukan didasarkan tidak terbuktinya suatu unsur perbuatan yang didakwakan, atau apabila pembebasan itu sebenarnya merupakan putusan lepas dari segala tuntutan hukum, atau apabila dalam menjatuhkan putusan itu pengadilan telah melampaui wewenang-nya (meskipun mengenai hal ini tidak diajukan sebagai keberatan kasasi). Mahkamah Agung atas dasar pendapatnya

*bahwa pembebasan itu bukan merupakan pembebasan yang murni, harus menerima permohonan kasasi tersebut.*⁵³⁰

Inilah argumentasi yang menurut peneliti merupakan refleksi penegakan hukum yang mendialogkan Pasal 244 KUHAP dengan kepastian hukum dan keadilan. Dalam penegakan hukum modern, asas kepastian hukum tidak boleh dijadikan satu-satunya dasar putusan hakim sebab ada keharusan agar putusan hakim didasarkan pula pada asas kemanfaatan dan asas keadilan.

Parameter penegakan hukum menurut Lon Fuller dalam bukunya berjudul *The Morality of Law* menyebutkan sebagai berikut :⁵³¹ (1). Hukum harus diikuti semua orang, termasuk penyelenggara negara ; (2). Hukum harus dipublikasikan ; (3). Hukum harus berlaku ke depan, bukan berlaku surut ; (4). Kaidah hukum harus tertulis secara jelas, sehingga diketahui dan diterapkan secara benar ; (5). Hukum harus menghindari diri dari kontradiksi-kontradiksi ; (6). Hukum jangan mewajibkan sesuatu yang tidak mungkin dipatuhi ; (7). Hukum harus bersifat konstan, namun hukum harus diubah jika situasi politik dan sosial telah berubah.

Prinsip penting di dalam suatu negara hukum adalah adanya jaminan kesetaraan kedudukan di hadapan hukum bagi semua orang. Sudargo Gautama menjelaskan hubungan dan kedudukan individu menurut teori negara hukum, bahwa dalam suatu negara hukum terdapat pembatasan kekuasaan negara terhadap perorangan. Negara tidak mahakuasa. Negara tidak dapat bertindak sewenang-wenang, tindakan-tindakan negara terhadap warganya dibatasi oleh hukum.⁵³²

Prinsip hukum dalam suatu negara hukum yaitu adanya pembatasan kewenangan hakim, selain pembatasan kewenangan relatif, juga ada pembatasan kewenangan absolut. Dalam penegakan kewenangan absolut juga diatur dalam ketentuan hukum formal dan hukum materiil, yang dikenal sebagai hukum prosedural dan hukum substantif. Hakim dalam mengambil keputusan hukum juga tidak boleh melanggar ketentuan Pasal 178 HIR/Pasal 189 RBg. Namun demikian, prinsip hukum *due process of law*, memberi persyaratan yuridis bahwa pembuatan

⁵³⁰ Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 275 K/Pid.B/1983.

⁵³¹ Munir Fuady, *Filsafat dan Teori Hukum Postmodern*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 9.

⁵³² O.C. Kaligis, *Antologi Tulisan Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 2011, hlm. 90.

putusan hakim tidak boleh berisikan hal-hal yang dapat mengakibatkan perlakuan terhadap manusia (pencari keadilan) mengakibatkan perlakuan secara tidak adil, tidak logis, dan sewenang-wenang.⁵³³

Putusan kasasi Z. Asikin dalam kasus Waduk Kedung Ombo telah mempertimbangkan aspek hukum tertulis, aspek kemanfaatan (sosiologis), dan rasa keadilan masyarakat (*filosofikal justice/moral justice*) bahwa tuntutan ganti rugi Rp. 10.000,00 (sepuluh ribu) per meter persegi tidak dapat digunakan untuk membeli tanah dengan kualitas dan kuantitas yang sama, lalu menghukum termohon kasasi untuk membayar ganti rugi Rp. 50.000,00 (lima puluh ribu) per meter persegi. Artinya telah mempertimbangkan aspek utilitas dan aspek rasa keadilan didasarkan pada petitum subsidair *ex aequo et bono* sehingga ketentuan Pasal 178 HIR tidak lagi mengikat padanya. Pertimbangan prismatic dalam argumentasi putusan juga merupakan produk *judicial discretion* dalam pengertian positif demi mewujudkan kemanfaatan dan keadilan.⁵³⁴

Z. Asikin dalam putusan kasasi dalam kasus Waduk Kedung Ombo telah berbeda pendapat dengan Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia saat itu, yaitu Purwoto S Gandasubrata. Z. Asikin menurut peneliti mempertentangkan

⁵³³ *Ibid.*, hlm. 47.

