

MAL PRAKTEK DALAM PELAYANAN KESEHATAN KEPADA PASIEN OLEH DOKTER DARI PERSPEKTIF HUKUM

Suparmin

Fakultas Hukum Universitas Wahid Hasyim

suparminunwahas@gmail.com

Abstrak

Bahwa penelitian untuk mengetahui konsep penyelesaian perkara pidana diluar pengadilan atau biasa disebut (ADR) dalam pelaksanaan restorative justice, dari persektif peraturan perundang-undangan, keadilan, kepatutan, dan kesusilaan dalam pelayanan kesehatan. Oleh dokter.

Situasi dan kondisi sudah berubah, hubungan dokter dengan pasien yang bersifat paternalistik dan berdasarkan kepercayaan (*fiduciary relationship*) mulai goyah. Pemicu konflik atau terjadinya sengketa adalah kesalah pahaman, perbedaan penafsiran, ketidak puasan, ketersinggungan, kecurigaan, tindakan yang tidak patut, curang atau tidak jujur, diskriminasi, kesewenang-wenangan atau ketidakadilan. Untuk itu perlunya penyelesaiannya yang bijaksana dengan perdamaian atau mediasi atau konsultasi ahli.

Kata kunci : malpraktik, pelayanan kesehatan, *restorative justice*, diskriminasi.

A. Pendahuluan

1. Latar Belakang

Pelayanan kesehatan mempunyai arti yang sangat penting dan strategis bagi kelangsungan hidup manusia, baik bagi yang ekonomi kuat maupun yang ekonomi lemah. Tidak bagi manusia saja, tetapi juga untuk makhluk hidup lainnya seperti hewan atau binatang¹. Pelayanan kesehatan kepada masyarakat dewasa ini telah berkembang maju dan mengalami perubahan yang cukup signifikan, termasuk perubahan orientasi para pelayan kesehatan maupun orientasi para pengguna jasa pelayanan kesehatan tersebut.

Tindak pidana praktik kedokteran (malpraktik) semakin banyak terjadi dan diliput dalam pemberitaan media massa nasional, baik itu media cetak maupun media elektronik. Tampaknya kondisi sekarang sudah berubah, hubungan dokter dengan pasien yang bersifat paternalistik dan berdasarkan kepercayaan (*fiduciary relationship*) mulai goyah. Pemicu konflik atau terjadinya sengketa adalah kesalah pahaman, perbedaan penafsiran, ketidak puasan, ketersinggungan, kecurigaan, tindakan yang tidak patut, curang atau tidak jujur, diskriminasi, kesewenang-wenangan atau ketidakadilan².

Perubahan orientasi ini mempengaruhi proses penyelenggaraan pembangunan bidang kesehatan yang meliputi upaya promotif, preventif, kuratif, maupun rehabilitatif di semua jenjang pelayanan baik dasar maupun rujukan. Tetapi hingga saat ini, menurut The Hok Hong

¹ Suteki, 2003, *Strategi Pencegahan Pencurian Kayu Hutan Melalui Komunikasi Hukum Berjenjang*, Jurnal Masalah-Masalah Hukum Universitas Dionegoro, Semarang, hlm. : 210

² S. Tri Herlianto, *Mediasi Penal Alternatif Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Praktik Kedokteran*, Masalah-Masalah Hukum Jilid 43 No. 2, April 2014, ISSN 2086 – 2695, Diterbitkan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, hal 297

atas sakitnya Trimulyaningsih yang dipingpong rumah sakit mengadu ke DPRD, ia mengaku prihatin dengan pelayanan yang diberikan rumah sakit tersebut, semua orang tahu jika di antara rumah sakit pasti sudah ada semacam kesepakatan (MoU). Artinya, setiap instansi Pemerintah/Swasta dalam hal ini rumah sakit sudah selayaknya memperhatikan ketentuan yang ada³. Seiring dengan perkembangan tersebut, mulai marak pula gugatan masyarakat terhadap praktek pelayanan kesehatan yang dianggap merugikan pasien, lebih berorientasi profit maupun dianggap mengesampingkan pertimbangan-pertimbangan kemanusiaan⁴.

Pola pelayanan kesehatan oleh dokter maupun paramedis kepada masyarakat pengguna sebetulnya telah diatur dan diarahkan melalui aturan-aturan hukum dan etika medis agar tidak terjadi penyimpangan yang merugikan pasien. Aturan-aturan hukum tersebut antara lain Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan (UUK) dan peraturan perundang-undangan lain yang berkaitan dengan masalah pelayanan kesehatan. Dengan diterbitkannya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK), sering memicu persoalan yang timbul karena adanya perbedaan cara pandang dan perbedaan pemahaman antara pelayan kesehatan di satu sisi dan pengguna pelayanan kesehatan di sisi yang lain.

2. Metode Penelitian

Penelitian hukum ini adalah penelitian hukum doktrinal yaitu tidak semata-mata menelaah hukum sebagai peraturan perundang-undangan saja, tetapi juga menelaah bagaimana hukum dapat berpengaruh positif dalam kehidupan masyarakat. Penelitian yang telah dilakukan ini bersikap deskriptif analitis dan preskriptif⁵. Pendekatan yang dipergunakan dalam penelitian adalah pendekatan perundang-undangan (statue approach); pendekatan konsep (conceptual approach); dan pendekatan perbandingan (comparative approach)⁶.

3. Rumusan Masalah

Persoalannya adalah, *apakah dokter dan paramedis di dalam pelaksanaan tugasnya selalu mengikuti pedoman yang telah dituangkan dalam aturan hukum tersebut? Apakah seorang dokter atau paramedis dapat bertindak di luar pedoman hukum yang sudah disepakati dalam institusi pelayanan kesehatan seperti Rumah Sakit? Dengan kata lain, Mungkinkah aturan-aturan hukum mampu merespons struktur sosial yang melingkupi praktek pelayanan kesehatan yang dilakukan oleh dokter dan paramedis di rumah sakit?*

B. Perspektif Fungsionalisme-Struktural

³ Suara Merdeka, Jumat, 20 September 2013, Kedung Sapur, Dipingpong Rumah Sakit Mengadu ke DPRD, Semarang, hlm : 31. Ditegaskan Kepala Humas RSUP dr. Kariadi Semarang dr Darwito mengatakan, secara prinsip pihaknya tidak menolak pasien. Yang menggunakan jaminan kesehatan dari pemerintah atau tidak dilayani sama.

⁴ Bambang Poernomo, 2005, *Hukum Kesehatan*, Yogyakarta: Program Pasca Sarjana *Magister Manajemen Rumah Sakit UGM*, hlm : 365

⁵ Soerjono Soekanto, 2007, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, UI Press, hlm 50.

⁶ Johny Ibrahim, 2005, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Surabaya , Banyamedia Publishing, hlm 444.

Menurut logika sederhana dapat diasumsikan bahwa “semua aturan hukum sebagai bagian dari suatu sistem sosial harus fungsional terhadap subsistem sosial yang lain, terutama dalam sistem pelayanan kesehatan bagi masyarakat”. Itu berarti, para dokter dan paramedis harus bekerja mengikuti pedoman hukum yang sudah diatur dan disepakati bersama. Dengan dimainkannya fungsi, yang oleh Merton⁷, disebut sebagai ‘*fungsi manifest*’ atau fungsi yang diharapkan dilaksanakan oleh pelayan kesehatan dengan kontrol dari masyarakat, maka dengan sendirinya aturan hukum menjadi fungsional dalam sistem pelayanan kesehatan masyarakat. Perkembangan kriminologi secara garis besar dapat dikategorikan ke dalam tiga aliran pemikiran (paradigma), yaitu kriminologi klasik, kriminologi positivistic, dan kriminologi kritis. Tiga aliran pemikiran dalam kriminologi tersebut berpengaruh pada kiprah kriminologi dalam mempelajari obyek studinya, yaitu kejahatan⁸. Fungsi-fungsi manifest itu antara lain pelayanan tanpa ada diskriminasi, pelayanan yang mengutamakan aspek kemanusiaan, menghindari malpraktik, dan lain sebagainya.

1. Sebaliknya, apabila para dokter dan paramedis bersikap dan bertingkah laku di luar aturan-aturan hukum tersebut, maka mereka sebetulnya telah memainkan ‘*fungsi laten*’ atau fungsi yang tidak diharapkan⁹(Ritzer,1985).
2. Dalam praktek pelayanan kesehatan terhadap masyarakat, yang merupakan kebalikan dari fungsi manifest di atas, seperti: melalaikan kewajiban, melakukan suatu hal yang seharusnya tidak boleh diperbuat baik mengingat sumpah profesi maupun sumpah jabatan, mengabaikan sesuatu yang semestinya dilakukan, dan berperilaku tidak sesuai dengan patokan umum mengenai kewajaran yang diharapkan dari sesama rekan seprofesi (Purnomo, tanpa tahun 1-2). Fungsi-fungsi laten seperti itu dipandang sebagai peristiwa yang berpotensi menyimpang bahkan menentang fungsi-fungsi lain dalam sistem pelayanan kesehatan secara keseluruhan.

Para penganut aliran pemikiran fungsionalisme-struktural berpandangan bahwa seseorang yang bekerja dalam suatu sistem sosial dengan memainkan fungsi manifest atau fungsi laten, sangat tergantung kepada “*struktur sosial*”. Struktur sosial ini diartikan sebagai jaringan hubungan sosial di mana interaksi sosial berproses dan terorganisir serta melalui mana posisi sosial dari individu dan subkelompok dapat dibedakan.

Struktur sosial di mana seseorang itu bekerja ikut mewarnai pola pikir dan pola tingkah lakunya, sekalipun ia mendapat panduan dari sistem nilai atau norma-norma sosial. Dengan demikian, pola pikir dan pola tingkah laku seseorang itu bukan berada dalam suatu “*bejana*” yang kosong, melainkan selalu berada dalam suatu lingkup struktur sosial yang sangat kompleks. Itulah sebabnya¹⁰, Parsons, seorang ahli teori fungsionalisme-struktural, berpendapat

⁷ Ritzer George, (Penyadur Alimandan), 1985. *Sosiologi Ilmu Berparadigma Ganda*. Jakarta: CV. Rajawali, hlm : 27

⁸ IS. Susanto, 1995, Dalam Paulus Hadisuprpto, Pembinaan Narapidana Manusiawi : Tantangan Sistem Pemasyarakatan Di Indonesia, *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, Vol. XXXIII No. 3 September, 2003, Universitas Diponegoro, Semarang, hlm : 200

⁹ Ibid, Ritzer, 1985, Hlm : 22.

