

Hukum Dan Kearifan Lokal

Dr. Jonaedi Efendi

 *Jakad Publishing*
Book & Journal
2018

**PERPUSTAKAAN NASIONAL REPUBLIK INDONESIA
KATALOG DALAM TERBITAN (KDT)**

HUKUM DAN KEARIFAN LOKAL

Penulis
Dr. Jonaedi Efendi

Desain Cover
Bichiz Daz

Layout
Mohammad Soeroso, BE

Copyright ©2018 Jakad Publishing
Surabaya

Diterbitkan & Dicitak Oleh

CV. Jakad Publishing (JP), 2018
Jl. Gayung Kebon Sari I No. 1-3, Surabaya
Telp. : 081234408577 (WA)
E-mail : jakadmedia@gmail.com

ISBN : 978-602-6191-11-3

**Hak cipta dilindungi oleh Undang-undang
Ketentuan Pidana Pasal 112 - 119
Undang-undang Nomor 28 Tahun 2014
Tentang Hak Cipta.**

**Dilarang keras menerjemahkan, memfotokopi, atau
memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini
tanpa izin tertulis dari penerbit**

Kata Pengantar

Alhamdulillah, Maha Kaya Allah atas seluruh kenikmatan yang tak terikira. Kalimat-kalimat-Nya selalu menjadikan motivator utama untuk terus berkreasi dalam memberikan manfaat bagi orang lain. Terima Kasih Tuhan, Engkau berikan Rahmat-MU ditengah-tengah lemahnya keimanan. Engkau sirami dengan keindahan hidup, meski syukur terkadang kulupakan.

Pada Muhammmad Ibnu Abdillah, Kebanggaan atasmu sebagai pemimpin Umat mengaburkan segala daya upaya sebagai bagian yang terindah menjadi seorang Muslim. Kuhanya memintamu untuk memberikan syafaat kelak dimana tidak ada lagi manusia yang memberikannya.

Buku ini hadir sebagai bahan bacaan mahasiswa Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Bhayangkara Surabaya, Khususnya menyangkut mata Kuliah Hukum dan kearifan lokal. Banyak yang mengkritik mengapa harus hukum dan kearifan lokal? Bukankah rezim hukum kita telah melampaui rezim global. Penting dicatat, bahwa kehadiran kearifan lokal bukanlah wacana baru dalam konteks hukum Indonesia. Kearifan lokal sebenarnya hadir bersamaan dengan terbentuknya masyarakat kita, masyarakat Indonesia. Eksistensi kearifan lokal menjadi cermin nyata dari apa yang kita sebut sebagai hukum yang hidup dan tumbuh dalam masyarakat.

Hukum & Kearifan Lokal

Dr. Iamu Gunadi Widodo & Dr. Jonardi Efendi

Terakhir, tiada gading yang tak retak. Kamus istilah ini masihlah banyak kekurangan, sumbangsih kritik dan saran dari pembaca sangat kami harapkan untuk menjadi evaluasi.

Surabaya, Februari 2018

Penulis

Daftar Isi

Halaman Judul	i
Kata Pengantar	iii
Daftar Isi	v
BAGIAN PERTAMA	
MEMAKNAI KEMBALI KEARIFAN LOKAL	
DALAM KONTEKS HUKUM	
• Prolog	1
• Definisi, Konsep dan Peristilahan Kearifan Lokal	2
• Kearifan Lokal dalm Konteks Hukum Nasional	11
BAGIAN KEDUA	
BEBERAPA TEORI HUKUM TERKAIT	
KEARIFAN LOKAL	
• Teori Budaya Hukum.....	35
• Teori Hukum Sociological Jurisprudence ...	38
• Teori Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan..	51
• Teori Hukum Alam atau Natural Law	56
BAGIAN KETIGA	
IMPLEMENTASI KEARIFAN LOKAL	
DI MASYARAKAT (SEBUAH STUDI KASUS)... 59	
• <i>Ngluruk</i> Masyarakat Korban Dan Penyelesaian Sengketa Lumpur Di Sidoarjo Sebagai Kearifan Lokal	59
BAGIAN KEEMPAT	
PENERAPAN KEARIFAN LOKAL DALAM	
PERTIMBANGAN HUKUM	
	71

• Kontruksi Baru Pertimbangan Hukum Hakim Berbasis Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan yang Hidup dalam Masyarakat Rekonstruksi Hakim dalam bersikap	71
• Rekonstruksi Paradigma Berfikir Hakim	74
• Rekonstruksi Lembaga Pengawasan Hakim..	91
• Rekonstruksi Penalaran Hukum Hakim Berbasis Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan yang Hidup dalam Masyarakat Penggunaan Logika Hukum yang Komprehensif	93
• Penggunaan Konstruksi Hukum dalam Putusan	95
• Penggunaan Hermeneutika dalam menafsirkan UU	102
• Konstruksi Baru Dasar Pertimbangan Hukum Hakim Mahkamah Agung Aspek Pertimbangan Yuridis	112
• Pertimbangan Filsafati	114
• Pertimbangan Sosiologis	117
• Penalaran Berbasis Nilai-Nilai Hukum dalam Masyarakat	123
• Penalaran Berbasis Keadilan.....	130
• Penalaran Berbasis Metode Ilmiah Metode Pendekatan Ontologis	134
• Metode Pendekatan Epistemologis	135
• Metode Pendekatan Aksiologis	141
REFERENSI	151

Bagian Pertama
Memaknai Kembali Kearifan Lokal
dalam Konteks Hukum

Prolog

Laporan *The World Conservation Union* (1997), dari sekitar 6.000 kebudayaan di dunia, 4.000-5.000 di antaranya adalah masyarakat adat. Ini berarti, masyarakat adat merupakan 70-80 persen dari semua masyarakat di dunia. Dari jumlah tersebut, sebagian besar berada di Indonesia yang tersebar di berbagai kepulauan.

Indonesia benar-benar merupakan masyarakat majemuk nomor wahid di dunia. Secara topografis berupa negara kepulauan yang terdiri dari sejumlah pulau-pulau besar dan ribuan pulau kecil, tetapi lebih daripada itu berupa komunitas-komunitas manusia dengan ratusan warna lokal dan etnis.¹ Di sinyalir oleh beberapa sumber, jumlah etnis dengan bahasanya yang spesifik lebih dari 300 ribu lebih kelompok.² Ini merupakan jumlah yang cukup besar yang tidak boleh dipandang remeh, kendati dalam rangka dominasi ekonomi dan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi modern mereka selalu dipinggirkan dan diabaikan.³

Penerapan hukum dalam menghadapi realitas seperti itu harus mencari, menemukan dan membangun cara-cara serta teknik tersendiri untuk bisa menjadi satu-satunya institusi penentu dan

¹ Satjipto Rahardjo, "Biarkan Hukum Mengalir : Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum", *Kompas*, Jakarta, 2007, hlm. 27

² M. Nurkhoiron, "Minoritas dan Agenda Multikulturalisme di Indonesia : Sebuah Catatan awal", dalam Mashudi Nursalim, M. Nurkhoiron dan Ridwan Al-Makkasary. 2007. ***Hak Minoritas : Multikultural dan Dilema Negara Bangsa***, Interseksi Foundation dan Tifa, Jakarta, hlm. 2.

³ A. Sonny Keraf, *Etika Lingkungan*, *Kompas*, Jakarta, hlm. 282.

penjaga ketertiban dalam ruang kehidupan yang supra majemuk itu. Politik pengaturan oleh hukum di Indonesia tidak bisa begitu saja memakai model pengaturan yang seragam, mutlak dan sentralistik untuk suatu komunitas yang penuh dengan heterogenitas baik secara fisik maupun sosial kultural. Realitas keberagaman dan kemajemukan masyarakat tersebut acap kali menimbulkan konflik hukum, khususnya dalam pengelolaan sumber daya alam, tanah, pertanian dan lingkungan hidup.

Menghadapi kemajemukan itu, Indonesia memiliki pengalaman sejarah hukum yang panjang dalam mensikapinya, mulai dari pengembangan dan implementasi konsep pluralisme hukum yang sampai saat ini masih dikukuhkan dan dikembangkan oleh kalangan akademisi, khususnya para antropologi hukum kemudian bergerak menuju konsep multikulturalisme hukum yang mulai diintrodusir oleh kalangan aktivis LSM/NGOs.

Definisi, Konsep dan Peristilahan Kearifan Lokal

Istilah "masyarakat adat" biasanya digunakan dalam merujuk individu-individu dan kelompok-kelompok yang merupakan keturunan penduduk asli yang tinggal di sebuah negara. Istilah bahasa Inggris "*indigeneous*" berasal dari bahasa Latin "*indigenae*" yang digunakan untuk membedakan antara orang-orang yang dilahirkan di sebuah tempat tertentu mereka yang datang dari tempat lain (*advenae*). Sebab itu akar semantic dari istilah tersebut mempunyai elemen konseptual lebih dahulu atau lebih awal dalam waktu.⁴

Sampai sekarang, tidak ada definisi secara universal disetujui tentang istilah "masyarakat adat". Kesulitan yang membuat definisi yang secara umum diterima boleh jadi merupakan hasil dari fakta

⁴ Rafael Edy Bosko, *Hak-Hak Masyarakat Adat Dalam Konteks Pengelolaan Sumber Daya Alam*. ELSAM, Jakarta. 2006.

bahwa masyarakat adat sangatlah beragam dalam budaya maupun struktur sosialnya, sehingga tidak dapat diterapkan sebuah definisi yang tepat dan inklusif dengan cara yang sama di seluruh dunia. Alasan lain bersifat politis. Beberapa negara keberatan menggunakan istilah "adat" (*indigeneus*) yang ditujukan kepada sebagian dari masyarakat meeka, sementara yang lain sangat keberatan dengan penggunaan istilah "masyarakat" (*peoples*) karena dapat berimplikasi pada munculnya hak menentukan nasib sendiri (*right to self determination*).⁵

Secara terminologis, peristilahan atau sebutan yang dilabelkan pada masyarakat adat masih berkonotasi negatif. Misalnya istilah-istilah yang banyak kita jumpai dalam literatur-literatur dan kebijakan pemerintah menyebut dengan *suku-suku bangsa terasing*,⁶ *masyarakat yang diupayakan berkembang*,⁷ *kelompok penduduk rentan*,⁸ *masyarakat terasing*, *masyarakat primitif*, *masyarakat tradisional*, *masyarakat terbelakang*, *peladang berpindah*, *perambah hutan*, *penduduk asli*, *suku asli* (tribals), *orang asli* (aborigines), *kaum minoritas* (minorities), *orang gunung* (highlanders), *orang hutan* (forest people).

Terminologi istilah, julukan atau pelabelan ini dirasakan oleh masyarakat adat sangat melecehkan, menyakitkan bahkan memarginalkan eksistensi mereka. Masyarakat adat di Indonesia memiliki akar kesejarahan yang berbeda dengan masyarakat lain, khususnya dalam menghadapi hegemoni dan represitas negara.

⁵ Nathan Lerner, "The 1989 ILO Convention and Indigeneous Population : New Standart?" dalam *Israel Yearbook on Human Right*, vol 20, 1991.

⁶ Departemen Sosial *Informasi Bina Masyarakat Terasing*. Direktorat Bina Masyarakat Terasing Depsos-RI, 1989.

⁷ Koetjoroningrat, *Loc., Cit.*, hlm. 10.

⁸ Kusumaatmadja, *Loc., Cit.*

Terminologi istilah "*masyarakat adat*" ini telah disepakati penggunaannya dalam Konggres Masyarakat Adat Nusantara.⁹

Secara normatif, UUPPLH dalam Bab I, Ketentuan Umum, Pasal 1 menyebut masyarakat adat dengan istilah masyarakat hukum adat dengan memberikan batasan sebagai berikut : "...kelompok masyarakat yang secara turun–turun bermukim di wilayah geografis tertentu karena adanya ikatan pada asal-usul leluhur, adanya hubungan yang kuat dengan lingkungan hidup serta adanya sistem nilai yang menentukan pranata ekonomi, politik, sosial dan hukum".

Definisi masyarakat adat, juga diberikan oleh organisasi internasional (seperti ILO, Bank Dunia), begitu juga oleh pelapor khusus dan pakar hukum. Konvensi ILO 107 menggunakan istilah "populasi" yang terdiri dari dua katagori : "populasi adat kesukuan atau semi kesukuan" dan "populasi kesukuan atau semi kesukuan yang dianggap adat" karena sejarah mereka dalam penaklukan atau penjajahan. Semua populasi "adat" adalah populasi "kesukuan", tetapi tidak semua populasi "kesukuan" adalah populasi "adat". Mereka yang termasuk dalam katagori adat adalah mereka yang telah mengalami masa "penaklukan dan kolonisasi". Dalam perkembangannya lahir Konvensi ILO 169 yang mempertegas kembali isi Konvensi 107. Konvensi ILO 169 menggunakan istilah "masyarakat (*people*)" dan bukannya "populasi" tetapi membedakan dengan masyarakat "kesukuan" (*tribal peoples*) dari masyarakat "adat" (*indigenous people*). "Masyarakat adat" adalah mereka yang mengalami "penaklukan" dan "kolonisasi", sementara "masyarakat kesukuan" tidak. Namun pengkatagorian "populasi"

⁹ Aliansi Masyarakat Adat Nusantara , *Loc., Cit.*

dan "masyarakat" menjadi dua bagian pada kedua Konvensi ini, tidak memiliki konsekuensi praktis karena kedua konvensi tersebut menjamin kedua kategori populasi dan masyarakat tersebut mempunyai hak-hak yang persis sama.¹⁰

Bagi komunitas akademis dan LSM yang memiliki keberpihakan kepada komunitas adat serta masyarakat adat yang tergabung dalam AMAN (Asosiasi Masyarakat Adat Nusantara) lebih condong menggunakan istilah *masyarakat adat* sebagai mana tertuang dalam Konvensi ILO 169 kemudian telah diputuskan penggunaan istilah tersebut dalam Konggres Masyarakat Adat di Jakarta 22-25 Maret 1999. Masyarakat adat dimaksudkan sebagai kelompok masyarakat yang memiliki asal-usul leluhur (secara turun-temurun) di wilayah geografis tertentu serta memiliki sistem nilai, ideologi, politik, ekonomi, budaya, sosial, dan wilayah sendiri. Pengertian ini sesuai dengan Konvensi *International Labour Organization* (ILO) Nomor 169 Tahun 1969 Pasal 1 (1.b) yang isinya sebagai berikut, "*Tribal Peoples*" adalah mereka yang berdiam di negara-negara merdeka di mana kondisi-kondisi sosial, budaya dan ekonominya membedakan mereka dari masyarakat lainnya di negara tersebut.

Definisi yang paling banyak dirujuk adalah definisi yang dirumuskan dalam Studi Cobo. Pada studi tersebut, Pelapor Khusus Jose Martinez Cobo menawarkan sebuah definisi masyarakat adat sebagai berikut :

komunitas, masyarakat dan bangsa-bangsa asli atau adat adalah mereka yang sembari memiliki kelanjutan sejarah dengan masyarakat pra-invasi dan pra-kolonial yang berkembang di wila-

¹⁰ Rafael Bosko, Op., Cit, hlm. 53-54.

yah mereka, menganggap diri mereka berbeda dari sektor (atau bagian-bagian) lain dari masyarakat yang sekarang mendominasi wilayah tersebut, atau sebagian dari wilayah tersebut. Di masa kini mereka merupakan sektor-sektor (atau bagian-bagian) dan mereka berketetapan untuk melestarikan, mengembangkan, dan mewariskan pada generasi yang akan datang, wilayah leluhur mereka, dan identitas etnik mereka, sebagai basis kelanjutan eksistensi mereka sebagai masyarakat, sesuai dengan pola budaya, institusi sosial dan sistem hukum mereka sendiri. ...

Dari sisi individual, yang disebut individu masyarakat adat adalah seseorang yang merupakan bagian dari populasi adat ini melalui identifikasi diri sebagai seorang adat (kesadaran kelompok) dan diakui dan diterima oleh kelompok populasi ini sebagai anggotanya (penerimaan oleh kelompok).¹¹

Eksistensi masyarakat adat di Indonesia diakui secara konstitusional, sebagaimana tertuang dalam pasal 18 Undang- Undang Dasar (UUD) 1945 yang berbunyi, "*Pembagian daerah Indonesia atas daerah besar dan kecil dengan bentuk susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-undang, dengan memandang dan mengingat dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara, dan hak asal-usul dalam daerah-daerah yang bersifat istimewa*".

Penjelasan pasal 18 UUD 1945 menyebutkan bahwa :

"Dalam teori negara Indonesia terdapat ±250 zelfbesturende landschappen dan olksgemeenschappen seperti desa di Jawa dan Bali, Nagari di Minangkabau, Dusun dan Marga di Palembang dan sebagainya. Daerah-daerah itu mempunyai susunan asli, dan oleh karena dapat dianggap sebagai daerah

¹¹ Jose Martinez Cobo "Study of the Problem of Discrimination against Indegenous Population ", Volume 5. *Conclusions, proposal and recommendation*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7&Add.1-4, 1986.

yang bersifat istimewa. Negara Indonesia bersifat menghormati kedudukan daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan negara mengenai daerah itu akan mengingati hak-hak asal-usul daerah tersebut”.

Kemudian ketentuan tersebut dipertegas dalam UUD RI 1945 hasil Amandemen II, Pasal 18 B ayat (2) yang menyatakan ,*“Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam UU”*.

Selanjutnya, pengakuan terhadap eksistensi masyarakat adat secara *de jure* juga diakui dan disahkan dalam UUD 1945 pasal 28 I ayat (3) yang menyebutkan, bahwa , *“Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan jaman dan peradaban”*. Pengakuan terhadap eksistensi hak masyarakat adat tidak hanya berhenti pada konstitusi, tetapi lebih dari itu juga dioperasionalkan dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, khususnya pasal 6 yang berbunyi :

- (1) Dalam rangka penegakan hak asasi manusia, perbedaan dan kebutuhan dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat dan pemerintah.
- (2) Identitas budaya masyarakat hukum adat, termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan jaman.

Akses masyarakat adat atas pengelolaan sumberdaya alam diakui dan dijamin keabsahannya dalam beberapa undang-undang seperti : (1) UU No. 5 Tahun 1994 tentang Pengesahan Konvensi PBB tentang Keanekaragaman Hayati yang memuat prinsip *free and prior informed-consent*, (2) UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang

Pemerintahan Daerah mengatur prinsip desentralisasi pengelolaan sumberdaya alam, dan (3) UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang sangat mendorong kearah pencapaian tujuan pengelolaan sumberdaya alam yang berkeadilan, demokratis dan berkelanjutan, serta (4) UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan Pengelolaan Lingkungan Hidup yang memberikan jaminan perlindungan hukum atas sistem kearifan lokal.¹²

Konsep sistem kearifan lingkungan lokal berakar dari sistem pengetahuan dan pengelolaan masyarakat adat. Hal ini dikarenakan kedekatan hubungan mereka dengan lingkungan dan sumberdaya alam. Melalui proses interaksi dan adaptasi dengan lingkungan dan sumberdaya alam yang panjang, masyarakat adat mampu mengembangkan cara untuk mempertahankan hidup dengan menciptakan sistem nilai, pola hidup, sistem kelembagaan dan hukum yang selaras dengan kondisi dan ketersediaan sumberdaya alam disekitar daerah yang ditinggalinya.

Pada awalnya, masyarakat adat tidak selalu hidup harmoni dengan alam, mereka juga menyebabkan kerusakan lingkungan. Pada saat yang sama, karena kehidupan mereka tergantung pada dipertahankannya integritas ekosistem tempat mereka mendapatkan makanan dan rumah, kesalahan besarnya biasanya tidak akan terulang. Pemahaman mereka tentang sistem alam yang terakumulasi biasanya diwariskan secara lisan, serta tidak dapat dijelaskan melalui istilah-istilah ilmiah.

Pengalaman berinteraksi dan beradaptasi secara erat dengan alam telah memberikan pengetahuan yang mendalam bagi

¹² Terhadap persoalan ini, UUPPLH menegaskan dalam Bab II, Pasal 2, Bagian Kesatu tentang asas, huruf (l) yang menetapkan bahwa perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup dilaksanakan berdasarkan asas kearifan lokal.

kelompok-kelompok masyarakat adat dalam pengelolaan sumberdaya alam lokalnya. Mereka telah memiliki pengetahuan lokal untuk mengelola tanah, tumbuhan dan binatang baik di hutan maupun di laut untuk memenuhi segala kebutuhan hidup mereka seperti makanan, obat-obatan, pakaian dan permukiman. Harus diakui bahwa masyarakat adat yang hidup puluhan ribu tahun merupakan "*ilmuwan-ilmuwan yang paling tahu*" tentang alam lingkungan mereka. Sayangnya, sistem pengetahuan lokal mereka belum banyak didokumentasikan, dipublikasi dan disosialisasikan, bahkan dalam percepatan pembangunan keberadaan mereka cenderung tersingkir dan terpinggirkan.

Secara normatif, UUPPLH mendefinisikan kearifal lokal adalah nilai-nilai luhur yang berlaku dalam tata kehidupan masyarakat untuk antara lain melindungi dan mengelola lingkungan hidup secara lestari. Definisi ini ternyata meneguhkan pengertian kearifan lokal secara sosiologis sebagaimana telah diuraikan sebelumnya.¹³

Meskipun secara normatif UUPPLH selalu menegaskan bahkan sistem kearifan lokal harus dijadikan asas dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan dan perhatian dalam setiap menyusun rencana perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup.¹⁴ Namun demikian dalam kenyataannya keberadaan sistem kearifan lokal belum mendapat perhatian dan tempat dalam sistem perencanaan pembangunan dan pemanfaatan sumberdaya alam nasional. Percepatan pembangunan ternyata telah menyebabkan banyak kelompok-kelompok masyarakat adat kehilangan akses atas sumberdaya alam berupa hutan, pesisir dan lautan serta tanah yang pada gilirannya juga menghancurkan kelembagaan dan hukum masyarakat adat setempat. Hal ini dapat terjadi karena dalam proses

¹³ Lihat dan Baca ketentuan Umum Pasal 1, angka 30, UUPPLH.

¹⁴ Lihat dan baca Pasal 2 huruf (l) dan Pasal 10 ayat (2) UUPPLH

perencanaan dan peruntukan tanah, hutan, pesisir dan lautan oleh pemerintah, masyarakat adat tidak dilibatkan dalam pengambilan keputusan.¹⁵

Paradigma dan kebijakan dasar pembangunan yang dominan saat ini adalah berorientasi pada industrialisasi untuk memacu pertumbuhan ekonomi.¹⁶ Paradigma dan kebijakan pembangunan ini bersumber pada ideologi kapitalisme yang bersandar pada paradigma ilmu pengetahuan modern yang menganggap bahwa "*tradisi adalah suatu masalah*" dan menghambat pembangunan. Padahal ilmu pengetahuan modern tidak sepenuhnya berhasil menjelaskan sistem ekologi yang kompleks. Sistem ekologi yang kompleks ini sangat beragam, baik secara spasial dan temporal, dan menyebabkan usaha generalisasi mempunyai arti kecil terutama untuk memberi masukan pada usaha perspektif penggunaan sumberdaya yang berkelanjutan. Masyarakat ilmiah selama ini cenderung menyederhanakan sistem ekologi yang kompleks, dengan akibat timbulnya serangkaian persoalan dalam penggunaan sumberdaya alam serta kerusakan lingkungan.

Guna mendukung paradigma dan kebijakan pembangunan semacam ini diciptakan banyak sekali perangkat hukum dan politik yang sangat sentralistik bercorak teknokratis dan represif. Hukum nasional diberlakukan secara seragam dengan mengabaikan disparitas regional dan lokal, yang pada gilirannya mematikan

¹⁵ Pengabaian terhadap sistem kearifan lokal ini dapat dibaca lebih detail dalam beberapa tulisan : (i) Aliansi Masyarakat Adat Nusantara, *Catatan Hasil Konggres Masyarakat Adat Nusantara*, 15-22 Maret 1999, Hotel Indonesia – Jakarta. (ii) Koentjaraningrat dkk., *Masyarakat Terasing Di Indonesia*. Gramedia, Jakarta, 1993, (iii) Kusumaatmadja, Sarwono. 1993. "The Human Dimension of Sustainable Developmen", *Makalah* pada Seminar, Dimensi Manusia Dalam Pembangunan Berwawasan Lingkungan, WALHI, Jakarta.

¹⁶ W.W. Rostow, *The Stage of Economic Growth*. New York: Cambridge Univ. Press., 1960.

otonomi, hukum dan kelembagaan masyarakat adat. Proses peminggiran (marginalisasi) masyarakat adat dalam pembangunan dan pengelolaan sumberdaya alam ini pada gilirannya membangkitkan *cultural counter movement*, gerakan perlawanan budaya masyarakat adat terhadap persistensi dan penyingkiran kelembagaan dan hukum lokal yang selama ini dihargai dan dikukuhkan dalam pengelolaan sumberdaya alamnya.¹⁷

Kondisi dan permasalahan yang dihadapi masyarakat adat disuatu daerah dengan daerah lainnya di Indonesia berbeda-beda. Namun demikian, ada kesamaan yang mendasar di antara mereka sebagai kelompok penduduk minoritas, yaitu pengalaman hidup ditindas, dieksploitasi dan disingkirkan dalam waktu yang sedemikian panjang, oleh kelompok-kelompok penduduk lainnya yang mayoritas dan dominan. Masyarakat adat ini menjadi minoritas bukan semata-mata karena populasi mereka yang kecil tetapi lebih banyak bersumber dari kondisi mereka sebagai kelompok penduduk yang memiliki ideologi, system sosial budaya dan system sosial politik yang khas dan bersifat lokal spesifik, baik yang dibangun atas kesamaan wilayah hidup bersama secara turun-temurun (basis territorial) maupun atas kesamaan nenek moyang (hubungan darah) atau perpaduan antara keduanya.

Kearifan Lokal dalam Konteks Hukum Nasional

Membangun tata hukum nasional dan daerah yang berbasis pada kearifan lokal dan hukum adat merupakan langkah strategis bagi terwujudnya otonomi daerah yang berdasarkan pada prinsip pemerataan keadilan, kemudahan, kepastian, kesederhanaan,

¹⁷ Soetandyo Wignyoebroto, *Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional : Dinamika Sosial Politik Perkembangan Hukum Selama Satu Setengah Abad di Indonesia (1840-1990)*. PT Raja Grafindo Persada, Jakarta. 1994.

desentralisasi dan *local accountability* di masa mendatang perlu mendapat perhatian lebih besar dan serius. Bila tidak berarti terjadi ironisme dan inkonsistensi dalam pelaksanaan otonomi daerah yang secara prinsip telah menggariskan adanya desentralisasi dan kewenangan daerah untuk melakukan pengaturan dan pengkondisian sendiri yang bersifat khusus bagi daerahnya. Pengaturan dan pengkondisian yang bersifat khusus daerah itu misalnya, pembentukan dan pelaksanaan Peraturan Daerah (Perda) dan menghidupkan kembali hukum adat, termasuk hak ulayat yang selama ini tenggelam dan tidak mendapat pengakuan secara proporsional dalam sistem hukum nasional. Padahal dari sisi keadilan, kemanusiaan, dan harga diri masyarakat, posisi hukum adat setempat jauh lebih menjamin keadilan dan dirasakan punya kekuatan nilai berlaku dibandingkan hukum nasional yang cenderung kurang berpihak pada hak-hak masyarakat adat.¹⁸

Dengan otonomisasi daerah, berarti yang menyangkut aturan-aturan nilai, persoalan-persoalan hukum masyarakat dan tata pemerintahan daerah sekaligus pihak yang terlibat membantu dan menangani persoalan lokal kedaerahan didasarkan pada mekanisme yang ada di daerah otonom itu, kecuali yang menyangkut kepentingan regional antar daerah atau bersifat nasional, atau yang termasuk dalam bidang hukum publik.

Berlakunya hukum adat atau aturan hukum daerah dalam bentuk perda-perda, memaknai kemerdekaan dan kebebasan tersendiri bagi

¹⁸ Baca lebih lanjut tulisan Fathullah, "Otonomi Daerah dan Penguatan Hukum Masyarakat", *Kompas*, Senin, 3 Juli 2000 dan Rachmad Safa'at, dan Aan Eko Widiyanto, *Rekonstruksi Politik Hukum Pemerintahan Desa : Dari Desa Terkoptasi dan Marginal Menuju Desa Otonom dan Demokratil*, Diterbitkan Atas Kerja Sama SPOD FE Unibraw-Partnership For Government Reform, UNDP dan Uni Eropah, Jakarta. 2006.

individu dan masyarakat di daerah dalam melaksanakan desentralisasi dan demokrasi yang telah lama diinginkan. Pengakuan dan pemberlakuan hukum adat dan aturan-aturan daerah sebagai bagian dalam sistem hukum nasional akan dapat mencairkan persoalan hukum dan penegakan hukum yang krusial dan paling tidak memberi suatu kecerahan baru bagi tegaknya negara hukum dan supremasi hukum.¹⁹

Tuntutan perubahan tersebut kemudian diakomodasi dalam Pasal 18 B ayat (2) UUD RI 1945 hasilk Amandemen II, yang berbunyi : "*Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang*".

Rumusan Pasal 18 B ayat (2) UUD RI 1945 tersebut di atas tidak memberikan jaminan perlindungan hukum secara murni (*genuine*) dan responsif atas keberadaan hukum adat dalam sistem hukum nasional. Bahkan terkesan memberikan pembatasan dan karakteristik yang ketat terhadap eksistensi hukum adat dalam sistem perundang-undangan nasional. Artinya, keberadaan hukum adat diletakkan pada posisi yang subordinatif dalam sistem perundang-undangan di Indonesia.

Rumusan UUD RI 1945, Pasal 18 B ayat (2) sangat limitatif dan terlalu sulit dioperasional. Terdapat 5 syarat mutlak yang bersifat kumulatif agar masyarakat adat memperoleh jaminan perlindungan hukum atas ha-hak tradisionalnya, yaitu (i) termasuk dalam pengertian kesatuan masyarakat hukum adat; (ii) kesatuan

¹⁹ Fatullah, *Ibid.*

masyarakat hukum adat itu sendiri memang masih hidup; (iii) perkembangan kesatuan masyarakat hukum adat dimaksud sesuai dengan perkembangan masyarakat; (iv) sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, dan (v) diatur dalam undang-undang.²⁰

Rumusan ini, menurut Satjipto,²¹ masih ditulis dalam tradisi kemutlakan dan hegemonial serta menunjukkan betapa negara merasa memiliki sekalian kekuasaan (*authority*) dan kekuasaan (*power*) untuk menentukan apa yang terjadi di Negara Kesatuan Republik Indonesia/NKRI ini, termasuk apakah hukum adat masih berlaku atau tidak.²²

Soetandyo Wignjosebroto secara kritis menyatakan bahwa semangat nasionalisme dan sentralisme seakan terus mencurigai segala gerakan yang mendesakkan pengakuan kembali komunitas-komunita lokal sebagai satuan-satuan otonom. Lebih lanjut dikatakannya "perkembangan politik dan hukum dalam pergaulan antar bangsa justru mendorong diakuinnya kembali eksistensi komunitas-komunitas subnasional itu sebagai satuan-satuan otonom yang dalam kehidupan ekonomi, sosial dan budaya akan terakui pada hak-haknya untuk menentukan nasib sendiri. Pengakuan Internasional terhadap eksistensi hak masyarakat adat tertuang dalam berbagai Konvensi ILO No. 107 dan 169 dan Deklarasi Perserikatan Bangsa-Bangsa Tahun 2006 yang disebut "*UN Declaration On The Right Of Indegeneous People*". Deklarasi ini merupakan produk PBB yang

²⁰ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Yarsif Watampone, Jakarta. 2005.

²¹ Satjipto Raharjo, "Hukum Adat Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia". Dalam Rosyida, Hilmy, et. al. (Ed.). *Masyarakat Hukum Adat : Inventarisasi dan Perlindungan Hak*, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Mahkamah Konstitusi, dan Departemen Dalam Negeri, Jakarta. 2005.

²² *Ibid.*

disusun lewat berbagai pertimbangan dan polemik yang memakan waktu tidak kurang dari 20 tahun untuk akhirnya menerima putusan; untuk mengakui hak satuan koleksi penduduk (*the peoples*); untuk menentukan nasib sendiri dalam rangka penyelenggaraan urusan internal mereka dan untuk berpartisipasi secara penuh dalam pengambilan keputusan yang mungkin akan mempengaruhi nasib dan kelestarian eksistensi mereka, khususnya yang menyangkut identitas budaya dan kehidupan spiritual mereka. Itulah deklarasi yang menyatakan pengakuan pada *the peoples right of internal self-determination*.²³

Apabila fakta adanya ruang selisih hukum undang-undang negara dan hukum rakyat yang informal dan tidak tertulis itu dipandang sebagai suatu masalah kompetisi yang berpotensi konflik antara sentral dan lokal maka perkembangan dalam pergaulan politik dan hukum antar bangsa itu dapat dicatat sebagai terolahnya kebijakan yang mengarah kepada solusi kompromistis.²⁴

Menghindari *legal gaps* dan konflik hukum yang tajam antara substansi hukum perundang-undangan negara dan hukum rakyat yang informal di bidang pengelolaan sumber daya alam dan ketahanan pangan diperlukan jaminan perlindungan hukum terhadap eksistensi hukum adat dan hak-hak tradisionalnya. Untuk itu diperlukan adanya perubahan politik hukum nasional yang secara substansial, menurut Rahardjo,²⁵ meliputi : *Pertama*, agar pemerintah negara lebih dulu melakukan reposisi mengenai kedudukan mereka berhadapan dengan hukum adat. *Kedua*, menyadari bahwa

²³ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum Dalam Masyarakat : Perkembangan dan Masalah (Sebuah Pengantar ke Arah Kajian Sosiologi Hukum)*. Bayumedia, Malang, 2008.

²⁴ *Ibid*, hlm. 133.

²⁵ Rahardjo, Op., Cit., hlm.51-52.

masyarakat local dan hukum adat adalah bagian dari tubuh negara, adalah darah daging dari negara itu sendiri. *Ketiga*, hak istimewa untuk mengatur dan mencampuri urusan masyarakat yang dimiliki pemerintah negara sebaiknya ditundukkan kepada semangat turut merasakan (*empathy*), memedulikan (*concern*) serta menjaga (*care*) terhadap bagaimana masyarakat setempat menerima hukum adat mereka dan hukum lokal mereka. *Keempat*, sebaiknya pengetahuan kita tentang hukum adat diperkaya dengan hukum lokal, sebagai suatu tipe tersendiri (*distinct*). *Kelima*, para penjaga dan perawat hukum Indonesia hendaknya bias memperbaiki kesalahan yang dilakukan di masa lalu, yaitu telah "membiarkan hukum adat dimakan oleh hukum negara" (baca: hukum modern).