⁵³⁴ Hasil wawancara dengan Yang Mulia Hakim Agung Dr. Yakup Ginting, SH, M.Kn, di Ruang Hakim Agung Mahkamah Agung Republik Indonesia, Lantai 6, Jakarta, hari Senin, tanggal 14 September 2015, pukul 13.30-14.30 Wib. Menurut pendapat Beliau, hakim harus menerapkan hukum dan keadilan menggunakan dua macam aturan, melalui : (1) Hukum formal, yaitu ketentuan yang mengatur tata cara memeriksa dan mengadili suatu perkara. Dalam perkara perdata, hakim wajib mematuhi ketentuan hukum acara perdata dalam HIR/RBg, sebab dalam menjalankan hukum acara, yakni dalam rangka mewujudkan keadilan *prosedural*. Keadilan prosedural tersebut penting untuk menjaga kepastian hukum. Dalam kepastian hukum, maka keadilan akan terjamin. Misalnya mendengar kedua belah pihak di persidangan sesuai asas *audi et alteram partem*, memberikan hak seluas-luasnya kepada kedua pihak untuk membuktikan dalil-dalilnya secara berimbang. Dalam mengajukan upaya hukum ada tanggung waktu yang tidak boleh dilewati. Hal ini dimaksudkan untuk menjaga kepastian hukum demi keadilan ; (2) Hukum materiel, yaitu hukum yang mengatur akibat hukum dari suatu hubungan hukum atau suatu peristiwa hukum. Hukum materiel dimaksudkan untuk mewujudkan keadilan *substansial*. Hakim dalam menerapkan hukum materiel dibekali pengetahuan ilmu hukum seperti interpretasi, *argumentasi analogi, a contrario* dan penghalusan hukum, teori-teori hukum dan filsafat hukum. Hakim tidak boleh gegabah menyimpang ketentuan hukum formal meskipun dengan alasan demi keadilan, sebab keadilan itu sangat relatif sifatnya. Putusan yang mendekati keadilan tentu bukan putusan yang penalaran hukumnya hanya menempatkan hakim sebagai mulut atau corong undangundang. Kita dapat menilai putusan yang berkualitas yang argumentasinya dapat memulihkan kepercayaan masyarakat. Hakimnya tidak hanya membaca teks, tetapi berusaha menembus apa yang ada di balik teks, berdialog dengan konteks seraya melibatkan kepekaan nuraninya.

Pasal 178 *Herziene Indonesisch Reglement (HIR)* dan gugatan subsidair “*ex aequo et bono*”. Pada perbincangan yang ingin diwujudkan dalam putusan tersebut yaitu keadilan dan kemanfaatan serta kepastian hukum.

Konsep berpikir yang tertuang dalam Pasal 178 HIR yaitu suatu teori yang mengajarkan tidak boleh mengabulkan lebih daripada yang dituntut, atau mengabulkan apa yang tidak dituntut. Hal tersebut sejalan dengan pemikiran Yang Mulia Hakim Agung H. Suhardjono.⁵³⁵ Yang berpendapat bahwa fakta yang muncul di persidangan, para penggugat telah menetapkan nilai ganti rugi pada saat mengajukan gugatan di Pengadilan Negeri Semarang tahun 1990 sebesar Rp.10.000,00 (sepuluh ribu rupiah) per meter persegi.⁵³⁶ Gugatan ini dikalahkan pada tingkat *judex factie* tingkat pertama dan banding sehingga diajukan koreksi pada tingkat kasasi. Dalam putusan kasasi dipertimbangkan mengenai nilai Rp. 10.000,00 tidak dapat lagi digunakan untuk membeli tanah di tempat lain secara kualitas maupun kuantitas. Oleh karena itu, Z. Asikin memberi putusan dengan nilai ganti rugi Rp. 50.000,00 (lima puluh ribu rupiah) per meter persegi karena adanya kesenjangan teori dengan fakta.