¹⁰Waters, Malcolm. 1994. *Modern Sociological Theory*. London-Thousand Oaks-New Dehli. SAGE Publications., hlm. : 142

bahwa setiap sistem tindakan, yang dalam hal ini dipandu oleh sistem norma dan nilai-nilai tertentu, selalu berada dalam suatu sistem yang lain yang disebut dengan '*sistem sosial*' yang memiliki struktur sosialnya sendiri.

Menurut Parsons¹¹, ada 5 kategori yang bisa kita pakai untuk menganalisis sistem-sistem sosial. Kategori-kategori itu menggambarkan ciri-ciri pokok relasi-relasi dalam proses interaksi. Kelima kategori itu, yakni:

- (a) Kategori perasaan (*affectivity*) atau netralitas perasaan (*affectivity-neutrality*). Yang dimaksudkan dengan kategori ini adalah bahwa tiap pelaku dalam proses interaksi harus menentukan apakah ia harus bertindak dengan cara implusif yang menyenangkan, atau dengan cara menahan diri dengan tidak mengindahkan soal senang tidaknya, gampang tidaknya, dan sebagainya.
- (b) Kategori arah diri (*self-orientation*) atau arah kolektivitas (*collectivity orientation*). Dengan kategori ini dimaksudkan agar si pelaku harus memilih antara bertindak demi kepentingan pribadi atau demi kepentingan umum.
- (c) Kategori partikularisme atau universalisme. Kategori ini menyangkut soal apakah seseorang harus bertindak atas dasar prinsip-prinsip umum yang berlaku tanpa pilih kasih, atau atas dasar relasi-relasi khusus (partikuler) dengan beberapa orang tertentu.
- (d) Kategori status bawaan (*ascription*) atau status perolehan sendiri (*achievement*) yang perlu diperhitungkan. Kategori ini penting dan perlu untuk menentukan corak relasi antara *Ego* dengan *Alter*. Jadi kategori ini menentukan apakah sikapnya harus ditentukan oleh ciri-ciri kualitas yang merupakan bawaan orang lain dan diakui resmi oleh masyarakat, ataukah oleh jasa-jasa, bakat, prestasi, pelayanan dan sebagainya yang ditampilkan oleh orang lain itu.
- (e) Akhirnya si pelaku dalam proses interaksi menghadapi dilema apakah ia harus menghubungi *alter* dalam fungsinya atau peranannya yang khusus. Jadi misalnya, apakah ia bertindak selaku pejabat, selaku kepala sekolah, selaku, selaku perwira dan sebagainya; ataukah ia bertindak sebagai sesama manusia atau teman yang fungsi atau peranannya tidak relevan pada saat interaksi.

Selain menginventarisasi ciri-ciri struktural yang membedakan sistem sosial yang satu dengan yang lain, Parsons¹² (Veeger, 1986:206-209) juga merumuskan empat "prasyarat fungsional" yang harus dicakup oleh setiap masyarakat, kelompok, atau organisasi. Keeempat prasyarat fungsional tersebut, yakni: (1) berusaha mengadaptasi diri dengan kondisi sosial, politik, ekonomi dan sebagainya. Pendeknya setiap sistem sosial harus berusaha memenuhi prasyarat itu agar tetap eksis; (2) Menetapkan tujuan dan kemungkinan untuk mencapainya; (3) Setiap satuan-satuan (subsistem) harus bisa mengintegrasikan diri ke dalam keseluruhan sistem sesuai dengan posisi dan peranan mereka masing-masing; dan (4) Setiap sistem sosial harus mampu mempertahankan identitas dirinya, yaitu nilai-nilai budaya yang bersifat mendasar sebagai pemberi ciri.

¹¹ Veeger, KJ, 1986, Veeger, K.J., 1986, *Realitas Sosial: Refleksi Filsafat Sosial atas Hubungan Individu-Masyarakat dalam Cakrawala Sejarah Sosiologi*. Jakarta: PT Gramedia, Hlm : :202-205

¹² Ibid, Veeger, 1986:206-209

Dengan demikian dapatlah dikatakan bahwa secara sistemik setiap pemegang peran (misalnya sebagai seorang pejabat, petugas profesional, polisi, dan lain sebagainya) dalam menjalankan atau dalam memfungsikan perannya selalu berada dalam dua pilihan dan pilihannya itu sangat ditentukan oleh dua komponen kekuatan yang berbeda. Kekuatan pertama yakni komponen nilai dan norma-norma sosial lainnya yang berfungsi sebagai pengontrol berjalannya fungsi dari peran tersebut. Kekuatan yang kedua adalah komponen sistem sosial yang di dalamnya mengandung struktur sosial yang demikian kompleks, misalnya *struktur birokrasi dari suatu lembaga, struktur sosial dari orang yang memanfaatkan lembaga tersebut, dan juga struktur sosial dari setiap pemegang peran*. Oleh karena itu, untuk bisa menjelaskan secara lebih baik pola pikir dan tingkah laku seseorang pemegang peran yang berada dalam suatu lingkup sistem nilai dan struktur sosial yang demikian kompleks seperti itu, diperlukan suatu penelaahan yang mendalam tentang semua komponen sosial di mana seseorang berada.

C. Analisis Fungsi Hukum dalam Pelayanan Kesehatan

Apabila perspektif fungsionalisme-struktural tersebut dipakai sebagai titik tolak untuk menjelaskan peran dokter dan paramedis dalam menjalankan fungsinya sebagai pelayan kesehatan, maka dapatlah diasumsikan bahwa *“sekalipun praktek pelayanan kesehatan yang dilakukan oleh dokter dan paramedis selalu dipandu oleh aturan-aturan hukum, namun secara sadar atau tidak, selalu dipengaruhi oleh struktur-struktur sosial yang melingkupinya”*.

Secara sederhana¹³, memperkenalkan tiga *fungsi hukum*, yakni fungsi hukum secara *represif, fasilitatif* dan secara *ideologis*. Secara represif, hukum berfungsi lebih mengarah kepada upaya untuk memobilisasi kekuatan fisik atau berupa suatu pemaksaan dalam rangka kontrol sosial. Fungsi fasilitatif hukum adalah berusaha memfasilitasi kebutuhan masyarakat mengikuti perkembangan sosialnya. Sedangkan secara ideologis hukum berfungsi sebagai kerangka atau sistem keyakinan atau kepercayaan yang berakar pada nilai-nilai.

Selain itu, Rahardjo¹⁴ juga memperkenalkan fungsi hukum sebagai mekanisme pengintegrasian masyarakat. Hal ini berarti, bahwa para anggota masyarakat harus mengakui bahwa institusi hukum itulah tempat di mana pengintegrasian dilakukan dan oleh karenanya masyarakat pun harus bersedia untuk menggunakannya atau memanfaatkannya. Dengan perkataan lain, rakyat harus dapat dimotivasikan untuk menggunakan institusi hukum sebagai sarana penyelesaian konflik-konfliknya.

Di samping hukum berfungsi sebagai pengintegrasian, hukum juga berfungsi untuk mengendalikan masyarakat dan bisa juga sebagai sarana untuk melakukan perubahan-perubahan dalam masyarakat (hukum sebagai perekayasa sosial). Jadi, di sini hukum tidak hanya dipakai untuk mengukuhkan pola-pola kebiasaan dan tingkah laku yang terdapat di dalam masyarakat, melainkan juga untuk mengarahkannya kepada tujuan-tujuan yang dikehendaki, menghapuskan pola tingkah laku yang sudah tidak cocok lagi, dan menciptakan pola-pola kelakuan baru yang lebih relevan dengan situasi dan kondisi tertentu.

¹³Milovanovic, Dragan, 1994, (Edisi kedua). *A Primer in the Sociology of Law*. New York: Harrow and Heston Publishers, Hlm : 8-12. Lihat juga di bagian lain dari buku ini halaman 121-122

¹⁴Rahardjo, Satjipto. 1991, (edisi revisi). *Ilmu Hukum*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, Hlm : 143

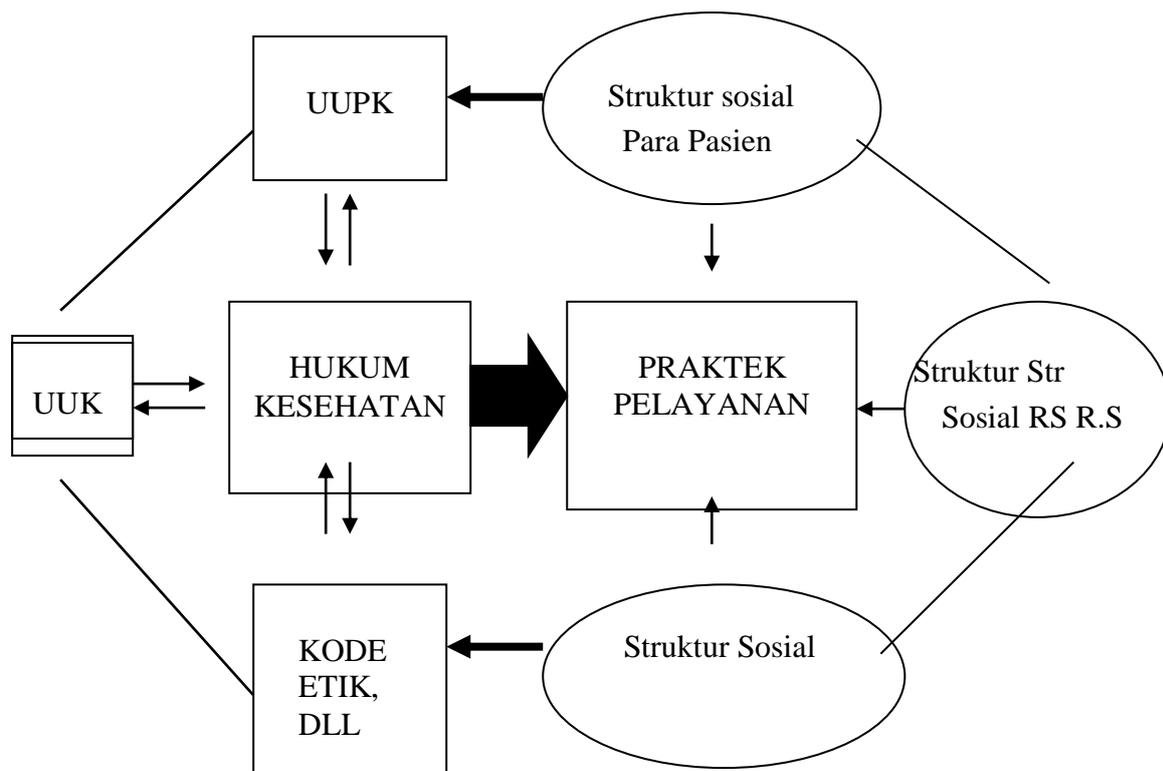
Secara umum ada banyak aturan-aturan hukum yang secara spesifik mengatur tentang praktek pelayanan kesehatan bagi masyarakat. Peraturan perundang-undangan itu antara lain¹⁵ :