Lynch dan Talbott, sebagaimana dikutip oleh Fauzi dan Nurjaya²⁶ telah mempromosikan sejumlah prinsip-prinsip dasar pengelolaan sumberdaya alam berbasis pada masyarakat (*Community Based Resources Management*) yang harus dilakukan bagi birokrasi dan pemegang konsesi pengelolaan sumberdaya alam, yaitu :

1. Membangun posisi runding yang sejajar antara birokrasi, pemegang konsesi pengelolaan sumberdaya alam;
2. Pengakuan hak komunitas lokal atau masyarakat adat atas kepemilikan dan penguasaan sumberdaya alam mereka;
3. Deseminasi informasi kepada komunitas lokal atau masyarakat adat tentang hak-hak, kewajiban-kewajiban, dan pilihan-pilihan yang tersedia bagi mereka atas

²⁶ Noer Fauzi dan Nyoman I Nurjaya, *Sumber Daya Alam Untuk Rakyat*, Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, Jakarta, 2000.

adanya konsesi yang diberikan oleh pemerintah kepada perusahaan yang mengenai (baik berbatasan atau mengenai) kawasan sumber daya alam mereka). Informasi yang didesiminasikan haruslah dalam bahasa yang mereka kuasai (*lingua franca*) atas rencana pemegang konsesi, yang mencakup diskripsi ringkas proyek, peta kawasan yang terkena proyek, hak-hak komunitas atas areal yang terkena proyek, dan perubahan-perubahan yang akan terjadi karena implementasi proyek, dan rencana pertemuan perundingan;

4. Perundingan yang fair dan formal dimulai setelah tercapainya persetujuan awal terhadap kehadiran pihak lain dalam penguasaan dan pemanfaatan kawasan sumberdaya alam mereka. Setelah persetujuan yang fair harus dibuat persetujuan atas rencana tindakan (*informed consent*) yang mengenai kawasan sumber daya alam mereka. Setidaknya persetujuan itu mencakup rencana management sumber daya alam, batas-batas ruang lingkup proyek, rute jalan dan konstruksi yang akan dibangun dan dipergunakan, jaminan pekerjaan bagi masyarakat adapt atau komunitas lokal, dan pengaturan lainnya yang menjadi keuntungan bersama;
5. Keterlibatan pihak ketiga di luar komunitas dan di luar pemerintah dan pemegang konsesi, seperti akademisi dan organisasi non-pemerintah termasuk organisasi bantuan hukum akan lebih efektif bila diabsahkan dan diterima oleh keduanya atas dasar keahlian dan perannya.

Atas desakan yang kuat dari berbagai pihak, LSM, akademisi, masyarakat hukum adat, serta pers, yang difasilitasi oleh Komisi Nasional dan Hak Asasi Manusia maka pada hari Senin, 7 Agustus 2006, pemerintah negara memberikan pernyataan khusus guna memberikan *jaminan pengakuan dan perlindungan hukum keberadaan masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya* melalui "Pokok-Pokok Pikiran Jumpa Pers Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia".²⁷ Secara substansial, pokok-pokok pikiran jumpa pers tersebut berisi :

- a. Salah satu prinsip dasar bernegara kita adalah prinsip persatuan dalam keragaman.
- b. Prinsip Persatuan dalam Keberagaman setelah cenderung diabaikan dalam masa lalu, kembali diakui dan ditegaskan dalam Perubahan UUD 1945 yang merupakan keberhasilan bangsa Indonesia dalam melakukan reformasi konstitusi.
- c. Perubahan UUD 1945 telah mengubah paradigma hukum dan kenegaraan. Salah satu perubahan paradigma tersebut adalah diakuinya keragaman masyarakat Indonesia berdasarkan prinsip persatuan dan keragaman sebagaimana tertuang dalam Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 yang memberikan jaminan pengakuan dan penghormatan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat.

²⁷ Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, *Masyarakat Hukum Adat : Inventarisasi dan Perlindungan Hak*, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Mahkamah Konstitusi, dan Departemen Dalam Negeri, Jakarta, 2005.

- d. Jika terdapat undang-undang yang tidak mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya, undang-undang tersebut bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 18 B ayat (2). Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang tersebut terhadap Undang-Undang Dasar kepada Mahkamah Konstitusi. Kesatuan masyarakat hukum adat memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai pemohon berdasarkan Pasal 51 ayat 1 butir b UU No, 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.
- e. Karena masyarakat hukum adat telah dijamin hak konstitusionalnya dalam UUD 1945, maka Mahkamah Konstitusi yang memiliki fungsi sebagai *the guardian of the constitution* harus melindungi agar Negara benar-benar dapat mengakui dan menghormati keberadaan kesatuan masyarakat hukum adat di seluruh Indonesia.
- f. Keberadaan masyarakat hukum adat ini dapat dinilai sangat strategis, dan karena itu untuk kepentingan peningkatan keberdayaannya perlu kiranya diadakan inventarisasi secara nasional.

Apabila seluruh isi pokok-pokok pikiran siaran pers dari Mahkamah Konstitusi dianggap sebagai "titik balik" paradigma dan politik hukum Indonesia dari paradigma dan politik hukum yang sentralistik (*legal centralism*) uniform, otoriter dan represif menuju sistem hukum yang menghargai *multiculturalisme, egalitarian, responsive* dan *progressive*, maka pemerintah negara harus melakukan perombakan besar-besaran terhadap keberadaan perundang-undangan nasional yang telah ada sebelumnya (sebelum tahun

2006) yang tidak memberikan jaminan pengakuan dan penghormatan terhadap keberadaan hukum adat. Perubahan politik hukum ini memerlukan revolusi hukum atau perombakan yang mendasar terhadap sistem hukum. Artinya, perubahan tidak sekedar terjadi pada tataran substansi, tetapi yang lebih penting dari itu adalah perubahan struktural dan cultural untuk mereposisi serta memberikan jaminan pengakuan dan penghormatan terhadap eksistensi hukum adat dan hak-hak dasarnya.

Secara konseptual terdapat sejumlah atribut yang dapat dijadikan panduan untuk memulai memahami, mengidentifikasi dan memetakan keberadaan sistem pengelolaan sumber daya "asli" atau sistem kearifan lokal dalam pengelolaan sumber daya alam menurut Acquaye.²⁸ Atribut-atribut tersebut adalah :

1. Hak-hak yang terkandung dalam pengelolaan sumber daya alam sama sekali bukan terbit dari penggunaan kekuatan politik pemerintah. Hak-hak ini merupakan fakta-fakta yang disadari dan diyakini serta dilegitimasi oleh masyarakat itu sendiri dan proses pengukuhan serta transformasi dari hak-hak biasanya berlangsung secara terbuka dan tidak dicatat secara tertulis.
2. Atribut-atribu sosial, mistis, dan religius biasanya melekat erat pada tanah yang ada dibawah sistem tenurial adat (*indigenous tenure system*).
3. Di bawah sistem pengelolaan sumberdaya alam secara adat, biasanya hak-hak atas tanah dikuasai secara bersama oleh satu kelompok sosial.

²⁸ Ebenezer Acquaye, "Principles and Issues", dalam *Land, Tanure and Rural Productivity in the Pacific Islands*, Ebenezer Acquaye dan Ronald G. Crocombe (Eds), hlm 11-15, Rome: FAO.

4. Hak-hak atas tanah yang dikuasai didalam sistem pengelolaan sumberdaya alam secara adat meliputi konsep-konsep yang terlingkup di dalam hukum adat.
5. Dalam sistem pengelolaan sumberdaya alam secara adat, hak-hak individu dapat dsiperoleh dari dua sumber, yaitu : (1) sipemilik merupakan anggota dari kelompok yang memiliki tanah, dan hak yang terjadi adalah hak menggunakan tanah tersebut, (2) hasil pengalihan hak dari suatu kelompok (atau person) lain.
6. Hak-hak individual untuk menggunakan lahan/tanah dapat kembali kepada kelompok jika lahan atau tanah tersebut ditinggalkan atau diterlantarkan, pnahnya sub-kelompok yang memiliki tanah, habisnya masa (hak) penguasaan sementara, atau turunnya kesetiaan terhadap kelompok.
7. Pengungkapan hak-hak atas tanah di bawah sistem adat tidak dapat ditransfer tanpa adanya sejumlah klarifikasi karena banyak hal tidak muncul dengan begitu saja dengan pembuktian historis atau dengan kasus tertentu maupun lewat kodifikasi hukum.

Dalam perspektif global, transformasi paradigma hukum pengelolaan sumber daya alam dari *legal centralism* ke *legal pluralism* merupakan kebutuhan. Meminjam istilah Kuhn²⁹ perlu adanya revolusi sains. Menurut Kuhn, revolusi sains muncul jika

²⁹ Baca Thomas S. Kuhn, "The Struktur of Scientific Revolution, The Univercity of Chicago Press". Diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Tjun Suryaman, (Cetakan ke lima) *Peran Paradigma Dalam Revolusi Sains*, Remaja Rosdakarya, Bandung. 2005.

paradigma yang lama mengalami krisis dan akhirnya orang men-cam-pakkannya serta merangkul paradigma yang baru.

Dalam kajian ilmu hukum, perubahan ini merupakan tuntutan kebutuhan masyarakat, khususnya masyarakat adat. Sebagaimana dinyatakan oleh Rahardjo³⁰ bahwa masyarakatlah merupakan rujukan yang utama (*the primacy*), bukan konsep, doktrin, sistem rasional dari ilmu hukum. Dengan perkataan lain, ilmu hukum mengikuti masyarakat. Oleh karena itu produk konstruksi apapun yang dihasilkan, setiap saat selalu mengalami semacam referendum oleh masyarakat sebagai penggunanya. Ilmu hukum yang baru tidak berhenti pada membincangkan hukum, melainkan dikaitkan dengan habitat sosial di mana hukum itu berada. Dalil atau landasan yang digunakan oleh ilmu hukum generasi baru tersebut adalah, bahwa sistem hukum itu merupakan bentuk khas kehidupan sosial di situ (*a peculiar form social life*).³¹

Ilmu hukum baru ini, oleh Werner Menski, disebut sebagai "*plurality conscious jurisprudence*". Menurut Menski, orang telah mengeksploiter globalisasi terlalu jauh, sehingga mengabaikan dimensi lokal hukum. Globalisasi telah meminggirkan glocalisasi (*glocaliozation*) atau kemajemukan global. Menski mengancam, bahwa suatu tatanan hukum universal telah terbentuk, sebagai suatu angan,angan kosong belaka (*wishful thinking*).³²

Dalam tulisan yang lain, Raharjo menjelaskan, bahwa kita berhadapan dengan kemajemukan (*plurality*) dalam hukum di dunia. Kesadaran akan pluralisme ini menurutnya makin menjadi tren

³⁰ Rahardjo Satjipto, "Kemajemukan Sebagai Konsep Hukum", *Makalah* No. 24, Bahan Bacaan Program Doktor Universitas Diponegoro, Semarang. 2007.

³¹ *Ibid.*

³² Werner Menski, *Comparative Law in Global Context, The Legal Systems of Asia and Afrika*, Cambridge University Press, 2006.

dunia. Dalam persoalan ini, dikatakan lebih lanjut oleh Rahardjo, Jepang menjadi contoh yang sangat bagus tentang bagaimana suatu bangsa bergulat dengan hukumnya yang didatangkan dari luar (*imposed from outside*) dan keinginannya untuk menjaga tatanan sosialnya yang asli.³³ Dalam keadaan yang demikian itu, maka Jepang menjadi negara yang unik dan sulit untuk dipahami dengan menggunakan standar Barat.³⁴ Kendatipun disebut sebagai negara industri modern yang menggunakan sekalian atribut modern, seperti demokrasi, birokrasi dan negara hukum, tetapi Jepang tetap menjadi Jepang dan tidak hanyut (*transformed*) dan menjadi Barat secara total. "*There has been no transformation, --nothing more than the turning of old abilities into new and large channels ... Nothing remarkable has been done, however, in directions foreign to the national genius.*"³⁵

Dalam cara ber hukum, masih menurut Raharjo³⁶ Jepang banyak melakukan pembelokan (*Japanese twist*) sedemikian rupa, sehingga penggunaan hukum modern tidak mengganggu usaha untuk menjaga kelestarian nilai-nilai Jepang.³⁷ Mengutip pendapat L. Craig Parker Junior, Raharjo³⁸ menjelaskan bahwa Jepang telah menciptakan lapisan-lapisan dalam cara ber hukum, demi menjaga nilai-nilai Jepang.³⁹ Lapisan pertama adalah lapisan formal, yang

³³ Raharjo Satjipto, "Kemajemukan Sebagai Konsep Hukum", *Op., Cit.*

³⁴ Wolferen, Karel van, *The Enigma of Japanese Power, People and Politics in a Stateless Nation*, N. Y.: Alfred A. Knopf, 1990.

³⁵ Hern, Lafcadio, *Kokoro, Hints and Echoes of Japanese Inner Life*, Tokyo :Charles E. Tuttle, eleven printing, 1998.

³⁶ Satjipto Raharjo, "Kemajemukan Sebagai Konsep Hukum", *Loc., Cit.*

³⁷ Robert S Ozaki, *The Japanese, A. Cultural Portrait*, Tokyo : Charles E. Tuttle. 1978.

³⁸ Satjipto Raharjo, "Kemajemukan Sebagai Konsep Hukum", Satjipto Raharjo, "Kemajemukan Sebagai Konsep Hukum", *Op., Cit.*

³⁹ Parker Jr. L. Craig, *The Japanese Police System Today, An American Perspective*, Tokyo : Kondansha International, 1984.

disebut *tatema*. Sekalipun Jepang menggunakan hukum modern, seperti kontrak yang mengikuti pembuatan kontrak modern, tetapi hanya sebatas formal saja atau *tatema*. Praksis sesungguhnya dari hukum kontrak mendahulukan cara-cara Jepang, yaitu lapisan *hone*.

Dunia sekarang lebih toleran dengan mengakui cara ber hukum berbeda-beda antara bangsa atau komunitas satu dengan yang lain, sebagaimana dikatakan oleh Menski "We fail to admit that globalization does not primarily lead to universal homogenisation, but increased legal pluralism."⁴⁰

Gejala keanekaragaman sistem hukum yang dianut oleh masyarakat di berbagai belahan dunia ditanggapi sebagai gejala evolusi hukum, maka pada abad ke-20 keanekaragaman tersebut ditanggapi sebagai gejala pluralisme hukum. Kebutuhan untuk menjelaskan gejala ini muncul terutama ketika banyak negara memerdekakan diri dari penjajahan, dan meninggalkan sistem hukum Eropah di negara-negara tersebut.

Sampai saat ini sudah banyak konsep dan atribut mengenai pluralism hukum yang diajukan oleh para ahli. Para *legal pluralist* pada masa permulaan (1970-an) mengajukan konsep pluralisme hukum yang meskipun agak bervariasi, namun pada dasarnya mengacu pada adanya lebih dari satu sistem hukum yang secara bersama-sama berada dalam lapangan sosial yang sama, seperti yang dikemukakan oleh Sally Engel Marry, pluralism hukum adalah "generally defined as a situation in which two more legal system

⁴⁰ Menski, Werner, *Comparative Law in Global Context, The Legal ...*, Op. Cit.

coexist in the same social field'.⁴¹ Pada perkembangan berikutnya muncul konsep klasik dari Griffiths, yang mengacu pada adanya lebih dari satu tatanan hukum dalam suatu arena sosial. "*By 'legal' I mean the presence in a social field of more than one legal order*".⁴² Dalam arena pluralisme hukum itu terdapat hukum negara di satu sisi, dan di sisi lain adalah hukum rakyat yang pada prinsipnya tidak berasal dari Negara, yang terdiri dari hukum adat, agama, kebiasaan-kebiasaan atau konvensi-konvensi sosial lain yang dipandang sebagai hukum.⁴³

Memasuki era globalisasi, abad-21, seperti sekarang perlu dikaji hadirnya hukum dan organisasi internasional dalam arena pluralism hukum. Dalam kenyataan empirik, khususnya dalam bidang perekonomian, lingkungan hidup dan hak asasi manusia, kehadiran hukum dan organisasi internasional terlihat sekali pengaruhnya. Dalam kondisi seperti in, konsep pluralisme hukum terus berubah dan dipertajam melalui berbagai perdebatan ilmiah dari para ahli dan pemerhati dalam ranah hukum dan kemasayarakatan (*socio legal studies*).

Berbagai perdebatan dan diskusi telah melahirkan pemikiran-pemikiran baru tentang pluralism hukum yang lebih tajam dan berarti dalam menganalisis fenomena hukum dalam masyarakat di berbagai belahan dunia.⁴⁴ Pendekatan pluralism hukum yang baru

⁴¹ Sally Angel Merry, "Legal Pluralisme", dalam *Law and Society Review*, Vol. 22/1988.

⁴² John Griffiths, "What is Legal Pluralism", dalam *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, No. 24/2986, 1986.

⁴³ Sulistyowati Irianto, "Sejarah Perkembangan Pemikiran Pluralisme Hukum dan Konsekwensi Metodologisnya", dalam *Pluralisme Hukum : Sebuah Pendekatan Interdisiplin*. Penerjemah, Andri Akbar, et. al. HuMa, Jakarta. 2005, hlm., 58.

⁴⁴ Baca Sulistyowati Irianto, "Pluralisme Hukum Dalam Perspektif Global", dalam *Digest LSD: Law, Society & Development, Hukum yang Bergerak*, Vol. 1. No. 3 Agustus 2007, hlm., 3. Ditegaskan bahwa diskusi dan perdebatan

memandang pendekatan lama itu tidak dapat digunakan lagi. Paradigma baru dalam pluralism hukum dikaitkan dengan "hukum yang bergerak" dalam ranah globalisasi.

Dalam pendefinisian ulang ini, diperlihatkan bahwa hukum dari berbagai level dan penjuru dunia bergerak memasuki wilayah-wilayah yang tanpa batas, dan terjadi persentuhan, interaksi konstestasi, dan saling adopsi yang kuat diantara hukum internasional, nasional dan lokal (ruang dan konteks socio-politik tertentu). Terciptalah hukum transnasional dan *transnationalized law* sebagai akibat terjadinya persentuhan dan penyesuaian diri, dan pemenuhan kepentingan akan kerjasama antar bangsa. Dalam keadaan itu tidak mungkin lagi dapat dibuat suatu pemetaan seolah-olah hukum tertentu (internasional, nasional dan lokal) merupakan entitas yang jelas dengan garis-garis batas yang tegas dan terpisah satu sama lain.⁴⁵

Pemikiran pluralisme hukum "mutakhir", menurut Sulistyowati Irianto⁴⁶ secara konseptual terdapat beberapa pokok bahasan penting : *Pertama*, hukum dipandang sangat memainkan peranan penting dalam globalisasi, karena hukum bersentuhan dengan domain social, politik ekonomi. Dapat dipelajari bagaimana hubungan antar relasi kekuasaan dan hukum, dan bagaimana

akademik dan *sharing* pengalaman tersebut terjadi dalam kongres dan pertemuan internasional yang terutama diselenggarakan oleh *the Commission on Folk Law and Legal Pluralism*. Komisi ini beranggotakan 500 orang dari seluruh dunia, terdiri dari para ahli hukum, antropologi dan sosiologi, filsafat hukum, hukum adat dari dunia akademik, juga para aktivis muda dari NGO yang bergerak dalam bidang advokasi dan pendampingan terhadap komunitas adat.

⁴⁵ R. Gordon Woodman, Why There Can Be No Map of Law, dalam Rajendra Pradan (ed.) *Legal Pluralism and Unofficial Law in Society, Economic and Political Development, Papers of the XIIIth International Congress, 7-10 April Chiang Mai, Thailan*. Khathmandu, Nepal : INEC, 2004.

⁴⁶ Sulistyowati Irianto, ...2007, *Op. Cit.*, hlm., 8.

hukum menjadi kekuatan yang sangat besar dalam mendefinisikan kepentingan politik dan ekonomi dalam pergaulan antar kelompok dan bahkan antar bangsa. *Kedua*, Ada aktor-aktor yang menyebabkan hukum bergerak. Mereka adalah individu maupun organisasi yang sangat "mobile". Para aktor ini penting dalam proses globalisasi dan glokalisasi, dan menjadi agen bagi terjadinya perubahan hukum. *Ketiga*, pemahaman globalisasi dalam konteks sejarah sangatlah penting. Globalisasi hukum sudah terjadi sejak dulu, seiring dengan terjadinya penjajahan, penyiaran agama dan perdagangan pada masa silam. Sepanjang sejarah dapat dilihat bagaimana hukum internasional dan traktat juga menyebabkan hukum "bergerak". Namun pada saat ini globalisasi memiliki karakter yang berbeda. *Keempat*, perkembangan dari pemikiran di atas tidak hanya menyebabkan perlunya redefinisi terhadap pemikiran mengenai pluralism hukum, tetapi juga memiliki signifikansi terhadap munculnya metodologi antropologi.

Pendekatan pluralisme hukum dalam perspektif global telah mengalami reformulasi dan transformasi penafsiran. Pluralisme hukum tidak lagi dapat dibuat *mapping of legal universe*, menarik batas yang tegas untuk membedakan entitas hukum tertentu dari yang lain, antara hukum internasional, transnasional, nasional, dan lokal. Karena sistem hukum dari tataran yang berbeda beda itu saling bersentuhan, berkontestasi, saling mereproduksi dan mengadopsi satu sama lain secara luas. Pendekatan pluralisme hukum berperspektif global juga sangat dipengaruhi oleh aktor dan organisasi yang menyebabkan hukum bergerak dan kontekstualisasi sejarah globalisasi hukum.

Ketika para teoritis dan aktivis gerakan sosial dari berbagai negara mencoba untuk mereformulasikan konsep *legal pluralisme*

dalam perpektif global, bersamaan dengan ini muncul gerakan sosial baru yang mendesakkan perubahan dan menawarkan teori dan konsep baru untuk melindungi dan memberikan jaminan hak atas kelompok minoritas dalam Negara bangsa. Gerakan sosial baru tersebut menamakan dirinya sebagai gerakan *legal multiculturalism*. Gerakan sosial baru ini berseiring dengan lahirnya berseiring dengan gerakan multikulturalisme di Eropa pada abad keduapuluhsatu, yang kemudian bergerak ke Negara-negara di Asia, Malaysia, dan termasuk Indonesia.⁴⁷

Multikulturalisme, menurut Karim Raslan⁴⁸ yang paralel dengan pendapat Caleb Rosado dalam bukunya *Toward a Definition of Multiculturalisme*, mendefinisikan :

*"Multiculturalisme is a system a beliefs and behaviors that recognizes and respects the presence of all diverse groups in an organization or society, acknowledges and values their socio-cultural differences, and encourages and anable their continued contribution within an inclusive cultural context which empowers all within the organization or Society"*⁴⁹

Intinya, dalam semangat multikulturalisme muncul kesadaran menghargai dan menghormati keberadaan semua keragaman kelompok dalam suatu organisasi atau masyarakat, dan disertai sikap saling memberdayakan satu dengan yang lain. Gerakan sosial

⁴⁷ Baca Jurnal Kajian Wilayah Eropah, Volume III-No. 3, 2007. Diterbitkan oleh Program Studi Kajian Wilayah Eropa-Program Pasca Sarjana Universitas Indonesia and The Delegation of the European Commisiion. Jurnal ini secara khusus mengangkat tema "Multikulturalisme di Eropa" dengan memuat artikel pilihan tentang dinamika multikulturalisme di Negara-negara Eropa, seperti Perancis, Belanda dan Inggris dan Jerman.

⁴⁸ Karim Raslan adalah seorang penulis teranama dari Malaysia yang telah banyak menghasilkan tulisan dengan pendekatan humanistas. Pendapat tersebut disampaikan Karim Raslan dalam Diskusi Terbatas yang Diselenggarakan oleh Jawa Pos, Sabtu, 9 Oktober 2010.

⁴⁹ Definisi tersebut tersebut disampaikan Karim Raslan dalam Diskusi Terbatas yang Diselenggarakan oleh Jawa Pos, Sabtu, 9 Oktober 2010.

berbasis multikulturalisme saat ini berkembang secara progresif di Indonesia. Bahkan berhasil menggeser basis pemikiran gerakan sosial yang lama, yaitu pluralisme.

Menurut pandangan aliran *legal multiculturalism*, konsep *legal pluralism* memuat beberapa kelemahan yang mendasar. Konsep legal pluralisme dipandang terlalu sulit, kompleks, atau samar, bahkan istilah ini memberikan pengertian yang terlalu remeh, jadi terlalu mudah atau kosong makna. Menurut Ridwan Al Makassar⁵⁰, terdapat beberapa kelemahan konsep *legal pluralism* yang mendasar, yaitu : *Pertama*, konsep legal pluralism sering digunakan untuk menjelaskan keberadaan sistem hukum dalam komunitas "majemuk", meskipun konsep ini kurang jelas menyatakan karakter "majemuk" tersebut. Oleh karena itu konsep pluralisme hukum tidak dapat menjawab bagaimana multisiplitas hukum tersebut distrukturisasikan dan hubungan antar komunitas majemuk tersebut. Akibatnya, kata majemuk selain mengindikasikan berbagai tipe representasi dari "satu", istilah ini akhirnya dapat diereduksi menjadi satu. *Kedua*, dalam bingkai pluralisme hukum, kehadiran dalam berbagai kelompok kepentingan dalam suatu masyarakat sangat dimungkinkan, meskipun kelompok yang beragam ini tidak dapat memberikan jawaban atas konflik hukum yang terjadi atas kelompok yang relative tidak berdaya. *Ketiga*, pendekatan pluralisme hukum tidak memberi ruang dan hak atas komunitas agama dan komunitas etnik untuk berdampingan satu sama lain secara sederajat karena terdapat struktur hirarkis dominatif.

⁵⁰Baca tulisan Ridwan al Makassar, "Multikulturalisme : Review Teoritis dan Beberapa Catatan Kritis," dalam Mashudi Nursalim, *et. al.*, (Ed.) *Hak Minoritas : Multikulturalisme dan Dilema Negara Bangsa*, Tifa dan Interseksi Foundation, 2007, hlm., 34-58.

Secara teoritis, sosiologi tentang multikulturalisme adalah sebuah tema yang kontroversial. Sosiologi Amerika telah memperkenalkan isu multikulturalisme melalui beberapa jurnal dan debat publik, yang di dalamnya membahas isu etnisitas, ras dan budaya. Gagasan multikulturalisme, pada awalnya berasal dari Amerika Utara, Kanada, terus bergerak ke Amerika pada tahun 1970-an, kemudian menuju Negara-negara Barat, dan sampai ke Eropa Timur, kemudian masuk ke Australia dan India, kemudian pada gilirannya gagasan tersebut juga masuk ke Indonesia.⁵¹

Konsep multikulturalisme secara signifikan berbeda dengan konsep pluralitas. Menurut Gurpreet Mahajan,⁵² gelombang pertama mengenai tulisan-tulisan multikultural telah mendekonstruksi negara–bangsa dan menantang potret dari sebuah komunitas politik yang *hegemony*. Dengan memaparkan perbedaan kelompok mayoritas dan kelompok minoritas, tulisan-tulisan tersebut telah menunjukkan bahwa berbagai kebijakan secara sistematis tidak menguntungkan posisi kelompok minoritas dalam arena public. Gelombang kedua, tulisan-tulisan multicultural telah memperluas analisisnya dengan mendekonstruksi komunitas kultural di dalam Negara bangsa. Sebagai sebuah gerakan kebudayaan, multikulturalisme adalah manifestasi dari kondisi dunia multikultural global

⁵¹ Di Indonesia, gagasan multikulturalisme secara masif digulirkan Yayasan Tifa dan The Interseksi Foundation melalui berbagai penerbitan. Diantaranya terdapat dua buku yang sangat menarik dan selalu menjadi rujukan para penstudi multiculturalisme di kalangan akademisi : *Pertama*, buku yang berjudul Hak Minoritas : Dilema Multikulturalisme di Indonesia yang terbit pada tahun 2005, dan *Kedua*, Hak Minoritas : Multikulturalisme dan Dilema Negara Bangsa yang terbit tahun 2007.

⁵² Gurpreet Mahajan, *Rethinking Multiculturalism*, situs [http ://www.india.seminar.com/1994](http://www.india.seminar.com/1994).

kontemporer yang tidak memuaskan. Ia adalah resultansi dari matra ketidakadilan sosial, ekonomi dan politik dunia yang kapitalistik.⁵³

Dalam pentas global, multikulturalisme sebagaimana dikatakan oleh Edward A. Tiryakian⁵⁴ adalah "*a normative critique of the institutional arrangements of the public sphere that are seen as injuring or depriving a cultural minority of its rights*". Kritik yang dimaksudkan Tiryakian mencakup berbagai klaim untuk menghilangkan deprivasi yang dialami kelompok minoritas yang terjadi di dalam ruang publik, dan juga untuk meningkatkan berbagai kesempatan bagi peningkatan kapasitas dan realitas diri seperti yang dinikmati oleh mayoritas secara bebas. Jadi inti dari multikulturalisme terletak pada apakah entitas yang beragam tersebut, terutama kelompok minoritas, memperoleh status yang setara dalam sebuah negara-bangsa atau justru mengalami minoritisasi melalui berbagai kebijakan Negara yang resmi.

Milena Doytcheva,⁵⁵ sebagaimana dikutip oleh Okke KS Zaimar dan Joesana Tjahyani⁵⁶ mengemukakan tiga hal yang tercakup dalam pengertian multikulturalisme : (1) multikultural merupakan suatu ideal atau suatu program politik, dan bukan suatu karakteristik suatu masyarakat. Masyarakat manusia sejak dulu selalu jamak,

⁵³ Kusnanto Sunarto, *et. al.*, "Introduction: Multicultural education in Indonesia and Southeast Asia Stepping into The Unfamiliar". Jurnal Antropologi Indonesia, Depok, Universitas Indonesia, 2004, hlm., 2.

⁵⁴ Edward A. Tiryakian, "Assessing Multiculturalism Theoretically : E Pluribus Unum, Sic et Non" dalam John Rex dan Gurpapal Sing (eds.), *Governance in Multicultural Societies*, London, Ashghate Publishing Limited, hlm., 9.

⁵⁵ Lihat Milena Doytcheva, *Le multiculturalisme*, Paris : La Decouverte. 2001.

⁵⁶ Okke KS Zaimar dan Joesana Tjahyani, "Multikulturalisme di Eropah", dalam *Jurnal Kajian Wilayah Eropah (Journal Of European Studies)*, Program Studi Kajian Wilayah Eropah – Program Pascasarjana Universitas Indonesia, Volume III – No. 3. Hlm., 6.

secara cultural beragam, namun jawaban politis atas keragaman itu berbeda-beda, bergantung dari jamannya; (2) multikulturalisme betul-betul merupakan penemuan masa kini, paling tidak pada awalnya, pada masyarakat demokratis yang telah menyaksikan transformasi pertanyaan tentang perbedaan kultural dalam suatu pertarungan keadilan masyarakat; (3) sebagai program politik, multikulturalisme membawa suatu perubahan institusional dan secara umum, membawa peran aktif kekuasaan publik. Dalam sudut pandang ini multikulturalisme perlu dibedakan dari jawaban lain untuk masalah keragaman, seperti masalah metis, kosmopolitisme atau interkultural, yang membawq solusi bersifat individual , baik yang bersifat biologis, estetik, maupun kultural.

Dalam pandangan multikulturalisme, kualitas dari berbagai komunitas secara umum bisa diwujudkan melalui berbagai kebijakan yang bertujuan untuk mempromosikan diversitas budaya. Kehadiran berbagai budaya yang beragam dalam arena publik adalah sinyal dan penanda bagi hilangnya homogenitas kultural. Multikulturalisme paling tidak akan mencegah sebuah negara-bangsa melaksanakan program asimilasi budaya yang akan memarjinalkan kelompok minoritas. Dengan demikian memproteksi eksistensi berbagai diversitas budaya dan menjamin minoritas budaya dapat bertahan dan berkembang. Hal ini merupakan esensi masalah mendasar yang dijadikan bahan kajian dan gagasan multikulturalisme.⁵⁷

Dalam telaah multikulturalisme, pengakuan terhadap identitas lokal dalam kaitannya dengan redistribusi asset atas sumber-sumber ekonomi dan sumber daya alam di Indonesia menjadi masalah yang mendasar. Berkaitan dengan peneguhan atas

⁵⁷ Ridwan Almakasary, *Op., Cit.*, hlm., 44-45.

identitas lokal, salah seorang cendekiawan, Muslim Abdurrahman⁵⁸ menegaskan :

"...dalam era postmodern, penghormatan dan pengakuan terhadap identitas lokal itu sangat penting. Bahkan, tatkala banyak orang telah merasa kehilangan dan tidak ada lagi yang bisa dipegang (sekalipun namanya paradigma) setelah jatuhnya *grand narrative*, di mana-mana orang bicara pentingnya kembali *local wisdom* atau kearifan lokal."

Multikulturalisme pada hakekatnya merupakan cara bagaimana memandang dan mensikapi perbedaan. Keberagaman atau pluralitas budaya merupakan kenyataan umum di ditemui diberbagai negara bangsa di dunia. Pada umumnya keberagaman ini disikapi dan dikonseptualisasikan berbeda dari satu negara ke negara lainnya dari suatu zaman ke zaman yang lain.

Bagi Indonesia, tuntutan untuk meneguhkan multikulturalisme merupakan keharusan sebagai hak yang sangat beragam etnis, masyarakat adat dan agama. Dalam konteks Indonesia multikulturalisme hendaknya diletakkan dalam perspektif *the new social movement* yang bertumpu sebagai abstraksi subyek yang secara kolektif demi memperjuangkan emansipasi. Sebab, pengalaman Indonesia selama ini, terhadap hal ini telah terjadi pelanggaran politik budaya yang paling serius. Sepertinya, selama ini, sebagaimana telah diuraikan dalam sub bab sebelumnya-banyak kebijakan dan politik hukum atas sumber daya alam tidak memberi ruang representasi sama sekali terhadap masyarakat adat. Jika multikulturalisme diletakkan dalam kaitan ini, barang kali sangat relevan

⁵⁸ Lihat Muslim Abdurrahman, *Islam yang Memihak*, LKiS, Yogyakarta, 2005, hlm. 67. Ditegaskan bahwa tatkala *nation state* kedaulatannya harus diserahkan pada pasar, maka seperti di Amerika sendiri secara politik orang melihat betapa pentingnya multikulturalisme sebagai hak untuk tumbuh yang lebih kuat. Di Indonesia, multikulturalisme ditempatkan sebagai hak untuk memperoleh representasi antropologis dalam pembentukan bangsa.

sebagai bagian dari *the new social movement* yang tidak saja berarti pentingnya memperjuangkan redistribusi sosial ekonomi dan sumber daya alam, tetapi juga memberi ruang munculnya gerakan untuk memperjuangkan *cultural struggle* terhadap diskriminasi terhadap masyarakat adat.⁵⁹

⁵⁹ *Ibid.*, hlm., 68.