Z. Asikin memberi putusan dengan nilai sebagaimana tersebut. Sebagai seorang guru besar ilmu hukum dan sebagai hakim agung, tentunya bukan karena kekhilafan, melainkan persoalan nilai aksiologi yang ingin diwujudkan dalam putusannya, yaitu keadilan dan kemanfaatan. Dalam pertimbangan putusannya, bahwa *ex aequo et bono* sebagai suatu prinsip hukum yang didukung dengan prinsip hukum dalam teori negara hukum yaitu *due process of law*, maka penerapan Pasal 178 HIR dalam kasus tersebut dinilai tidak adil, karena itu harus dibuat adil dan diterapkan secara adil. Sejumlah pertanyaan muncul, apa yang dimaksud dengan nilai gugatan yang diminta penggugat, apakah nilai gugatan itu

⁵³⁵ Hasil wawancara dengan Yang Mulia Hakim Agung H. Suhardjono, SH, MH, di Ruang Hakim Agung Mahkamah Agung Republik Indonesia, Lantai 6, Jakarta, hari Senin, tanggal 14 September 2015, pukul 09.30-12.00 Wib.

⁵³⁶ Putusan kasasi Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 2263 K/Pdt.G/1991 dan Putusan Peninjauan Kembali (PK) Nomor 650 PK/Pdt.G/1994 tentang kasus Waduk Kedung Ombo. 34 (tiga puluh empat) orang perwakilan warga Kedung Ombo mengajukan gugatan terhadap Pemerintah Republik Indonesia sehubungan dengan ganti rugi atas tanah mereka untuk keperluan proyek pembangunan Waduk Kedung Ombo di Jawa Tengah melalui Pengadilan Negeri Semarang.

sebesar Rp.10.000,00 per meter persegi seperti tertulis dalam surat gugatan para penggugat yang dibuat tahun 1990 atau nilai riil tanah pada saat putusan kasasi dijatuhkan, lalu apa hakikat ganti rugi tersebut. Bukankah kewajiban negara menjadikan kehidupan warga negara untuk hidup layak. Apakah layak kehidupan warga negara dengan ganti rugi Rp. 10.000,00 di mana nilai tersebut tidak dapat lagi digunakan untuk membeli tanah yang sama luas dan kualitasnya ?. Pertanyaan ini merupakan indikator atau parameter untuk pencapaian keadilan dan kemanfaatan. Dengan demikian, prinsip hukum *ex aequo et bono* memberikan kebebasan hakim untuk menilai kepantasan dan kesesuaian rasa keadilan masyarakat, sehingga hakim tidak tunduk lagi pada ketentuan undang-undang dalam kasus tersebut.

Berbeda dengan putusan peninjauan kembali (PK), ketua majelisnya dipimpin langsung oleh Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia saat itu Purwoto Gandasubrata bahwa yang menentukan nilai adalah para pihak, bukan hakim, karena karakter hukum perdata bahwa hakim adalah ialah figur yang pasif, kebenaran yang dicari yakni juga kebenaran formal. Penalaran hukum yang digunakan adalah pola penalaran doktrinal deduktif, sehingga *ex aequo et bono* tidak memberi kebebasan mutlak kepada hakim, namun tetap wajib mengacu pada materi tuntutan itu sendiri. Hakim terikat pada teori yang ditentukan dalam Pasal 178 HIR. Hakim tidak boleh memutus melebihi tuntutan yang diminta.

Sebenarnya apabila hakim berani memaknai ulang ketentuan normatif dengan mempertimbangkan konteks kasus secara kasuistis, maka akan lahir putusan-putusan bermutu dan berkualitas yurisprudensi menyerupai putusan Linderbaum Cohen 1919 di Negeri Belanda.

Ada beberapa alasan yang memberi peluang agar hakim dapat berkreasi melakukan penemuan hukum atau penciptaan hukum yaitu (1). Hakim tidak terikat pada sistem preseden ; (2). Hakim wajib mengadili seluruh bagian gugatan; (3). Hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu kasus dengan alasan undang-undangnya tidak jelas atau tidak ada sama sekali, namun wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.