- (a) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan yang dapat disingkat dengan UUK.
- (b) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen atau disingkat dengan UUPK.
- (c) Kode Etik Profesi yang menjadi pedoman dalam menjalankan profesi kedokteran maupun profesi yang lain dalam bidang kesehatan.
- (d) Peraturan perundang-undangan lain yang pada bagian-bagian tertentu berkaitan dengan bidang kesehatan seperti Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH-Perdata), dan lain sebagainya.

Terlepas dari keterbatasan pengaturannya, semua produk hukum tersebut dibuat untuk mengarahkan atau memandu sikap dan tindakan kaum profesional dalam bidang kesehatan. Sedangkan struktur sosial menentukan peranan-peranan dan pola-pola perilaku tertentu (Veeger, 1986: 201), yang oleh masyarakat diharapkan dari seorang dokter, paramedis, pasien, dan juga Rumah Sakit sebagai institusi pelayanan kesehatan masyarakat. Dengan demikian, ketunggalan subyek-subyek dan institusi itu secara individu melenyap di balik peranan-peranan yang telah dilembagakan oleh masyarakat. Di sini berarti, struktur-struktur sosial yang paling mendasar dan paling menentukan didalam praktek pelayanan kesehatan masyarakat antara lain : (a) komponen struktur sosialnya para dokter dan paramedis, (b) komponen struktur sosialnya para pasien, dan (c) komponen struktur sosialnya Rumah Sakit.

Dengan demikian, aturan-aturan hukum itu mampu berfungsi sebagai pedoman, pengatur dan pengarah atau tidak dalam praktek pelayanan kesehatan yang dilakukan oleh dokter dan paramedis, sangat tergantung pada struktur sosial di mana aturan-aturan hukum itu beroperasi. Secara skematis kerangka hubungan antara fungsi hukum dalam praktek pelayanan kesehatan di satu sisi dan komponen struktur sosial di sisi yang lain, dapatlah digambarkan sebagai berikut:

¹⁵ Bambang Poernomo, 2005, Hukum Kesehatan, Yogyakarta: Program Pasca Sarjana *Magister Manajemen Rumah Sakit UGM*, hlm 5- 6 ditegaskan Profesi *dokter* perlu mendapatkan jaminan perlindungan hukum dalam rangka (lihat misalnya dalam Soetedjo, Cs, 2000; dan Putra, 2001: 4-8)



D. Simpulan

Dari paparan yang ringkas tersebut dapatlah dibangun sebuah simpulan hipotetik secara umum, bahwa *“sekalipun praktek pelayanan kesehatan yang dilakukan oleh dokter dan paramedis selalu dipandu, diatur dan dikontrol oleh aturan-aturan hukum, namun secara sadar atau tidak selalu dipengaruhi oleh struktur-struktur sosial yang melingkupinya”*. Dengan kata lain, *“aturan-aturan Hukum itu dapat berfungsi sebagai pemandu, pengatur dan pengontrol sikap dan tindakan dokter serta paramedis dalam praktek pelayanan kesehatan, sangat tergantung pada struktur sosial di mana aturan-aturan hukum itu diterapkan”*.

Secara lebih spesifik, minimal ada tiga simpulan hipotetik tentang bagaimana hukum itu berfungsi dalam praktek pelayanan kesehatan yang dilakukan oleh dokter dan paramedis di Rumah Sakit, yakni:

- (1) Fungsi Hukum sebagai pengatur, pengarah dan pedoman pelaksanaan tugas profesional seorang dokter dan paramedis sangat ditentukan oleh struktur sosial dari Rumah Sakit di mana mereka bekerja.
- (2) Dokter dan paramedis dalam melaksanakan tugas profesionalnya selalu dituntun oleh hukum, tapi kualitas keberhasilan tuntunan hukum (hukum agama, hukum adat, keadilan, kepatutan) itu sangat tergantung pada struktur sosial para pasien yang membutuhkan pelayanan kesehatan dari kaum profesional kesehatan tersebut.
- (3) Dokter dan paramedis dalam melaksanakan tugas profesionalnya selalu dituntun oleh hukum, tapi kualitas keberhasilan tuntunan hukum itu sangat tergantung juga pada struktur sosial dari kaum profesional yang memberikan pelayanan kesehatan.

DAFTAR RUJUKAN

- Bambang Poernomo*, 2005, *Hukum Kesehatan*, Yogyakarta: Program Pasca Sarjana *Magister Manajemen Rumah Sakit UGM*,
- IS. Susanto, 1995, Dalam Paulus Hadisuprpto, *Pembinaan Narapidana Manusiawi : Tantangan Sistem Pemasarakatan Di Indonesia*, *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, Vol. XXXIII No. 3 September, 2003, Universitas Diponegoro, Semarang,
- Johny Ibrahim, 2005, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Surabaya , Banymedia Publishing
- Milovanovic, Dragan, 1994, (Edisi kedua). *A Primer in the Sociology of Law*. New York: Harrow and Heston Publishers,
- Rahardjo, Satjipto. 1991, (edisi revisi). *Ilmu Hukum*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti,
- Ritzer George, (Penyadur Alimandan), 1985. *Sosiologi Ilmu Berparadigma Ganda*. Jakarta: CV. Rajawali,
- S. Tri Herlianto, *Mediasi Penal Alternatif Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Praktik Kedokteran*, *Masalah-Masalah Hukum* Jilid 43 No. 2, April 2014, ISSN 2086 – 2695, Diterbitkan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang,
- Soerjono Soekanto, 2007, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, UI Press, .
- Suara Merdeka, Jumat, 20 September 2013, Kedung Sapur, Dipingpong Rumah Sakit Mengadu ke DPRD, Semarang,
- Suparmin, 2013, Dosen Fakultas Hukum Universitas Wahid Hasyim Semarang; dan Email : dr_suparmin@yahoo.com
- Suteki, 2003, *Strategi Pencegahan Pencurian Kayu Hutan Melalui Komunikasi Hukum Berjenjang*, *Jurnal Masalah-Masalah Hukum* Universitas Dionegoro, Semarang,
- Veeger, KJ, 1986, Veeger, K.J., 1986, *Realitas Sosial: Refleksi Filsafat Sosial atas Hubungan Individu-Masyarakat dalam Cakrawala Sejarah Sosiologi*. Jakarta: PT Gramedia,
- Waters, Malcolm. 1994. *Modern Sociological Theory*. London-Thousand Oaks-New Dehli. SAGE Publications

PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM DALAM PERKARA PERDATA BERDASAR ASAS PERADILAN YANG BAIK

Dedy Muchti Nugroho

Hakim Pengadilan Negeri Muaro Jambi

doktordedy@gmail.com

ABSTRAK

Mahkamah Agung Republik Indonesia sebagai pemegang kekuasaan peradilan tertinggi ternyata masih berpedoman bahwa hukum acara merupakan hukum yang mengatur bagaimana caranya melaksanakan hukum perdata materil sebagai aturan main (*spelregels*) dalam melaksanakan tuntutan hak. Hukum acara khususnya hukum acara perdata memiliki fungsi penting, sehingga harus bersifat *strict, fixed, correct*, tidak boleh disimpangi, tidak boleh bebas menafsirkannya dan bersifat imperatif (memaksa) bagi hakim. Hakim peradilan umum dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara perdata menghadapi kenyataan bahwa hukum tertulis ternyata tidak selalu dapat menyelesaikan masalah yang dihadapi, mengingat kodifikasi undang-undang meskipun tampak lengkap namun tidak pernah sempurna, sebab ribuan permasalahan yang tidak terduga akan diajukan kepada hakim.

Selama ini kuat anggapan yang menyatakan bahwa hakim perdata harus selalu bersikap pasif, sedangkan yang aktif hanya pihak-pihak berperkara atau kuasanya. Anggapan demikian, tidak sepenuhnya tepat. Dalam hukum acara perdata, hakim tidak semata-mata harus selalu bersikap pasif, melainkan dalam hal-hal tertentu hakim dimungkinkan, bahkan diwajibkan untuk bersikap aktif. Dalam hal-hal yang lain, hakim dibatasi untuk tetap bersikap pasif. Prinsip hakim bersikap aktif dalam perkara perdata tidak bertentangan dengan asas hakim bersikap pasif. Dalam hal yang bagaimana hakim harus tetap bersikap pasif, sedangkan dalam hal yang bagaimana pula hakim justru harus bersikap aktif, masing-masing menyangkut tindakan yang berbeda antara satu sama lain. Sifat pasif tersebut bermakna bahwa hakim tidak dapat menentukan luasnya sengketa dan hanya para pihak yang bersengketa yang menentukan kapan perkara akan diajukan dan kapan perkara akan diakhiri. Prinsip hakim bersikap aktif di dalam perkara perdata dimaksudkan untuk menjamin kelancaran jalannya proses persidangan, meminimalisir terjadinya gugatan tidak dapat diterima (*niet onvankelijke verklaard*) dan untuk menjamin agar putusan yang dijatuhkan tersebut dapat dilaksanakan (*executable*).