Bagian Kedua

Beberapa Teori Hukum Terkait Kearifan Lokal

Teori Budaya Hukum

Sebagai suatu konsep, budaya hukum dipergunakan sebagai pisau analisis dalam memahami fenomena di luar hukum dan institusi penegakannya, tetapi dapat menjadi faktor penghubung atau faktor penghambat dari suatu proses bekerjanya hukum.

Menurut Friedman, dalam sistem hukum terdapat 'budaya hukum'. Budaya hukum mengacu pada sikap, nilai, dan opini dalam masyarakat dengan penekanan pada hukum, sistem hukum serta beberapa bagian hukum. Budaya hukum merupakan bagian dari budaya umum, kebiasaan, opini, cara bekerja dan berpikir yang mengikat masyarakat untuk mendekat atau menjauh dari hukum dengan cara khusus. Dari ketiga komponen di atas, budaya hukum merupakan komponen yang paling penting.⁶⁰

Budaya hukum merupakan gabungan dua kata yaitu Budaya dan hukum. Kata budaya berasal dari bahasa Sanskerta yaitu *buddhayah*, yang merupakan bentuk jamak dari *buddhi* (budi atau akal) diartikan sebagai hal-hal yang berkaitan dengan budi dan akal manusia.⁶¹ Dalam bahasa Inggris, kebudayaan disebut *culture*, yang berasal dari kata Latin *Colere*, yaitu mengolah atau mengerjakan.⁶² Bisa diartikan juga sebagai mengolah tanah atau bertani.

⁶⁰ Periksa: Friedman, Lawrence M. 1969. *The Legal System: A Social Science Perspective*. Russel Soge Foundation. New York.

⁶¹ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1989. hlm. 130

⁶² Koentjaraningrat, *Pengantar Antropologi*, Penerbit Universitas, Jakarta, 1965. hlm. 77-78

Kata *culture* juga diterjemahkan sebagai "kultur" dalam bahasa Indonesia.⁶³

Berangkat dari pengertian budaya diatas beberapa pakar seperti Soerjono Soekanto budaya hukum didefinisikan sebagai tanggapan umum yang sama dari masyarakat tertentu terhadap gejala-gejala hukum. Tanggapan itu merupakan kesatuan pandangan terhadap nilai-nilai dan perilaku hukum. Sehingga budaya hukum menunjukkan pola perilaku individu sebagai anggota masyarakat yang menggambarkan tanggapan (orientasi) yang sama terhadap kehidupan hukum yang dihayati masyarakat bersangkutan.⁶⁴

Selain itu budaya hukum merupakan iklim pikiran masyarakat dan kekuatan masyarakat yang menentukan bagaimana suatu hukum itu digunakan, dihindarkan atau disalah gunakan.⁶⁵ Budaya hukum juga merupakan budaya non material ataupun spiritual.

Adapun inti budaya hukum sebagai budaya non material atau spiritual adalah nilai-nilai yang merupakan konsepsi-konsepsi abstrak mengenai apa yang baik (sehingga harus dianuti) dan apa yang buruk (sehingga harus dihindari). Nilai-nilai tersebut merupakan dasar dari etika (mengenai apa yang benar dan yang salah), norma atau kaidah (yang berisikan suruhan, larangan atau kebolehan) dan pola perilaku manusia. Artinya ada unsur spiritual yang dekat dengan keyakinan atau kepercayaan, seperti halnya

⁶³ Dalam kamus *culture* juga diartikan dengan kesopanan. John M. Echols dan Hasan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia; An English-Indonesian Dictionary*, Gramedia, Jakarta, 1996. hlm. 159

⁶⁴ *Ibid*

⁶⁵ Cita Citrawinda Priapantja. *Budaya Hukum Indonesia Menghadapi globalisasi : Perlindungan Rahasia Dagang di Bidang Farmasi*. Chandra Pratama. Jakarta. 1999., hlm.195. mengutip dari Satjipto Rahardjo. "Bekerjanya Hukum" dalam *Hukum dan Masyarakat*. Bandung. Angkasa. 1980., hlm. 85.

mistik yang muncul karena keyakinan seseorang.⁶⁶

Disinilah faktor kesadaran hukum masyarakat itu sangat memegang peranan penting dalam upaya penegakan hukum itu sendiri, karena perspektif inilah yang perlu ditata agar supremasi hukum di negeri ini dapat berjalan. Relevansi penegakan hukum dalam perspektif penegakan keadilan sebagai bagian dari kesadaran hukum masyarakat, merupakan upaya alternatif atas ketidakpercayaan kita terhadap hukum positif dan aparat penegak hukumnya yang merupakan mainstream dari pandangan legalistik. Sehingga ketika kita berbicara hukum dalam perspektif keadilan, kita berada dalam wilayah etika atau moralitas dan tidak membahas masalah-masalah hukum dalam arti sempit. Bagaimana hukum positif dibuat, dan apakah hukum positif yang dibuat telah merepresentasikan dari unsur rasa keadilan masyarakat, serta mentalitas aparaturnya yang menegakkan hukumnya.

Upaya penegakan hukum yang dilakukan dengan mendasarkan kepada pembentukan budaya hukum atas dasar keadilan harus dikedepankan ditengah "carut-marut" hukum di negeri ini. Penegakan hukum sebagai upaya menegakan keadilan dapat pula menjadi sarana kritik atau koreksi atas hukum positif. Jika aspek keadilan merupakan landasan utama aturan hukum positif dan ukuran kelakuan manusia, maka upaya penegakan hukum dapat dilakukan dalam kerangka untuk mencapai keseimbangan hidup antara manusia, sehingga tercipta keadilan, kedamaian, ketertiban, dan kebaikan umum dalam masyarakat.

⁶⁶ Soerjono Soekanto et al. *Antropologi Hukum : Proses Pengembangan Ilmu Hukum Adat*. Jakarta. CV. Rajawali. 1994., hlm. 202 – 203. dikutip dari Dian Istiaty, *Tinjauan Filsafat Ilmu Terhadap Mistik Dalam Hubungannya Dengan Budaya Hukum Indonesia*, Simbur Cahaya No. 27 tahun X Januari 2005 ISSN No. 14110-0614

Teori Hukum *Sociological Jurisprudence*

Sociological Jurisprudence yang mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan tetapi juga melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum (terkenal dengan konsep bahwa *law as a tool of social engineering*). Teori hukum lain yang lahir dari proses dialektika antara tesis positivisme hukum dan antitesis aliran sejarah, yaitu *sociological jurisprudence* yang berpendapat bahwa hukum yang baik haruslah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Teori ini memisahkan secara tegas antara hukum positif dengan hukum yang hidup. Tokoh aliran ini terkenal di antaranya adalah Eugen Ehrlich yang berpendapat bahwa hukum positif baru akan berlaku secara efektif apabila berisikan atau selaras dengan hukum yang hidup dalam masyarakat⁶⁷ Tokoh lain yaitu Roscoe Pound yang mengeluarkan teori hukum adalah alat untuk merencanakan sosial (*law as a tool of social engineering*). Roscoe Pound juga mengajurkan supaya ilmu sosial didayagunakan untuk kemajuan dan pengembangan ilmu hukum.

Penggunaan paradigma rekayasa sosial menekankan pada efektivitas hukum, yang umumnya diabaikan pada studi hukum tradisional yang lebih menekankan pada struktur dan konsistensi rasional dari sistem hukum. Dengan memperhatikan perihal efektivitas hukum, maka perhatian studi hukum menjadi melebar dan melampaui kajian tradisional yang hanya menekankan pada masalah legalitas dan legitimasi saja. Membicarakan efektivitas hukum hanya dapat dilakukan dengan pendekatan sosiologis, yaitu mengamati interaksi antara hukum dengan lingkungan sosialnya. Hukum tidak dilihat sebagai institusi yang steril, melainkan senan-

⁶⁷ Lili Rasyidi, 1988: 55

tiasa diuji kehadirannya dan karya-karyanya dari hasil dan akibat yang ditimbulkannya dalam kehidupan masyarakat luas.

Pragmatisme Amerika, merupakan basis ideologi teori Pound tentang keseimbangan kepentingan. Seturut pragmatisme di negerinya, Pound cenderung menghindari konstruksi-konstruksi teori yang terlampau abstrak seperti umumnya teori-teori yang muncul di Eropa. Bagi Pound, hukum tidak boleh dibiarkan mengawang dalam konsep-konsep logis-analitis atau pun tenggelam dalam ungkapan-ungkapan teknis yuridis yang terlampau eksklusif. Sebaliknya, hukum itu mesti didaratkan di dunia nyata, yaitu dunia sosial yang penuh sesak dengan kebutuhan dan kepentingan-kepentingan yang saling bersaing.

Basicly, 'kondisi awal' struktur suatu masyarakat selalu berada dalam kondisi yang kurang imbang. Ada yang terlalu dominan, dan ada pula yang terpinggirkan. Untuk menciptakan 'dunia yang beradab', ketimpangan-ketimpangan struktural itu perlu ditata ulang dalam pola keseimbangan yang proporsional. Dalam konteks keperluan yang demikian itu, hukum yang bersifat logis-analitis dan serba abstrak (hukum murni) atau pun yang berisi gambaran realitas apa adanya (sosiologis), tidak mungkin diandalkan. Hukum dengan tipe demikian itu, paling-paling hanya mengukuhkan apa yang ada. Ia tidak merubah keadaan. Karena itu, perlu langkah progresif yaitu memfungsikan hukum untuk menata perubahan. Dari sinilah muncul teori Pound tentang *law as a tool of social engineering*⁶⁸.

Pertanyaan lalu muncul, apa yang harus digarap oleh hukum dalam konteks *social engineering* itu? Jawabannya adalah "menata kepentingan-kepentingan yang ada dalam masyarakat". Kepentingan-kepentingan tersebut harus ditata sedemikian rupa

⁶⁸Roscoe Pound, **Contemporary Jurisdic Theory**, dalam D. Llyod (ed), **Introduction to Jurisprudence**, London, Stecens, 1965.

agar tercapai keseimbangan yang proporsional. Manfaatnya adalah, terbangunnya suatu struktur masyarakat sedemikian rupa hingga secara maksimum memcapai kepuasan akan kebutuhan dengan seminimum mungkin menghindari benturan dan pemborosan⁶⁹. Lalu apa sajakah kepentingan-kepentingan dimaksud? Pound mengajukan tiga kategori kelompok kepentingan, yaitu kepentingan *umum*, *sosial*, dan kepentingan *pribadi*.

Kepentingan-kepentingan yang tergolong kepentingan umum, terdiri atas dua, yaitu: (i). Kepentingan-kepentingan negara sebagai badan hukum dalam mempertahankan kepribadian dan hakikatnya, (ii). Kepentingan-kepentingan negara sebagai penjaga kepentingan-kepentingan sosial.

Sementara yang tergolong kepentingan pribadi/perorangan adalah: (i). Pribadi (integritas fisik, kebebasan berkehndak, kehormatan/nama baik, privacy, kebebasan kepercayaan, dan kebebasan berpendapat. Kepentingan-kepentingan ini biasanya menjadi bagian dari hukum pidana yang mengatur tentang penganiayaan, fitnah, dan lain sebagainya. (ii). Kepentingan-kepentingan dalam hubungan rumah tangga/domestik (orang tua, anak, suami istri). Kepentingan-kepentingan ini meliputi soal-soal seperti perlindungan hukum atas perkawinan, hubungan suami-istri, hak orang tua untuk memberi mendidik anak, termasuk lewat hukuman fisik, serta pengawasan orang tua atas penghasilan anak, dan lain sebagainya. (iii). Kepentingan substansi meliputi perlindungan hak milik, kebebasan menyelesaikan warisan, kebebasan berusaha dan mengadakan kontrak, hak untuk mendapatkan keuntungan yang sah, pekerjaan, dan hak untuk berhubungan dengan orang lain.

⁶⁹Lih Satjipto Rahardjo, **Ilmu Hukum**, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000.

Sedangkan kepentingan sosial meliputi enam jenis kepentingan. Pertama, kepentingan sosial dalam soal keamanan umum. Ini meliputi kepentingan dalam melindungi ketenangan dan ketertiban, kesehatan dan keselamatan, keamanan atas transaksi-transaksi dan pendapatan.

Kedua, kepentingan sosial dalam hal keamanan institusi sosial meliputi: (a). Perlindungan hubungan-hubungan rumah tangga dan lembaga-lembaga politik serta ekonomi yang sudah lama diakui dalam ketentuan-ketentuan hukum yang menjamin lembaga perkawinan atau melindungi keluarga sebagai lembaga sosial. (b). Keseimbangan antara kesucian perkawinan dan hak untuk bercerai. (c). Perbuatan-perbuatan yang tidak diinginkan antara suami dan istri terhadap hak bersama untuk menuntut ganti rugi karena perbuatan yang tidak patut, (d). Keseimbangan antara perlindungan lembaga-lembaga keagamaan dan tuntutan akan kemerdekaan beragama. (e). Menyangkut kepentingan keamanan lembaga-lembaga politik, maka perlu ada keseimbangan antara jaminan kebebasan berbicara dan kepentingan keselamatan negara.

Ketiga, kepentingan-kepentingan sosial menyangkut moral umum. Ini meliputi perlindungan masyarakat terhadap merosotnya moral seperti korupsi, judi, fitnah, transaksi-transaksi yang bertentangan dengan kesusilaan, serta ketentuan-ketentuan yang ketat mengenai tingkah laku wali.

Keempat, kepentingan sosial menyangkut pengamanan sumberdaya sosial. Ini diuraikan oleh Pound sebagai tuntutan yang berkaitan dengan kehidupan sosial dalam masyarakat beradab agar orang jangan boros dengan apa yang ada. Penyalahgunaan hak atas barang yang dapat merugikan orang, termasuk dalam kategori ini.

Kelima, kepentingan sosial menyangkut kemajuan sosial. Ini berkaitan dengan keterjaminan hak manusia memanfaatkan alam

untuk kebutuhannya, tuntutan agar rekayasa sosial bertambah banyak dan terus bertambah baik, dan lain sebagainya. Menurut pandangan Pound, kelompok ini terdiri dari empat kebijaksanaan pokok, yakni kebebasan memiliki, kebebasan perdagangan dan perlindungan terhadap monopoli, kebebasan perindustrian dan dorongan untuk melakukan penemuan. Pound memasukkan dalam kategori yang sama kepentingan dalam perkembangan politik melalui perlindungan atas kritik bebas, komentar yang jujur, kebebasan pendidikan, dan lain-lain.

Keenam, kepentingan sosial menyangkut kehidupan individual (pernyataan diri, kesempatan, kondisi kehidupan). Ini berkaitan dengan tuntutan agar tiap individu mampu menjalani kehidupannya sesuai dengan patokan-patokan masyarakat. Kepentingan inilah yang oleh Pound dilukiskan sebagai "hal yang paling penting dari semuanya." Hal ini diakui dalam perlindungan hukum atas kebebasan berbicara, kebebasan bekerja, dan kebebasan berusaha sesuai patokan-patokan normal dalam masyarakat.

Seluruh daftar kepentingan yang dipaparkan Pound, tentu saja tidak absolut karena sangat tergantung pada sistem-sistem politik dan sosial suatu masyarakat/negara. Apa yang didata oleh Pound bersumber dari sistem liberal. Tidaklah mengherankan jika Pound menempatkan kepentingan dalam kehidupan individu sebagai yang paling penting dari semua kepentingan yang lain.

Kita boleh tidak sependapat mengenai detail kepentingan yang diurai Pound, berikut kepentingan-kepentingan yang diprioritaskannya. Dan memang kekuatan teori Pound tidak terletak di situ. Titik kekuatan Pound terletak pada kerangka pengelompokan yang dibangunnya serta pesan sentral dari pengelompokan semacam itu. Pertama, hukum perlu didayagunakan sebagai sarana menuju tujuan sosial dan sebagai alat dalam perkembangan sosial. Kedua,

pengelompokan semacam itu sangat membantu untuk memperjelas kategori kepentingan yang ada dalam masyarakat secara keseluruhan, berikut bagaimana menyeimbangkannya secara tepat sesuai dengan aspirasi dan tuntutan yang berkembang kini dan di sini.

Sudah tentu, kategori kepentingan seperti diajukan Pound, tidak saja bermanfaat bagi kepentingan legislasi, tetapi juga berguna bagi dunia praktik dengan mengaitkan prinsip-prinsip dan nilai-nilai dalam suatu kepentingan dengan kepentingan yang lainnya. Dalam dunia praktik, problema pokok yang lebih mendesak adalah problema metode yang memungkinkan para penegak hukum sampai pada keseimbangan dan penilaian keseimbangan-keseimbangan dimaksud.

Dari kalangan Anglo-Amerika, Cordozo-lah yang lewat penelitiannya mengenai sifat proses pengadilan, berusaha untuk menguraikan problem-problem yang bersangkutan. Pendirian Cardozo sangat searah dengan Jhering yang kemudian dilanjutkan oleh Geny dan sebagian besar eksponen-eksponen dari *Interessenjurisprudenz* di Jerman. Pendirian dimaksud adalah menekankan pada perlunya kesadaran pengadilan akan nilai-nilai dan kepentingan-kepentingan sosial yang dipertaruhkan dalam setiap kasus yang ditangani. Kepentingan sosial yang dilayani oleh kepastian harus diseimbangkan dengan kepentingan sosial yang dilayani oleh kepatutan dan kejujuran, atau unsur-unsur lain dari kesejahteraan sosial. Semua ini mewajibkan hakim untuk menarik garis pada tiap sudut kepentingan sehingga dicapai titik keseimbangan yang proporsional. Bagaimana hakim mengetahui bahwa suatu kepentingan lebih utama dari kepentingan lain? Ada beberapa sumber yang dapat dipakai, yaitu maksud dari pembuat UU, pengalaman, studi, dan dari kehidupan sendiri.

Seperti diketahui, *Interessenjurisprudenz* didasarkan atas kenyataan, bahwa hakim tidak dapat secara memuaskan menangani penyeimbangan berbagai kepentingan yang ada hanya dengan penguraian hukum secara logis. Pembuat undang-undang hukum perdata Jerman menghendaki agar berbagai kepentingan dilindungi dalam UU tersebut. Mereka menghendaki adanya keseimbangan antara kepentingan-kepentingan yang bertentangan satu sama lain. Meski begitu, pembuat UU tidak mungkin secara lengkap dapat menangkap kehidupan yang bermacam-macam dan mengaturnya begitu sempurna. Keinginan para pembuat undang-undang hanya dapat direalisasikan jika hakim tidak hanya merupakan mekanisme hukum yang berfungsi sesuai dengan hukum mekanisme logis.

Apa yang dibutuhkan oleh hukum dan kehidupan sosial, adalah hakim yang membantu pembuat undang-undang sebagai pemikir pembantu, dan yang tidak hanya menaruh perhatian pada kata-kata dan perintah-perintah. Para hakim harus mengerti keinginan-keinginan pembuat undang-undang dan mengungkapkan penilaian-penilaian hukum, juga untuk keadaan-keadaan yang tidak secara khusus diatur oleh pembuat undang-undang, seperti bagaimana menyeimbangkan kepentingan-kepentingan yang diperlakukan dalam sebuah kasus. Persis di titik ini, para hakim butuh bantuan ilmu hukum yang menyediakan informasi yang cukup lewat riset hukum dan keadaan kehidupan yang relevan. Realitas kehidupan harus diungkapkan secara terbuka, dan tidak menyelubunginya dengan fiksi-fiksi mengenai deduksi-deduksi hukum. Di sini, keutamaan pengertian-pengertian hukum (*Begriffsjurisprudenz*) diganti dengan keutamaan pengujian dan penilaian hidup (*Lebensforschung und Lebenswertung*).

Kiranya jelas bahwa *Interessenjurisprudenz* yang mengembangkan gagasan Jhering, menganggap keseimbangan pelbagai kepentingan sebagai tugas hukum dan ilmu hukum yang sangat penting. Tidak hanya kepentingan-kepentingan pribadi, tetapi juga kepentingan-kepentingan umum, tidak hanya pemenuhan kebutuhan-kebutuhan material, tetapi juga kebutuhan-kebutuhan akan cita-cita. Sebagaimana telah dinyatakan secara khusus oleh Heck, kata kepentingan harus diartikan dalam arti yang seluas-luasnya, dan meliputi gagasan-gagasan (pribadi, material dan idiil).

Menurut catatan Friedmann, gerakan sosiologis dalam ilmu hukum sebagaimana diketengahkan, baik dalam ilmu hukum maupun dalam perkembangan penafsiran undang-undang oleh pengadilan Jerman, sangat berbeda dengan ilmu hukum analitis. Seperti gerakan-gerakan yang sejenis di Perancis, Amerika Serikat dan negara-negara lain, gerakan sosiologis itu tidak meremehkan kekuatan logika, adat kebiasaan, sejarah. Tetapi menentang pertimbangan eksekutif dari semua faktor ini dan terutama dari hukum yang murni. Gerakan sosiologis dengan tegas menyatakan bahwa tugasnya yang utama adalah menyeimbangkan pelbagai kepentingan.

Sebagai sebuah gerakan keilmuan, gerakan ini tidak bermaksud memberi kepada hakim suatu pemecahan yang khusus, tetapi memberi informasi ilmiah yang diperlukan bagi keputusannya. 'Informasi' itu mencakup nilai-nilai dan kepentingan-kepentingan yang berbeda yang ada dalam masyarakat yang mungkin untuk sebagian tidak ditemukan secara eksplisit dalam ketentuan perundang-undangan yang dijadikan dasar keputusan hakim. Berkat informasi tersebut, hakim dapat menemukan keputusan yang lebih jelas dengan pengertian yang juga lebih jelas mengenai kepentingan-kepentingan manusia yang dipertaruhkan.

Selain teori tentang tugas hukum seperti tergambar di atas, Pound juga merumuskan postulat-postulat hukum (khususnya hukum perdata) dalam apa yang disebut Pound, masyarakat "beradab." Dalam masyarakat yang demikian, tiap orang harus berpegang pada asumsi bahwa: (i). Orang lain tidak akan melakukan penyerangan yang sewenang-wenang terhadap dirinya. (ii). Tiap orang bisa menguasai apa yang mereka peroleh dalam tata tertib sosial dan ekonomi yang ada, dan menggunakannya untuk kepentingan mereka sendiri. (iii). Orang lain akan bertindak dengan itikad baik, sehingga akan: (a). Memenuhi apa yang diharapkan, (b). Melakukan usaha sesuai dengan harapan masyarakatnya. (iv). Ada jaminan bahwa tiap orang akan mengembalikan secara sepadan apa yang mereka peroleh secara tidak wajar yang merugikan orang lain. (v). Tiap orang akan bertindak sangat hati-hati, agar tidak menimbulkan kerugian bagi orang-orang lain.

Menurut Pound, peradaban zaman sekarang menuntut lebih banyak lagi postulat-postulat hukum. Dari semua itu yang ia anggap penting adalah tuntutan pejabat agar mendapat kepastian dalam jabatannya, dan kewajiban perusahaan dalam masyarakat industri untuk memikul beban masyarakat. Hocking seorang filsuf terkemuka abad 20, memandang bahwa postulat-postulat Pound itu mempunyai nilai absolut dan meletakkan hubungan antara filsafat dan ilmu hukum.

Sebagai pemikir *sociological jurisprudence*, Pound mengusulkan agar para ahli hukum beraliran sosiologis perlu lebih memperhitungkan fakta sosial dalam pekerjaannya, apakah pembuatan hukum, penafsiran, atau penerapan peraturan. Sebab bagi Pound, kehidupan hukum terletak pada pelaksanaannya. Pound menolak studi hukum sebagai studi tentang peraturan, melainkan keluar dari situ dan melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum. Tentang

ini, dikatakan oleh Pound:

"...to enable and to compel law making, and also interpretation and application of legal rules, to make more account, and more intelligent account, of the social fact upon which law must proceed and to which is to be applied"⁷⁰.

Fokus utama Pound dengan konsep *social engineering* adalah interest *balancing*, dan karenanya yang terpenting adalah tujuan akhir dari hukum yang diaplikasikan dan mengarahkan masyarakat ke arah yang lebih maju. Bagi Pound, antara hukum dan masyarakat terdapat hubungan yang fungsional. Dan karena kehidupan hukum terletak pada karya yang dihasilkannya bagi dunia sosial, maka tujuan utama dalam *social engineering* adalah mengarahkan kehidupan sosial itu ke arah yang lebih maju. Menurutnya, hukum tidaklah menciptakan kepuasan, tetapi hanya memberi legitimasi atas kepentingan manusia untuk mencapai kepuasan tersebut dalam keseimbangan⁷¹.

Hukum sebagai sarana *social engineering*, bermakna penggunaan hukum secara sadar untuk mencapai tertib atau keadaan masyarakat sebagaimana dicita-citakan, atau untuk melakukan perubahan yang diinginkan⁷². Hukum, tidak lagi dilihat sekedar sebagai tatanan penjaga *status quo*, tetapi juga diyakini sebagai sistem pengaturan untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu secara terencana.

Sudah tentu, mekanisme perubahan sosial dimaksud, merupakan suatu proses yang terencana dengan tujuan menganjurkan, mengajak, menyuruh, atau bahkan memaksa anggota-anggota

⁷⁰Dikutip dari Satjipto Rahardjo, "Hukum Progresif...", *Op. Cit.*

⁷¹Dikutip dari Dragan Milovanovic, **A Premiere in the Sociology of Law**, New York: Harrow and Heston Publisher, 1994.

⁷²Satjipto Rahardjo, **Hukum dan Perubahan Sosial**, Bandung : Alumni, 1983.

masyarakat agar mengikuti norma-norma hukum atau tata tertib hukum yang ditetapkan sebagai norma baru⁷³. Dapat dikatakan bahwa, hukum dalam konsep *social engeneering*, sangatlah instrumental sifatnya. Kehidupan sosial, menurut konsep ini dapat dengan mudah dipengaruhi oleh hukum sebagai sistem pengaturan terkendali dan *coersif*. Atas dasar keyakinan yang demikian itu, maka dapatlah dimengerti jika penggunaan hukum modern senantiasa diarahkan untuk menjadi sarana menyalurkan kebijakan-kebijakan demi menciptakan keadaan-keadaan yang baru⁷⁴, dan tidak lagi sekedar merekam kembali pola-pola tingkah laku yang terdapat dalam masyarakat⁷⁵.

Keyakinan Pound tentang keefektivan hukum untuk melakukan perubahan sosial, didasarkan pada pemikiran, bahwa hukum sebagai suatu lembaga sosial yang *by design* sifatnya, sesungguhnya merupakan produk kecendikiaan yang terencana dan sistematis. Karena sifatnya sebagai produk *by design* intelektual-ilmiah, maka niscaya mudah disempurnakan setiap kali demi fungsional sebagai instrumen perubahan sosial.

Sifat hukum sebagai produk *by design* intelektual-ilmiah dalam konsep *social engeneering*, terlihat jelas dalam rincian persoalan yang menurut Pound wajib dilakukan oleh seorang ahli hukum sosiologis agar hukum dapat benar-benar efektif sebagai alat perubahan sosial. Secara sistematis Pound mengemukakan 6 (enam) langkah yang harus dilakukan dalam mewujudkan hukum

⁷³*Ibid.*

⁷⁴Dalam konteks pembangunan hukum, dapatlah dikatakan bahwa, bukan lagi kebiasaan yang membentuk hukum, melainkan sebaliknya hukumlah yang harus membentuk kebiasaan (Lih. Sunarjati Hartono, **Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia**, Binacipta, Bandung, 1982.

⁷⁵Satjipto Rahardjo, *“Ilmu Hukum...”*

sebagai sarana perubahan sosial⁷⁶, yaitu : (i). Mempelajari efek sosial yang nyata dari lembaga-lembaga serta ajaran-ajaran hukum; (ii). Melakukan studi sosiologis dalam rangka mempersiapkan perundang-undangan untuk mempelajari pelaksanaannya dalam masyarakat serta efek yang ditimbulkan, untuk kemudian dijalankan; (iii). Melakukan studi tentang bagaimana peraturan hukum menjadi efektif; (iv). Memperhatikan sejarah hukum, artinya mempelajari efek sosial yang ditimbulkan oleh ajaran-ajaran hukum pada masa yang lalu dan bagaimana cara menimbulkannya. Studi itu dimaksudkan untuk menunjukkan bagaimana hukum pada masa yang lalu itu tumbuh dari kondisi sosial, ekonomi, dan psikologis, dan bagaimana ia menyesuaikan diri pada kesemuanya itu, dan seberapa jauh kita dapat mendasarkan atau mengabaikan hukum itu guna mencapai hasil yang kita inginkan; (v). Pentingnya melakukan penyelesaian individual berdasarkan nalar, bukan berdasarkan peraturan hukum semata. Artinya, hakim diberi keleluasaan untuk memutuskan perkara berdasarkan nalar yang umum untuk memenuhi tuntutan keadilan dari pihak-pihak yang bersengketa; (vi). Mengusahakan secara lebih efektif agar tujuan-tujuan hukum dapat tercapai.

Jelas terlihat, bahwa enam prasyarat di atas, merupakan rangkaian aktivitas yang sedikit banyak bersifat intelektual dan terencana dalam mendesain hukum sebagai alat perubahan sosial. Menurut Rahardjo, usaha yang sistematis tersebut tampak di antaranya dalam teknik-teknik pengundang-undangan yang dipakai, dan yang sangat mirip dengan cara-cara pemecahan masalah dalam manajemen yang ilmiah⁷⁷.

⁷⁶ Pendapat Roscoe Pound ini sebagaimana dikutip dalam Satjipto Rahardjo, **Hukum dan Perubahan Sosial...**”.

⁷⁷ *Ibid.*

Itulah sebabnya, Podgorecki menyebut *social engineering* sebagai ilmu sosial terapan yang berfungsi untuk memberitahu praktisi bagaimana menemukan cara yang efektif untuk mewujudkan tujuan-tujuan sosial yang dikehendaki, apabila diterima adanya seperangkat nilai-nilai tertentu serta diketahui adanya seperangkat proposisi yang sudah teruji yang menggambarkan tentang tingkah laku manusia⁷⁸.

Karakter ilmu sosial terapan dalam *social engineering*, tercermin dalam empat azas yang dikembangkan Pogorecki, sebagai berikut⁷⁹: (1) *Social engineering* harus merupakan suatu penggambaran yang baik mengenai situasi yang dihadapi; (2) Membuat suatu analisis mengenai penilaian-penilaian yang ada dan menempatkannya dalam suatu urutan hirarki. Analisis dimaksud meliputi pula perkiraan mengenai apakah cara-cara yang akan dipakai tidak akan menimbulkan efek yang lebih memperburuk keadaan (3) Melakukan verifikasi hipotesa-hipotesa, seperti apakah suatu cara yang dipikirkan untuk dilakukan, pada akhirnya nanti memang akan membawa pada tujuan sebagaimana dikehendaki; (4) Pengukuran terhadap efek peraturan-peraturan yang ada.

Kegiatan menyiapkan hukum dalam rangka *social engineering* memang lebih merupakan suatu usaha ilmiah, dan karenanya, niscaya untuk dapat disempurnakan melalui usaha manusia yang dilakukan secara sistematis dan cendekia.

Dapatlah disimpulkan, bahwa permasalahan hukum sebagai alat perubahan sosial, berkaitan dengan fungsi hukum dalam pembangunan, dan bahkan merupakan hubungan antara perubahan hukum dan perubahan masyarakat. Hubungan timbal balik antara keduanya berkaitan dengan masalah pada bidang kehidupan yang

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

manakah peranan hukum lebih besar daripada bidang kehidupan lainnya, dan sebaliknya. Juga apakah hukum dipandang sebagai alat yang mendukung perubahan atau bahkan mungkin yang menghambatnya.⁸⁰

Ihwal hubungan antara hukum dan perubahan sosial, telah menjadi isu sentral dalam wacana hukum modern. Bahkan Hart, seorang ahli hukum penganut positivisme kontemporer mengakui hal yang demikian itu. Dikatakan oleh Hart, bahwa fungsi melayani perubahan-perubahan yang ada, merupakan salah satu ciri dari adanya sistem hukum⁸¹.

Teori Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan

Kluckhohn mendefinisikan nilai sebagai “... *a conception explicit or implicit, distinctive of an individual or characteristic of a group, of the desirable which influence the selection from available modes, means and ends of action.*”

Sedangkan Rokeach menyatakan nilai adalah keyakinan yang kekal, yaitu bentuk khusus dari tingkah laku atau tujuan akhir kehidupan yang secara individu atau kelompok lebih disukai dibandingkan dengan kebalikannya.

Feather mendefinisikan nilai sebagai keyakinan umum tentang cara bertingkah laku yang diinginkan atau tidak diinginkan dan mengenai tujuan dan titik akhir yang ingin dicapai. Schwartz menyatakan nilai adalah perubahan keadaan yang diharapkan, kepentingan yang bervariasi, yang disajikan sebagai pedoman hidup bagi seseorang atau orang lain. Lebih lanjut Schwartz juga menjelaskan bahwa nilai adalah (1) suatu keyakinan, (2) berkaitan dengan cara bertingkah laku atau tujuan akhir tertentu, (3)

⁸⁰ Soerjono Soekanto, **Beberapa Permasalahan Hukum dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia**, UI Press, Jakarta, 1983.

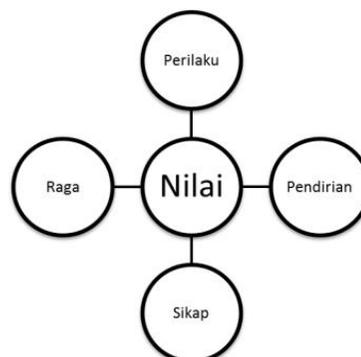
⁸¹ Lihat dalam Satjipto Rahardjo, **Hukum dan Perubahan Sosial....**

melampaui situasi spesifik, (4) mengarahkan seleksi atau evaluasi terhadap tingkah laku, individu, dan kejadian-kejadian, serta (5) tersusun berdasarkan derajat kepentingannya.

Berdasarkan beberapa pendapat tersebut, terlihat kesamaan pemahaman tentang nilai, yaitu (1) suatu keyakinan, (2) berhubungan dengan cara bertingkah laku dan tujuan akhir tertentu. Jadi dapat disimpulkan bahwa nilai adalah suatu keyakinan mengenai cara bertingkah laku dan tujuan akhir yang diinginkan individu, dan digunakan sebagai prinsip atau standar dalam hidupnya. Pemahaman tentang nilai tidak terlepas dari pemahaman tentang bagaimana nilai itu terbentuk. Schwartz berpandangan bahwa nilai merupakan representasi kognitif dari tiga tipe persyaratan hidup manusia yang universal.

Dari definisi tersebut nilai-nilai hukum dapat dimaknai dengan sebuah keyakinan dalam masyarakat yang berhubungan dengan tingkah laku hukum di masyarakat. Sehingga memaknai nilai-nilai hukum dalam masyarakat sebagai sebuah.

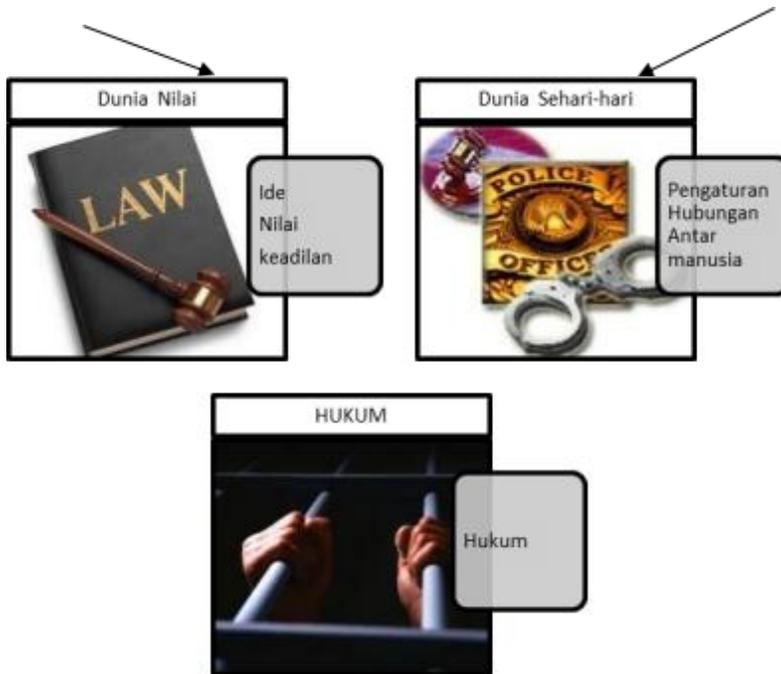
Gambar 2
Kehadiran Nilai dalam Bentuk Media Raga, Perilaku, Sikap dan
Pendirian



Sumber: Taliziduhu Ndraha, 1997

Gambar 3

Hukum diantara dunia nilai nilai dan Kenyataan



Sumber: M. Syamsuddin, 2012

Istilah rasa keadilan Akhir-akhir ini semakin populis. Ungkapan ini telah menjadi semacam “etiket” yang ditempelkan pada hampir tiap kasus hukum di negeri ini. Misalnya berita penahanan Anggodo Widjojo dinilai bisa memenuhi rasa keadilan masyarakat. Fasilitas mewah untuk Artalyta Suryani di Lapas Wanita Pondok Bambu ditengarai telah mencederai rasa keadilan. Ketua Mahkamah Konstitusi, Mahfud MD., melihat vonis bebas Prita Mulyasari telah mencerminkan rasa keadilan masyarakat. Sebaliknya penahanan pimpinan KPK, Bibit dan Chandra, dianggap merobek rasa keadilan.

Jaksa Agung Hendarman Supanji, mengatakan sulit merumuskan apa itu “rasa keadilan”. Ia meminta para jaksa untuk lebih

peka dan mewujudkannya dalam tugas penegakan hukum. Keluasan makna “rasa keadilan” menjadi memunculkan pemahaman yang sangat multi interpretatif.

Markus Dirk Dubber melihat rasa keadilan sebagai sensibilitas, kesadaran atau empati yang ada dalam diri manusia untuk memperlakukan sesama manusia seperti diri sendiri ingin diperlakukan. Dengan kata lain, rasa keadilan itu kemampuan untuk menilai apakah seseorang telah diperlakukan seadil mungkin.

Selanjutnya Markus mengungkapkan, sebagaimana ditulis oleh Debra S. Emmelman bahwa:

What is the “sense of Justice”? What is it not? How has the concept, correctly or incorrectly, been invoked in American Law? What is its specific nature or form? And what role does the sense of justice play in American penal law? These are the questions that Markus Dirk Dubber addresses in his book, *the sense of justice: empathy in law and punishment*. According to Dubber, the sense of justice is not vengeance. Nor is it benevolence. For that matter, the concepts of “procedural justice,” “distributive justice,” or even “just deserts” appear to have little or no place, at least not in this particular exposition. Instead, the sense of justice is defined as a sentiment, or perhaps better stated, a sensibility about, consciousness of, or empathy with our fellow human beings as human beings equal to ourselves. Moreover, and quite possibly most importantly, it is the capacity to assess whether one person has treated another as an equal as well. It is, in other words, a specific moral form of empathic role-taking.

Rasa keadilan, seperti halnya hati nurani, dimiliki oleh setiap manusia sejauh dia manusia. Setiap orang sama-sama dilahirkan dengan kemampuan untuk membedakan apa yang benar dan salah, adil dan tak adil. Predikat “dilahirkan” dalam konteks ini berarti “dibekali” dengan rasa keadilan sesuai dengan norma dan nilai dari komunitas tempat seseorang dilahirkan. Masalahnya, tidak semua orang “masih” menyimpannya. Itu hukum dan tidak jarang diper-tentangkan dengan keadilan prosedural yang diperjuangkan para penegak hukum. Barangkali para penegak hukum kita terpenjara dalam rutinitas formal dan rumusan bahasa hukum yang dingin dan kaku. Mereka kehilangan kepekaan untuk mengindra rasa keadilan yang pernah dimiliki. Tentu saja jangan tergesa-gesa mengge-neralisasi gejala ini. Nyatanya, penegak hukum setulus Mahfud MD masih memilikinya.

Berhubung sama-sama bermuara pada pencarian keadilan, rasa keadilan maupun keadilan prosedural seharusnya tidak diper-tentangkan. Para penegak hukum perlu mempertajam fakultas batin bernama rasa keadilan ini, di samping tetap menjalankan fungsi dan sistem penegakan hukum. Di sisi lain, masyarakat awam-hukum pun perlu memahami dan mempelajari sistem dan tatanan perundangan formal. Tatkala dalam konteks tertentu keduanya dialami dilematis, dibutuhkan kecerdasan dan kebijaksanaan untuk menjaga perim-bangan. Kecerdasan dan kebijaksanaan diuji oleh sejauh mana kita bisa hidup dalam dua hal yang paradoksal.

Terangkatnya istilah rasa keadilan yang hampir menjadi trade-mark setiap kasus hukum dewasa ini memperlihatkan setidaknya dua hal. **Pertama**, ada lubang atau celah dalam rumusan hukum positif yang berpotensi menimbulkan multitafsir (pasal karet). Sebetulnya keterbatasan dalam rumusan hukum buatan manusia adalah hal lumrah. Peran yang lebih critical sebetulnya berada di

tangan penegak hukum. Produk hukum yang buruk bisa menjadi baik di tangan penegak hukum yang baik. Lebih jauh, di tangan penegak hukum yang buruk, produk hukum yang bagus pun bisa menjadi buruk.

Kedua, ada gejala dekadensi nilai-nilai kebenaran dan keadilan yang terkait erat dengan optio fundamentalis sejumlah penegak hukum. Keterbatasan dalam rumusan hukum justru dimanfaatkan untuk memenangkan kepentingan sekelompok orang. Yang dicari adalah kemenangan kasus yang ditangani, bukan kebenaran dan keadilan. Sejumlah kasus “aneh”, misalnya penahanan terhadap Prita dan Bibit-Chandra, yang oleh sejumlah lembaga penegak hukum dinilai telah sesuai dengan hukum yang berlaku, memaksa masyarakat luas untuk mengaspirasikan rasa keadilan.

Teori Hukum Alam atau *Natural Law*

Teori hukum ini memberi penjelasan tentang hal-hal yang meta-juridical. Hukum alam memandang hukum tidak lepas dari nilai-nilai moral yang bersifat transendental. Hukum alam sesungguhnya merupakan suatu konsep yang mencakup banyak teori. Berbagai anggapan dan pendapat yang dikelompokkan dalam hukum alam ini bermunculan. Istilah hukum alam dituangkan dalam berbagai arti oleh berbagai kalangan pada masa yang berbeda.

Macam-macam anggapan tersebut di antaranya, *pertama* merupakan ideal yang menuntun perkembangan hukum dan pelaksanaannya; *kedua* suatu dasar dalam hukum yang bersifat moral yang menjaga jangan sampai terjadi suatu pemisahan secara total antara yang ada sekarang dan yang seharusnya; *ketiga* suatu metode untuk menuntun hukum yang sempurna; *keempat* isi dari hukum yang sempurna yang dapat didiskusikan secara akal, dan *kelima* suatu kondisi yang harus ada bagi kehadiran hukum. Dalam

perkembangannya, bidang hukum menunjukkan perubahan yang *paradigmatic*. Hukum tidak lagi dibangun, dan dijabarkan sesuai dengan tatanan nilai yang bersifat transendental atau berasal dari hukum alam, tetapi telah bergeser pada pandangan yang melihat peran manusia begitu dominan dalam merumuskan ketentuan aturan hukum.

Tokoh pendekatan ini di antaranya Hugo de Graat atau Grotius yang memunculkan pemahaman hukum alam bersifat sekuler. Menurut paham ini, hukum berasal dari alam dan keberadaannya tidak bergantung dari Tuhan. Adanya hukum alam tidak bergantung pada eksistensi Tuhan. Hukum alam akan tetap ada terlepas ada tidaknya Tuhan. Hukum yang berlaku di suatu masyarakat merupakan bagian dari hukum alam. Karena itu, hukum alam oleh para pendukungnya dianggap berjasa dalam meletakkan landasan ideal nilai-nilai atau norma universal, seperti hak asasi manusia (HAM), persamaan derajat manusia, perlakuan yang sama dihadapkan hukum, dan lain-lain.

Kelemahan hukum alam adalah karena ide atau konsep tentang apa yang disebut hukum bersifat abstrak. Hal ini akan menimbulkan perubahan orientasi berpikir dengan tidak lagi menekankan pada nilai-nilai yang ideal dan abstrak, melainkan lebih mempertimbangkan persoalan yang nyata dalam pergaulan masyarakat. Latar belakang ini yang pada akhirnya melahirkan aliran hukum positif.

Hukum alam sesungguhnya merupakan suatu konsep yang mencakup banyak teori. Berbagai anggapan dan pendapat yang dikelompokkan dalam hukum alam ini bermunculan. Istilah hukum alam dituangkan dalam berbagai arti oleh berbagai kalangan pada masa yang berbeda. macam-macam anggapan tersebut di antaranya, pertama merupakan ideal yang menuntun perkembangan hukum dan pelaksanaannya; kedua suatu dasar dalam hukum yang bersifat moral yang menjaga jangan sampai terjadi suatu pemisahan secara total

antara yang ada sekarang dan yang seharusnya; ketiga suatu metode untuk menuntun hukum yang sempurna; keempat isi dari hukum yang sempurna yang dapat didiskusikan secara akal, dan kelima suatu kondisi yang harus ada bagi kehadiran hukum.⁸²

Dalam perkembangannya, bidang hukum menunjukkan perubahan yang paradigmatic. Hukum tidak lagi dibangun, dan dijabarkan sesuai dengan tatanan nilai yang bersifat transendental atau berasal dari hukum alam, tetapi telah bergeser pada pandangan yang melihat peran manusia begitu dominan dalam merumuskan ketentuan aturan hukum. Tokoh pendekatan ini di antaranya Hugo de Graat atau Grotius yang memunculkan pemahaman hukum alam bersifat sekuler. Menurut paham ini, hukum berasal dari alam dan keberadaannya tidak bergantung dari Tuhan. Adanya hukum alam tidak bergantung pada eksistensi Tuhan. Hukum alam akan tetap ada terlepas ada tidaknya Tuhan. Hukum yang berlaku di suatu masyarakat merupakan bagian dari hukum alam. Karena itu, hukum alam oleh para pendukungnya dianggap berjasa dalam meletakkan landasan ideal nilai-nilai atau norma universal, seperti hak asasi manusia (HAM), persamaan derajat manusia, perlakuan yang sama dihadapkan hukum, dan lain-lain.

Kelemahan hukum alam adalah karena ide atau konsep tentang apa yang disebut hukum bersifat abstrak. Hal ini akan menimbulkan perubahan orientasi berpikir dengan tidak lagi menekankan pada nilai-nilai yang ideal dan abstrak, melainkan lebih mempertimbangkan persoalan yang nyata dalam pergaulan masyarakat. Latar belakang ini yang pada akhirnya melahirkan aliran hukum positif.

⁸² Ibid

Bagian Ketiga
Implementasi Kearifan Lokal di Masyarakat
(Sebuah Studi Kasus)

Ngluruk Masyarakat Korban Dan Penyelesaian Sengketa Lumpur Di Sidoarjo Sebagai Kearifan Lokal

Melihat penyelesaian sengketa lumpur di Sidoarjo maka telah jelas bahwa pengadilan tidak bisa serta merta menyelesaikan sengketa. Justru cara-cara luar pengadilanlah yang efektif dalam proses penyelesaian sengketa. Cara diluar pengadilan tersebut adalah bagian dari budaya hukum yang tumbuh dan berkembang dimasyarakat.

Mengapa pengadilan tidak dapat menyelesaikan sengketa semburan lumpur? Padahal pengadilan adalah benteng yang formal dalam mencari keadilan. Setidaknya ada beberapa argumentasi mengapa pengadilan tidak dapat memberikan keadilan sehingga masyarakat korban semburan lumpur mencari keadilan di luar Pengadilan.

Pertama, Pengadilan dalam kasus semburan lumpur ternyata memberi keputusan yang sama sekali tidak memihak rakyat, sebaliknya putusan pengadilan mulai tingkat pertama hingga banding lebih menguntungkan pihak PT. LBI (sebagaimana telah dibahas pada bab IV). Hal ini diakibatkan pengadilan hanya menerapkan prosedur-prosedur formal dengan meniadakan substansi kebenaran. Ciri ini merupakan karakteristik dari sistem peradilan modern. Penggunaan sistem peradilan modern sebagai sarana pendistribusian keadilan terbukti menjumpai sangat banyak hambatan. Adapun yang menjadi faktor penyebab adalah karena

peradilan modern sarat dengan beban formalitas, prosedur, birokrasi, serta metodologi yang ketat. Oleh karena itu, keadilan yang didistribusikan melalui lembaga peradilan diberikan melalui keputusan birokrasi bagi kepentingan umum karenanya cenderung berupa keadilan yang rasional. Maka tidak heran jika keadilan yang diperoleh masyarakat modern tidak lain adalah keadilan birokrati.⁸³

Kedua, Penyelesaian sengketa dalam semburan lumpur melalui pengadilan ternyata memunculkan banyak ketidakpuasan, terutama masyarakat korban. Hal ini berimplikasi kepada *image* bahwa penyelesaian sengketa menggunakan pengadilan telah terbukti banyak menimbulkan ketidakpuasan pada pihak-pihak yang bersengketa maupun masyarakat luas. Ketidakpuasan masyarakat dilontarkan dalam bentuk pandangan sinis, mencemooh, dan menghujat terhadap kinerja pengadilan karena dianggap tidak memfasilitasi pihak-pihak yang bersengketa, menjauhkan pihak-pihak bersengketa dari keadilan, tempat terjadinya perdagangan putusan hakim, dan lain-lain hujatan yang ditujukan kepada lembaga peradilan. Kalangan masyarakat bisnis yang memerlukan kepastian hukum serta keamanan di dalam investasi maupun aktivitas perdagangannya tatkala terjadi sengketa menyangkut bisnis mereka, sangat khawatir terhadap kondisi badan peradilan yang dianggap telah carut marut semacam itu.

Melihat hal tersebut, Satjipto Rahardjo berpendapat, untuk menyebarkan pendistribusi keadilan tidak semestinya terkonsentrasi hanya pada satu lembaga yang bernama pengadilan. Marc Galanter memberikan tamsil yang sangat bagus, yaitu hendaknya ada *justice*

⁸³ I.S. Susanto, *Lembaga Peradilan dan Demokrasi*; Makalah pada Seminar Nasional tentang Pendayagunaan Sosiologi Hukum dalam Masa Pembangunan dan Restrukturisasi Global, Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 12-13 Nopember 1996, h. 3. Dikutip dari Eman Suparman, *Persepsi tentang Keadilan dan Budaya Hukum dalam Penyelesaian Sengketa*,

in many rooms. Gagasan *Alternative Dispute Resolution (ADR)* sudah tersimpan lama sejak gelombang gerakan *Access to Justice Movement (AJM)*, terutama gelombang ketiga yang menghendaki adanya jalur alternatif di luar pengadilan negara.⁸⁴ Masalahnya karena masyarakat dapat mengalami keadilan atau ketidakadilan bukan saja melalui forum-forum yang disponsori oleh negara, akan tetapi dapat juga melalui lokasi-lokasi kegiatan primer. Lokasi kegiatan primer tersebut dapat berwujud pranata seperti rumah, lingkungan ketetanggaan, tempat bekerja, kesepakatan bisnis, dan sebagainya (termasuk aneka latar penyelesaian khusus yang berakar di lokasi-lokasi tersebut).

Kondisi tersebut di atas, diakibatkan dari paradigma bahwa keberadaan 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 luar.⁸⁵ Padahal secara jujur, dilihat dari optik sosio kultural, hukum modern yang kita pakai 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. Persoalannya, karena sistem hukum modern yang liberal itu tidak dirancang untuk memikirkan dan memberikan keadilan yang luas kepada masyarakat, melainkan untuk melindungi kemerdekaan individu. Di samping itu juga, akibat sistem hukum liberal tidak dirancang untuk memberikan keadilan substantif, maka seorang dengan kelebihan

⁸⁴ Marc Galanter, "Keadilan di Berbagai Ruang: Lembaga Peradilan, Penataan Masyarakat serta Hukum Rakyat:" dalam T.O. Ihromi (ed), *Antropologi Hukum Sebuah...Op. Cit.*, h. 94-138.

⁸⁵ *Ibid*

materiel akan memperoleh "keadilan" yang lebih daripada yang tidak.

Apabila kita terus menerus berpegang kepada doktrin liberal tersebut, maka kita akan tetap berputar-putar dalam pusaran kesulitan untuk mendatangkan atau menciptakan keadilan dalam masyarakat. Dalam rangka melepaskan diri dari doktrin liberal itulah, maka gagasan orang-orang atau pihak-pihak untuk mencari dan menemukan keadilan melalui forum alternatif di luar lembaga pengadilan modern sesungguhnya merupakan upaya penolakan terhadap cara berpikir hukum yang tertutup. Hal itu disebabkan para pencari keadilan masih sangat merasakan, betapa pun tidak sekuat seperti pada abad ke-sembilanbelas, filsafat liberal dalam hukum dewasa ini masih sangat besar memberi saham terhadap kesulitan menegakkan keadilan substansial (*substantial justice*). Sebagaimana telah diutarakan di muka bahwa hukum modern di Indonesia diterima dan dijalankan sebagai suatu institusi baru yang didatangkan atau dipaksakan (*imposed*) dari luar, yakni melalui kebijakan kolonial di Hindia-Belanda. Padahal suatu peralihan dari status sebagai bangsa terjajah menjadi bangsa merdeka sungguh merupakan suatu momentum yang cukup krusial. Dalam kehidupan hukum di masa Hindia- Belanda, bangsa Indonesia tidak mengambil tanggung jawab sepenuhnya dalam masalah penegakan, pembangunan, dan pemeliharaan hukumnya, melainkan hanya sekadar menjadi penonton dan objek kontrol oleh hukum. Sedangkan sejak hari kemerdekaannya, bangsa Indonesia terlibat secara penuh ke dalam sekalian aspek penyelenggaraan hukum, mulai dari pembuatan sampai kepada pelaksanaannya di lapangan. Akibat berlangsungnya transplantasi sistem hukum asing (Eropa) ke tengah tata hukum (*legal order*) masyarakat pribumi yang otonom tersebut, maka ada konsekuensi yang mesti dipikul bangsa Indonesia ketika

harus terlibat penuh dalam penyelenggaraan hukum. Konsekuensi tersebut berupa keniscayaan untuk membangun dan mengembangkan perilaku hukum (*legal behavior*) baru dan budaya hukum untuk mendukung perubahan status dari jajahan ke kemerdekaan.⁸⁶ Dalam kaitan itu, Satjipto Rahardjo menyatakan, tidak mudah untuk mengubah perilaku hukum bangsa Indonesia yang pernah dijajah menjadi bangsa yang merdeka, karena waktu lima puluh tahun belum cukup untuk melakukan perubahan secara sempurna.⁸⁷

Berdasarkan hal tersebut, masyarakat korban melakukan cara-cara diluar pengadilan untuk mendapatkan keadilan, termasuk dengan cara *ngluruk*. *Ngluruk* inilah menurut penulis merupakan bagian dari kearifan lokal di dalam men-*counter* keputusan-keputusan hukum. Selain itu, *ngluruk* menjadi media dalam menyampaikan pendapat atas keputusan-keputusan hukum yang dirasa melukai rasa keadilan masyarakat. Tetapi bukan berarti hukum tunduk kepada kekuatan *social*,⁸⁸ melainkan hukum harus memperhatikan fenomena-fenomena sosial di luar hukum. praktik-praktik itulah yang penulis identifikasi sebagai buadaya hukum.

Lebih lanjut, pendekatan terhadap budaya hukum dengan melihat budaya sebagai suatu lapisan ternyata sesuai dengan pendekatan penulis yang menggunakan konsep gagasan kembar, kebiasaan hukum dan kesadaran hukum. Budaya eksplisit mengacu pada kebiasaan hukum sedangkan budaya implisit mengacu pada kesadaran hukum. Lebih penting lagi, kedua pendekatan tersebut menyatakan bahwa budaya implisit (atau kesadaran hukum), ketika

⁸⁶ 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...Op. Cit.*, h. 280.

⁸⁷ Satjipto Rahardjo, *Pendayagunaan Sosiologi Hukum...Op. Cit.*, h. 7.

⁸⁸ Menurut penulis, praktik *ngluruk* dalam terminologi paradigma sosial adalah bagian yang tidak terpisahkan dari kekuatan sosial (*capital social*).

dihadapkan dengan isu-isu moral atau dilema lain yang melibatkan pengambilan suatu keputusan, ternyata memiliki kemampuan untuk mengevaluasi budaya eksplisit (atau kebiasaan hukum) dan pada akhirnya membuat suatu perubahan yang penting. Sehingga apabila dihubungkan dengan tindakan *ngluruk* masyarakat korban, maka masyarakat korban memiliki rasa dan kesadaran bahwa perangkat hukum melalui pengadilan tidak serta merta memberikan kepuasan. Bahkan pengadilan telah dianggap melanggar nilai-nilai moralitas dengan mememangkan pihak PT. LBI.

Sikap dan tindakan masyarakat korban dengan *ngluruk* juga sangat berhubungan dengan keputusan-keputusan hukum. Hal ini dapat dianalisis dengan teori Friedman. Friedman dalam teorinya merumuskan budaya hukum sebagai sikap-sikap dan nilai-nilai yang ada hubungan dengan hukum dan sistem hukum, berikut sikap-sikap dan nilai-nilai yang memberikan pengaruh, baik positif maupun negatif kepada tingkah laku yang berkaitan dengan hukum. Demikian juga kesenangan atau ketidak senangan untuk berperkara adalah bagian dari budaya hukum. Oleh karena itu, apa yang disebut dengan budaya hukum itu tidak lain dari keseluruhan faktor yang menentukan bagaimana sistem hukum memperoleh tempatnya yang logis dalam kerangka budaya milik masyarakat umum. Maka secara singkat dapat dikatakan bahwa yang disebut budaya hukum adalah keseluruhan sikap dari warga masyarakat dan sistem nilai yang ada dalam masyarakat yang akan menentukan bagaimana seharusnya hukum itu berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan.

Friedman juga membedakan budaya hukum menjadi *external and internal legal culture*. Esmi Warassih Pujirahayu⁸⁹ mengela-

⁸⁹ Lihat, Esmi Warassih, "*Pemberdayaan Masyarakat...Op. Cit.*", h. 11. dikutip dari Benny S Tabalujan.

borasi hal ini lebih lanjut yaitu bahwa, budaya hukum seorang hakim (*internal legal culture*) akan berbeda dengan budaya hukum masyarakat (*external legal culture*). Bahkan perbedaan pendidikan, jenis kelamin, suku, kebangsaan, pendapatan, dan lain-lain dapat merupakan faktor yang mempengaruhi budaya hukum seseorang. Budaya hukum merupakan kunci untuk memahami perbedaan-perbedaan yang terdapat di dalam sistem hukum yang lain.

Anggapan masyarakat korban bahwa pengadilan tidak dapat memberikan keadilan bersesuaian dengan pendapat-pendapat di atas. Mengacu pada pendapat tersebut, tidak ada keraguan kalau penggunaan lembaga pengadilan sebagai tempat menyelesaikan sengketa sesungguhnya tidak cocok dengan nilai-nilai yang hidup dan dihayati masyarakat pribumi Indonesia. Masalahnya, seperti telah diungkapkan di muka dilihat dari optik sosio kultural, hukum modern yang digunakan dewasa ini merupakan hasil transplantasi sistem hukum asing (Eropa) ke tengah tata hukum (*legal order*) masyarakat pribumi Indonesia, sehingga sangat wajar apabila lembaga pengadilan yang merupakan bagian sekaligus penyangga dari sistem hukum modern itu meski telah diperkenalkan ke dalam sistem hukum Indonesia selama enam dekade sejak tahun 1942, namun tetap saja merupakan semacam "benda asing dalam tubuh kita." Bertolak dari serangkaian fakta di muka, tentu harus diakui sebab bagaimana pun seluruh alur perkembangan sistem hukum di Indonesia telah banyak terbangun dan terstruktur secara pasti berdasarkan konfigurasi asas-asas yang telah digariskan sejak lama sebelum kekuasaan kolonial tumbang. Sementara itu budaya hukum para *yuris* yang mendukung beban kewajiban membangun hukum nasional amat sulit untuk menemukan pemikiran-pemikiran yang

lateral dan menerobos.

Untuk melihat lebih utuh relasi antara *ngluruk* dengan budaya hukum berikut penulis analisis dengan model sistem hukum Friedman. Sistem hukum menurut Friedman⁹⁰ dimodifikasi dengan memasukkan elemen-elemen kebiasaan hukum dan kesadaran hukum.

Menurut Benny S Tabalujan, hal ini akan menciptakan sebuah model yang sederhana menyangkut budaya hukum kaitannya dengan masyarakat. Sehingga ia membuat empat tesis implikasi sebagai berikut:

Implikasi **pertama** adalah bahwa budaya hukum merupakan elemen sentral dari suatu reformasi hukum yang berhasil. Menurut Friedman, hal ini benar karena budaya hukum-lah yang melemahkan perubahan-perubahan dalam lembaga hukum dan hukum yang sebenarnya; dengan demikian, budaya hukum adalah 'sumber hukum—norma-norma yang dimilikinya menciptakan norma hukum'. Usaha-usaha untuk mengubah tingkah laku dengan mengubah lembaga hukum atau hukum itu sendiri, jika tidak didukung perubahan dalam budaya hukum hanya akan bertahan sebentar dan tentu saja sia-sia.

Implikasi **kedua** adalah bahwa budaya hukum dapat berubah setiap saat sebagai akibat dari semakin berkembangnya kesadaran hukum. Perubahan ini tertanam dalam kenyataan bahwa nilai-nilai atau sikap tertentu terhadap hukum menjadi tidak sesuai lagi bagi masyarakat. Hal ini terjadi ketika suatu masyarakat berkembang kesadarannya berkaitan dengan hak individu dan demokrasi dan meninggalkan gagasan lama seperti status dan sistem patriarhal. Hal ini dipelopori oleh kelas kecil elit hukum yang menerapkan

⁹⁰ Friedman, *ibid*

budaya hukum internal. Sebaliknya, ketika budaya hukum berubah, masyarakat akan lebih terbuka terhadap perubahan-perubahan dalam lembaga hukum dan hukum itu sendiri. Dalam situasi seperti ini, hukum asing dapat dengan mudah diadaptasi dan diimplementasikan.

Implikasi **ketiga** adalah perubahan-perubahan dalam kesadaran hukum yang dapat dipengaruhi oleh faktor-faktor eksternal seperti peristiwa-peristiwa ekonomi, politik dan sosial. Friedman mengerti akan hal ini ketika ia menyatakan bahwa budaya hukum 'adalah suatu variabel yang saling terkait. Kekuatan sosial membuat hukum, tetapi mereka tidak membuatnya langsung...' Maka, di satu sisi kesadaran hukum merubah budaya hukum, budaya hukum merubah sistem hukum, dan sistem hukum mempengaruhi sistem sosio-ekonomi dan politik dalam cakupan yang lebih luas. Dan di sisi lainnya, tekanan sosio-ekonomi dan politik sangat mempengaruhi kesadaran hukum.

Pandangan ini sesuai dengan pendekatan Weberian terhadap hukum dan masyarakat yang mencermati keterkaitan berbagai hubungan sosial. Secara khusus, dampak tekanan terhadap kesadaran hukum dari para elit profesional hukum sangatlah penting karena para elit-lah yang biasanya menjadi pemimpin dalam membentuk budaya hukum masyarakat. Harus pula dicatat bahwa agenda politik dari mereka yang memegang kekuasaan—yang mungkin tidak sama dengan para elit hukum—akan menentukan pengaruh eksternal mana yang akan dijabarkan kedalam perubahan-perubahan nyata dalam kesadaran hukum.

Implikasi **keempat** adalah bahwa pendekatan Weberian menyatakan, selama ini pembangunan eksternal dalam bidang ekonomi, politik dan sosial dapat mempengaruhi kesadaran hukum suatu masyarakat terhadap penerimaan yang lebih besar akan

sistem hukum yang lebih rasional. Hal ini memberi jalan bagi pandangan Weber atas masyarakat yang berpandangan rasional terhadap hukum yang selama ini didominasi oleh birokrasi yang kuat.

Bagaimana dengan budaya Pancasila dalam melihat praktik *ngluruk* masyarakat korban? Sebagai sumber dari segala sumber hukum Pancasila memiliki segala bentuk hukum di Indonesia harus diukur menurut nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, dan didalam aturan hukum itu harus tercermin kesadaran dan rasa keadilan yang sesuai dengan kepribadian dan falsafah hidup bangsa. Hukum di Indonesia harus menjamin dan menegakkan nilai-nilai yang terkandung dalam pembukaan UUD 1945 yang merupakan pencerminan Pancasila dan prinsip-prinsip yang terkandung dalam batang tubuh UUD 1945 serta penjelasannya. Dengan demikian ketiga unsur tersebut merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan dari UUD 1945.⁹¹

Dalam praktek kehidupan bernegara, berbangsa dan bermasyarakat, secara mendasar (*grounded dogmatic*) dimensi kultur seyogianya mendahului dimensi lainnya, karena di dalam dimensi budaya itu tersimpan seperangkat nilai (*value system*). Selanjutnya sistem nilai ini menjadi dasar perumusan kebijakan (*policy*) dan kemudian disusul dengan pembuatan hukum (*law making*) sebagai rambu-rambu yuridis dan *code of conduct* dalam kehidupan masyarakat sehari-hari, yang diharapkan akan mencerminkan nilai-nilai luhur yang dimiliki oleh bangsa yang bersangkutan.⁹²

⁹¹ Darji Darmodiharjo dan Sidharta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, Gramedia, Jakarta, 1995. hlm.206

⁹² Solly Lubis, *Politik dan Hukum di Era Reformasi*.Mandar Maju. Bandung. 2000

Hal inilah yang kemudian mendasari dari praktik *ngluruk* masyarakat korban semburan lumpur dalam mencari keadilan. Pancasila sangat memberikan ruang gerak yang sangat luas bagi kebebasan hak dalam menuntut keadilan. Hukum apabila dipandang telah mencederai keadilan masyarakat, maka hukum harus melihat kepada asas-asas pokok yang tertuang dalam Pancasila. *Ngluruk* masyarakat korban sebagai ekspresi yang tercermin dalam budaya Pancasila.

Hukum & Kearifan Lokal
Dr. Jonardi Efendi

Bagian Keempat

Penerapan Kearifan Lokal dalam Pertimbangan Hukum

Kontruksi Baru Pertimbangan Hukum Hakim Berbasis Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan yang Hidup dalam Masyarakat

Rekonstruksi Hakim dalam bersikap

Berikut ini kutipan sebuah tulisan Maxine Goodman seorang Professor di South Texas College of Law berkenaan dengan bagaimana seorang hakim di Amerika meminta maaf atas sebuah kesalahan.

These examples are but a few of the instances when judges apologize in court, either on their own behalf or on behalf of the State. The article posits that judicial apologies are warranted and necessary when a judge is responsible for causing harm to a party or lawyer and when the apology is sincere. To be sincere, the apology must acknowledge the harm and not provide any conditions, like "if this behavior offended anyone." As an example of a proper apology, Justice Scalia apologized for unnecessarily chastising a lawyer for failing to include a reference to a statute in the lawyer's brief, when he had, in fact, done so. Justice Scalia apologized, saying "Mr. Bress, I want to apologize to you for accusing you of not printing 2254(d) and (e) in your brief. You indeed did."⁹³

Judges should not apologize when they are not responsible for the wrongdoing and their apology is not authentic. These apologies come across as disingenuous

⁹³ Maxine Goodman, *Why Judicial Apologies Matter for Procedural Fairness*,
<http://proceduralfairnessblog.org/2012/10/23/why-judicial-apologies-matter-for-procedural-fairness/#comments>

and are unlikely to elicit forgiveness. When the apology is politically motivated or compelled by accusations of judicial wrongdoing, the judge's apology is likely to serve as a confusing gesture, unlikely to help the offended party regain trust in the judge and, by extension, the judiciary (and potentially the legal system). The primary reason for concern over judicial apologies is the need for procedural fairness. Research shows that parties are typically more likely to consider a court proceeding fair when the judge has treated them courteously, with dignity and respect. According to this approach, a judge treating a party with courtesy is more important for the party's perception of the fairness of a proceeding than the outcome of the hearing or trial. Accordingly, a judicial apology can play a significant role in a party's perception of the court's fairness when a judge who has, for example, lost his temper and chastised a party or lawyer, offers an authentic apology to the party or lawyer.