Kata kunci : Penemuan Hukum, Hakim, Perdata, Asas Peradilan Yang Baik

A. PENDAHULUAN

Salah satu ciri dan prinsip pokok dari negara hukum adalah lembaga peradilan yang bebas dari kekuasaan lain dan tidak memihak.¹ Eksistensi lembaga peradilan sebagai salah satu pendistribusi keadilan tidak dapat dilepaskan dari penerimaan dan penggunaan hukum modern di Indonesia. Hukum modern di Indonesia diterima dan dijalankan sebagai suatu institusi baru yang didatangkan atau dipaksakan (*imposed*) dari luar², yakni melalui kebijakan kolonial di

¹ Moh. Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1999, hlm. 5.

² Keadaan atau perkembangan seperti itu tidak hanya dialami oleh bangsa Indonesia, melainkan umumnya negara-negara di luar Eropa dan khususnya di Asia Timur, termasuk Indonesia. Keadaan seperti itu terjadi pula di China, Korea, Jepang dan lain-lain. Lihat Satjipto Rahardjo, "Supremasi Hukum dalam Negara Demokrasi dari

Hindia-Belanda.³

Dalam kehidupan hukum di masa Hindia-Belanda, bangsa Indonesia tidak mengambil tanggung jawab sepenuhnya dalam masalah penegakan, pembangunan dan pemeliharaan hukumnya, melainkan hanya sekedar menjadi penonton dan objek kontrol oleh hukum. Sedangkan sejak hari kemerdekaan, bangsa Indonesia terlibat secara penuh ke dalam aspek penyelenggaraan hukum, mulai dari pembuatan sampai pelaksanaannya di lapangan.⁴

Padahal secara jujur, dilihat dari optik sosio kultural, hukum modern yang digunakan tetap merupakan semacam “benda asing dalam tubuh kita”. Oleh sebab itu, untuk menanggulangi kesulitan yang dialami bangsa Indonesia disebabkan menggunakan hukum modern, adalah menjadikan hukum modern sebagai kaidah positif menjadi kaidah kultural.⁵ Sistem hukum⁶ modern yang liberal ternyata tidak dirancang untuk memikirkan dan memberikan keadilan yang luas kepada masyarakat, melainkan untuk melindungi kemerdekaan individu. Selain itu, akibat sistem hukum liberal tidak dirancang untuk memberikan keadilan substantif, maka seseorang dengan kelebihan materiil akan memperoleh “keadilan” yang lebih daripada yang tidak.

Akibat berlangsungnya transplantasi sistem hukum asing (Eropa) ke tengah tata hukum (*legal order*) masyarakat pribumi yang otonom tersebut, maka ada konsekuensi yang harus ditanggung oleh bangsa Indonesia ketika harus terlibat penuh dalam penyelenggaraan hukum. Konsekuensi tersebut berupa keniscayaan untuk membangun dan mengembangkan perilaku hukum (*legal behavior*)⁷ baru dan budaya hukum untuk mendukung perubahan status dari jajahan ke kemerdekaan.

Kajian Sosio Kultural”, dalam Makalah Seminar Nasional, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 27 Juli 2000, hlm. 5-6.

³ Kebijakan itulah yang kemudian dikenal dengan sebutan *de bewuste rechtspolitik*. Kebijakan untuk membina tata hukum kolonial secara sadar memiliki efek di satu pihak mengontrol kekuasaan dan kewenangan raja dan aparat eksekutif atas daerah jajahan, dan di lain pihak akan ikut mengupayakan diperolehnya perlindungan hukum yang lebih pasti bagi seluruh lapisan penduduk yang bermukim dan/atau berusaha di daerah jajahan. Kebijakan ini khususnya yang bertalian dengan langkah-langkah tindakan yang diambil para politisi eksponennya di bidang perundang-undangan, pemerintahan dan pengadilan. Lihat Soetandyo Wignjosebroto, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional - Dinamika Sosial Politik Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994, hlm. 19-20.

⁴ Eman Suparman, *Arbitrase dan Dilema Penegakan Keadilan*, PT Fikahati Aneska, Jakarta, 2012, hlm. 120-121.

⁵ Negara Jepang merupakan kasus studi yang sangat menarik karena kemampuannya untuk menggunakan dan menyerap hukum modern dan pada waktu yang sama menjaga kelangsungan tatanan sendiri. Permasalahannya, bagaimanapun juga hukum modern dan *Rule of Law* mengandung muatan kultural barat yang sangat kuat. Oleh karena itu, untuk menjadikan hukum modern suatu kaidah kultural bagi bangsa kita, diperlukan usaha terus menerus berupa suatu “*internal cultural discourse and cross-cultural dialogue*”, Satjipto Rahardjo, *Loc.Cit.*

⁶ Mengenai sistem hukum, Adi Sulistiyono menguraikan bahwa, yang tertangkap tangan dalam pikiran masyarakat adalah hukum positif yang berlaku di suatu negara, atau para legislator yang membuat undang-undang, atau kegiatan-kegiatan yang dilakukan oleh para pejabat hukum. Padahal, sistem hukum tidak hanya berisi materi hukum, namun masih ada unsur lain yang selama ini kurang disadari oleh masyarakat. Lihat Adi Sulistiyono, *Mengembangkan Paradigma Penyelesaian Sengketa Non-Litigasi Dalam Rangka Pendayagunaan Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis/Hak Kekayaan Intelektual*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum, Universitas Diponegoro, Semarang, 2002, hlm. 4.

⁷ Perilaku hukum (*legal behavior*) adalah perilaku yang dipengaruhi oleh aturan, keputusan, perintah atau undang-undang yang dikeluarkan oleh pejabat dengan wewenang hukum. Lihat Lawrence M. Friedman, *American Law an Introduction* ; Hukum Amerika Sebuah Pengantar (alih bahasa : Wisnu Basuki), Tatanusa, Jakarta, 2001, hlm. 280.

Lembaga peradilan tidak sekedar hiasan bagi terpenuhinya unsur formal suatu negara hukum, namun demi tegaknya keadilan, kepastian hukum, persamaan di depan hukum dan perlindungan terhadap harkat kemanusiaan sebagai mahluk Tuhan Yang Maha Esa yang sama hak dan kewajiban asasinya. Lembaga peradilan merupakan satu institusi yang nampak sebagai suatu organisasi yang memiliki sifat *interdependensi* dengan banyak faktor kehidupan hukum dan sosial. Peradilan juga merupakan kesatuan konsep serta elemen, meliputi budaya hukum, norma-normanya serta gerak pelaksanaan dari lembaga peradilan itu sendiri, maupun faktor-faktor sosial lainnya.⁸ Hakim⁹ sebagai pelaksana lembaga peradilan memiliki fungsi untuk memberikan putusan konkret yang diajukan kepadanya untuk diadili sesuai kaidah hukum yang ditetapkan oleh pembentuk undang-undang.¹⁰

Persoalan utama yang dihadapi lembaga peradilan adalah cara pandang hakim terhadap hukum yang amat kaku dan normatif-prosedural dalam melakukan konkretisasi hukum. Hakim hanya menangkap apa yang disebut “keadilan hukum” (*legal justice*), namun gagal menangkap “keadilan masyarakat” (*social justice*). Hakim telah meninggalkan pertimbangan hukum yang berkeadilan dalam putusannya. Akibat, kinerja pengadilan sering disoroti karena sebagian besar dari putusan-putusan pengadilan masih menunjukkan lebih kental “bau formalisme-prosedural” daripada kedekatan pada “rasa keadilan warga masyarakat”.¹¹ Dalam kasus pembebasan tanah untuk dijadikan waduk di Kedung Ombo pada proses kasasi terdapat penemuan hukum yang didasarkan pada rasa keadilan masyarakat,¹²

Berdasarkan putusan tersebut terlihat adanya keaktifan dan keberanian dari hakim untuk melepaskan diri dari ketentuan perundang-undangan (*judicial activism*).¹³ Adapun pengertian *judicial activism* adalah suatu filosofi dari pembuatan putusan peradilan dimana para hakim mendasarkan pertimbangan-pertimbangan putusan, antara lain pada pandangan hakim terhadap perkembangan baru atau kebijakan publik yang berkembang dan sebagainya. Pertimbangan tersebut menjadi arahan bagi hakim dalam memutuskan suatu kasus yang bersangkutan karena adanya perkembangan baru atau berbeda dengan putusan-putusan sebelumnya dalam kasus

⁸ Yos Johan Utama, *Membangun Peradilan Tata Usaha Negara yang Berwibawa*, Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum - Universitas Diponegoro, Semarang : Badan Penerbit Universitas Diponegoro, hlm. 4.

⁹ Ketika kata hakim ditulis “*haakim*” berarti hakim atau pemutus, apabila ditulis panjang “*haakiim*” dalam bahasa Arab berubah artinya menjadi filsuf atau pemikir. Jadi, hakim sejatinya merupakan seorang filsuf dalam M. Fauzan, *Filsafat Hermeneutika Sebagai Metode Penemuan Hukum Yurisprudensi*, Varia Peradilan Nomor 290, Januari 2010, hlm. 38.

¹⁰ R. Tresna, *Peradilan di Indonesia dari Abad ke Abad*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1978, hlm. 109.

¹¹ Eman Suparman, *Sistem dan Restrukturisasi Badan Peradilan*, makalah disampaikan pada perkuliahan “Sistem Peradilan Indonesia” pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Sebelas Maret, Surakarta pada hari Jum’at tanggal 21 November 2014.