Tulisan diatas menunjukkan bahwa sikap hakim sangat menentukan terhadap putusan-putusan hukum termasuk didalamnya permintaan maaf hakim jika putusannya mencederai keadilan para pihak yang berperkara. Sikap hakim pulalah bagian dari cerminan tanggungjawab hakim terhadap putusan-putusannya.

Secara filosofis, tujuan akhir profesi hakim adalah ditegakkannya keadilan. Cita hukum keadilan yang terapat dalam *das sollen* (kenyataan normatif) harus dapat diwujudkan dalam *das sein* (kenyataan alamiah) melalui nilai-nilai yang terdapat dalam etika profesi. Salah satu etika profesi yang telah lama menjadi pedoman profesi ini sejak masa awal perkembangan hukum dalam peradaban manusia adalah *The Four Commandments for Judges dari Socrates*. Kode etik hakim tersebut terdiri dari empat butir di bawah ini.

- 1) *To hear courteously* (mendengar dengan sopan dan beradab).
- 2) *To answer wisely* (menjawab dengan arif dan bijaksana).
- 3) *To consider soberly* (mempertimbangkan tanpa terpengaruh apapun)
- 4) *To decide impartially* (memutus tidak berat sebelah)

Peradaban Islam pun memiliki literatur sejarah di bidang peradilan, salah satu yang masih tercatat ialah risalah Khalfah Umar bin Khatab kepada Musa Al-Asy'ari, seorang hakim di Kufah, yang selain mengungkapkan tentang pentingnya peradilan, cara pemeriksaan, dan pembuktian, juga menjelaskan tentang etika profesi. Dalam risalah dituliskan kode etik hakim antara lain di bawah ini.

- 1) Mempersamakan kedudukan para pihak dalam majelis, pandangan, dan putusan sehingga pihak yang merasa lebih mulia tidak mengharapkan kecurangan hakim, sementara pihak yang lemah tidak berputus asa dalam usaha memperoleh keadilan hakim.
- 2) Perdamaian hendaklah selalu diusahakan di antara para pihak yang bersengketa kecuali perdamaian yang menghalalkan yang haram atau mengharamkan yang halal.

Dalam bertingkah laku, sikap dan sifat hakim tercermin dalam lambang kehakiman dikenal sebagai Panca Dharma Hakim, yaitu:

- a) Kartika, melambangkan Ketuhanan Yang Maha Esa;
- b) Cakra, berarti seorang hakim dituntut untuk bersikap adil;
- c) Candra, berarti hakim harus bersikap bijaksana atau berwibawa;
- d) Sari, berarti hakim haruslah berbudi luhur atau tidak tercela; dan
- e) Tirta, berarti seorang hakim harus jujur

Sebagai perwujudan dari sikap dan sifat di atas, maka sebagai pejabat hukum, hakim harus memiliki etika kepribadian, yakni:

- a) percaya dan takwa kepada Tuhan Yang Maha Esa;
- b) menjunjung tinggi citra, wibawa, dan martabat hakim;
- c) berkelakuan baik dan tidak tercela;
- d) menjadi teladan bagi masyarakat;
- e) menjauhkan diri dari perbuatan asusila dan kelakuan yang dicela oleh masyarakat;
- f) tidak melakukan perbuatan yang merendahkan martabat hakim;
- g) bersikap jujur, adil, penuh rasa tanggung jawab;
- h) berkepribadian, sabar, bijaksana, berilmu;
- i) bersemangat ingin maju (meningkatkan nilai peradilan)
- j) dapat dipercaya; dan
- k) berpandangan luas

Rekonstruksi Paradigma Berfikir Hakim

Dalam bukunya Posner menyampaikan bagaimana hakim berfikir. Secara gamblang ia menyampaikan.

While Posner primarily describes how judges think, he also talks about how judges should think, which is the closest we get to the question on most readers' minds: how does Posner decide cases? Perhaps the reason Posner does not mince words in calling judging political is that he does not consider it an insult. Political judging is not the problem, we learn. It is pretending that it does not exist that bothers him—the ultimate example of which is “legalism,” a blend of originalism and textualism, which treats the Constitution like a contract that cannot change from age to age (save by amendment), and which eschews bendable inquiries into the purpose of legislation or the function of constitutional guarantees. Like one of his favorite judges, Justice Holmes, Posner is a

quintessen-tial common law judge,⁹⁴ making cost-benefit decisions in each case and developing a reasonable body of law along the way. The first problem for Posner, however, is that he is not a nineteenth-century state court judge, when the common law was a significant (now diminishing) part of the state court docket. The second problem for Posner is that he is a federal judge, where so many cases turn on statutory interpretation, a task that generally assumes another body (the legislature) has weighed the costs and benefits of an issue on behalf of still another body (the people), leaving to the judiciary the modest role of deciphering the meaning of that work. Nonetheless, Pos-ner says, judges should be pragmatists, and in reality behave as pragmatists, in doing this work (and all the more so in performing judicial review)—by paying attention to the consequences of their rulings for the parties in front of them and to the consequences of their decisions for the legal system.

By contrast, he says, legalists purport to rely on traditional legal reason-ing—definitions of statutory terms, canons of construction, precedents—but in truth are pragmatists in disguise. “[Legalism],” says Posner, “remains the judiciary’s ‘official’ theory of judicial behavior. It is proclaimed most em-phatically by Justices of the Supreme Court, since the Court is in fact a political court, especially in regard to constitutional law, and therefore espe-cially in need of protective coloration” (p. 41). “Legalists acknowledge that their methods cannot close the deal every time. That is an understatement. Legalist methods fail in many cases that reach appellate courts, and those are precisely the cases that most influence the further development of the law” (p. 47). Pragmatism, Posner adds, answers questions that legalism can-not, because “legalism so often fails to yield a determinate result” (p. 49), and because, “[a]lthough pragmatic adjudication rarely generates enough information to enable a decision that produces a social optimum, often it produces an approx-imation that is good enough for the law’s purposes” (p. 241).

⁹⁴ See Douglas G. Baird, *The Young Astronomers*, 74 U. CHI. L. REV. 1641, 1641, 1653, 2007.

Whether they know it or not, he concludes, most judges are pragmatists: "The word that best describes the average American judge at all levels of our judicial hierarchies and yields the greatest insight into his behavior is 'pragmatist'" (p. 230).

Dalam tulisan yang lain;⁹⁵

"I was thinking of calling the book *Do Judges Think? or Which Judges Think?*," joked Seventh Circuit U.S. Court of Appeals Judge Richard Posner to a packed lecture hall on March 11, 2008 as he highlighted the arguments of his forthcoming book, more generously titled *How Judges Think*. Posner, a lecturer at the University of Chicago Law School, said judges are not impartial arbitrators of the law but rather are influenced by a variety of factors. "Judge [John] Roberts, as his appointment to the Supreme Court was being confirmed, compared judges to baseball umpires, who essentially call balls and strikes based on the rules," Posner said. "But that's wrong. There's a political element, too, which is shaped by the personality of each judge." Posner said that while many court decisions are determined by precedent, at the higher levels of the judiciary there are many cases where precedent is not a reliable guide. It's only natural that some judges are loathe to admit this, which is why some cloak their analysis in grand legal theories such as originalism or judicial cosmopolitanism, Posner said. "When you decide a case, you make one side sad," he said. "So, you'd like to say, 'Well, that's the law' and not 'Well, I decided this way but I could've gone the other way.'" But a great deal of our thinking is unconscious," Posner said. "We start with a

⁹⁵ Paul Wachter, *how judges think u.s. Appellate judge and prolific author richard posner explains the view from the bench*. https://www.law.columbia.edu/media_inquiries/news_events/2008/march2008/posner_talk. Akses 10/2/12

pre-conception, which changes with evidence, but nonetheless often affects the outcome." Posner advocated a judicial pragmatism that leans on precedent but also is more honest about the real-world implications of law. To this end, he said, legal education should focus more on the temperaments, personalities, politics and ideologies that underlie the making of legal opinions.

Paradigma berfikir hakim sangat penting guna menentukan isi dari sebuah putusan. Putusan hakim merupakan bagian hasil dari pola pikir hakim. Untuk itu, kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Pelaksanaan kekuasaan kehakiman sendiri diserahkan kepada badan peradilan yang berpucuk pada Mahkamah Agung.

Hakim Mahkamah Agung sudah seharusnya dapat menjadi teladan bagi masyarakat mengingat kedudukannya sebagai pengambil putusan tertinggi dalam lingkup peradilan. Dengan mengingat tugas dan kedudukan Mahkamah Agung, maka sudah seyakinya semua personil yang ada di Mahkamah Agung menjadi contoh dan penggerak menuju reformasi hukum yang dicitacitakan.

Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dan dalam mempertimbangkan berat ringannya pidana, hakim wajib memperhatikan pula sifat-sifat yang baik dan jahat dari tertuduh.

Semua masyarakat yang masih mengenal hukum tidak tertulis, serta berada dalam masa pergelokan dan peralihan, hakim merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai hukum yang hidup di kalangan rakyat. Untuk itu ia harus terjun ke tengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Dengan demikian hakim dapat memberikan putusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Sifat-sifat yang jahat maupun yang baik dari tertuduh wajib diperhatikan hakim dalam mempertimbangkan pidana yang akan dijatuhkan. Keadaan-keadaan pribadi seseorang perlu diperhitungkan untuk memberikan pidana yang setimpal dan seadil-adilnya. Keadaan pribadi tersebut dapat diperoleh dari keterangan orang-orang dari lingkungannya, rukun tetangganya, dokter ahli jiwa dan sebagainya.

Peran Hakim Agung dalam penegakan hukum pada prinsipnya harus dapat memberi manfaat atau berdaya guna (*utility*) bagi masyarakat, namun di samping itu masyarakat juga mengharapkan adanya penegakan hukum untuk mencapai suatu keadilan. Kendatipun demikian tidak dapat kita pungkiri, bahwa apa yang dianggap berguna dalam masyarakat secara sosiologis belum tentu adil, begitu juga sebaliknya apa yang dirasakan adil secara filosofis, belum tentu berguna bagi masyarakat.

Dalam pelaksanaan penegakan hukum, keadilan harus diperhatikan, namun hukum itu tidak identik dengan keadilan, hukum itu bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan. Setiap orang yang mencuri harus dihukum tanpa membeda-bedakan siapa yang mencuri. Sebaliknya keadilan bersifat subjektif, individualistis dan tidak menyamaratakan. Adil bagi seseorang belum tentu dirasakan adil bagi orang lain.⁹⁶

Hakim Agung diberi kesempatan menggolongkan peristiwa-peristiwa hukum sebanyak-banyaknya di dalam suatu golongan, yakni golongan peraturan hukum yang berlaku pada saat ini atau hukum yang berlaku pada saat yang tertentu. Misalnya, peraturan-peraturan hukum dalam KUH Pidana, peraturan-peraturan

⁹⁶ Peran Hakim Agung Dalam Penegakan Hukum Dan Keadilan

pemerintah daerah yang berlaku sekarang atau yang berlaku pada masa lalu sebagai hukum positif dan hukum alam serta hukum tidak tertulis lainnya.

Sebagaimana diketahui undang-undang itu, tidak selamanya sempurna dan tidak mungkin undang-undang itu dapat mengatur segala kebutuhan hukum dalam masyarakat secara tuntas. Adakalanya undang-undang itu tidak lengkap dan adakalanya undang-undang itu tidak ada ataupun tidak sempurna. Keadaan ini tentunya menyulitkan bagi hakim untuk mengadili perkara yang dihadapinya. Namun, dalam menjalankan fungsinya untuk menegakkan keadilan, maka hakim tentunya tidak dapat membiarkan perkara tersebut terbengkalai atau tidak diselesaikan sama sekali. Kenyataan ini membuat hakim dipaksa atau wajib turut serta menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak. Bilamana undang-undang tidak mengatur suatu perkara, maka hakim harus bertindak atas inisiatif sendiri untuk menemukan hukum dan menggali nilai-nilai hukum yang tidak tertulis yang hidup di kalangan rakyat (*living law*). Untuk itu, ia harus terjun ke tengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Hakim Agung harus meletakkan kerangka berpikir dengan konsep keadilan yang dapat memandang hukum tidak identik dengan undang-undang, jika hukum diidentikkan dengan perundang-undangan, maka salah satu akibatnya dapat dirasakan, adalah kalau ada bidang kehidupan yang belum diatur dalam perundang-undangan, maka dikatakan hukum tertinggal oleh perkembangan masyarakat. Demikian juga kepastian hukum tidak identik dengan kepastian undang-undang. Apabila kepastian hukum diidentikkan dengan kepastian undang-undang, maka dalam proses

penegakan hukum dilakukan tanpa memperhatikan kenyataan hukum (*Werkelijkheid*) yang berlaku.

Analisa mengenai metode judicial menunjukkan bahwa hukum bukanlah suatu institusi yang statis tetapi lebih merupakan institusi organisasi asas-asas di dalamnya terkandung kekuatan untuk berkembang. Hukum sebagai adanya (*the law that is*) yang didengungkan oleh Austin tidak dapat dipisahkan dengan tegas dari hukum yang seharusnya (*the law that ought to be*). Oleh karena itu, hakim harus berpikir tidak hanya pada hukum apa adanya tetapi harus mampu secara kreatif melihat hukum bagaimana seharusnya.

Para penegak hukum yang hanya bertitik tolak dari substansi norma hukum formil yang ada dalam undang-undang (*law in book's*), akan cenderung mencederai rasa keadilan masyarakat. Seyogyanya penekanannya di sini, harus juga bertitik tolak pada hukum yang hidup (*living law*). Lebih jauh para penegak hukum harus memperhatikan budaya hukum (*legal culture*), untuk memahami sikap, kepercayaan, nilai dan harapan serta pemikiran masyarakat terhadap hukum dalam sistim hukum yang berlaku.

Sistim hukum tidak hanya mengacu pada aturan (*codes of rules*) dan peraturan (*regulations*), namun mencakup bidang yang luas, meliputi struktur, lembaga dan proses (*procedure*) yang mengisinya serta terkait dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) dan budaya hukum (*legal structure*).

Menurut Lawrence Friedman, unsur-unsur sistim hukum itu terdiri dari struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (legal substance) dan budaya hukum (*legal culture*). Struktur hukum meliputi badan eksekutif, legislatif dan yudikatif serta lembaga-lembaga terkait, seperti Kejaksaan, Kepolisian, Pengadilan, Komisi Judisial, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) dan lain-lain. Sedangkan substansi hukum adalah mengenai norma, peraturan

maupun undang-undang. Budaya hukum adalah meliputi pandangan, kebiasaan maupun perilaku dari masyarakat mengenai pemikiran nilai-nilai dan pengharapan dari sistim hukum yang berlaku, dengan perkataan lain, budaya hukum itu adalah iklim dari pemikiran sosial tentang bagaimana hukum itu diaplikasikan, dilanggar atau dilaksanakan.

Tanpa budaya hukum sistem hukum itu sendiri tidak akan berdaya, seperti ikan mati yang terkapar di keranjang bukan seperti ikan hidup yang berenang di lautnya (*without legal culture, the legal system is inert, a dead fish lying in a basket, not a living fish swimming in its sea*). Setiap masyarakat, negara dan komunitas mempunyai budaya hukum. Selalu ada sikap dan pendapat mengenai hukum. Hal ini tidak berarti bahwa setiap orang dalam satu komunitas memberikan pemikiran yang sama.

Banyak sub budaya dari suku-suku yang ada, agama, kaya, miskin, penjahat dan polisi mempunyai budaya yang berbeda antara satu dengan yang lainnya. Yang paling menonjol adalah budaya hukum dari orang dalam, yaitu hakim dan penasehat hukum yang bekerja di dalam sistim hukum itu sendiri, karena sikap mereka membentuk banyak keragaman dalam sistim hukum. Setidaknya-tidaknya kesan ini akan mempengaruhi penegakan hukum dalam masyarakat.

Hukum adalah kontrol sosial dari pemerintah (*law is governmental social control*), sebagai aturan dan proses sosial yang mencoba mendorong perilaku, baik yang berguna atau mencegah perilaku yang buruk. Di sisi lain kontrol sosial adalah jaringan atau aturan dan proses yang menyeluruh yang membawa akibat hukum terhadap perilaku tertentu, misalnya aturan umum perbuatan melawan hukum. Tidak ada cara lain untuk memahami sistim hukum selain melihat perilaku hukum yang dipengaruhi oleh aturan

keputusan pemerintah atau undang-undang yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang. Jika seseorang berperilaku secara khusus adalah karena diperintahkan hukum atau karena tindakan pemerintah atau pejabat lainnya atau dalam sistim hukum.

Tetapi kita juga membutuhkan kontrol sosial terhadap pemerintah, karena tidak dapat kita pungkiri, bahwa tiada kuda tanpa kekang. Begitu juga tiada penguasa dan aparaturnya yang bebas dari kontrol sosial. Semua tahu ada orang yang berwenang menyalahgunakan jabatannya, praktek suap dan KKN sering terjadi dalam tirani birokrat. Maka untuk memperbaiki harus ada kontrol yang dibangun dalam sistim. Dengan kata lain, hukum mempunyai tugas jauh mengawasi penguasa itu sendiri, kontrol yang dilakukan terhadap pengontrol. Pemikiran ini berada di balik pengawasan dan keseimbangan (*check and balance*) dan di balik Peradilan Tata Usaha Negara, Inspektur Jenderal, Auditor dan lembaga-lembaga seperti, KPK, Komisi Judisial. Kesemuanya ini harus mempunyai komitmen yang tinggi untuk memberantas segala bentuk penyalahgunaan wewenang dari pihak penguasa.

Hukum akan menjadi berarti apabila perilaku manusia dipengaruhi oleh hukum dan apabila masyarakat menggunakan hukum menurut perilakunya, sedangkan di lain pihak efektivitas hukum berkaitan erat dengan masalah kepatuhan hukum sebagai norma. Hal ini berbeda dengan kebijakan dasar yang relatif netral dan bergantung pada nilai universal dari tujuan dan alasan pembentukan undang-undang.

Dalam praktek kita melihat ada undang-undang sebagian besar dipatuhi dan ada undang-undang yang tidak dipatuhi. Sistim hukum jelas akan runtuh jika setiap orang tidak mematuhi undang-undang dan undang-undang itu akan kehilangan maknanya. Ketidakefektifan undang-undang cenderung mempengaruhi waktu

sikap dan kuantitas ketidakpatuhan serta mempunyai efek nyata terhadap perilaku hukum termasuk perilaku pelanggar hukum. Kondisi ini akan mempengaruhi penegakan hukum yang menjamin kepastian dan keadilan dalam masyarakat.

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit. Ini merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan menghadapkannya dengan peristiwa-peristiwa konkrit dalam masyarakat.

Lembaga penemuan hukum ini akan membawa kita kepada lembaga interpretasi hukum dan konstruksi hukum. Karena dalam melakukan penyesuaian peraturan perundang-undangan dengan peristiwa konkrit yang terjadi dalam masyarakat, tidak selalu dapat diselesaikan dengan jalan menghadapkan fakta dengan peraturannya saja melalui interpretasi, tetapi lebih jauh dari itu kadangkala hakim terpaksa mencari dan membentuk hukumnya sendirinya melalui konstruksi dengan cara Analogi, *Rechtsverfijning* dan *Argumentum a contrario*.

Tugas hakim adalah menyelesaikan tiap perkara, meskipun bertentangan dengan undang-undang atau undang-undang tinggal diam. Hakim wajib membuat penyelesaian yang diinginkan oleh masyarakat pencari keadilan itu, berdasarkan hukum yang ditemukan atau dibentuknya sendiri.

Konstruksi hukum dapat dilakukan apabila suatu perkara yang dimajukan kepada hakim, tetapi tidak ada ketentuan yang dapat dijalankan untuk menyelesaikan perkara tersebut, meskipun telah dilakukan penafsiran hukum. Begitu juga setelah dicari dalam hukum kebiasaan atau hukum adat, namun tidak ada peraturan yang dapat

membawa penyelesaian terhadap kasus tersebut. Dalam hal demikian hakim harus memeriksa lagi sistim hukum yang menjadi dasar lembaga hukum yang bersangkutan. Apabila dalam beberapa ketentuan ada mengandung kesamaan, maka hakim membuat suatu pengertian hukum (*rechtsbegrip*) sesuai dengan pendapatnya.

Membuat pengertian hukum itu adalah suatu perbuatan yang bersifat mencari asas hukum yang menjadi dasar peraturan hukum yang bersangkutan. Misalnya, perbuatan menjual, perbuatan memberi, menghendahkan, perbuatan menukar dan perbuatan mewariskan secara legat (*legateren*, membuat testamen) mengandung kesamaan-kesamaan. Kesamaan itu adalah perbuatan yang bermaksud mengalihkan (*vervreemden*). Tindakan hakim yang demikian ini adalah dikenal sebagai perbuatan melakukan konstruksi hukum.

Paham yang menyatakan bahwa hakim tidak lain dari pada sebagai pengucap undang-undang atau corongnya undang-undang belaka (*La bouche qui prononce les paroles de loi*) telah ditinggalkan, atau tidak dianut lagi dan sudah lama ditinggalkan.

Hakim harus menyesuaikan (*waarderen*) undang-undang dengan hal-hal yang konkrit yang terjadi di masyarakat dan hakim dapat menambah (*aanvullen*) undang-undang apabila perlu. Hakim harus menyesuaikan undang-undang dengan hal yang konkrit, karena undang-undang tidak meliputi segala kejadian yang timbul dalam masyarakat.

Keputusan hakim dapat memuat suatu hukum dalam suasana *werkelijkheid* yang menyimpang dari hukum dalam suasana *positiviteit*. Hakim menambah undang-undang karena pembuat undang-undang senantiasa tertinggal pada kejadian-kejadian yang baru yang timbul di masyarakat.

Undang-undang itu merupakan suatu *momentopname* saja, yaitu suatu *momentopname* dari keadaan di waktu pembuatannya.

Berdasarkan dua kenyataan tadi, maka dapat dikatakan bahwa hakimpun turut serta menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak atau dengan kata lain hakim menjalankan *rechtsvinding*.

Kemandirian hakim dalam menemukan dan pembentukan hukum itu, serta dapat menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak atau dalam mengisi ruangan yang kosong dalam undang-undang, adalah tidak bertentangan dengan undang-undang, karena keputusan hakim yang demikian itu hanya berlaku bagi para pihak yang berperkara saja dan tidak berlaku sebagai peraturan umum.

Namun keputusan hakim yang didasarkan oleh hukum yang ditemukannya itu, dalam keadaan dan waktu tertentu, dapat diikuti oleh hakim-hakim yang lain dalam hal perkara yang sama dan akhirnya menjadi suatu yurisprudensi yang tetap dan sekaligus menjadi sumber hukum yang formil.

Kedudukan yurisprudensi di Indonesia sangat berbeda dengan keputusan hakim yang merupakan Preseden sebagaimana yang terdapat di Inggris dan Amerika, seperti apa yang dikemukakan oleh Gray. Teori Gray dikenal dengan nama teori mengenai *All the law is judge made law*. Suatu peraturan barulah menjadi peraturan hukum apabila peraturan itu telah dimasukan dalam putusan hakim. Anggapan Gray ini berdasarkan peradilan dilaksanakan di negeri Inggris, di Amerika Serikat dan di Afrika Selatan dan disebut sebagai peradilan preseden (*Presedenten rechts praak*).

Hakim wajib mengikuti keputusan hakim yang kedudukannya menurut hirarki pengadilan lebih tinggi, wajib mengikuti keputusan hakim yang lain yang kedudukannya sederajat, tetapi telah lebih dahulu membuat penyelesaian suatu perkara semacam, bahkan wajib mengikuti keputusan sendiri yang dibuatnya lebih dahulu

dalam perkara semacam (*stare desicis*). Hukum yang berasal dari pengadilan preseden disebut *judge made law* atau *judiciary law*. Pentingnya *judge made law* itu diperbesar oleh Gray dalam rumusannya *All the law is judge made law*.

Fungsi hakim yang bebas untuk mencari dan merumuskan nilai hukum adat dalam masyarakat, diharapkan dapat memfungsikan hukum untuk merekayasa masyarakat dalam seluruh aspek kehidupan dengan memenuhi rasa keadilan, kegunaan dan kepastian hukum secara serasi, seimbang dan selaras. Dewasa ini di Indonesia telah berkembang faham untuk memfungsikan hukum sebagai rekayasa sosial (*law as a tool of social engineering*) terutama dalam bidang hukum privat adat menjadi hukum privat nasional.

Berbekalkan konsep dan rancangan kebijakan seperti itu, tak pelak para pendukung hukum adat tak dapat bertindak lain selain mengandalkan kemampuan para hakim untuk mengembangkan pendayagunaan hukum dalam masyarakat, atas dasar prinsip-prinsip kontigensi yang harus benar-benar kreatif. Sekalipun dalam era orde baru badan-badan kehakiman diidealkan akan menjadi hakim yang bebas dan pembagian kekuasaan dalam pemerintah akan dihormati dengan penuh komitmen, akan tetapi harapan-harapan kepada badan-badan ini sebagai badan yang mandiri dan kreatif untuk merintis pembaharuan hukum-lewat pengartikulasian hukum dan moral rakyat agaknya terlampau berlebihan.

Kemampuan para hakim kita agaknya dihadapkan dengan suatu dilema, antara harapan dan kenyataan, terlebih lagi dalam era globalisasi ini. Kebutuhan hukum dalam masyarakat dengan cepat berkembang, sehingga para hakim diharapkan dapat menyesuaikan hukum dengan peristiwa yang konkrit dan mengambil keputusan

berdasarkan hukum yang ditemukannya sendiri dan akhirnya dapat menjadi yurisprudensi yang tetap dan berwibawa.

Ketidakmampuan para hakim Indonesia untuk bertindak mandiri dan bebas dalam proses dan fungsi pembaharuan hukum nasional itu sesungguhnya tidak hanya bersebab pada status para hakim (sebagai Pegawai Negeri) yang sebenarnya kurang menjamin kemandiriannya, akan tetapi juga oleh sebab lain. Doktrin dan tradisi yang dianut dalam badan-badan pengadilan di Indonesia, telah mengkonsepkan hakim sebatas sebagai pengucap bunyi hukum yang mereka temukan dari sumber-sumber formal yang telah ditetapkan terlebih dahulu secara doktrinal. Pendidikan hukum dan kehakiman di Indonesia telah terlanjur sangat menekankan cara berfikir deduktif lewat silogisme logika formal, tanpa pernah mencoba mendedah mahasiswa juga ke cara berfikir induktif yang diperlukan untuk menganalisis kasus-kasus dan beranjak dari kasus-kasus untuk mengembangkan *case laws*.

Namun demikian hakim dalam rangka menegakkan keadilan dan kebenaran, terpaksa harus melihat sumber-sumber hukum dalam arti kata materil. Di sini perlu adanya kemandirian hakim dalam proses menyesuaikan undang-undang dengan peristiwa yang konkrit, memfungsikan hakim untuk turut serta menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak, atau bertindak sebagai penemu hukum dalam upaya menegakkan keadilan dan kepastian hukum.⁹⁷

Hakim, terlebih lagi Hakim Agung, adalah pilar akhir untuk menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila. Sehingga, ditangan merekalah hukum akan terimplementasi dalam dunia konkrit, yang nyata. Sebagai benteng terakhir penegakan hukum

⁹⁷ <http://syaf Ruddinkalo.blogspot.com/2011/02/peran-hakim-agung-metode-berfikir.html>

dan keadilan, Hakim Agung yang berhimpun pada Mahkamah Agung memiliki berbagai kewenangan konstitusional sebagaimana diatur dalam Pasal 24A Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman, dan Undang-Undang tentang Mahkamah Agung.⁹⁸

Mengacu pada kerangka pikir di atas, menurut hemat kami, semangat hukum progresif` harus diartikan bahwa Hakim Agung dalam memutuskan perkara harus mengutamakan pada terciptanya rasa keadilan dan kemanfaatan, baik bagi para pihak maupun bagi orang banyak (publik), ketimbang melulu hanya memenuhi logika kepastian hukum dalam peraturan perundang-undangan. Sebagai insan yang "dimuliakan", Hakim Agung harus lebih mendekatkan dirinya dengan konteks sosial. Dia harus hidup inklusif menyelami kehidupan sosial untuk menemukan nilai-nilai kearifan dan rasa keadilan masyarakat. Hakim Agung tidak boleh eksklusif, yang terasing dari masyarakatnya. Logika Canon yang mereduksi premis mayor dengan premis minor untuk menghasilkan konklusio dalam penerapan peraturan perundang-undangan, seringkali menghasilkan putusan yang berkepastian hukum, tetapi jauh dari rasa keadilan. Karenanya, Hakim Agung harus progresif untuk menghasilkan putusan yang memenuhi rasa keadilan.

Agar terwujudnya putusan yang progresif, maka Hakim Agung harus pula diberi kebebasan beranologi untuk menemukan dan menciptakan hukum yang sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Hal ini penting, karena hukum untuk manusia, bukan sebaliknya. Sehingga, diperlukan Hakim Agung yang sekaligus sosiolog. Keterikatan atau kewajiban yang sangat ketat terhadap peraturan

⁹⁸ *Semangat Hukum Progresif Dalam Putusan Hakim Agung Yang Berkeadilan*<http://fisip-aceh.com/semangat-hukum-progresif-dalam-putusan-hakim-agung-yang-berkeadilan/>

perundang-undangan, sebagaimana diwajibkan oleh penganut aliran legisme positivisme, seringkali para hakim hanya menghasilkan putusan yang berkepastian hukum semata, tanpa adanya rasa keadilan dan kemanfaatan publik.

Untuk menghasilkan Hakim Agung yang progresif, yang bukan hanya corong peraturan perundang-undangan, maka proses peningkatan kapasitas keilmuan dan kecendekiawanan perlu terus dioptimalkan. Karenanya, Hakim Agung harus mengikuti perkembangan sistem hukum dan dinamika sosial. Sehingga, Hakim Agung harus memahami eksistensi dari substansi, struktur dan kultur masyarakat dimana hukum itu berlaku. Hukum bukan hanya perundang-undangan, tetapi semua tatanan normatif yang menimbulkan daya mengikat dan kepatuhan masyarakat. Karenanya, keluasan, keluwesan dan progresifitas berpikir para Hakim Agung diperlukan sebagai pembaru hukum. Paradigma hukum tidak boleh hanya melulu berdasarkan teori Austin dan Kelsen saja. Tetapi harus lebih dari itu, juga perlu mempertimbangkan teori-teori dalam aliran/mazhab: histori, realisme hukum, *sociological jurisprudence*, dan termasuk aliran Hukum Progresif.

Guna melahirkan para hakim yang progresif, yang peka dengan keadaan masyarakatnya maka Hakim Agung, memiliki tanggungjawab untuk secara kontinyu melakukan pelatihan-pelatihan mengenai kemahiran berpikir tentang keberadaan hukum. Pelatihan tersebut tidak hanya dimaksudkan untuk mampu membaca peraturan perundang-undangan, tetapi yang lebih penting adalah memahami keterkaitan antara konten dengan situasi sosial yang melatarbelakangi lahirnya suatu norma. Selain itu, pemahaman terhadap keberadaan suatu lembaga dan aspek legal kultural dari diundangkannya suatu perundang-undangan atau suatu produk hukum lainnya, perlu dipahami oleh para hakim.

Hakim yang baik lahir dari lingkungan peradilan yang baik pula. Jika hakim diasumsikan sebagai anak, maka lembaga peradilan merupakan orang tuanya. Dalam pepatah Aceh dikenal pribahasa, “pakiban u meunan minyeuk; pakiban du meunan aneuk” (bagaimana kelapa begitulah minyaknya, bagaimana orang tua begitulah anaknya). Pepatah ini menunjukkan betapa pentingnya kualitas kelembagaan (organisasi). Sehingga, apabila memang benar dibutuhkan Hakim Agung dan para hakim lainnya yang berkualitas, yang memutuskan perkara benar-benar berdasarkan rasa keadilan masyarakat, maka mau tak mau lembaga pengadilan dan Mahkamah Agung harus bersih dari hal-hal tercela, dan menata kelembagaannya dengan semangat progresifitas.

Untuk mewujudkan lembaga pengadilan yang bersih, maka Mahkamah Agung perlu membangun kepribadian hakim yang tangguh dan profesional. Peran ini dapat dilakukannya melalui fungsi pengawasan dan pembinaan peradilan oleh Mahkamah Agung. Peranan pengawasan dan pembinaan terhadap korps hakim menjadi teramat penting, karena perbuatan tercela yang dilakukan oleh seorang hakim baik di dalam maupun di luar kedinasan akan mencoreng lembaga pengadilan, yang dampaknya akan merendahkan wibawa, martabat dan citra lembaga peradilan secara keseluruhan.

Berkaitan dengan upaya mewujudkan pengadilan yang bersih, Mahkamah Agung perlu mengimplementasikan prinsip-prinsip good governance dalam operasionalisasi lembaga peradilan pada semua jenis dan tingkatan. Prinsip-prinsip tersebut antara lain, meliputi: *transparansi, rule of law, responsive, public oriented, efesiensi, accountability, strategic, dan wisdom*. Dengan memberlakukan berbagai prinsip ini, maka birokrasi lembaga peradilan dan

Mahkamah Agung diharapkan dapat menjadi model bagi pengelolaan tata pemerintahan peradilan yang baik.

Pembenahan manajemen Mahkamah Agung dan semua lembaga peradilan. Makna pembenahan, bisa berupa pengembangan terhadap suatu sistem yang telah baik dan berjalan lancar, bisa pula berupa membentuk sistem baru untuk mendukung pengadilan yang bersih. Strategi ini dapat dilakukan melalui program: pembenahan sistem manajemen penanganan perkara dan akses publik, pengembangan sistem pengawasan yang transparan dan akuntabel, mengembangkan sistem manajemen sumber daya manusia yang mendorong peningkatan profesionalisme, dan mengembangkan sistem manajemen anggaran yang transparan dan akuntabel.

Rekonstruksi Lembaga Pengawasan Hakim

Konstitusi pasca reformasi telah menempatkan Komisi Yudisial (KY) sebagai institusi dalam lingkaran kekuasaan kehakiman yang memiliki kewenangan mengusulkan pengangkatan Hakim Agung dan kewenangan lain untuk menjaga (preventif) dan menegakkan (represif) kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Terjadi distorsi ketika amanat konstitusi ini ditindak lanjuti oleh UU KY (22/2004) yang dalam konteks kewenangan pengawasan menempatkan KY hanya sebagai pengawas eksternal tingkah laku hakim, tidak "hal-hal lain" selain tingkah laku yang menggambarkan kehormatan dan martabat hakim. KY hanya sebagai pengawas represif saja, itupun produknya hanya berupa rekomendasi yang tidak ada jaminan akan ditindak lanjuti oleh MA melalui Majelis Kehormatan Hakim. Konsekwensi logis konstruksi normatif yang demikian, Efektifitas KY dalam menjalankan kewenangan pengawasan sepenuhnya akan bergantung kepada MA.

Tujuan mewujudkan dunia peradilan yang bersih, mandiri dan profesional menempatkan pengawasan hakim yang komprehensif menjadi hal yang signifikan. Pengawas tidak hanya ditempatkan sebagai pemadam kebakaran (represif) dalam hal terjadinya laporan masyarakat, tapi juga dapat melakukan upaya-upaya preventif untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan kewenangan oleh para hakim. Demikian juga area pengawasan tidak dibatasi hanya pada tingkah laku, tetapi juga pada segala sesuatu termasuk hasil tingkah laku yang menggambarkan kehormatan dan martabat hakim.

Putusan hakim selain merupakan wujud dari kebebasan, kemandirian dari perilaku hakim dalam menjalankan tugas dan kewenangannya. Ia juga mahkota pengadilan. Kehormatan, martabat serta kewibawaan hakim dan peradilan bergantung pada kualitas sebuah putusan. Putusan yang inovatif dan tidak berlawanan dengan akal sehat akan menjadi sumber hukum (yurisprudensi) sekaligus menjadi indikator perkembangan ilmu pengetahuan hukum yang bermanfaat bagi perkembangan peradaban kemanusiaan. Putusan hakim juga bisa menimbulkan malapetaka kemanusiaan jika tidak cermat, keliru dan bahkan bertentangan dengan akal sehat. Bisa terjadi orang yang tidak bersalah justru dihukum, yang berhak justru kehilangan hak, yang seharusnya mempunyai kewajiban lepas dari kewajibannya jika hakim salah menjatuhkan putusan. Karna itu kedudukan "putusan hakim" dalam konteks pengawasan juga menjadi penting, isi putusan selain cermin kebebasan sesungguhnya sekaligus juga menjadi "akuntabilitas" kemandiriannya.

Pengawasan melalui analisis terhadap putusan hakim baik yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap maupun yang belum, bukan ditujukan dalam rangka menjadi peradilan banding

atau kasasi, tetapi semata-mata menilai ada tidaknya indikasi tingkah laku atau perbuatan yang menyimpang dari hakim, meskipun sulit menentukan batas-batasnya.

Rekonstruksi Penalaran Hukum Hakim Berbasis Nilai-Nilai Hukum dan Rasa Keadilan yang Hidup dalam Masyarakat Penggunaan Logika Hukum yang Komprehensif

Penggunaan logika hukum dalam praktik-praktik hukum sangatlah penting. Sebagaimana disampaikan oleh hakim Richard Poland⁹⁹

Many pre-law students and others are curious about the differences between legal reasoning and other styles of reasoning. When undergraduates begin law school, law professors will tell these new law students that they need to learn how to “think like a lawyer.” What is legal reasoning and what does it really mean to “think like a lawyer”? Legal scholars generally agree that legal reasoning is the thinking process by which lawyers argue and judges decide actual cases. According to Brian Porto and others, legal reasoning is a process comprised of three separate components. Those components are Reasoning by Analogy, Linguistic Analysis, and Judicial Discretion. It has been my experience as a lawyer and a judge that the first component, Reasoning by Analogy, is the most common method of reasoning used by the legal profession. (Eg. The case at bar is like the previously decided case of

⁹⁹ Richard Poland *Legal Reasoning*,
<http://www.flagler.edu/academics/departments-programs/humanities/major-s-minors/pre-law/articles/legal-reasoning.html>

Smith v. Jones.) It involves finding cases or principles that courts have already decided and arguing that the case under discussion is similar to that prior case (stare decisis) or principle.....

.....Linguistic Analysis is the second component of Legal Reasoning. The question is what do the words used by the legislatures or the judges really mean. The legal community uses often contradictory tools like plain-meaning, context, canons of construction, legislative intent, statutory purpose or spirit of the law in a creative fashion to find the true meaning. The result which you want to obtain may affect which linguistic tool you select. For example, what does the word "parent" mean in The Federal Kidnapping Act as passed into law by the U.S. Congress. Does it mean just the biological parents or does it include, for example, adoptive parents, grandparents, step-parents, parents whose rights have been terminated, or legal guardians. The Congress may have given us some guidance, but lawyers and judges need to decide what words really mean when they argue and decide cases. Judicial Discretion is the last component. This refers to the public policy involved and/or personal views by a judge about the court's role or a legal concept.....

Ungkapan Richad diatas menyajikan bahwa seorang yuris atau ahli hukum harus melihat kasus-kasus konkret dengan pendekatan komprehensif. Dalam putusan hukum, hakim harus lebih mempertimbangkan setidaknya tiga pertimbangan yaitu pertimbangan yuridis, pertimbangan filosofis dan pertimbangan sosiologis.

Penggunaan Konstruksi Hukum dalam Putusan

Konstruksi hukum dapat dilakukan apabila suatu perkara yang dimajukan kepada hakim, tetapi tidak ada ketentuan yang dapat dijalankan untuk menyelesaikan perkara tersebut, meskipun telah dilakukan penafsiran hukum. Begitu juga setelah dicari dalam hukum kebiasaan atau hukum adat, namun tidak ada peraturan yang dapat membawa penyelesaian terhadap kasus tersebut. Dalam hal demikian hakim harus memeriksa lagi sistim hukum yang menjadi dasar lembaga hukum yang bersangkutan. Apabila dalam beberapa ketentuan ada mengandung kesamaan, maka hakim membuat suatu pengertian hukum (*rechtsbegrip*) sesuai dengan pendapatnya.

Membuat pengertian hukum itu adalah suatu perbuatan yang bersifat mencari asas hukum yang menjadi dasar peraturan hukum yang bersangkutan. Misalnya, perbuatan menjual, perbuatan memberi, menghadiahkan, perbuatan menukar dan perbuatan mewariskan secara legat (*legateren*, membuat testament) mengandung kesamaan-kesamaan. Kesamaan itu adalah perbuatan yang bermaksud mengasingkan (*vervreemden*) atau mengalihkan. Berdasarkan kesamaan tersebut, maka hakim membuat pengertian hukum yang disebutnya pengasingan. Pengasingan itu meliputi penjualan, pemberian, penukaran dan pewarisan. Pengasingan adalah suatu perbuatan hukum oleh yang melakukannya diarahkan ke penyerahan (pemindahan) suatu benda. Elemen yang terdapat dalam baik penjualan, pemberian, penukaran maupun pewarisan secara legat. Tindakan hakim yang demikian ini adalah dikenal sebagai perbuatan melakukan konstruksi hukum.

Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dan dalam mempertimbangkan berat ringannya pidana,

hakim wajib memperhatikan pula sifat-sifat yang baik dan jahat dari tertuduh.

Semua masyarakat yang masih mengenal hukum tidak tertulis, serta berada dalam masa pergelokan dan peralihan, hakim merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai hukum yang hidup di kalangan rakyat. Untuk itu ia harus terjun ke tengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian hakim dapat memberikan putusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Sifat-sifat yang jahat maupun yang baik dari tertuduh wajib diperhatikan hakim dalam mempertimbangkan pidana yang akan dijatuhkan. Keadaan-keadaan pribadi seseorang perlu diperhitungkan untuk memberikan pidana yang setimpal dan seadil-adilnya. Keadaan pribadi tersebut dapat diperoleh dari keterangan orang-orang dari lingkungannya, rukun tetangganya, dokter ahli jiwa dan sebagainya.

Paham yang menyatakan bahwa hakim tidak lain dari pada sebagai pengucap undang-undang atau corongnya undang-undang belaka (*La bouche qui prononce les paroles de loi*) telah ditinggalkan, atau tidak dianut lagi dan sudah lama ditinggalkan.

Menurut van Apeldoorn, hakim harus menyesuaikan (*waardereren*) undang-undang dengan hal-hal yang konkrit yang terjadi di masyarakat dan hakim dapat menambah (*aanvullen*) undang-undang apabila perlu. Hakim harus menyesuaikan undang-undang dengan hal yang konkrit, karena undang-undang tidak meliputi segala kejadian yang timbul dalam masyarakat. Bukankah pembuat undang-undang hanya menetapkan suatu petunjuk hidup yang umum saja? Pertimbangan mengenai hal-hal yang konkrit, yaitu menyesuaikan undang-undang dengan hal-hal yang konkrit diserahkan kepada hakim.

Keputusan hakim dapat memuat suatu hukum dalam suasana "*werkelijkheid*" yang menyimpang dari hukum dalam suasana "*positiviteit*". Hakim menambah undang-undang karena pembuat undang-undang senantiasa tertinggal pada kejadian-kejadian yang baru yang timbul di masyarakat.

Undang-undang itu merupakan suatu "*momentopname*" saja, yaitu suatu "*momentopname*" dari keadaan di waktu pembuatannya. Berdasarkan dua kenyataan tadi, maka dapat dikatakan bahwa hakim pun turut serta menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak atau dengan kata lain hakim menjalankan *rechtsvinding*. Scholten menyatakan bahwa menjalankan undang-undang itu selalu "*rechtsvinding*".

Kemandirian hakim dalam menemukan dan pembentukan hukum itu, serta dapat menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak atau dalam mengisi ruangan yang kosong dalam undang-undang, adalah tidak bertentangan dengan undang-undang, karena keputusan hakim yang demikian itu hanya berlaku bagi para pihak yang berperkara saja dan tidak berlaku sebagai peraturan umum.

Namun keputusan hakim yang didasarkan oleh hukum yang ditemukannya itu, dalam keadaan dan waktu tertentu, dapat diikuti oleh hakim-hakim yang lain dalam hal perkara yang sama dan akhirnya menjadi suatu yurisprudensi yang tetap dan sekaligus menjadi sumber hukum yang formil.

Kedudukan yurisprudensi di Indonesia sangat berbeda dengan keputusan hakim yang merupakan "*Preseden*" sebagaimana yang terdapat di Inggris dan Amerika, seperti apa yang dikemukakan oleh Gray. Teori Gray dikenal dengan nama teori mengenai All the law is judge made law. Suatu peraturan barulah menjadi peraturan hukum apabila peraturan itu telah dimasukan dalam putusan hakim.

Anggapan Gray ini berdasarkan peradilan dilaksanakan di negeri Inggris, di Amerika Serikat dan di Afrika Selatan dan disebut sebagai peradilan preseden (*Presedenten rechts praak*).

Hakim wajib mengikuti keputusan hakim yang kedudukannya menurut hirarki pengadilan lebih tinggi, wajib mengikuti keputusan hakim yang lain yang kedudukannya sederajat, tetapi telah lebih dahulu membuat penyelesaian suatu perkara semacam, bahkan wajib mengikuti keputusan sendiri yang dibuatnya lebih dahulu dalam perkara semacam (*stare desicis*). Hukum yang berasal dari pengadilan preseden disebut "judge made law" atau "*judiciary law*". Terutama di negeri Inggris sering "judge made law" itu dianggap lebih penting dari pada "Statute law" (hukum yang ada di dalam peraturan perundang-undangan). Pentingnya "*judge made law*" itu diperbesar oleh Gray dalam rumusannya "*All the law is judge made law*".

Fungsi hakim yang bebas untuk mencari dan merumuskan nilai hukum adat dalam masyarakat, diharapkan dapat memfungsikan hukum untuk merekayasa masyarakat dalam seluruh aspek kehidupan dengan memenuhi rasa keadilan, kegunaan dan kepastian hukum secara serasi, seimbang dan selaras. Dewasa ini di Indonesia telah berkembang faham untuk memfungsikan hukum sebagai rekayasa sosial (*law as a tool of social engineering*) terutama dalam bidang hukum privat adat menjadi hukum privat nasional.

Berbekalkan konsep dan rancangan kebijakan seperti itu, tak pelak para pendukung hukum adat tak dapat bertindak lain selain mengandalkan kemampuan para hakim untuk mengembangkan pendayagunaan hukum dalam masyarakat, atas dasar prinsip-prinsip kontigensi yang harus benar-benar kreatif. Sekalipun dalam era orde baru badan-badan kehakiman diidealkan akan menjadi

hakim yang bebas dan pembagian kekuasaan dalam pemerintah akan dihormati dengan penuh komitmen, akan tetapi harapan-harapan kepada badan-badan ini sebagai badan yang mandiri dan kreatif untuk merintis pembaharuan hukum-lewat pengartikulasian hukum dan moral rakyat agaknya terlampau berlebihan.

Salah satu aspek dalam kehidupan hukum adalah kepastian, artinya, hukum berkehendak untuk menciptakan kepastian dalam hubungan antar orang dalam masyarakat. Salah satu yang berhubungan erat dengan masalah kepastian tersebut adalah masalah dari mana hukum itu berasal. Kepastian mengenai asal atau sumber hukum menjadi penting sejak hukum menjadi lembaga semakin formal. Dalam konteks perkembangan yang demikian itu, pertanyaan mengenai "sumber yang manakah yang dianggap sah?" menjadi penting.

Tentang masalah dari mana hukum itu berasal atau bersumber yang dapat kita anggap sah, dalam ilmu hukum hal ini dapat ditinjau dari dalam arti kata formil dan dalam arti kata material.

Sumber hukum dalam arti kata formil adalah dapat dilihat dari cara dan bentuk terjadinya hukum positif (*ius constitutum*) yang mempunyai daya laku yang mengikat para hakim dan penduduk warga masyarakat, dengan tidak mempersoalkan asal-usul isi dari peraturan hukum tersebut.

Sumber hukum dalam arti kata material, dapat dilihat dari pandangan hidup dan nilai-nilai (*values waarden*) yang hidup dan berkembang dalam masyarakat dan keyakinan serta kesadaran hukum bangsa Indonesia (*ius contituendum*).

Kemampuan para hakim kita agaknya dihadapkan dengan suatu dilema, antara harapan dan kenyataan, terlebih lagi dalam era globalisasi ini. Kebutuhan hukum dalam masyarakat dengan cepat

berkembang, sehingga para hakim “diharapkan” dapat menyesuaikan hukum dengan peristiwa yang konkrit dan mengambil keputusan berdasarkan hukum yang ditemukannya sendiri dan akhirnya dapat menjadi yurisprudensi yang tetap dan berwibawa.

Ketidakmampuan para hakim Indonesia untuk bertindak mandiri dan bebas dalam proses dan fungsi pembaharuan hukum nasional itu sesungguhnya tidak hanya bersebab pada status para hakim (sebagai Pegawai Negeri) yang sebenarnya kurang menjamin kemandiriannya, akan tetapi juga oleh sebab lain yang terikat pada doktrin dan tradisi, yang menentukan bahwa hakim tidak boleh menyimpang dari undang-undang, tetapi sepenuhnya harus tunduk pada undang-undang atau sebagai corong undang-undang (*La bouche qui prononce les paroles de loi*).

Doktrin dan tradisi yang dianut dalam badan-badan pengadilan di Indonesia, telah mengkonsepkan hakim sebatas sebagai corong undang-undang yang mereka temukan dari sumber-sumber formal yang telah ditetapkan terlebih dahulu secara doktrinal. Pendidikan hukum dan kehakiman di Indonesia telah terlanjur sangat menekankan cara berfikir deduktif lewat silogisme logika formal, tanpa pernah mencoba mendedah mahasiswa juga ke cara berfikir induktif yang diperlukan untuk menganalisis kasus-kasus dan beranjak dari kasus-kasus untuk mengembangkan case laws.

Secara formil yang menjadi sumber hukum bagi seorang hakim pada hakekatnya adalah: segala peristiwa-peristiwa bagaimana timbulnya hukum yang berlaku, atau dengan kata lain dari mana peraturan-peraturan yang dapat mengikat para hakim dan penduduk warga masyarakat yaitu terdiri dari: undang-undang, adat, kebiasaan, yurisprudensi, traktat dan doktrinal.

Namun demikian hakim dalam rangka menegakkan keadilan dan kebenaran, terpaksa harus melihat sumber-sumber hukum

dalam arti kata material, apabila sumber-sumber hukum dalam arti formil tidak dapat dipergunakan untuk menyelesaikan suatu perkara yang sedang diperiksanya. Di sini perlu adanya kemandirian hakim dalam proses menyesuaikan undang-undang dengan peristiwa yang konkrit, memfungsikan hakim untuk turut serta menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak, atau bertindak sebagai penemu hukum dalam upaya menegakkan keadilan dan kepastian hukum.

Menurut von Savigny hukum itu berdasarkan sistem asas-asas hukum dan pengertian dasar dari mana untuk setiap peristiwa dapat diterapkan kaedah yang cocok (*Begriffsjurisprudenz*). Hakim bebas dalam menerapkan undang-undang, tetapi ia tetap bergerak dalam sistem yang tertutup.

Anggapan bahwa hukum itu merupakan suatu kesatuan yang tertutup (*logische Geschlossenheit*), pada saat sekarang sudah tidak lagi dapat diterima. Scholten mengatakan bahwa, hukum itu merupakan suatu sistem yang terbuka (*open systeem*), kita menyadari bahwa hukum itu dinamis yaitu terus-menerus dalam suatu proses perkembangan. Hal ini membawa konsekuensi, bahwa hakim dapat bahkan harus memenuhi ruang kosong yang ada dalam sistem hukum, asal saja penambahan itu tidak mengubah sistem tersebut. Namun hakim tidak dapat menentukan secara sewenang-wenang hal-hal yang baru, tetapi ia harus mencari hubungan dengan apa yang telah ada.

Setiap undang-undang pada dasarnya dibentuk secara in abstracto atau dalam keadaan abstrak, yakni pembentuk undang-undang hanya merumuskan aturan-aturan umum yang berlaku untuk semua orang yang berada di bawah penguasaannya, sedangkan hakim menjalankan undang-undang itu secara in concreto atau dalam keadaan konkrit, yaitu yang hanya berlaku

antara pihak-pihak yang bersangkutan dalam suatu perkara tertentu.

Hakim dalam menyesuaikan peraturan perundang-undangan dengan suasana konkrit untuk menegakkan keadilan dan kebenaran serta kepastian hukum (*rechts zekerheid*), harus dapat memberi makna dari isi ketentuan undang-undang serta mencari kejelasan dengan melakukan penafsiran yang disesuaikan dengan kenyataan, sehingga undang-undang itu dapat berlaku konkrit jika dihadapkan dengan peristiwanya.¹⁰⁰

Penggunaan Hermeneutika dalam menafsirkan UU

Penafsiran disampaikan bahwa:

It is important to consider how interpretation, as characterised in subsection 2.2 above, fits into the discussion of the ambit of the term legal reasoning in the opening section of this entry. The key to this issue lies in interpretation's dualistic nature, i.e. that it has both a backward-looking conserving aspect and a forward-looking creative one. This dualism would seem to indicate that in interpreting the law, judges both seek to capture and be faithful to the content of the law as it currently exists, and to supplement, modify, or bring out something new in the law, in the course of reasoning from the content of the law to a decision in a particular case. In turn, this would seem to indicate that interpretation, because of its dualistic nature, has a role to play in both legal reasoning in sense (a), i.e. reasoning to establish the existing content of the law on a given issue, and legal reasoning in sense (b), namely reasoning from the existing content of the law to the decision which a court should reach in a case involving that issue which comes before it.

One legal theorist who adopts exactly this approach, and so views interpretation in legal reasoning as 'straddling the divide' between identifying existing law, and developing and modifying the law, is Joseph Raz (see Raz 1996a and 1996b). According to Raz, the fact that interpretation has a role to play in both of these activities

¹⁰⁰ sumber:<http://catatanhukumaaz.wordpress.com>

assists in explaining why we do not find a two-stage or clearly bifurcated approach to legal reasoning in judicial decisions. Judges do not first of all engage in legal reasoning in sense (a), having recourse only to legal materials, and then, having established what the existing law is and determined how far it can take them in resolving the instant case, then move on to a separate stage of legal reasoning in sense (b) which requires them to look to extra-legal materials in order to complete the job, because much of their reasoning is interpretive and interpretation straddles the divide between legal reasoning in senses (a) and (b). This point may assist Raz in defusing some of the criticisms which have been levelled at the legal positivist approach to legal reasoning such as that positivism's account is phenomenologically inaccurate because when we examine cases, we do not find two distinct stages to judicial reasoning, one to establish whether any legal rules bear upon the problem at hand, and one wherein judges effectively legislate to fill in the gaps when the legal rules 'run out' (see e.g. Dworkin 1977 & 1986). As Raz himself notes, however (especially in Raz 1996b), this 'straddling the divide' approach may in fact seem to undermine the very ideas that there is a tenable distinction between legal reasoning in senses (a) and (b), and that there are gaps in the law. Interpretation appears to blur or even erase the line between the separate law-finding and law-creating roles which many legal positivists ascribe to judges, and the fact that courts always seem to be able to decide cases by interpreting the law may also seem to cast doubt on the idea that the law is incomplete, and hence that judges sometimes have to reach outside of the law in the adjudication process. Interest in the pervasiveness of interpretation in legal reasoning, and in the Janus-faced nature of interpretation may thus form part of the background which has led legal theorists like Dworkin to deny that the distinction between identifying existing law, and developing and changing the law, as understood by certain legal positivists, is a tenable or coherent one. That interpretation appears to operate at every stage in the legal reasoning process may also have influenced Dworkin's denial that there are gaps in the law, and his counter-claim, contra Hart and Raz, that everything which a

judge is entitled to rely on in deciding a case is already part of the law (see Dworkin 1986)

Hermeneutika adalah satu metode mutakhir dalam menafsirkan teks. Teks hukum diberlakukan untuk masyarakat manusia, teks hukum bukan untuk hukum.¹⁰¹ Untuk itu, hukum dituntut untuk yang diperlukan bagi kehidupan bermasyarakat dan bernegara berisi nilai-nilai. Karena hukum mengatur masalah hubungan sosial, budaya, dan ekonomi, juga mengkualifikasikan relasi kekuasaan politik dan aspek kehidupan lainnya. Hukum mengkonstruksi hubungan individu dengan pihak lain dan mengkategorikan perbuatan yang salah dan yang benar.

Setiap hukum dalam dirinya mengandung sistem nilai moral, sehingga dipertanyakan keberadaan hukum, jika dalam suatu masyarakat terjadi kekacauan sosial dan banyak ketidakadilan. Salah satu karakteristik pemikiran hukum pidana adalah ketaatan terhadap asas hukum (pidana), sehingga percaturan pemikiran dalam praktik penerapan hukum tidak keluar dari arena nilai, asas dan norma.

Hukum sejatinya mengandung pesan suara yang mencakup nilai-nilai ideologis, logis, etis, dan estetis yang diwujudkan dalam ketentuan formal sebagai bagian suara atau pesan nilai-nilai tersebut. Di samping itu, hukum harus mempertimbangkan dengan faktor-faktor faktual yang secara realistik turut menentukan terbentuknya opini dan persepsi. Oleh karena itu, hukum formal harus diisi dengan menyesuaikan dinamisasi perkembangan nilai-nilai dan faktor-faktor kekuatan di sekitar masyarakat setempat.

Hukum yang mencakup pengertian undang-undang memiliki hubungan *sentrifugal* (bergerak ke luar) dengan faktor sosial,

¹⁰¹ Fauzan, *Pesan Keadilan di Balik Teks Hukum yang Terlupakan (Refleksi atas Kegelisahan Prof. Asikin)* *Varia Peradilan*, No. 299, Oktober 2010, h. 36-42.

ekonomi, politik, dan budaya. Hukum juga memiliki hubungan sentripetal (bergerak ke dalam) dengan nilai logis (kebenaran), etis (keadilan), dan estetis (keindahan). Hukum dalam *tekstur* (susunan) tersebut tidak hanya bersifat yuridis formal dan tidak seperti peti kemas kosong (*empty container*), tetapi hukum tersebut memiliki spirit nilai-nilai kehidupan komunitas manusia.

Nilai Keadilan Yurisprudensi. Hakim memiliki latar belakang keluarga, pendidikan, usia, lingkungan pergaulan, universitas, dan tokoh yang diidolakan, sehingga bisa menimbulkan konsekuensi perbedaan sistem nilai (ideologi) di antara para hakim. Proses penerapan hukum dipandang sebagai tindakan kognitif murni atau pengenalan murni dan penyelesaian kasus konkret dipandang sebagai proses silogisme.

Yurisprudensi Merupakan Tindakan Kehendak (*Volitief*). Putusan pengadilan bukan sekadar pengenalan murni atau mengetahui bunyi undang-undang kemudian menerapkan dalam situasi konkret, tetapi lebih dari itu yaitu merupakan tindakan kehendak (*volitief*) berdasarkan pertimbangan nilai-nilai yang dapat menuntun hakim dalam memecahkan masalah yuridis.

Dimensi Kebenaran Putusan Pengadilan, berdasarkan teori koherensi atau konsistensi, adalah kebenaran yang membuktikan adanya bukti yang satu dengan bukti yang lain saling berhubungan (Pasal 184 KUHAP). **Teori Korespondensi**, jika ada fakta-fakta persidangan yang saling bersesuaian. Misalnya persesuaian antara keterangan saksi dengan norma atau ide.

Teori kebenaran koherensi dan korespondensi menolak keterangan tunggal yang tidak didukung oleh keterangan saksi lain (*Unus testis nullus testis*), dan salah satu dimensi kebenaran adalah adanya pembenaran (*Verification*), maka informasi tunggal yang tidak didukung oleh informasi lain yang bersesuaian dan logis,

kebenarannya diragukan. Akhirnya dapat dinyatakan bahwa semakin banyak jumlah bukti yang objektif/mandiri/independen/saling bersesuaian, maka semakin tinggi derajat kebenaran tentang kejadian kasus yang sebenarnya.

Tujuan putusan pengadilan adalah menyelesaikan masalah, sesuai dengan tugas pokok pengadilan yang mencakup tugas menerima, memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara yang diajukan ke pengadilan. Sejatinya di dalam putusan hakim tersebut mengandung 3 (tiga) komponen *Legal Reasoning*, yaitu: *Rules*, *Facts*, dan *Jurisprudence-Precedence-Stare Decisis*.

Pemahaman terhadap teks Pasal 263 Ayat (1) KUHP tentang PK Jaksa. Pasal 263 Ayat (1) KUHP menyebutkan "Terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, kecuali putusan bebas atau lepas dari tuntutan hukum, terpidana atau ahli warisnya dapat mengajukan permintaan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung".

Terhadap ketentuan hukum normatif tersebut, dapat diberikan pandangan berdasarkan pendekatan teori hukum yang digunakan. Menurut teori hukum murni dan penafsiran gramatikal, Pasal 263 Ayat (1) KUHP tidak menyebut sama sekali tentang Jaksa atau Penuntut Umum, maka seharusnya pesan yang harus dipahami bahwa demi kepastian hukum tidak boleh dibuka kesempatan bagi Jaksa/Penuntut Umum untuk mengajukan Peninjauan Kembali (PK), karena hukum yang bersifat dogmatik harus bersih dari unsur-unsur nonyuridis (baik, buruk, adil atau tidak adil, indah atau tidak indah, mencederai hati nurani atau tidak mencederai, dan lain-lain hal yang berkembang dalam masyarakat). Oleh karena itu, penegakan hukum harus dijalankan demi kepastian hukum bukan dari pertimbangan lain, seperti keadilan, kemanfaatan, politis, sosial, ekonomi, dan agama, maka sumber utama dalam memutus perkara

adalah undang-undang dan tidak boleh didasarkan pada kebijaksanaan dan atau keadilan.

Dalam perspektif viktimologi, yang menjadi korban atau pihak yang dirugikan dalam perkara korupsi adalah rakyat dan/atau negara, karena korupsi mempunyai hubungan kausalitet dengan kerugian keuangan negara atau keuangan rakyat, di samping itu sistem peradilan Indonesia memberi kesempatan yang sama (*fairness*) kepada terdakwa dan penuntut umum yang mewakili kepentingan negara, maka dalam hal suatu yayasan merugikan negara, misalnya Pasal 53 UU No. 16 Th. 2001, pemeriksaan dapat dilakukan berdasarkan penetapan pengadilan atas permintaan kejaksaan dalam hal mewakili kepentingan umum.

Putusan pengadilan yang berkualitas, menuntut adanya perpaduan antara *knowledge* dengan *widom* yang hal itu ada dalam energi mental, energi emosional, dan energi spiritual. Optimalisasi penggunaan energi-energi yang dianugerahkan oleh Allah Yang Maha Besar dan Maha Adil tersebut akan menyentuh akal, perasaan dan keyakinan, sehingga akan memunculkan putusan pengadilan yang berkualitas puncak kearifan. Energi Mental, melahirkan Saya Berpikir; Energi Emosional, menimbulkan kekuatan Saya Merasakan; dan Energi Spiritual, membimbing Saya Meyakini.

Hakim bukan satu-satunya yang menafsir undang-undang atau peraturan perundang-undangan atau hukum pada umumnya. Tetapi harus diakui peranan hakim sangat penting. Mengapa?¹⁰²

Pertama ; hakim yang mewujudkan hukum (dalam arti konkret). Melalui putusan hakim, ketentuan undang-undang (hukum) yang abstrak menjadi suatu kenyataan. Ada yang kalah, ada yang

¹⁰² Varia Peradilan : MAJALAH HUKUM TAHUN XXIV NO. 285 AGUSTUS 2009, Hlm. 10-14

menang, ada yang dihukum atau bebas, dan lain-lain wujud hukum konkret.

Kedua ; hakim bukan hanya menyatakan (menetapkan hukum bagi yang berperkara, tetapi dapat menciptakan hukum yang berlaku umum).

Ketiga ; hakim menjamin aktualisasi hukum, termasuk mengarahkan perkembangan hukum.

Sarana yang paling umum dipergunakan hakim dalam menerapkan hukum adalah penafsiran. Mengapa?

- 1) Tidak pernah ada satu peristiwa hukum yang tepat serupa dengan lukisan dalam undang-undang (peraturan perundang-undangan). Untuk memutus (hakim dilarang menolak memutus), hakim harus menemukan kesesuaian antara fakta dan hukum. Hal ini dilakukan dengan cara merekonstruksi fakta (melalui bukti-bukti) sehingga memenuhi unsur-unsur yang dimuat dalam undang-undang (hukum), atau melakukan penafsiran agar suatu kaidah hukum secara wajar dapat dikenakan atau diterapkan pada suatu fakta hukum. Misalnya, penipuan atau penggelapan. Untuk menipu atau menggelapkan dipergunakan berbagai sarana hukum seperti menjanjikan keuntungan, kredit barang, dan lain-lain. Perbuatan pura-pura yang bersifat keperdataan, sebagai rancangan untuk menipu atau menggelapkan.
- 2) Suatu perbuatan, tidak tercakup dalam kata atau kata-kata (*ordinary word*) yang disebut dalam undang-undang. Hakim yang menafsirkan "barang" termasuk juga benda immateriil seperti aliran listrik. Begitu pula pengertian perbuatan melawan hukum yang semula hanya diartikan

sebagai perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang, diluaskan sehingga termasuk perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban sosial atau kesusilaan.

- 3) Tuntutan keadilan. Hakim bukan corong (mulut) undang-undang (*spreekbuis van de wet, bouche de la loi, the mouth of laws*). Sebagai "arbiter" hakim wajib menyelesaikan suatu perkara dengan adil. Menerapkan secara harfiah menurut bunyi atau arti kata dapat melahirkan ketidakadilan. Undang-undang atau hukum bukan sekadar bunyi melainkan suatu pengertian (*begrippen*). Hakim wajib menemukan pengertian demi keadilan dan—antara lain—menafsirkan.
- 4) Keterbatasan makna bahasa dibandingkan dengan gejala atau peristiwa yang ada atau terjadi dalam masyarakat, baik peristiwa hukum, politik, ekonomi, maupun sosial. Dalam upaya menemukan putusan yang benar, hakim wajib mempertimbangkan berbagai gejala atau peristiwa yang belum tentu tercakup dalam ketentuan yang berlaku.
- 5) Bahasa dapat diartikan berbeda pada setiap lingkungan masyarakat. Kata "gedang" di Jawa Barat berbeda dengan di Jawa Tengah. Kata "pisang goreng" di Jawa Barat dapat diartikan berbeda dengan daerah-daerah lain di Indonesia. Kata "menjemput" di Riau (Melayu) berbeda dengan pengertian di daerah lain.
- 6) Secara sosiologis, bahasa atau kata atau kata-kata dapat berbeda makna. Ungkapan : "Polisi mengamankan rapat umum" berbeda dengan : "Polisi mengamankan orang atau orang-orang yang membuat onar pada rapat umum".

- 7) Pengaruh perkembangan masyarakat. Perkembangan masyarakat tidak hanya mempengaruhi tingkah laku sosial dan hukum. Banyak jenis perbuatan "jahat" yang tidak secara "expressis" dimuat dalam ketentuan yang berlaku. Perkembangan masyarakat juga mempengaruhi penggunaan bahasa, baik karena kebiasaan maupun karena anggapan menemukan bahasa yang lebih tepat. Misalnya : ungkapan "negara berdasarkan atas hukum" (Penjelasan UUD 1945), kemudian lebih populer sebutan "negara hukum". Selain lebih singkat, dianggap lebih tepat sebagai padanan "*de rechtsstaat*" atau "*the rule of law*". Sebutan "Tionghoa" diganti menjadi "Cina". Semuanya dengan makna atau maksud yang sama. Sekarang—terutama anak muda—lebih suka menggunakan kata "aku" daripada "saya". Ada pula penggantian kata sebagai cara menyembunyikan kenyataan. Misalnya, "kelaparan" atau "busung lapar" diganti dengan "rawan pangan".
- 8) Transformasi atau resepsi konsep hukum asing yang dipergunakan dalam praktek hukum, seperti di bidang perjanjian, perbankan, dan lain-lain. Misalnya, pemakaian konsep "*mortgage*", konsep "*liability*", dan lain sebagainya.
- 9) Pengaruh berbagai teori baru di bidang hukum, seperti "*sociological jurisprudence*", "*feminist legal theory*", dan lain sebagainya.
- 10) Ketentuan atau bahasa, atau kata atau kata-kata dalam undang-undang tidak jelas, bermakna ganda, tidak konsisten, bahkan ada pertentangan, atau ketentuan tidak nalar (*unreasonable*).