¹² Setelah melalui persidangan pada tingkat kasasi di Mahkamah Agung, maka Majelis Hakim yang terdiri diketuai oleh Prof. Askin Kusumah Atmadja telah mengabulkan lebih daripada yang diminta yaitu memutuskan ganti-rugi tanah sebesar Rp. 50.000,00 (Lima Puluh Ribu Rupiah) per meter persegi. Padahal menurut Ketua Mahkamah Agung saat itu, penduduk meminta Rp. 10.000,00 (Sepuluh Ribu Rupiah). Para Hakim Agung juga memberikan ganti-rugi immateriil sebesar Rp. 2 milyar. Padahal warga tidak menuntutnya sehingga Ketua Mahkamah Agung yang juga Ketua Majelis Peninjauan Kembali menilai putusan Mahkamah Agung dalam Kasus Kedung Ombo bertentangan dengan undang-undang.

¹³ Lihat ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi “Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

yang sama. Istilah *judicial activism* sebenarnya sangat populer di negara-negara dengan tradisi *common law*, namun dalam perkembangannya juga dianut dalam negara-negara dengan tradisi bukan *common law*.

B. PERUMUSAN MASALAH

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka permasalahan dalam artikel ini, yaitu :

- Apakah sebenarnya esensi penemuan hukum oleh hakim dalam masyarakat pluralistik ?
- Bagaimana membangun model penemuan hukum oleh hakim peradilan umum berdasar asas peradilan yang baik ?

C. PEMBAHASAN

1. Esensi Penemuan Hukum Oleh Hakim

a. Nilai Keadilan Dalam Argumentasi Putusan Hakim

Nilai¹⁴ 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 hierarki dan piramidal.

Apabila ditinjau dari stratifikasi¹⁵ nilai dasar Pancasila maka nilai keadilan sosial merupakan nilai puncak piramida dari sistem nilai Pancasila. Menurut Notonagoro, nilai-nilai Pancasila termasuk nilai kerohanian, namun nilai kerohanian yang mengakui nilai material dan nilai vital. Nilai sila pertama yaitu ketuhanan sebagai basisnya dan keadilan sosial sebagai tujuannya.¹⁶

Keadilan memiliki beraneka ragam makna dan keragaman makna tersebut telah menyebabkan keragaman dalam pendefinisian. Sebenarnya dalam tradisi ilmu-ilmu sosial sudah banyak refleksi tentang makna keadilan sosial¹⁷ dan kiranya para *founding fathers* republik ini

¹⁴ Nilai atau *valere* artinya kuat, baik dan berharga. Nilai menyangkut penilaian. Nilai suatu hal sangat ditentukan oleh hasil interaksi antara subyek yang menilai dan obyek yang dinilai. Lihat Bambang Daroeso, *Dasar dan Konsep Pendidikan Moral Pancasila*, Aneka Ilmu, Semarang, 1989, hlm. 19. Konstruksi nilai tidak mendapatkan konsensus tentang definisinya karena konstruksi nilai lebih abstrak dan bertingkat lebih tinggi daripada sikap, sehingga lebih sukar 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.

¹⁵ Max Scheler mengemukakan bahwa nilai yang ada tidak sama luhurnya dan tidak sama tingginya. Menurut tinggi rendahnya nilai dapat digolongkan menjadi empat tingkatan yaitu : (1). Nilai kenikmatan (erat dengan indera manusia) ; (2). Nilai kehidupan (misal kesehatan) ; (3). Nilai kejiwaan (kebenaran dan keindahan) ; dan (4). Nilai kerohanian (nilai-nilai pribadi moral). Lihat Driyakara, *Percikan Filsafat*, Pembangunan Nasional, Jakarta, 1978, hlm. 9-10. Menurut Notonagoro, nilai dibagi menjadi 3 (tiga) macam, yaitu : (1). Nilai material (untuk jasmani manusia) ; (2). Nilai vital (untuk aktifitas 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, hlm. 77. Lihat juga dalam Kaelan, *Filsafat Pancasila : Pandangan Hidup Bangsa*, Paradigma, Yogyakarta, 2002, hlm. 124-125.

¹⁶ Darji Darmodiharjo, *Santiaji Pancasila*, Usaha Nasional, Jakarta, 1979, hlm. 88.

¹⁷ 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

pun mendasarkan gagasan dan cita-cita mereka pada gagasan yang dikatakan universal tersebut, meskipun banyak orang yang mengartikan keadilan sosial adalah keadilan distributif walaupun ada perbedaan cukup mendasar antara keadilan sosial dengan keadilan distributif. 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 tiga kelompok yaitu (1). Ekonomi (uang) ; (2). Politik (kuasa) dan (3). Sosial (status).¹⁸ Marxisme memandang keadilan bukan dari aspek distribusinya, namun dari aspek produksi. Distribusi masih dapat diatur dan diperbaiki (fiskal progresif, misalnya), namun selama produksi berada di tangan kapitalis, maka selama itu pula ada masalah dengan keadilan.¹⁹

Kajian hukum dalam bentuk undang-undang sebagai produk dari para legislatif, memang undang-undang tidak selalu jelas dan jelas dalam mengatur kepentingan warga masyarakat yang semakin maju dan berkembang, karena sifatnya yang abstrak atau diberlakukan secara umum, bahkan kadang-kadang undang-undang ketinggalan jaman atau usang.

Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo mengemukakan, undang-undang itu tidak sempurna karena memang tidak mungkin undang-undang mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada kalanya undang-undang itu tidak lengkap dan ada kalanya undang-undang itu tidak jelas, meskipun tidak lengkap dan tidak jelas undang-undang harus dilaksanakan. Dalam hal terjadi pelanggaran undang-undang, hakim harus melaksanakan atau menegakkan undang-undang. Hakim tidak dapat menanggukhkan pelaksanaan atau penegakan undang-undang yang telah dilanggar. Hakim tidak dapat dan tidak boleh menanggukhkan atau menolak menjatuhkan putusan dengan alasan, karena hukumnya tidak lengkap atau tidak jelas atau dengan dalih tidak sempurnanya undang-undang.²⁰

Selanjutnya dikemukakan, undang-undang tidak mungkin lengkap karena undang-undang hanya merupakan satu tahap dalam proses pembentukan hukum dan terpaksa mencari kelengkapannya dalam praktik hukum dan hakim.²¹ Dengan diadakannya kodifikasi di Jerman pada tahun 1900 timbulah pendapat bahwa tidak terdapat kekosongan-kekosongan atau kekurangan dalam undang-undang, namun kemudian timbul pendapat bahwa undang-undang

pemenuhan kebutuhan material yang harus diatur dalam organisasi dan sistem ekonomi yang berdasarkan kekeluargaan. Kesejahteraan sosial adalah sarana materiil yang harus dipenuhi untuk mencapai rasa aman dan tenteram yang disebut sebagai keadilan sosial. Sedangkan keadilan sosial merupakan tujuan yang lebih tinggi daripada sekedar kesejahteraan. Lihat Mubyarto, *Sistem dan Moral Ekonomi Pancasila*, LP3ES, Jakarta, 1988, hlm. 5-6. Pengertian lebih detail tentang kesejahteraan sosial dapat dikaji dalam Muhammad Suud, *3 (Tiga) Orientasi Kesejahteraan Sosial*, Perpustakaan Nasional, Jakarta, 2006, hlm. 1-18.

¹⁸ Brian Barry, *Theories of Justice*, Harvester-Wheatssheaf, London, 1989, hlm. 146.

¹⁹ Bur Rasuanto, *Keadilan Sosial (Pandangan Deontologis Rawls dan Habermas)*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005, hlm. 14.

²⁰ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Op.cit.*, 1993, hlm. 3-4.

²¹ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Op.cit.*, hlm. 8.

itu tidak sempurna, banyak kekurangan-kekurangannya yang harus dilengkapi atau diisi oleh hakim. Dengan makin melepaskan diri dari sistem timbul pandangan bahwa putusan-putusan itu tidak begitu saja berasal dari undang-undang maupun dari sistem asas-asas hukum atau pengertian hukum, melainkan ada unsur penilaian memegang peranan (*freirechtbewegung*).²²

Melalui praktik pengadilan berbagai kepentingan di balik aturan hukum yang abstrak tersebut dimasukkan pengaruh negatif oleh hakim dan aparat penegak hukum lainnya dalam proses pengambilan putusan, sehingga putusan pengadilan melalui diktum hakim yang dirumuskan dalam rangkaian kata-kata dalam suatu kalimat yang memuat pandangan hidup pribadi hakim itu sendiri.

Idealnya dalam mengambil putusan terhadap suatu perkara, hakim memertimbangkan 4 (empat) elemen, yaitu aspek filosofis, asas-asas hukum, aturan hukum positif dan budaya masyarakat hukum. Keempat elemen tersebut dimasukkan secara proporsional dalam proses pengambilan putusan hukum, termasuk juga dalam melakukan legislasi dapat mencegah untuk mengurangi kemungkinan masuknya kepentingan non hukum yang dominan dalam proses pengambilan putusan pengadilan.

Penegakan hukum yang mengutamakan kepastian hukum merupakan pandangan legisme yang berlebihan, menjadi kendala masuknya asas-asas hukum dan nilai (keadilan) yang hendak ditegakkan oleh hukum ke dalam putusan pengadilan. Penegakan hukum yang mengabaikan nilai keadilan dapat menjauhkan cita rasa keadilan masyarakat dan pada gilirannya akan memengaruhi citra hukum dan penegakan hukum di mata masyarakat.

Jika keadaan ini dibiarkan, masyarakat kemungkinan akan memilih caranya sendiri untuk menemukan rasa keadilan, meskipun itu bertentangan dengan aturan hukum yang ada untuk main hakim sendiri. Persoalan hukum dan penegakan hukum dapat diindikasikan sebagai berikut :²³

1. Peraturan hukum yang ada sudah *out of date*. Peraturan hukum yang ada tidak lagi sesuai dengan gagasan ideal masyarakat terkini yang terus menerus bergerak dan berkembang secara dinamis ;
2. Peraturan hukum yang ada tidak harmonis atau belum menyatu dalam suatu sistem hukum positif. Peraturan hukum yang ada tidak lagi sesuai dengan peraturan hukum yang lain disebabkan karena adanya peraturan hukum (*legislasi*) baru di bidang kehidupan yang lain, baik substansinya memiliki kedudukan yang tinggi (mengatur/memberi landasan/*umbrella act*) ;
3. Ada aspek kehidupan manusia yang belum diatur oleh aturan hukum. Persoalan tersebut muncul setelah peraturan hukum yang ada tidak dapat dicanggihkan melalui teknologi ilmu hukum untuk merespon permasalahan kehidupan sehari-hari ;
4. Praktik penerapan atau penegakan hukum yang dirasakan langsung oleh masyarakat (*law in action/law in concreto*) ternyata tidak sesuai dengan hukum yang ada dalam peraturan

²² Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Op.cit.*, hlm. 11.