Walaupun banyak sebab yang mendorong melakukan penafsiran, ditambah pula asas kebebasan hakim, tidak berarti hakim dapat melakukan penafsiran secara tanpa batas.

- 1) Dalam hal kata atau kata-kata dan susunan kaidah sudah jelas, hakim wajib menerapkan undang-undang menurut bunyi dan susunan kaidah kecuali didapati hal-hal seperti inkonsistensi, pertentangan, atau ketentuan tidak dapat menjangkau peristiwa hukum yang sedang diadili, atau dapat menimbulkan ketidakadilan, bertentangan dengan tujuan hukum, atau bertentangan dengan ketertiban umum, bertentangan dengan keyakinan yang hidup dalam masyarakat, kesusilaan, atau kepentingan umum yang lebih besar.
- 2) Wajib memperhatikan maksud dan tujuan pembentukan undang-undang, kecuali maksud dan tujuan sudah usang, terlalu sempit sehingga perlu ada penafsiran yang lebih longgar.
- 3) Penafsiran semata-mata dilakukan demi memberi kepuasan kepada pencari keadilan. Kepentingan masyarakat diperhatikan sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan pencari keadilan.
- 4) Penafsiran semata-mata dilakukan dalam rangka aktualisasi penerapan undang-undang bukan untuk mengubah undang-undang.
- 5) Mengingat hakim hanya memutus menurut hukum, maka penafsiran harus mengikuti metode penafsiran menurut hukum dan memperhatikan asas-asas hukum umum, ke-

tertiban hukum, kemaslahatan hukum, dan dapat dipertanggungjawabkan secara hukum.

- 6) Dalam penafsiran, hakim dapat mempergunakan ajaran hukum sepanjang ajaran tersebut relevan dengan persoalan hukum yang akan diselesaikan dan tidak merugikan kepentingan pencari keadilan.
- 7) Penafsiran harus bersifat progresif, yaitu berorientasi ke masa depan (*future oriented*), tidak menarik mundur keadaan hukum di masa lalu yang bertentangan dengan keadaan yang hidup dan perkembangan hukum.

Konstruksi Baru Dasar Pertimbangan Hukum Hakim Mahkamah Agung

Aspek Pertimbangan Yuridis

Aspek "pertimbangan-pertimbangan yuridis terhadap tindak pidana yang didakwakan" merupakan konteks dalam putusan hakim. Mengapa sampai dikatakan demikian? Hakikatnya pada pertimbangan yuridis merupakan pembuktian unsur-unsur (*bestandellen*) dari suatu tindak pidana apakah perbuatan terdakwa tersebut telah memenuhi dan sesuai dengan tindak pidana yang didakwakan oleh jaksa/penuntut umum dapat dikatakan lebih jauh bahwasanya pertimbangan-pertimbangan yuridis ini secara langsung akan berpengaruh besar terhadap amar/diktum putusan hakim.

Lazimnya, dalam praktik peradilan pada putusan hakim sebelum "pertimbangan-pertimbangan yuridis" ini dibuktikan dan dipertimbangkan, hakim terlebih dahulu akan menarik "fakta-fakta dalam persidangan" yang timbul dan merupakan konklusi kumulatif dari keterangan para saksi, keterangan terdakwa dan barang bukti yang diajukan dan di periksa di persidangan. Pada dasarnya

“fakta-fakta dalam persidangan berorientasi pada dimensi tentang *locus* dan *tempus delicti*, modus operandi bagaimanakah tindak pidana tersebut dilakukan, penyebab atau latar belakang mengapa terdakwa sampai melakukan tindak pidana, kemudian bagaimanakah akibat langsung ataupun tidak langsung dari perbuatan terdakwa; barang bukti apa yang di gunakan terdakwa dalam melakukan tindak pidana, dan sebagainya.

Selanjutnya, setelah fakta-fakta dalam persidangan tersebut di ungkapkan pada putusan hakim kemudian akan dipertimbangkan terhadap unsur-unsur (*bestandellen*) dan tindak pidana yang telah di dakwakan oleh jaksa/penuntut umum. Sebelum mempertimbangkan unsur-unsur (*bestandellen*) tersebut, maka menurut praktiknya di pertimbangkan tentang hal-hal bersifat korelasi antara fakta-fakta, tindak pidana yang di dakwakan, dan unsur kesalahan terdakwa.

Pertimbangan tersebut diatas kemudian memuat dasar-dasar hukum penjatuhan hukuman atau pemidaan. Dalam perspektif yang lebih mendalam, pertimbangan yuridis merupakan wujud konkret dasar hukum dari pertimbangan hukum dalam putusan.

Pertimbangan Filsafati

Mengenai aspek filosofis, merupakan aspek yang berintikan pada kebenaran dan keadilan, sedangkan aspek sosiologis, mempertimbangkan tata nilai budaya yang hidup dalam masyarakat. Aspek filosofis dan sosiologis, penerapannya sangat memerlukan pengalaman dan pengetahuan yang luas serta kebijaksanaan yang mampu mengikuti nilai-nilai dalam masyarakat yang terabaikan. Jelas penerapannya sangat sulit sebab tidak mengikuti asas legalitas

dan tidak terikat pada sistem. Pencantuman ketiga unsur tersebut tidak lain agar putusan dianggap adil dan diterima masyarakat.

Keadilan hukum (*legal justice*), adalah keadilan berdasarkan hukum dan perundang-undangan. Dalam arti hakim hanya memutuskan perkara hanya berdasarkan hukum positif dan peraturan perundang-undangan. Keadilan seperti ini keadilan menurut penganut aliran *legalistis positivisme*. Dalam menegakkan keadilan ini hakim atau pengadilan hanya sebagai pelaksana undang-undang belaka, hakim tidak perlu mencari sumber-sumber hukum di luar dari hukum tertulis dan hakim hanya dipandang menerapkan undang-undang pada perkara-perkara konkret rasional belaka. Dengan kata lain, hakim sebagai corong atau mulut undang-undang.

Keadilan hukum (*legal justice*), hanya didapat dari undang-undang, justru pada suatu kondisi, akan menimbulkan ketidakadilan bagi masyarakat, sebab undang-undang tertulis yang diciptakan mempunyai daya laku tertentu yang suatu saat daya laku tersebut akan mati, karena saat undang-undang diciptakan unsur keadilannya membela masyarakat, akan tetapi setelah diundangkan, seiring dengan perubahan nilai-nilai keadilan masyarakat, akibatnya pada undang-undang unsur keadilannya akan hilang.

Keadilan moral (*moral justice*) dan keadilan sosial (*social justice*) diterapkan hakim, dengan pernyataan bahwa : "hakim harus menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat" (*vide* Pasal 5 (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009), yang jika dimaknai secara mendalam hal ini sudah masuk ke dalam perbincangan tentang *moral justice* dan *social justice*.

Sejatinya pelaksanaannya tugas dan kewenangan seorang hakim dilakukan dalam kerangka menegakkan kebenaran dan berkeadilan, dengan berpegang pada hukum, undang-undang, dan nilai-nilai keadilan dalam masyarakat. Dalam diri hakim diemban

amanah agar peraturan perundang-undangan diterapkan secara benar dan adil, dan apabila penerapan peraturan perundang-undangan akan menimbulkan ketidakadilan, maka hakim wajib berpihak pada keadilan (*moral justice*) dan mengesampingkan hukum atau peraturan perundang-undangan (*legal justice*). Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) yang tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat (*social justice*). Keadilan yang dimaksudkan disini, bukanlah keadilan prosedural (formil), akan tetapi keadilan substantif (materil), yang sesuai dengan hati nurani hakim.

Secara analisis, keadilan menurut konsep Daniel S. Lev, menggunakan istilah prosedural dan substantif, sedangkan Schuyt menggunakan istilah formil dan materil. Keadilan prosedural (formil), komponennya berhubungan dengan gaya suatu sistem hukum, seperti *rule of law* atau negara hukum *rechtsstaat*. Adapun komponen keadilan substantif (materil) menyangkut apa yang dewasa ini dinamakan hak-hak sosial serta menandai penataan politik, ekonomi dalam masyarakat. Konsepsi keadilan berakar dari kondisi masyarakat yang diinginkan. Konsep keadilan yang pada hakikatnya masih berupa gagasan-gagasan yang abstrak yang lebih sulit untuk dipahami. Akan lebih mudah memahami adanya ketidakadilan dalam masyarakat. Keadilan prosedural (formil). Diartikan suatu keadilan yang didapatkan dari suatu putusan-putusan lembaga resmi yang dibentuk menurut undang-undang negara, termasuk putusan pengadilan.¹⁰³

Selama ini banyak pihak menurut hakim-hakim di Indonesia lebih berpihak kepada perwujudan keadilan substantif (materil)

¹⁰³ Mulyana W. Kusumah, *Hukum, Keadilan dan Hak Asasi Manusia, Suatu Pemahaman Kritis*, Bandung, Alumni, 1981, hlm. 53

daripada keadilan prosedural (formil) semata. Namun tuntutan itu memang bisa diterima secara teoritis daripada praktis, karena membawa problem hukum yang rumit. Keadilan prosedural (formil) adalah keadilan yang mengacu kepada bunyi undang-undang *an-sich*. Sepanjang bunyi undang-undang terwujud, tercapailah keadilan secara formal. Apakah secara materiil, keadilan itu benar-benar dirasakan adil secara moral dan kebajikan (*virtue*) bagi banyak pihak, para penegak keadilan prosedural (formil) tidak memperdulikannya. Mereka para penegak keadilan prosedural (formil) itu, biasanya tergolong kaum positivistik.¹⁰⁴

Bagi kaum positivistik, keputusan-keputusan hukum dapat dideduksikan secara logis dari peraturan-peraturan yang sudah ada lebih dahulu tanpa perlu menunjuk kepada tujuan-tujuan sosial, kebajikan, serta moralitas. Betapapun tidak adil dan terbatasnya bunyi undang-undang yang ada. Hukum adalah perintah undang-undang, dan dari situ kepastian hukum bisa ditegakkan.¹⁰⁵

Pandangan positivistik tersebut ditentang oleh kalangan yang berpandangan bahwa prinsip kebajikan dan moralitas mesti harus dipertimbangkan pula dalam mengukur validitas hukum. Penganut hukum moralitas itu berprinsip bahwa hukum itu harus mencerminkan moralitas. Karena itu, hukum yang meninggalkan prinsip-prinsip moralitas, bahkan bertentangan dengan moralitas, boleh atau bisa tidak ditaati berdasar suatu hak moral (*moral right*).¹⁰⁶

Pertimbangan Sosiologis

¹⁰⁴ Prija Djatmika, *Problem Menegakkan Keadilan Substantif*, *Harian Jawa Pos*, Rabu, 10 Desember 2008, hlm. 4.

¹⁰⁵ *Ibid*

¹⁰⁶ *Ibid*

Sebagaimana dituliskan Roscoe Pound, ahli hukum Jellinek menyatakan: jika suatu perintah hukum harus berlaku dalam perbuatan, maka kegunaannya secara sosial psikologis harus terjamin. Roscoe Pound melihat fenomena bahwa kaidah-kaidah yang diciptakan pengadilan maupun undang-undang, keduanya terus-menerus mengalami kegagalan karena tidak adanya jaminan sosial psikologis sebagaimana dikemukakan Jellinek tersebut.¹⁰⁷

Suatu peraturan hukum mestinya merupakan hakikat hukum yang dianut oleh suatu masyarakat. Prof. R. Wirjono Prodjodikoro mengatakan bahwa kalau suatu aliran dapat melebarkan sayapnya di antara penduduk dalam masyarakat yang tidak menganut suatu hakikat hukum yang menjadi suatu peraturan hukum, maka kemungkinan besar peraturan hukum itu tidak akan diturut masyarakat (tidak efektif) sehingga dikatakan menjadi kata mati (*doode leffer*).¹⁰⁸

Apa yang dilihat oleh para ahli hukum tersebut menunjukkan bahwa aspek psikologi sosial menentukan kualitas hukum, termasuk dalam putusan-putusan pengadilan, untuk terwujudnya efektivitas hukum karena dukungan masyarakat. Roscoe Pound memberi contoh-contoh yang terjadi pada sistem peradilan juri (sistem *common law Anglo Saxon*), bahwa kaidah-kaidah hukum dalam kitab-kitab (tertulis) dipecahkan dan dirumuskan batas-batasnya, namun proses peradilan tergantung pada penemuan fakta-fakta oleh juri sehingga memaksa untuk diterapkan kaidah yang berbeda dengan kaidah yang dimaksudkan dalam kitab-kitab itu.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Roscoe Pound, *The Task of Law (Tugas Hukum)*, terjemahan Muhammad Radjab, Jakarta, Bhratara, 1965, hal. 76-77.

¹⁰⁸ R. Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perdata*, Bandung, Bale Bandung, 1988, hal. 14-15.

¹⁰⁹

Namun, hingga kini rupa-rupanya pandangan positivisme yang mengajarkan bahwa “hakim adalah corong undang-undang” (ajaran Montesquieu: *the judge as la bouche de la loi, as the mouthpiece the law*) masih diterima banyak kalangan, termasuk para hakim abad ke-21. Paradigma legalistik Barat Klasik ini ditopang oleh simbol Dewi Keadilan Yunani yang matanya ditutup sehelai kain hitam. Hal ini berbeda dengan di Jepang di mana patung Dewi Keadilan tidak menggunakan tutup mata. Filosofinya jelas berbeda. Paradigma legalistik Barat Klasik memang memandang hakim hanya corong undang-undang sehingga menutup mata dari aspek di luar hukum, seperti nilai agama, moral, adat-istiadat, kultur dan sebagainya. Sedangkan para hakim Jepang atau penegak hukum Timur seyogyanya tidak menutup mata terhadap faktor-faktor di luar undang-undang, mampu menyaksikan dan menyerap nilai-nilai yang hidup, aspirasi dan rasa keadilan masyarakat.¹¹⁰

Kenyataan tersebut menunjukkan bahwa dunia sedang terus berubah di mana paradigma ilmu hukum murni yang menolak sosiologi dan disiplin ilmu lainnya makin tidak relevan lagi. Hukum memang dibentuk oleh dan untuk masyarakat sehingga hukum tak akan mampu berdiri sendiri tanpa faktor-faktor sosiologis.

Di Barat sendiri juga terus terjadi perubahan yang tak terelakkan. Paradigma legalistik Barat Klasik tersebut telah diubah di Amerika Serikat sejak tahun 1950-an di masa reformasi peradilan-nya, menjadi paradigma *social justice* di masa hakim agung Holmes, Cordozo, Llewellyn, Frank, Gray dan lain-lain. Jadi, reformasi peradilan yang teramat penting adalah reformasi paradigma.¹¹¹

Sebenarnya paradigma hukum legalistik Barat Klasik juga terbukti tumbang di negeri Belanda yang bersistem *civil law*.

¹¹⁰ Roscoe Pound, *op cit*, hlm. 78.

¹¹¹ Achmad Ali, *op cit*, hal. 478.

Sebelum tahun 1919, istilah “perbuatan melawan hukum” diartikan sebagai melanggar hak orang lain yang telah ditentukan oleh undang-undang. Namun tahun 1919 Mahkamah Agung Belanda (*Hoge Raad*) membuat putusan yang merumuskan pengertian perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) adalah suatu perbuatan atau kealpaan yang bertentangan dengan hak orang lain, atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku atau bertentangan dengan kesusilaan baik maupun keharusan yang harus diindahkan dalam pergaulan hidup terhadap orang lain atau benda, yang akibat perbuatannya itu telah menimbulkan kerugian pada orang lain, berkewajiban membayar ganti kerugian.¹¹²

Itu berarti bahwa Mahkamah Agung Belanda sejak tahun 1919 telah mengubah paradigma bahwa hukum bukanlah sekadar apa yang ada dalam kitab undang-undang, namun juga mengakui “kesusilaan yang baik” sebagai bagian dari hukum. Kesusilaan baik tersebut tentu diukur dari parameter nilai masyarakat yang menganutnya. Dalam hal tersebut ternyata sejak tahun 1919 telah terjadi perubahan paradigma di negara bersistem *civil law* tersebut, di mana kesusilaan baik sebagai bagian dari nilai-nilai sosial masuk menjadi bahan pertimbangan putusan hakim.

Pada akhir abad ke-19 memang mulai timbul teori hukum baru yang menentang ajaran ilmu hukum analitis. Teori hukum baru ini mengadakan penyelidikan tentang kenyataan-kenyataan dalam masyarakat modern (*realities of modern society*) dalam kaitannya dengan hukum modern (*modern law*). Dasar-dasar aliran baru ini adalah sebagian metafisis sebagian sosiologis. Namun demikian pada perkembangannya pusat perkembangan gerakan realisme ini adalah Amerika Serikat. Pendekatan tersebut pertama kali dilakukan

¹¹² Ibid, hal. 477 dan 479.

oleh Marx dalam menganalisis masyarakat, meskipun dalam beberapa hal analisis Marx tak mempunyai pengaruh langsung terhadap ilmu pengetahuan hukum.¹¹³

Aliran baru yang biasa disebut *sociological jurisprudence* tersebut juga mempengaruhi sistem hukum Eropa Kontinental sehingga muncul yurisprudensi Hoge Raad 1919 yang membentuk pengertian yuridis "perbuatan melawan hukum" yang dapat dikata bernuansa yuridis-sosiologis tersebut. Di masa penjajahan Belanda, pemerintah Kerajaan Belanda juga menerapkan hukum Belanda di Hindia Belanda (Indonesia), sehingga serta-merta yurisprudensi Hoge Raad tersebut juga diterapkan di Indonesia, bahkan diakui sampai sekarang. Di zaman pemerintahan Hindia Belanda juga diterapkan peradilan berdasarkan hukum adat bagi golongan penduduk pribumi di masing-masing wilayah adatnya. Hal itu menunjukkan bahwa sistem peradilan di Indonesia sangat memperhatikan dan tak lepas dari sosiologi hukum.

Pada zaman kolonial Belanda di Indonesia juga terdapat peradilan adat berdasarkan Ordonansi Pengadilan Adat *Staatsblaad* 1932 Nomor 80 di mana pasal 46 ordonansi tersebut memberi kebebasan kepada hakim untuk menghukum pihak-pihak yang berperkara, supaya menjalankan perbuatan apapun yang perlu guna penyelesaian perkara.¹¹⁴

Istilah hukum adat (*adatrecht*) pertama kali dikemukakan Snouck Hurgronje, selanjutnya digunakan C. van Vollenhoven. Kata "hukum" dalam hukum adat tersebut dipandang artinya lebih luas dibandingkan dengan "hukum" di Eropa sebab terdapat peraturan-

¹¹³ M.A. Moegnidjojodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, Jakarta, Pradnya Paramita, 1979, hlm. 27.

¹¹⁴Mr. Soetiksno, *Filsafat Hukum (Bagian I)*, Jakarta,Prima, 1973, hlm. 106.

peraturan adat yang selalu dipertahankan keutuhannya oleh berbagai golongan tertentu dalam lingkungan kehidupan sosialnya seperti masalah pakaian, pangkat pertunangan dan sebagainya. Hukum adat ini mengalami perubahan yang bergantung pada pengaruh kejadian-kejadian dan keadaan hidup yang silih berganti.¹¹⁵

Di Indonesia terdapat berbagai putusan pengadilan yang menjadi yurisprudensi dalam perkara-perkara yang diputuskan menggunakan hukum adat. Hukum adat juga tampak mengalami perkembangan yang diformalkan dalam bentuk yurisprudensi. Contohnya berkaitan dengan hak mewaris janda. Pada mulanya prinsip hukum waris adat menentukan bahwa para ahli waris adalah mereka yang mempunyai ikatan pertalian darah dengan pewaris. Namun, Mahkamah Agung mengubah prinsip tersebut dengan melihat perkembangan aspirasi keadilan masyarakat di Indonesia sehingga menentukan bahwa menurut hukum adat yang berlaku di seluruh Indonesia seorang janda (perempuan) merupakan ahli waris terhadap barang asal suaminya, sebagaimana dapat dilihat dalam putusan Mahkamah Agung RI Nomor 302 K/Sip/1960 tanggal 2 Nopember 1960.¹¹⁶

Selain dalam bidang hukum perdata, tampaknya dalam hukum pidana dengan asas legalitasnya juga mengakui hukum adat pidana. Kasus-kasus pidana adat pernah diputuskan oleh peradilan Indonesia. Di antaranya dapat ditengok dalam kumpulan yurisprudensi Indonesia yang diterbitkan Mahkamah Agung RI terdapat delik pidana adat yang juga diadili, seperti adanya tindak

¹¹⁵ R. Supomo, *Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri*, Jakarta, Pradnya Paramita, 1980, hlm. 20.

¹¹⁶ R. Abdoel Djamali, *Pengantar Hukum Indonesia*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, 1993, hlm. 70-71.

pidana mengawini anak tiri atau kejahatan "*gamia gamana*" (putusan Mahkamah Agung RI Nomor 11 K/Kr/1976 tanggal 7 Juli 1976) dan delik adat zina (putusan Mahkamah Agung RI Nomor 93 K/Kr/1976 tanggal 19 Nopember 1977).¹¹⁷

Hakim dalam memutuskan suatu perkara memang terkadang bertindak sebagai pencipta ataupun penemu hukum, bertindak sebagai realis yang melihat kenyataan. Bahkan Hans Kelsen pengemuka Teori Hukum Murni juga mengakui bahwa hakim pada saat tertentu juga merupakan legislator yang dapat melakukan tindakan baru, tanpa mengubah undang-undangnya, mengambil suatu keputusan yudisial yang konkret yang tidak sesuai dengan norma umum yang telah didekritkan menjadi hukum. Hans Kelsen membedakan bahwa undang-undang adalah norma umum, sedangkan putusan hakim adalah norma individual. Hanya saja, Kelsen menyatakan bahwa keabsahan norma individual itu seharusnya dapat dijustifikasikan dengan norma umumnya. Tetapi jika makna subyektif suatu norma individual tak dapat dijustifikasikan dengan norma umum, namun dapat dijustifikasi dengan norma umumnya berkaitan dengan kekuatan dari putusan yudisialnya (*legal force of judicial decisions*) maka hal itu tidak menjadi soal.¹¹⁸

Penalaran Berbasis Nilai-Nilai Hukum dalam Masyarakat

Menurut Artidjo kewajiban hakim untuk menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan merupakan kewajiban yuridis bagi hakim, sesuai dengan Undang-undang Pokok-pokok Kekuasaan Kehaki-

¹¹⁷ Mahkamah Agung RI, *Rangkuman Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia*, Jakarta, 1993, hlm. 186.

¹¹⁸ *Ibid*, hal. 384.

man, hakim harus menggali nilai-nilai hukum yang ada dalam masyarakat. Kalau hakim hanya memutuskan perkara dengan berdasarkan yang tertera dalam UU, dia akan terjebak dalam peti kemas yang kosong. Hukum tanpa rasa keadilan, seperti peti kemas yang kosong. Seharusnya hakim mengkaji yang bersifat meta juridis. Artinya, nilai-nilai di balik aturan perundang-undangan.¹¹⁹

Kewajiban hakim menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan sesuai dengan apa di tulis sebagai berikut:

Judges play many roles. They interpret the law, assess the evidence presented, and control how hearings and trials unfold in their courtrooms. Most important of all, judges are impartial decision-makers in the pursuit of justice. We have what is known as an adversarial system of justice - legal cases are contests between opposing sides, which ensures that evidence and legal arguments will be fully and forcefully presented. The judge, however, remains above the fray, providing an independent and impartial assessment of the facts and how the law applies to those facts.

Many criminal cases - and almost all civil ones - are heard by a judge sitting without a jury. The judge is the "trier of fact," deciding whether the evidence is credible and which witnesses are telling the truth. Then the judge applies the law to these facts to determine whether a civil claim has been established on a balance of probabilities or whether there is proof beyond a reasonable doubt, in criminal cases, that the suspect is guilty. Anyone who faces five years or more in prison if convicted of a crime has the right, under the Charter, to request a jury trial, and many defendants facing

¹¹⁹ Artidjo Al Kostar, *Wawancara, Ibid*

serious offences such as murder opt to have a jury hear their case. The jurors become the triers of fact and assess the evidence while the judge takes on the role of legal advisor, explaining the law to the jurors. The jurors then retire to deliberate on a verdict. In criminal cases the jury's verdict, either "Guilty" or "Not Guilty" must be unanimous.

If the defendant is convicted of a crime, the judge passes sentence, imposing a penalty that can range from a fine to a prison term depending on the severity of the offence. In civil cases the judge decides whether a claim is valid and assesses damages, grants an injunction or orders some other form of redress to the plaintiff, unless a jury has been empanelled to make these decisions.¹²⁰

Pesan Moral yang ingin disampaikan oleh Prof Satjipto Rahardjo, dalam teori yang dibawanya adalah bahwa keadilan tidak bisa secara langsung ditemukan dalam proses logis formal. Keadilan justru diperoleh lewat intuisi. Karena argumen argumen logis formal "dicari" sesudah keadilan ditemukan untuk membingkai secara yuridis formal keputusan yang diyakini adil tersebut. Terobosan yang dilakukan beliau dengan mengusung Teori Hukum Progresif ini lebih mengutamakan tujuan dan konteks ketimbang teks teks aturan semata.

Dalam masyarakat yang berada dikondisi transisional seperti sekarang ini, dimana persoalan sangat kompleks dan tumpang tindih, maka aparat hukum dituntut untuk melakukan terobosan terobosan dalam menjalankan hukum, tidak sekedar menerapkan aturan aturan teks hitam diatas putih. Sebaliknya tradisi dominan pendidikan hukum di Indonesia, didominasi oleh pemikiran termi-

¹²⁰ *The Role of the Judge*,
http://www.cscja-acjcs.ca/role_of_judge-en.asp?l=5. Akses 12/11/12

nology "yuridis normatif" sebagai metode yang sangat khas studi hukum. Seolah wajib menggunakan metode "yuridis-normatif", hingga dalam produk hukum yang dihasilkan dan penerapannya terkadang hanya menyentuh materinya saja, substansinya kurang diperhatikan. Jika harus digunakan sebagai terminology, maka normatif harus menunjuk pada hakikat hukum sebagai kaidah, bukan sebagai aturan formal semata. Normatif tidaknya suatu aturan, bukan ditentukan oleh sah atau tidaknya aturan tersebut, tapi jika didalam dirinya terdapat *summum bonum* yang secara akal sehat diterima sebagai sesuatu yang mulia-baik-benar-patut, oleh karena itu wajib dihormati.

Banyak contoh kasus yang terjadi di masyarakat akhir akhir ini, yang menuntut kepekaan para penegak keadilan. Namun patut pula disyukuri, banyak pula terobosan terobosan hukum yang dihasilkan dari kepekaan aparat penegak keadilan. Sehingga tidak bertumpu hanya legal formal saja. Sedertean kasus yang terjadi semakin mengasah kepekaan masyarakat dan para penegak keadilan. Misalnya kasus yang menyangkut peradilan terhadap anak-anak yang kian marak. Data dari Komisi Nasional Perlindungan Anak menunjukkan pada 2010 hingga 2011, ada 7.000 lebih anak berhadapan dengan hukum. Sebanyak 6.726 anak sudah divonis. Selebihnya dalam proses. Pada 2008 hingga 2009, sekitar 4.000 anak divonis. Mereka ditahan dilembaga pemasyarakatan di Indonesia. Cermin kian sulitnya kehidupan masyarakat. Banyak benturan dari terminology hukum dalam pelaksanaannya. Secara legal formal, kasus-kasus tersebut memang banyak yang memenuhi syarat dibawahnya kasus ke pengadilan. Dengan mengambil contoh kasus peradilan anak ini, diperlukan *sense of priority* dari penegak keadilan. Termasuk membedakan antara kejahatan dan kenakalan, pertimbangan sosiologis misalnya latar belakang permasalahan yang

memicu terjadinya kenakalan atau kriminalitas anak, dan kepekaan lainnya. Bahkan jika hal itu bisa dideteksi di tahap penyidikan, polisi bisa menggunakan hak diskresi untuk tidak menggunakan pemi-danaan. Sehingga *Sense of Priority* dan *Sense of Justice* dari penegak keadilan semakin terasah.

Dalam hal inilah para penegak keadilan mempertaruhkan kepekaan dan kearifannya. Mereka harus memenangkan kebenaran yang menurutnya lebih unggul, meski dengan resiko mengalahkan aturan resmi. Faktor moral, soal kemanfaatan, dan keutamaan kepentingan social, misalnya menjadi factor yang tidak kalah penting dalam mengambil keputusan "yang beris".

Adalah menjadi tanggung jawab hakim memberi putusan yang berkualitas kepada pencari keadilan¹²¹. Pasal 53 UU No. 48 Tahun 2009 menyatakan bahwa :

1. Dalam memeriksa dan memutus perkara, hakim bertanggung jawab atas penetapan dan putusan yang dibuatnya.
2. Penetapan dan putusan sebagaimana dimaksud Ayat (1) harus memuat pertimbangan hukum hakim yang didasarkan pada alasan dan dasar hukum yang tepat dan benar.

Kemudian dalam Pasal 5 Ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 berikut penjelasannya dinyatakan bahwa hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Ketentuan ini dimak-

¹²¹ A. Mukti Arto, "Putusan yang Berkualitas Mahkota bagi Hakim Mutiara bagi Pencari Keadilan", *Varia Peradilan*, Majalah Hukum Tahun XXV No. 296 Juli 2010 hal 21-34

sudkan agar putusan hakim dan hakim konstitusi sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, maka secara yuridis hakim wajib memberi putusan yang berkualitas (ideal) dan dapat dipertanggungjawabkan.

Mukti Artho menyampaikan merumuskan tentang putusan yang berkualitas. Putusan yang berkualitas ialah putusan yang mampu melihat dan menyelesaikan perkara secara holistik, baik secara kuantitatif, kualitatif, maupun komplementatif, baik dari aspek teoritis maupun praktis. Secara teoritis, putusan itu dapat dipertanggungjawabkan; sedang secara praktis, putusan itu telah mencapai sasaran yang diharapkan.

Mahkamah Agung dalam instruksinya No. KMA/015/INST/VI/1998 tanggal 1 Juni 1998 menginstruksikan agar para hakim memantapkan profesionalisme dalam mewujudkan peradilan yang berkualitas dengan putusan hakim yang eksekutabel berisikan *ethos* (integritas), *pathos* (pertimbangan yuridis yang pertama dan utama), filosofis (berintikan rasa keadilan dan kebenaran), dan sosiologis (sesuai dengan tata nilai budaya yang berlaku di masyarakat), serta *logos* (diterima dengan akal sehat), demi terciptanya kemandirian para Penyelenggara Kekuasaan Kehakiman.

Putusan yang berkualitas harus memenuhi 2 (dua) syarat, yaitu : *pertama*, syarat teoritis dan *kedua*, syarat praktis.¹²² Memenuhi syarat teoritis, artinya telah sesuai dengan teori yang telah teruji kebenarannya. Suatu putusan dapat dianggap baik dan benar apabila telah sesuai dengan teorinya. Memenuhi syarat praktis, artinya telah sesuai dengan kebutuhan praktek di lapangan, yakni dapat mencapai sasaran yang diinginkan yang berupa terselesaikannya sengketa dengan tegaknya hukum dan rasa

¹²² Purwoto S. ganda Subrata, *Bina Yustitia*, Mahkamah Agung, Jakarta, 1994, hlm. 17.

keadilan, dan dapat dipraktekkan (dilaksanakan) sehingga terwujud apa yang menjadi tujuan akhir beperkara. Suatu putusan dapat dianggap benar apabila telah memenuhi kebutuhan praktis. Syarat teoritis merupakan *das sollen*, sedang syarat praktis merupakan *das sein*-nya. Apabila suatu putusan telah memenuhi *das sollen* dan *das sein*-nya, atau antara teori dan prakteknya telah sesuai maka itulah putusan yang berkualitas.

Agar hakim dapat membuat putusan yang ilmiah, maka hakim harus menguasai filsafat ilmu, termasuk di dalamnya filsafat logika, teknik membuat putusan, dan metode penelitian hukum, serta bahasa dan sastra di samping pengetahuan lainnya yang menunjang.

Mencerminkan **nilai-nilai filosofis Pancasila**. Putusan hakim harus mencerminkan nilai-nilai filosofis Pancasila yang telah menjadi falsafah dan pandangan hidup bangsa Indonesia. Hal ini sebagaimana diamanatkan oleh Undang-Undang No. 48 Tahun 2009, yaitu bahwa peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.¹²³ Untuk itu Pancasila harus dijadikan acuan filosofis oleh hakim dalam menyelesaikan setiap perkara dan mengambil keputusan.

Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum. Oleh sebab itu, sudah seharusnya hakim merumuskan dan menerapkan hukum yang sesuai dengan pola hukum yang berdasarkan Pancasila dengan tidak perlu meninggalkan sistem hukum atau "*legal fram work*" yang bersifat universal dan ilmiah, agar tidak menimbulkan kegoncangan dan ketidakpastian hukum. Berdasarkan ajaran "*Stufentheorie*" dari Kelsen yang berpendapat bahwa tatanan hukum itu berlandaskan pada suatu "*Grundnorm*" sebagai kaidah

¹²³ Pasal 2 Ayat (2) jo. Pasal 1 angka 1 UU No. 48 Tahun 2009.

hukum tertinggi, maka Pancasila merupakan *Grundnorm* (hukum tertinggi) bagi hukum dan putusan hakim di Indonesia.¹²⁴

Kaitannya dengan peradilan agama sebagai peradilan syariah Islam, maka dalam kajian filsafat hukum terdapat kajian bahwa untuk mengamalkan Pancasila tidak perlu merubah ataupun mengurangi ajaran agama dan untuk mengamalkan ajaran agama tidak perlu mengurangi atau mengubah Pancasila. Dengan mengamalkan hukum syariah Islam yang berwawasan ke-Indonesiaan berarti pula telah mengamalkan Pancasila.

Sejalan dengan tujuan hukum nasional. Dalam kajian ilmu hukum di Indonesia, seperti dalam *Studi Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia* serta mata kuliah hukum yang lain masih jarang dikemukakan tentang tujuan hukum nasional kita. Namun demikian, tidaklah salah apabila kita mengambil kesimpulan bahwa tujuan hukum nasional adalah sama dengan tujuan negara Republik Indonesia, dimana hukum merupakan bagian dari kekuasaan negara.