²³ Mudzakir, *Eksaminasi Publik, Partisipasi Masyarakat Mengawasi Peradilan*, ICW, Jakarta, 2003, hlm. 92-93.

perundang-undangan hukum positif (*law in book/law in abstracto*) karena tidak diterapkan atau tidak ditegakkan sebagaimana seharusnya oleh aparat penegak hukum disebabkan karena terjadi penyimpangan dalam penegakan dan penerapan hukum ;

Menurut H.R. Otje Salman,²⁴ bahwa hakim dalam kaitannya dengan penegakan hukum ini adalah dua hal yang saling berkaitan dan tidak dapat dipisahkan yaitu “Hukum dan Keadilan”, sebagaimana seorang filsuf hukum terkemuka Gustav Radbruch menjelaskan bahwa hukum adalah hasrat kehendak untuk mengabdikan keadilan. Apabila hukum secara sadar dan sengaja mengingkari keadilan, misalnya secara seenaknya dan tidak menentu kepada manusia memberikan, namun sekaligus juga menolak hak-hak dasarnya, maka undang-undang yang demikian kehilangan kekuatan berlaku karena itu pula rakyat tidak wajib menaatinya. Oleh karena itu, para ahli atau penegak hukum harus memiliki keberanian untuk menolak dan menyangkal dan tidak mengakui sifat hukum dari undang-undang tersebut. Adalah tidak berlebihan bahwa hukum itu sebagaimana dikatakan oleh C.F. Louis merupakan sebuah *living organism*,²⁵ yang daya tahan hidupnya sangat bergantung pada pembaharuan dan penyempurnaan (*living organisme its vitality dependent upon renewal*), yang di dalamnya terdapat fungsi idiil seperti unsur-unsur kesucilaan (*zedelijk element*) rasional-akaliyah (*verstandelijk element van het recht*), keduanya adalah bahan idiil dari hukum, sekaligus memperlihatkan fungsi riilnya, yaitu unsur manusia dan masyarakat, alam lingkungan, dan tradisinya. Pada dasarnya tugas hakim dalam penegakan hukum akan sangat berkait erat dengan persoalan filsafat hukum, sebagaimana dikatakan Roscoe Pound bahwa salah satu objek filsafat hukum adalah *the application of law*,²⁶ atau menurut Golding, sebagai *the critical evaluation of laws and legal institution ... and the study of judicial decision making*.²⁷ Oleh karena itu, tugas hakim secara konkret adalah mengadili perkara yang pada dasarnya atau hakikatnya adalah melakukan penafsiran terhadap realitas, yang sering disebut penemuan hukum. Apabila dilihat lebih jauh secara filsafat hukum maka penemuan hukum dapatlah digambarkan sebagai berikut:

- a. Apakah penemuan hukum hanya sekedar penerapan hukum semata (*rechtstespasing*), yakni memasukkan atau mensubsumsi fakta posita (premis minor) ke dalam peraturan atau undang-undang (*premis mayor*) secara *silogisme* formil, sebagaimana positivisme hukum, karena disadari bahwa undang-undang sudah lengkap dan sempurna untuk setiap persoalan yuridis ;
- b. Apakah penerapan hukum yang didasarkan kepada anggapan bahwa undang-undang itu belum lengkap dan sempurna, namun undang-undang dipandang memiliki ekspansi logis

²⁴ H.R. Otje Salman S., *Beberapa Aspek Hukum Dalam Penegakan Hukum Melalui Penemuan Hukum di Indonesia*, PNRI, Jakarta, 2008, hlm. 31.

²⁵ C.F. Louis L. Jaffe, *English and American Judges as Law Makers*, Clarendon Press, Oxford, 1969, hlm. 1.

²⁶ Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 2011, hlm. 48.

²⁷ Martin P. Golding, *Philosophy of Law*, Prentice-Hall, Inc. New Jersey, 1975, hlm. 4. Lihat pula Anthony Flew, *A Dictionary of Philosophy*, Pan Books and The Mac Millan, Press, London, 2015, hlm. 182.

dan jangkauan melebar menurut logika (*logische Expansionskraft*) *Begriffsjurisprudenz* dan *Konstruktionsjurisprudenz* ;

- c. Apakah penerapan hukum hanya menempatkan undang-undang sebagai posisi sekunder dan sebagai kompas, jiwa dan aspirasi rakyat bahwa hukum kebiasaan digunakan sebagai sumber hukum utama, sebagaimana dilakukan *Interessenjurisprudenz* atau aliran sejarah hukum atau aliran sosiologis ;²⁸
- d. Apakah penerapan hukum merupakan penciptaan hukum (*rechtsshepping*) sebagaimana diajarkan oleh aliran hukum bebas,²⁹ yakni bebas dari ikatan mutlak undang-undang ;
- e. Atau penerapan hukum merupakan karya *logis-rasional* sekaligus *etis-irasional*, sebagaimana diajarkan aliran sistem hukum terbuka.³⁰

Adanya kecenderungan para hakim hingga saat ini demi alasan aman dan kemudahan untuk menerapkan pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan terhadap peristiwa hukumnya, ia lebih cenderung untuk berpikir logis, mekanis, linear dan sekedar membunyikan undang-undang, ia lebih menitikberatkan pada kepastian hukum dibandingkan dengan rasa keadilan yang diinginkan masyarakat. Pilihan-pilihan tersebut tidak dapat begitu saja menjadikan hakim dikerdilkan dari pergaulan dalam tugasnya, karena ia juga menjalankan tugasnya berpedoman pada undang-undang yang berlaku dan sistem, cara tersebut juga tidak dilarang, dalam arti jika hakim tidak menaati akan dikenakan sanksi atau hukuman, misalnya diturunkan pangkatnya atau dicopot sebagai hakim.

b. Penemuan Hukum Dalam Masyarakat Pluralistik-Prismatik

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, adat dan kedaerahan. Masyarakat Indonesia oleh Furnival³¹ 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 prismatik (*prismatic society*).³²

Kondisi masyarakat yang plural dan prismatik tersebut harus disikapi dengan arif agar bangsa Indonesia dapat menjadi *survival of the fittest* di dunia internasional dalam era

²⁸ Wolfgang Friedmann, *Legal Theory*, Stevens & Song Ltd. London, 2011, hlm. 234-237.

²⁹ *Ibid.*, hlm. 244.

³⁰ Lihat Paul Scholten, *Algemeen Deel*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1999, hlm. 8-15.

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

³² Ronny Hanitijo Soemitro, *Studi Hukum dan Masyarakat*, Alumni, Bandung, 2009, hlm. 80.

globalisasi. Hukum tampil sebagai kekuatan untuk mengatur (*regulative*) dan melakukan integrasi (*law as an integrative mechanism*)³³ sebagaimana dikemukakan oleh Harry C. Bredemeier.

Satjipto Rahardjo³⁴ mengemukakan konsep hukum progresif yang berdasarkan 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 hanya menggunakan rasio (logika), melainkan juga sarat dengan kenuranean atau *compassion*. Di sinilah pintu masuk untuk semua modalitas, yaitu empati, kejujuran, komitmen, dan keberanian.

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

a. 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 ;

b. 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-

³³ Konsep tentang fungsi hukum sebagai mekanisme pengintegrasian dapat dilihat 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 Wignjosoebroto, 1976, tidak diterbitkan.

³⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm. 47-48.

Nisaa' (4) ayat 176 kata “*walad*” diartikan meliputi anak laki-laki dan anak perempuan. Sejalan dengan itu, Ibnu Abbas berpendapat bahwa anak perempuan menghibab paman. Doktrin ini dipahami bahwa anak perempuan tunggal menghibab 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*.³⁵

Pola penalaran hukum prismatic dalam konsep negara hukum Indonesia merupakan kewajiban para hakim dalam praktik pengembangan hukum di pengadilan. *Mind set* hakim 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*. 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.

2. Membangun Model Penemuan Hukum Oleh Hakim

Menurut Roscoe Pound,³⁶ ada tiga langkah yang dilakukan hakim dalam mengadili suatu perkara :

1. Menemukan hukum, menetapkan kaidah 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 ;
2. Menafsirkan kaidah yang dipilih atau ditetapkan, yaitu menentukan maknanya sebagaimana pada saat kaidah itu dibentuk ;
3. Menerapkan pada perkara yang sedang dihadapi kaidah yang ditemukan dan ditafsirkan demikian ;

Membangun model penemuan hukum oleh hakim dimaksudkan bahwa hakim harus berani melakukan penafsiran untuk keluar dari makna teks undang-undang agar dapat berfungsi mewujudkan dan memberikan perlindungan bagi komunitas masyarakat pencari keadilan, namun dalam kenyataan banyak tantangan. Sebagaimana dikemukakan, perkembangan pemikiran kritis tentang hukum di Indonesia cukup menggembirakan terutama di kalangan akademisi dan pegiat hukum, meskipun tantangan untuk dapat memberi pengaruh pada perombakan sistem hukum nasional masih merupakan pekerjaan berat dan jangka panjang.

³⁵ Syarif Mappiase, *Logika Hukum Pertimbangan Putusan Hakim*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2015, hlm. 134.

³⁶ Roscoe Pound, *An Introduction to The Philosophy of Law*, diterjemahkan oleh Mohammad Radjab, *Pengantar Filsafat Hukum*, Bhatara, Jakarta, 1998, hlm. 62.

Tantangan terbesar para pemikir kritis hukum adalah kemampuannya untuk mendekonstruksi pemikiran hukum dominan di Indonesia yang pondasi teoritiknya berbasis pemikiran legal positivisme.³⁷ Soetandyo Wignjosoebroto mengemukakan, hukum perundang-undangan nasional berikut konkretisasinya dalam bentuk amar-amar putusan pengadilan dicitakan selalu terbuka terhadap berbagai kajian dan kritik dekonstruktif yang dilakukan lewat berbagai gerakan sosial peduli hukum, agar hukum nasional dapat berfungsi sebagai salah satu kekuatan penggalang kehidupan masyarakat Indonesia baru yang mampu bertindak responsif untuk kepentingan publik.³⁸

Dekonstruksi harus berdasarkan kebijakan "pembalikan hierarki" dan upaya metode penemuan baru untuk menafsir ulang maksud yang terkandung dalam norma hukum. Mengenai kebijakan yang disebut *the reserval of hierarchies* yang dalam bahasa aslinya norma hukum mengandung dua nilai kepentingan, yaitu suatu dominan yang lebih diutamakan dan lainnya tidak diutamakan. Dekonstruksi harus bekerja untuk segera menampilkan pihak yang selama ini kepentingannya tidak ditampilkan dan karena itu tidak dibicarakan. Dekonstruksi melalui penafsiran ulang isi kandungan sebuah norma hukum yang ada dilakukan berdasarkan ide *the free play of the text*. Suatu teks undang-undang atau teks amar putusan hakim selesai dirumuskan akan begitu terbebas dari maksud perumusannya yang semula. Setiap teks memiliki riwayat hidupnya sendiri. Setiap generasi akan mengubah isi teks itu kembali lewat berbagai kesempatan berijtihad, sedangkan generasi terdahulu penciptanya tidak lagi ada dayanya untuk mencegahnya.

Sebagaimana hasil penelitian terdapat beberapa putusan di tingkat kasasi pada Mahkamah Agung Republik, dimana proses terbentuknya putusan oleh hakim melalui empat tahapan yang harus dilewati yakni mengkonstatasi fakta-fakta, mengkualifikasikan nama peristiwa dan mengkonstitusikan peristiwa hukum, menerapkan aturan hukum dalam format putusan.³⁹ Putusan-putusan perkara perdata tersebut, antara lain :

1. Putusan Majelis Hakim Pengadilan Negeri Kabanjahe Nomor : 2/Pdt.G/1999/PN.Kbj tertanggal 2 Maret 1999, tentang keabsahan perkawinan adat Batak Karo ;
2. Putusan Majelis Hakim Pengadilan Negeri Kota Malang Nomor : 24/Pdt.G/2006/PN.Mlg tertanggal 8 Agustus 2006, tentang keabsahan perkawinan adat Cina di kota Malang (dinyatakan sah) ;
3. Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Surabaya Nomor : 546/Pdt.G/2006/PT.Sby tertanggal 15 Maret 2007, tentang keabsahan perkawinan adat cina di kota malang (dinyatakan tidak sah) ;
4. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor : 1776 K/Pdt.G/2007 tertanggal 28 Juli 2008, tentang keabsahan perkawinan adat cina di kota Malang (dinyatakan sah) ;
5. Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan di Banjarmasin Nomor : 46/Pdt.G/2010/PT.BJM tertanggal 31 Agustus 2010 tentang perkara perjanjian pengikatan jual-beli yang cacat hukum (uang muka tidak hangus) ;

³⁷ Huma, *Loc.cit.*, hlm. 3.

³⁸ Soetandyo Wignjosoebroto, *Pembaharuan Hukum Masyarakat Indonesia Baru*, Huma, Jakarta, 2007, hlm. 98.

³⁹ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 33.

6. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor : 5096/K/Pdt.G/1998, tertanggal 28 April 2000 tentang perkara hutang-piutang (dengan adanya penyerahan biyet giro sebagai bukti telah ada utang) ;
7. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor : 3641/K/Pdt.G/2001, tertanggal 11 September 2002 tentang perkara pembatalan perjanjian akta pengakuan hutang akibat penyalahgunaan keadaan ;
8. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor : 3909/ K/Pdt.G/1994, tertanggal 7 Mei 1997 tentang perkara pembatalan perjanjian kredit ;
9. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor : 569/K/Pdt.Sip/1983, tertanggal 13 Juni 1983 tentang perkara perjanjian gadai rumah ;
10. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor : 494/ K/Pdt.G/1995, tertanggal 12 Desember 1995 tentang pembatalan akta perdamaian ;

Beberapa putusan hakim tersebut di atas sebagai produk hukum yang dijatuhkan oleh hakim sesuai prinsip "*judge made law*" dalam menjalankan fungsinya sebagai sarana pembaharuan, atau untuk melakukan upaya rekayasa sosial dan masyarakat, sesuai dengan ungkapan bahwa hukum, "*law as a tool of social engineering*". Hakim memiliki tugas dan peran untuk membuat hukum atau dapat dikatakan konsep ini menunjukkan peran hakim dalam membuat dan atau menjatuhkan putusan dengan orientasi untuk melakukan pembaharuan hukum, sehingga masyarakat dapat direkayasa sesuai dengan nilai-nilai hukum yang hidup dan rasa keadilan masyarakat.

Hakim mempunyai peranan mewujudkan *total justice*⁴⁰ yaitu mendekati atau menjembatani keadilan dan kepastian atau *legal justice and moral justice* yang dalam praktik tidak mudah. Aharon Barak⁴¹ mengemukakan bahwa hakim yang baik adalah hakim dengan legitimasi yang dimilikinya mampu membuat dan menciptakan hukum lebih dari sekedar hukum yang dapat menjembatani hukum dengan masyarakatnya yaitu : "*A good judge, is a judge who, within the bounds of the legitimate possibilities at his dispose, makes the law that, more than other law, he is authorized to make, best bridges the gap between law and society and best protect the constitution and its values*". Oleh karena itu memerlukan kearifan dengan naluri yang tinggi serta hati nurani yang jemih yang dapat diperoleh dengan pengalaman yang cukup, ilmu pengetahuan yang luas disertai kejujuran.⁴²

Mackenzie⁴³ mengemukakan ada beberapa teori atau pendekatan yang dapat digunakan hakim dalam mempertimbangkan penjatuhan putusan dalam suatu perkara, pertama, teori keseimbangan yaitu keseimbangan antara syarat-syarat yang ditentukan oleh undang-undang

⁴⁰ Cita ideal keadilan yang dikeluarkan oleh pengadilan adalah apa yang digagas oleh Lawrence M. Friedman yaitu *total justice*. Konsep tersebut merupakan kritik terhadap sistem pengadilan di Amerika Serikat yang dinilai terlalu banyak pengacara (*too many lawyers*) terlalu banyak hukum (*too much law*) dan terlalu banyak perkara di pengadilan (*too much litigation*), dalam Artidjo Alkostar, *Membangun Pengadilan Berarti Membangun Peradaban Bangsa*, Varia Peradilan Tahun XX, Nomor 38, Juli 2005, IKAHI, Jakarta, hlm. 50.

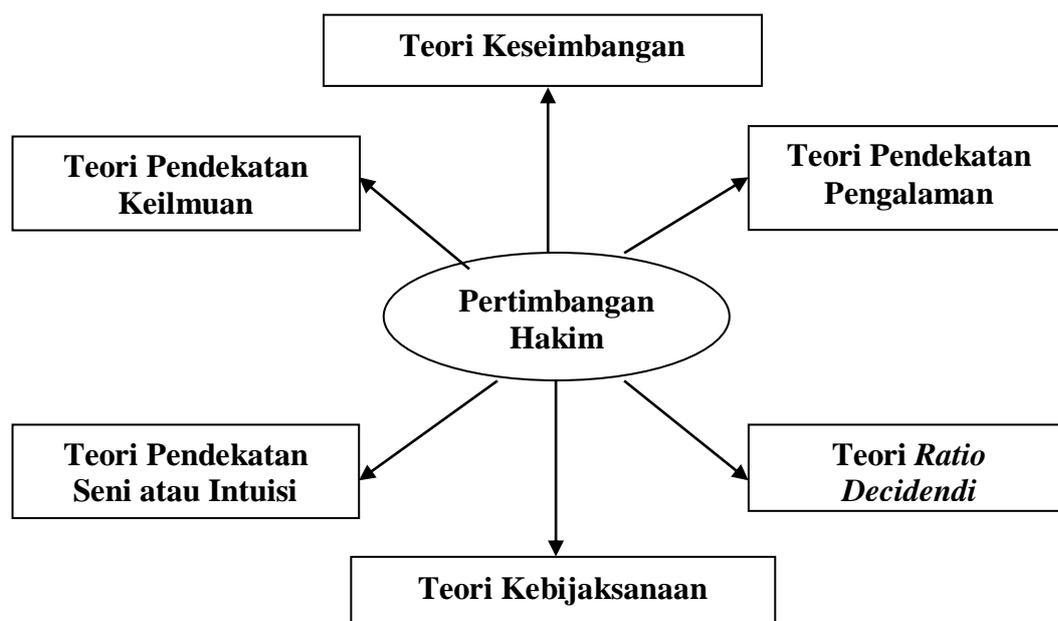
⁴¹ Jimly Maruli, *Dicari Putusan Yang Progresif*, Varia Peradilan Tahun XXV, Nomor 293, April 2010, IKAHI, Jakarta, hlm. 78.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Bagir Manan, *Hakim dan Pemidanaan*, Varia Peradilan, Edisi Nomor 249, Bulan Agustus 2006, IKAHI, Jakarta, 2006, hlm. 7.

dan kepentingan pihak-pihak yang berkaitan dengan perkara seperti adanya keseimbangan yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat, kepentingan penggugat dan kepentingan tergugat. Kedua, teori pendekatan seni atau intuisi pendekatan seni digunakan hakim dalam penjatuhan suatu putusan yang lebih ditentukan oleh instink atau intuisi daripada pengetahuan hakim. Ketiga, teori pendekatan keilmuan. Titik tolak teori ini adalah pemikiran bahwa proses penjatuhannya putusan harus dilakukan sistematis dan penuh kehati-hatian. Pendekatan keilmuan merupakan semacam peringatan bahwa dalam memutus suatu sengketa, hakim tidak boleh semata berdasarkan intuisi atau instink semata, namun harus dilengkapi dengan ilmu pengetahuan hukum dan wawasan keilmuan hakim. Keempat, pendekatan pengalaman. Pengalaman dari seorang hakim merupakan hal yang dapat membantu dalam menghadapi perkara yang dihadapi sehari-hari, karena dengan pengalaman yang dimilikinya seorang hakim dapat mengetahui bagaimana dampak putusan yang dijatuhkan. Kelima, teori *ratio decidendi*. Teori ini didasarkan pada landasan filsafat yang mendasar dan mempertimbangkan segala aspek yang berkaitan pokok perkara yang disengketakan, kemudian mencari peraturan perundang-undangan yang relevan dengan pokok perkara yang disengketakan sebagai dasar hukum dalam penjatuhan putusan serta pertimbangan hakim harus didasarkan pada motivasi jelas untuk menegakkan hukum dan memberikan keadilan bagi para pihak yang bersengketa. Keenam, teori kebijaksanaan. Teori ini dapat digunakan oleh hakim agar putusan-putusan yang dijatuhkan memenuhi dimensi keadilan formil dan keadilan substantif. Apabila dibuat bagan akan nampak sebagai berikut :

**TEORI PENDEKATAN PERTIMBANGAN HAKIM
DALAM PENJATUHAN PUTUSAN**



D. KESIMPULAN

1. Esensi Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Masyarakat Pluralistik

Pada praktik di pengadilan ternyata hakim peradilan umum dalam menyelesaikan perkara perdata di pengadilan umum tidak selalu mendasarkan kepada undang-undang dalam bentuk tertulis sebagaimana produk legislatif dan tidak menganggap undang-undang sebagai satu-satunya sumber hukum. Undang-undang dalam bentuk yang tertulis dianggap bukan sebagai pedoman satu-satunya atau pedoman yang mutlak sebagai dasar untuk menyelesaikan sengketa. Dalam menyelesaikan sengketa mereka lebih mendasarkan pada fakta, dengan menggali dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hakim juga melihat pada realita masyarakat, yaitu nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat yang tumbuh dan berkembang sebagai kearifan lokal. Undang-undang semata tidak dapat mengakomodasi semua kepentingan masyarakat yang terus berkembang dan kurang dapat mewujudkan keadilan sebagaimana diharapkan komunitas pencari keadilan. Hakim dalam menjatuhkan putusan dalam pertimbangan hukumnya tidak selalu berpedoman pada undang-undang, karena undang-undang sebagai argumentasi dalam pertimbangan hukum, karena kurang atau tidak dapat mewakili rasa keadilan substansial dan lebih mengedepankan keadilan prosedural yang tidak diharapkan masyarakat. Hakim dalam menjatuhkan putusan berani melakukan *contra legem*, yaitu menjatuhkan putusan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dalam menyelesaikan perkara perdata berdasarkan hasil kajian beberapa hakim telah melakukan pergerakan pemikiran mulai dari normatif positivisme ke pemikiran sosiologis atau menanggalkan cara berhukum yang selalu dibelenggu oleh ketentuan-ketentuan dalam undang-undang yang lebih mengedepankan bentuk formalnya, aturan-aturan yang bersifat normatif karena undang-undang tidak selalu lengkap, tidak sempurna, kurang atau tidak jelas, usang dan ketinggalan jaman.

2. Membangun Model Penemuan Hukum Oleh Hakim Berdasar Asas Peradilan Yang Baik

Membangun model penemuan hukum oleh hakim dalam menyelesaikan perkara perdata dilakukan dengan dekonstruksi yang dimulai dari sikap para hakim terhadap pekerjaannya dan cara berpikir hakim. Pergerakan perubahan perilaku dan pemikiran hakim meliputi, membangun model penemuan hukum oleh hakim, pertama pendekatan hukum bersifat terbuka dan kedua melalui pendekatan keadilan substansial, sedangkan perubahan pemikiran yang lain melalui pendekatan hukum progresif. Pendekatan hukum bersifat terbuka, lebih menekankan kajian-kajian hukum untuk kepentingan manusia, hukum dalam keadaan yang terus-menerus selalu berubah, terbuka dari kajian ilmu pengetahuan yang lain, seperti politik, etika dan ekonomi.

E. REKOMENDASI

1. Mahkamah Agung perlu memasukkan unsur kualitas hakim melalui putusan-putusan yang berkualitas (*landmark decision*) dalam sistem promosi dan mutasi hakim. Ada banyak faktor yang memengaruhi *judicial behavior* diantaranya adalah *the structure of judicial promotion*. Hal ini sebenarnya sudah tercantum dalam Cetak Biru (*Blue Print*) Pembaharuan Peradilan 2010-2035. Pembaharuan peradilan merupakan salah satu usaha perbaikan untuk mewujudkan badan peradilan yang agung sebagaimana dicanangkan Mahkamah Agung untuk mengelola dan membina sumber daya manusia yang kompeten dengan kriteria objektif agar tercipta personil peradilan yang berintegritas dan profesional. Salah satu kriteria atau parameter objektif dalam sistem promosi dan mutasi adalah putusan hakim yang berkualitas. Hal ini penting disebabkan dapat memacu hakim menghasilkan putusan berkualitas (*landmark decisions*).
2. Kaum akademisi di perguruan tinggi dan Mahkamah Agung Republik Indonesia perlu membangun kerjasama efektif melalui pembuatan jurnal ilmiah, pertemuan ilmiah dan forum dialog ilmiah. Pengadilan memiliki kedudukan dan peran penting dalam pembaharuan hukum. Sebagaimana adagium hakim dianggap tahu tentang hukumnya (*ius curia novit*) dari perkara yang diajukan kepadanya. Adagium tersebut mengandung asumsi bahwa figur hakim memiliki pengetahuan dan wawasan yang dalam dan luas tentang hukum. Figur hakim sudah seharusnya tidak berhenti belajar dan terus menerus meng-*update* pengetahuan dan pemahamannya tentang hukum beserta dinamikanya.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdullah, 2015, *Pertimbangan Hukum Putusan Pengadilan*, Sidoarjo : Program Pascasarjana Universitas Sunan Giri.
- Abdul Manan, 2015, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Jakarta : Kencana.
- _____, 2015, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, Jakarta : Kencana.
- Abdul Mukhtie Fadjar, 2001, *Peran “The Rule of Law” Dalam Penguatan “Civil Society” Dalam IDEA Kumpulan Makalah “Konstitusi dan Demokrasi”*, Jakarta : IDEA.
- Abdulkadir Muhammad, 2015, *Etika Profesi Hukum*, Bandung : Citra Aditya Bakti.
- _____, 2016, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Bandung : Citra Aditya Bakti.
- Achmad Ali, 2011, *Menjelajahi Kajian Empiris Terhadap Hukum*, Jakarta : Yarsif Watampone.
- _____, 2010, *Tujuan dan Fungsi Hukum*, Jakarta : Ghalia Indonesia.
- Ade Saptomo, 2010, *Hukum dan Kearifan Lokal, Revitalisasi Hukum Adat Nusantara*, Jakarta : Raja Grafindo Persada.
- Adi Sulistiyono, 2006, *Krisis Lembaga Peradilan Indonesia*, Surakarta : Lembaga Pengembangan Pendidikan (LPP) Universitas Sebelas Maret dan UPT Penerbitan dan Percetakan Universitas Sebelas Maret (UNS Press).
- _____, 2004, *Menggugat Dominasi Positivisme Dalam Ilmu Hukum*, Surakarta : Sebelas Maret University Press.
- Adian Donny Gahral, 2015, *Arus Pemikiran Kontemporer*, Yogyakarta : Jalasutra.
- Adriaan W. Bedner, 2012, *Suatu Pendekatan Elementer Terhadap Negara Hukum*, dalam Sulistyowati Irianto dkk (ed), *Kajian Sosio-Legal*, Denpasar, Pustaka Larasan.
- Ahmad Kamil, 2012, *Filsafat Kebebasan Hakim*, Jakarta : Prenada Media Utama.
- Ahmad Rifai, 2015, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Jakarta : Sinar Grafika.
- Aji Samekto, 2015, *Hukum Kritis Kritik Terhadap Hukum Modern*, Bandung : Citra Aditya Bakti.
- _____, 2008, *Justice Not for All, Kritik Terhadap Hukum Modern Dalam Perspektif Studi Hukum Kritis*, Yogyakarta : Genta Press.
- Aloysius Wisnubroto, 1997, *Hukum dan Pengadilan di Indonesia*, Yogyakarta : Unika Atma Jaya.
- Allan Ryan, 1999, *Justice in Politics and Government*, Oxford : Oxford University Press.

- Alimandan, 2011, *Sosiologi Ilmu Pengetahuan Berparadigma Ganda*, Jakarta : Raja Grafindo Persada.
- Altman, Andrew, 2015, *Critical Legal Studies, A Liberal Critique*, New Jersey : Priceton University Press.
- Allot, Anthony, 2014, *The Limits of Law, London* : Butterworths & Co.
- Antonius Cahyadi dan E. Fernando Manulang, 2007, *Pengantar Filsafat Hukum*, Jakarta : Fajar Interpratama Offset.
- Antonius Sudirman, 2016, *Hati Nurani Hakim dan Putusannya Suatu Pendekatan dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku (Behavioral Jurisprudence) Kasus Bismar Siregar*, Bandung : Citra Aditya Bakti.
- Antonin Scalia and Bryan A. Garner, 2012, *Reading Law : The Interpretation of Legal Text*, United States of America : Thomson - West.
- Anthon F. Susanto, 2015, *Wajah Peradilan Kita Konstruksi Sosial tentang Penyimpangan, Mekanisme Kontrol dan Akuntabilitas Peradilan Pidana*, Bandung : Refika Aditama.
- Arbijoto, 2009, *Kebebasan Hakim (Refleksi Terhadap Manusia Sebagai Homo Religious)*, Jakarta : Mahkamah Agung Republik Indonesia.
- Artidjo Alkostar, 2013, *Negara Tanpa Hukum Catatan Pengacara Jalanan*, Yogyakarta : Pustaka Pelajar.
- Bagir Manan, 2015, *Dasar-dasar Perundang-undangan Indonesia*, Jakarta : IndHill-Co.