Tujuan negara RI sebagaimana dirumuskan dalam Pembukaan UUD 1945 ialah : melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Putusan hakim harus sejalan dengan tujuan hukum nasional tersebut. Sejalan artinya searah atau setujuan. Bukankah putusan hakim itu merupakan pelanjutan dan perwujudan dari tujuan hukum nasional?

Penalaran Berbasis Keadilan

¹²⁴ Purwoto S. Gandasubarata, *Op. Cit.*, hlm. 19.

Penting untuk dibahas tentang pemaknaan hakim agung terhadap keadilan. Sebab pemaknaan keadilan dan rasa keadilan dalam masyarakat akan sangat berpengaruh terhadap putusan yang dihasilkan oleh hakim agung. Hakim Agung merupakan puncak dan akhir dari segala keputusan hukum di Indonesia. Produk putusan Hakim Agung dalam menemukan hukum dan penciptaan hukum itu lebih berpengaruh dan bermakna dalam dunia hukum, karena disamping Hakim Agung itu berfungsi sebagai pengawas juga para Hakim Agung itu merupakan tumpukan ilmu hukum dan pengalaman yang banyak dalam membentuk hukum.¹²⁵

Kajian-kajian dibab bab awal menyebutkan bahwa setidaknya tidaknya ada 2 (dua) hal putusan para Hakim Agung itu sangat berperan dalam dunia hukum, yaitu : 1. Bahwa produk (putusan) hakim Agung itu adalah merupakan "Yurisprudensi" karena selalu diikuti oleh hakim dibawahnya secara terus menerus dalam mengadili perkara yang mempunyai faktor-faktor essensiil sama.. Bahwa produk (putusan) Hakim Agung itu bukanlah hanya sekedar sebagai instrumen penyelesaian sengketa secara sempit, tetapi

¹²⁵ Suatu kelaziman yang tidak bisa dipungkiri di dunia peradilan, bahwa putusan-putusan hakim atasannya dalam hal ini Hakim Agung selalu di perhatikan dan diikuti oleh hakim-hakim dibawahnya. Utrecht dalam bukunya Pengantar Dalam Hukum Indonesia menyatakan bahwa seorang hakim selalu mengikuti putusan hakim yang lebih tinggi disebabkan karena 3 (tiga) Faktor: **Pertama**, sebab psychologis, yaitu disamping dianggap banyak pengalamannya juga selaku pengawas terhadap hakim bawahannya : **Kedua**, Sebab praktis, yaitu apabila hakim tersebut memberikan putusan berbeda dengan hakim yang lebih tinggi, maka pihak yang dikalahkan pasti akan melakukan banding dan seterusnya kasasi : **Ketiga**, sebab dirasakan sudah adil, sudah tepat, sudah patut sehingga tidak ada alasan untuk keberatan mengikuti putusan hakim yang terdahulu itu Riduan Syahrani, 1991 , *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Pustaka Kartini, Hal.107

justru yang diinginkan adalah implikasi putusan Hakim Agung itu pada pertumbuhan sistem hukum.¹²⁶

Harifin A. Tumpa melihat, bahwa hakim agung harus lebih hati-hati dan cermat dalam membuat putusan hukum. Kecermatan tersebut hanya untuk mencapai keadilan yang menjadi roh untuk keadilan. Menurutnya suatu putusan yang menciderai keadilan akan menimbulkan bencana.¹²⁷ Misalnya saja Kritik terhadap putusan kasus pencurian sendal jepit, Prita Mulyasari, Mbok Minah yang mencuri kakao, dan terakhir nenek Rasminah yang divonis mencuri piring majikannya, masyarakat menuntut agar hakim imparisial (tidak berpihak) dan menjunjung tinggi nilai keadilan.

Menurut Harifin, kritik masyarakat atas putusan hakim adalah penting untuk membuka mata para hakim agar hakim tidak hanya melihat dengan "kacamata kuda" dalam menilai suatu peristiwa hukum. Harifin mengingatkan putusan hakim memang persoalan independensi hakim. Namun, para hakim (termasuk hakim agung) harus memperhatikan nilai-nilai keadilan yang tumbuh dalam masyarakat. Sebab, hukum (kepastian) tidak bisa berjalan

¹²⁶ Landasan yuridis bagi Hakim Agung untuk melakukan penemuan hukum dan penciptaan hukum terbaca pada pasal 79 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang menyatakan : Bahwa Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan, apabila terdapat hal-hal yang belum cukup diatur dalam Undang-undang. Penjelasan pasal tersebut pada intinya menyatakan bahwa peraturan yang dapat dibuat Mahkamah Agung ini berbeda dengan peraturan yang dibentuk pembentuk Undang-Undang, karena sifat peraturan yang dapat dibuat Mahkamah Agung hanya mengenai pengisi kekosongan hukum acara dan tidak dapat mengatur tentang hak dan kewajiban warga negara atau hal-hal yang berhubungan dengan pembuktian. Akan tetapi mengingat sering adanya kelemahan dalam peraturan perundang-undangan dan tidak adanya aturan perundang-undangan yang mengatur untuk itu, maka peran Mahkamah Agung dalam hal ini Hakim Agung untuk membentuk hukum melalui penemuan hukum dan penciptaan hukum sangat diperlukan.

¹²⁷ Harifin A. Tumpa, "Kontroversi Putusan Hakim", *Varia Peradilan* No. 232 Oktober 2012. Hlm. 14-18

tanpa nilai keadilan. "*Keadilan juga tidak bisa jalan tanpa hukum, keduanya harus berjalan beriringan. Putusan yang diambil secara sembrono akan dikritisi masyarakat. Karena itu, pimpinan pengadilan harus melakukan pembinaan dan pengawasan dalam persoalan ini,*"¹²⁸

Menurut Hatta Ali Keadilan, terutama keadilan dalam putusan hakim agung haruslah dimaknai bahwa hakim agung sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Hakim merupakan perumus dan penggali nilai-nilai hukum maka harus mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan. Sehingga dapat memberi putusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.¹²⁹

Seorang hakim Agung harus menjaga dirinya agar tidak berbuat salah serta selalu menjaga tingkah laku dan budi pekertinya. Tidaklah mengherankan apabila seorang hakim berbuat salah atau bertingkah laku yang tidak baik/tercela, reaksi masyarakat akan lebih keras apabila hal itu dilakukan oleh seorang yang bukan hakim.

130

Oleh karena itu, ada dua sisi yang sama pentingnya, harus dimiliki oleh seorang hakim. Kedua sisi tersebut diibaratkan dua sisi dari satu mata uang, yang berarti kedua sisi tersebut adalah sama pentingnya. Sisi yang pertama adalah seorang hakim harus

¹²⁸ *Hakim Diminta Perhatikan Rasa Keadilan Masyarakat*, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4f2a959f34793/hakim-diminta-perhatikan-rasa-keadilan-masyarakat->

¹²⁹ M. Hatta Ali, *Peran Hakim Agung dalam Penemuan Hukum (rechsvinding) dan Penciptaan Hukum (rechsscheping) Pada Era Reformasi dan Transformasi*, dalam *Komisi Yudisial dan Reformasi Peradilan (Bunga Rampai)*, Komisi Yudisial, 2007. Hlm. 83

¹³⁰ Harifin A. Tumpa, "Apa yang Diharapkan Masyarakat dari Seorang Hakim", *Varia Peradilan*, Majalah Hukum Tahun XXV No. 298 September 2010 hal 5-8

mempunyai ilmu yang cukup. Hukum itu sangat luas dan kompleks, karena mengikuti seluruh segi kehidupan manusia dalam masyarakat. Hukum itu tidak pernah berhenti berkembang sejalan berkembangnya kehidupan bermasyarakat. Oleh karena itu, seorang hakim tidak boleh ketinggalan dan selalu harus mengikuti dinamika perkembangan hukum itu. Mungkin saja dinamika tersebut tidak mampu diikuti oleh peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh DPR dan Pemerintah, tetapi hakim harus mampu menggali nilai-nilai hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat tersebut. Tata cara untuk menggali nilai tersebut dapat dilakukan oleh hakim dengan cara menemukan hukum (*Rvchtsvinding*) atau menciptakan hukum (*Rechtsseheppiny = Judge Made Law*). Sisi yang kedua adalah seorang hakim harus menjaga integritas, moral, dan budi pekertinya serta tingkah lakunya. Sebagai orang yang dianggap mewakili Tuhan di dunia, maka akhlak dari hakim seharusnya tidak boleh tercela. Salah satu modal dasar seorang hakim memelihara akhlaknya adalah dengan menumbuhkan, memelihara, dan melaksanakan sifat kejujuran di dalam kehidupannya. Apabila hal ini dapat dipelihara dengan baik maka hakim tidak akan mudah berkolusi dengan pihak-pihak yang berperkara, tidak mudah dipengaruhi untuk melakukan hal-hal yang menyimpang, menyatakan yang putih adalah hitam dan sebaliknya.

Penalaran Berbasis Metode Ilmiah

Metode Pendekatan Ontologis

Aspek-Aspek Putusan Hakim yang Menggunakan Metode Pendekatan Ontologis, Sebagai Upaya Peningkatan Kualitas Putusan Karya dan fungsi yang menggunakan sarana putusan hati nurani untuk mendekati dan mewujudkan perhubungan gaib antara yang fana dan yang abadi, antara yang lahir dan yang batin dalam peradilan menggunakan metode proporsional, Soejono menamakan

metode ontologis yang bercorak tidak semata-mata logis rasionil intelektual tetapi sekaligus ethis intuitif dan bahkan divinitoris yakni mempertaruhkan dan melibatkan panca indera batin yang khusyuk tinarbuka senantiasa memohon dan siap menerima hidayah, inayah Tuhan Yang Maha Kuasa.

Metode ontologis yang proporsional untuk karya yang agung itu harus dihayati oleh hakim dan subyek-subyek penemu hukum pada umumnya secara :

- Intelektual rasionil dalam arti subyek penemu hukum (seharusnya) mengenal dan memahami kenyataan kejadiannya dan peraturan hukumnya yang berlaku dan akan diperlakukan berikut ilmunya.
- Intelektual logis dalam penerapan peraturan hukum normatif terhadap kasus posisinya (seharusnya) mengindahkan hukum logika baik yang formil maupun yang materiil.
- Aspek intuitif mendambakan perasaan halus murni yang mendampingi rasio dan logika sehingga bersama-sama mewujudkan rasa keadilan yang pada akhirnya harus senantiasa diujikan dan dibimbing oleh hati nurani, sehingga mengejawantahkan keadilan yang walaupun masih berpijak pada bumi kenyataan, tetap pada intinya bersifat universal.

Aspek yang terakhir itulah terutama yang memberikan watak irrasional pada penemuan hukum, namun sekaligus conscience of man itulah yang mencegah dan menjaga penemuan hukum dari penalaran yang serba tidak pasti. Aspek terakhir itu pula yang menterjemahkan aspek ethis, yang masih harus ditingkat teruskan lagi dengan senantiasa diasah dan diasuh sehingga mampu

menerima hidayah dan inayah dari Tuhan Seru Sekalian Alam. Inilah yang memberikan corak divinatoris.¹³¹

Metode Pendekatan Epistemologis

Epistemologis merupakan bentuk filsafat yang membicarakan persoalan metodologi. Pasal 53 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 menyatakan bahwa penetapan dan putusan hakim harus memuat pertimbangan hukum hakim yang didasarkan pada alasan dan dasar hukum yang tepat dan benar. Ketentuan dalam pasal ini mensyaratkan bahwa putusan hakim harus memenuhi syarat ilmiah.

Putusan hakim pada hakikatnya merupakan suatu laporan penelitian ilmiah yang dilakukan hakim dalam bentuk khusus, yaitu laporan hasil pemeriksaan perkara berikut pembahasan (analisis)-nya yang dimuat dalam pertimbangan hukum dan kesimpulan akhir yang dituangkan dalam amar putusan. Oleh sebab itu, putusan hakim harus dilakukan secara ilmiah, disajikan secara ilmiah, dan dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah.

Menurut Beerling, pengetahuan yang ilmiah sekurang-kurangnya mempunyai tiga ciri yaitu : 1. mempunyai dasar pembenaran, 2. bersifat sistematis, dan 3. bersifat intersubjektif.¹³² Selain itu, pengetahuan yang ilmiah harus pula diperoleh melalui metode ilmiah pula. Demikian pula putusan hakim, agar memenuhi syarat ilmiah, maka putusan hakim itu sekurang-kurangnya haruslah memenuhi tiga syarat ilmiah yaitu *logis, sistematis, dan metodis*.

Logis. Artinya sesuai dengan hukum berfikir benar sehingga putusan hakim mempunyai dasar pembenaran yang secara rasional

¹³¹ Sri Sumarwani, *Peran Hakim Agung Sebagai Agent Of Change Untuk Meningkatkan Kualitas Putusan Dalam Mewujudkan Law And Legal Reform*,umarwani.blog.unissula.ac.id/2011/10/07/peran-hakim-agung-sebagai-agent-of-change-untuk-meningkatkan-kualitas-putusan-dalam-mewujudkan-law-and-legal-refor. 12/03/2013

¹³² Beerling, *Filsafat Ilmu*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1997, hlm. 96.

dapat diterima oleh penalaran akal manusia sebagai sesuatu yang benar. Dalam ilmu logika terdapat beberapa teori kebenaran, yaitu :

1. Teori **koherensi** (*coherence theory*), yakni bahwa sesuatu dianggap benar apabila preposisinya pernyataannya saling berhubungan dengan preposisi lain yang benar, atau makna yang dikandungnya dalam keadaan saling bersesuaian dengan pengalaman kita.¹³³ Teori koherensi ini mendasarkan diri pada analisis atau penalaran, yakni proses berfikir benar. Ada beberapa metode penalaran yaitu :
 - a. Penalaran **matematis**, yakni proses berfikir secara matematis, misalnya $4 \times 2 = 8$; $5 + 5 = 10$
 - b. Penalaran **induktif**, yakni proses berfikir dengan cara mengumpulkan peristiwa demi peristiwa konkret kemudian dicari kaitannya satu sama lain atau kesamaan unsur pada tiap-tiap peristiwa untuk diambil kesimpulannya yang bersifat umum dan abstrak. Penalaran ini dipergunakan untuk membuktikan peristiwa lain yang belum terbukti melalui peristiwa-peristiwa konkret yang telah terbukti. Pembuktian dengan cara demikian dinamakan pembuktian dengan persangkaan.
 - c. Penalaran **analogis** (*qiyas*), yakni proses berfikir dengan cara membandingkan satu masalah dengan masalah lain yang serupa, kemudian dicari persamaan-persamaannya. Apabila terdapat persamaan *'illat* (sebab/alasan) hukum, maka akan

¹³³ Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1977, hlm. 17.

terjadi persamaan akibat atau persamaan hukum. Penalaran dipergunakan dalam rangka penemuan hukum.

- d. Penalaran **deduktif** (*sillogisme*), yakni proses berfikir dari dalil-dalil yang bersifat umum dan abstrak sebagai *premis mayor* (*muqaddimah kubra*) kemudian diterapkan pada kasus atau peristiwa khusus dan konkret sebagai *premis minor* (*muqaddimah shugra*) dengan memperhatikan unsur-unsurnya. Penalaran ini dipergunakan dalam rangka penerapan hukum pada kasus.
- e. Penalaran **adoptif**, yakni penalaran dengan menggunakan gabungan antara sistem penalaran deduktif dan induktif secara proporsional. Penalaran ini dipergunakan hakim dalam melakukan *konstatiring*.
- f. Penalaran kausalitas, yakni proses berpikir dengan menggunakan hukum sebab akibat, baik secara formil, materiil, maupun natural. Penalaran ini dipergunakan dalam proses *konstatiring* maupun *konstituiring*.
- g. Penalaran **statistikal**, yakni proses berpikir dengan menggunakan ilmu statistik yang menghasilkan kesimpulan bersifat infrensial. Penalaran statistikal berbasis pada matematika dan bersifat kuantitatif.
- h. Penalaran **dogmatis**, yakni proses berpikir dengan menggunakan dogma (ajaran) agama yang diyakininya. Penalaran ini pada umumnya dipergunakan dalam menilai suatu tata cara

peribadatan.

2. Teori **korespondensi** (*correspondence theory*), yakni bahwa suatu pernyataan dianggap benar apabila apa yang diungkapkannya merupakan fakta atau sesuai dengan kenyataan yang benar.
3. Teori **empiris** (*empirisme theory*), yakni sesuatu dianggap benar apabila sesuai dengan pengalaman yang telah terjadi, baik yang menjadi pengetahuan umum atau berupa peristiwa alam (*natoir*).
4. Teori **pragmatis** (*phragmatisme theory*), yakni bahwa sesuatu dianggap benar apabila pernyataan atau konsekuensi dari pernyataan itu mempunyai kegunaan praktis dalam kehidupan manusia.¹³⁴ Pragmatis artinya praktis, mudah dilaksanakan, menyenangkan, dan bermanfaat sesuai dengan apa yang diharapkan. Penalaran ini dipergunakan dalam penerapan hukum acara dan teknik kebijakan lainnya dalam proses penyelesaian perkara.
5. Teori **teologis** (*teologisme theory*), yakni bahwa sesuatu dianggap benar apabila sesuai dengan ajaran agama.

Teori koherensi mendasarkan kebenarannya pada logika, yaitu hukum berpikir benar.¹³⁵ Kebenaran ini bersifat subjektif. Namun demikian, apabila kebenaran subjektif ini kemudian dikomunikasikan dengan subjek-subjek lain dan ternyata dapat diterima oleh pemikiran logis orang lain, maka kebenarannya menjadi

¹³⁴ *Ibid*, hlm. 17-19.

¹³⁵ Burhanuddin Salam, *Logika Formal, (Filsafat Berpikir)*, Bina Aksara, Jakarta, 1988, hlm. 3.

intersubjektif.¹³⁶ Semakin luas subjek yang menerima kebenaran subjektif ini, maka semakin luas intersubjektifnya, sehingga akhirnya dapat menjadi kebenaran umum. Kebenaran intersubjektif bersifat logis. Ia mendasarkan teori-teori yang telah teruji dan dapat dikaji ulang melalui analisis/penalaran yang merupakan proses berpikir benar.

Teori koherensi biasanya diterapkan pada hal-hal yang bersifat abstrak dan metafisik. Teori korespondensi berkenaan dengan hal-hal yang bersifat konkret (nyata) secara fisik atau faktual. Teori empiris bertalian dengan sejarah atau proses sesuatu berdasarkan perurutan waktu. Sedang teori pragmatis diterapkan pada hal-hal yang bersifat teknis untuk sesuatu keperluan hidup manusia.

Sistematis. Artinya teratur menurut sistem atau dilakukan dengan cara yang diatur baik-baik dalam satu sistem.¹³⁷ Sistem adalah seperangkat unsur yang secara teratur saling berkaitan sehingga membentuk suatu totalitas. Putusan hakim harus sistematis dengan memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- a. memenuhi syarat formil sebagai sebuah produk resmi proses litigasi pada pengadilan.
- b. memenuhi syarat materiil sebagai sebuah laporan penelitian atas suatu kasus dan penyelesaiannya, yakni berdasarkan fakta dan data yang benar, menggunakan analisis yang benar, dan berdasarkan ketentuan hukum yang benar.
- c. susunan putusan harus memakai sistematika putusan atau penyajian yang jelas, baik, dan mudah ditelusuri.

¹³⁶ Beerling, *Loc. Cit.*, hlm. 7.

¹³⁷ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia, Op. Cit.*, hlm. 849.

- d. memenuhi unsur-unsur pragmatismenya, yaitu runtut (kronologis), terstruktur (tersusun rapi), konsisten (selaras dan taat pada asas, tetap dan tidak berubah-ubah), dan koheren (saling berkaitan dan tidak terputus) sehingga membentuk satu totalitas yang lengkap dan utuh.¹³⁸

Putusan hakim harus sistematis, baik dalam mendapatkan bahan-bahannya, dalam mengolah bahan maupun dalam penyajian hasil olahannya dengan menggunakan metode yang ilmiah.

Metodis. Artinya menggunakan metode ilmiah.¹³⁹ Metode ilmiah memiliki sejumlah kriteria yaitu :

- a. **Berdasarkan fakta.** Artinya, putusan itu disusun berdasarkan fakta-fakta yang dikumpulkan selama proses pemeriksaan dan bukan yang diperoleh melalui daya khayal, kira-kira, legenda, atau kegiatan sejenis. Keterangan, informasi, atau data yang diperoleh harus dikonstatir sehingga menjadi suatu fakta hukum yang benar (terbukti). Suatu fakta dianggap telah terbukti apabila telah diketahui kapan, dimana, dan bagaimana terjadinya berdasarkan alat-alat bukti yang sah.
- b. **Bebas dari prasangka.** Artinya, hakim dalam menggali dan menerima data harus bebas dari prasangka, bersih dan jauh dari pertimbangan subjektif. Data diterima sebagaimana apa adanya.
- c. **Menggunakan hipotesis.** Artinya hakim dalam memahami dan memberi arti terhadap fakta-fakta tadi harus menggunakan prinsip analisis, yakni harus dicari

¹³⁸ Beerling, *Op. Cit.*, hlm. 10.

¹³⁹ Bambang Sunggono, *Op. Cit.*, hlm. 51.

dan ditemukan sebab musabab serta pemecahannya dengan menggunakan penalaran yang logis. Analisis ini harus diterapkan baik ketika mengkonstatir fakta maupun dalam mempertimbangkan hukumnya.

- d. **Menggunakan ukuran objektif.** Artinya, hakim dalam mengkonstatir dan mengkualisir harus menggunakan ukuran yang objektif, tidak boleh dengan merasa-rasa atau menuruti perasaan. Pertimbangan-pertimbangannya harus dibuat secara objektif, yakni sesuai dengan teori kebenaran ilmiah.
- e. **Menggunakan teknik kuantifikasi.** Artinya, dalam memperlakukan data harus menggunakan ukuran kuantitatif yang lazim dipakai, kecuali atribut-atribut yang tidak dapat dikuantifikasikan. Ukuran-ukuran panjang, lebar, berat, kadar, waktu, dan sebagainya harus menggunakan ukuran konkret seperti kilometer, meter, ton, kilogram, karat, sehari, sebulan, dan sebagainya. Dapat pula digunakan kuantifikasi dengan ukuran nominal, *ranking*, dan *rating*.

Metode Pendekatan Aksiologis

Tujuan pokok pengadilan adalah menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Menegakkan hukum artinya menegakkan kembali fungsi hukum yang mengalami disfungsi akibat pelanggaran yang dilakukan oleh subjek hukum sehingga merugikan subjek hukum lain dan/atau objek hukum apapun yang harus dilindungi oleh hukum. Berdasarkan *al-maqshid al-syariah*, hukum syariah islam berfungsi melindungi hak-hak Allah, hak-hak adami, ketertiban dan kepastian hukum, dan melindungi kelestarian fungsi dan sumber daya alam semesta. Berdasarkan

al-maqashid al-kahmasah, hukum islam berfungsi melindungi keselamatan agama, jiwa, akal, harta, dan keturunan.

Komponen syarat yuridis tersebut sekurang-kurangnya ada tiga yaitu : mempunyai dasar hukum, memberi kepastian hukum, dan memberi perlindungan hukum.

Yang dimaksud dasar hukum disini ialah baik hukum formil amupun hukum materiil. Hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara harus mengikuti hukum acara yang berlaku. Hakim harus mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang¹⁴⁰ yang berperkara. Penyimpangan dari hukum acara hanya dimungkinkan apabila hal itu memang diperlukan dengan syarat : **pertama**, penyimpangan itu semata-mata untuk memaksimalkan efisiensi tanpa mengurangi hak para pihak yang berperkara untuk diadili secara jujur (*fair*), tidak berpihak (*impartial*), dan terbuka; **kedua**, tidak boleh menyimpangi asas umum peradilan yang baik dan benar; dan **ketiga**, harus dapat ditunjukkan bahwa penyimpangan ini merupakan sesuatu yang diperlukan (*necessary, compelling*) baik ditinjau dari sudut manfaat (*doelmatigheid*) maupun dari sudut kepentingan hukum yang benar dan adil (*rechtmatigheid*).¹⁴¹

Dalam bidang hukum materiil putusan hakim harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan, pasal-pasal tertentu dari peraturan-peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.¹⁴² Apabila hakim tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum sebagai seorang yang

¹⁴⁰ Pasal 4 Ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009.

¹⁴¹ Bagir Manan, *Loc. Cit.*

¹⁴² Pasal 50 Ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009.

bijaksana dan bertanggung jawab penuh kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, bangsa, dan negara.¹⁴³

Putusan hakim harus dapat memberi kepastian hukum tanpa meninggalkan aspek rasa keadilan dan kemanfaatan. Terlalu mementingkan kepastian hukum akan mengorbankan rasa keadilan. Tetapi jika terlalu mementingkan rasa keadilan akan mengorbankan kepastian hukum. Kepastian hukum cenderung bersifat massal, general, dan universal. Sedangkan rasa keadilan cenderung bersifat individual. Keseimbangan antara keduanya akan banyak memberikan kemanfaatan. Prof. Sudikno mengatakan bahwa tiga faktor tersebut harus ditetapkan secara proporsional.¹⁴⁴

Mengenai hal ini, kita harus melihat kembali kepada daya kerja hukum, yaitu ada yang bersifat memaksa dan ada yang bersifat mengatur. Dalam hal hukum bersifat memaksa (*dwangrecht*), maka hakim menerapkan hukum sebagaimana mestinya. Dalam hal ini kepastian hukum diutamakan. kepada para pihak harus diberikan pengertian sehingga dapat memahami dan menyadari memang demikianlah yang seharusnya, karena dalam hal hukum memaksa tidak mungkin dilakukan penyimpangan. Penerapan hukum memaksa bersifat birokratif (memaksa).

Tetapi dalam hal hukum yang bersifat mengatur (*anvullen recht*), maka kepastian hukum dapat dilenturkan kepada rasa keadilan atas kesepakatan para pihak yang bersengketa atau atas pertimbangan hakim. Penerapan hukum yang bersifat mengatur dapat dilakukan melalui mediasi, negosiasi, atau kompromi. Apabila tercapai kesepakatan selanjutnya diputus berdasarkan kesepakatan itu. Tetapi apabila tidak tercapai kesepakatan selanjutnya mereka

¹⁴³ Pasal 5 Ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 beserta penjelasannya. Dahulu ajaran ini dimuat dalam penjelasan Pasal 14 Ayat (1) UU No. 14 Tahun 1970.

¹⁴⁴ Sudikno, Op. Cit., hlm. 161.

dapat menyerahkan sepenuhnya kepada keputusan hakim. Disinilah letak kepastian hukum yang memperhatikan aspek keadilan.

Putusan hakim harus dapat memberi perlindungan hukum kepada para pihak, karena pada hakikatnya proses litigasi itu adalah untuk melindungi dan menjamin hak-hak asasi manusia¹⁴⁵ dan sekaligus melindungi yang lain dari berbuat zalim dan melanggar hukum. Nabi Muhammad SAW mengatakan yang artinya :

"Bantulah (lindungilah) saudaramu, baik yang berbuat aniaya maupun yang dianiaya, yakni dengan mencegahnya dari berbuat aniaya". (HR. Ahmad dari Anas r.a.)¹⁴⁶

Memenuhi syarat sosiologis. Menurut Prof. Dr. Djoko Soetono, setiap penyelesaian hukum harus sedemikian rupa sehingga dapat diterima secara yuridis, sosiologis, dan filosofis.¹⁴⁷ Yahya mengatakan bahwa dalam menyelesaikan perkara hendaklah melalui pendekatan yuridis maupun pendekatan secara sosiologis.¹⁴⁸

Sifat kodrati manusia adalah bersifat individual dan sekaligus sosial.¹⁴⁹ Disinilah perlunya bahwa putusan itu harus memenuhi syarat sosiologis. Syarat sosiologis ini sekurang-kurangnya mencakup tiga unsur yaitu : memenuhi rasa keadilan, memulihkan hubungan sosial, dan memberi kemanfaatan atau kesejahteraan.

Putusan hakim harus memenuhi rasa keadilan, yakni keadilan yang dirasakan oleh para pihak yang berperkara. Keadilan

¹⁴⁵ Achmad Sanusi, Op. Cit., hlm. 110-111.

¹⁴⁶ Al-Suyuthi, *Al-Jami'u Al-Shagir*, Beirut, 1996, hlm. 97.

¹⁴⁷ Dalam Purwoto, *Op. Cit.*, hlm. 17.

¹⁴⁸ H. Yahya, *Beberapa Permasalahan Teknis Yustisial di Lingkungan Peradilan Agama*, Rapat Kerja Teknis Mahkamah Agung RI di Denpasar-Bali, tanggal 2-6 November 1997, hlm. 5. H. Yahya adalah Ketua Muda Urusan Lingkungan Peradilan Agama Mahkamah Agung RI.

¹⁴⁹ Notonagoro, *Pancasila secara Ilmiah Populer*, Bumi Aksara, Jakarta, 1995, hlm. 94.

yang dicari ialah keadilan substansial dan bukan hanya keadilan formal. Keadilan substansial ialah keadilan yang secara riil diterima dan dirasakan oleh para pihak. Sedang keadilan formal ialah keadilan yang berdasarkan hukum semata-mata yang belum tentu dapat diterima dan dirasakan adil oleh para pihak. Disini hakim harus menggali dan menerapkan hukum yang sosiologis, yakni yang sesuai dengan budaya hukum para pihak. Dalam hal ini, teori-teori keadilan yang banyak dikemukakan oleh **The Liang Gie** dapat dikaji dan diterapkan secara proporsional sesuai dengan karakteristik kasusnya.¹⁵⁰

Karena rasa keadilan itu lebih bersifat subjektif, dan adil itu berarti mempertemukan subjektivitas kedua belah pihak yang berperkara, maka hakim harus sebanyak mungkin melibatkan para pihak dalam mengambil keputusan. Disini hakim perlu menerapkan ilmu manajemen kepemimpinan dan manajemen Pemecahan Masalah dan Pengambilan Keputusan (PMPK). Asas musyawarah untuk mufakat banyak memberikan sumbangannya untuk mencari keputusan yang memenuhi rasa keadilan.

Satjipto Rahardjo mengatakan bahwa fungsi hakim ialah untuk memulihkan hubungan sosial. Bustanul Arifin mengatakan bahwa pengadilan itu berfungsi ganda, yaitu sebagai lembaga kekuasaan kehakiman yang harus menegakkan hukum dan keadilan secara tegas dan lugas, dan sebagai lembaga sosial yang harus menyelesaikan perkara tanpa merusak hubungan sosial mereka¹⁵¹ dengan cara memulihkan kembali hubungan sosial yang terusik akibat ulah salah satu pihak yang merugikan pihak lain.

Memang pada hakikatnya, perkara itu bukan sekadar masalah hukum semata tetapi sesungguhnya juga masalah sosial.

¹⁵⁰ The Liang Gie, *Teori-teori Keadilan*, Super, Yogyakarta, 1979, hlm. 79.

¹⁵¹ Bustanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia Akar Sejarah, Hambatan, dan Prospeknya*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996, hlm. 15.

Untuk itu, hakim dapat memanfaatkan ilmu manajemen konflik yang merubah sengketa menjadi kerja sama.¹⁵² Adalah merupakan prestasi gemilang apabila hakim berhasil memulihkan kembali hubungan sosial para pihak melalui pendekatan sosiologisnya sehingga mereka dapat hidup bersama di masyarakat secara damai dan penuh rasa kekeluargaan.

Putusan hakim harus dapat memberi kemanfaatan kepada para pihak, yakni dapat membela hak-haknya dan mencegah dari perbuatan zalim. Dalam setiap langkah manusia pasti mengandung manfaat dan mudarat (kerugian). Dua nilai yang saling bertentangan ini selalu hadir pada setiap langkah manusia. Demikian pula dalam putusan hakim. Oleh sebab itu, hakim harus mempertimbangkan manfaat dan mudaratnya bagi para pihak. Ambillah keputusan yang paling besar manfaatnya dan paling kecil mudaratnya secara manusiawi.¹⁵³

Putusan hakim harus dapat memberi kesejahteraan bagi para pihak baik secara lahiriah maupun batiniah. Hal ini berarti para pihak itu harus dapat memahami dan menghayati apa arti dan manfaat putusan itu bagi dirinya. Hakimlah yang wajib memberikan pengertian itu melalui dialog selama dalam proses persidangan dan melalui pertimbangan dalam putusan yang dibacakannya itu.

Memenuhi syarat psikologis. Pasal 5 (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman menyatakan bahwa hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami wilayah-wilayah hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hal ini dimak-

¹⁵² Djati Julitriarsa, *Ilmu Manajemen*, Bumi Aksara, Jakarta, 1992, hlm. 85-93.

¹⁵³ QS. Al-Baqarah 2 ayat 219.

sudkan agar keputusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Untuk memenuhi syarat psikologis tersebut sebenarnya lebih tergantung pada proses pengambilan keputusan. Sebaik apapun keputusannya jika karena tidak/tanpa partisipasi dan rasa tanggung jawab dari para pihak maka mereka pun tidak dapat menjiwai isi putusan itu. Mereka jadi tidak puas karenanya.

Memenuhi syarat religius. Pasal 2 (1) UU no. 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman menyatakan bahwa peradilan dilakukan "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa". Hal ini dengan Pasal 29 UUD 1945 yang menyatakan bahwa negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa dan negara menjamin tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadah menurut agamanya dan kepercayaan itu.

Putusan dijatuhkan demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Putusan dijatuhkan atas nama Tuhan, maka ia tidak boleh bertentangan dengan hukum yang dikehendaki Tuhan, tidak boleh menghalalkan yang haram dan mengharamkan yang halal, dan tidak melanggar hukum. Putusan harus dapat dipertanggung-jawabkan di hadapan Tuhan.

Putusan harus tuntas. Tuntas artinya habis, yakni selesai dengan menyeluruh, sempurna, dan tidak ada lagi yang tersisa. Agar tuntas maka, putusan hakim harus mengadili semua petitum secara kuantitatif dan mengadili tidak lebih dari petitum, kecuali dalam hal-hal yang diizinkan oleh undang-undang atau karena alasan lain yang dipertimbangkan oleh hakim demi terwujudnya putusan yang tuntas dan adil demi dapat dilaksanakannya putusan hakim.

Putusan harus final dan dapat dieksekusi. Final artinya tahap terakhir dari rangkaian pemeriksaan. Maksud final disini ialah bahwa putusan hakim itu benar-benar menyelesaikan sengketa, tidak buntu

dan tidak berbuntut (tidak berekor). Tidak buntu artinya, putusan itu dapat diselesaikan secara nyata. Sehingga apabila ada petitum yang secara hukum tidak lengkap dan diperkirakan berakibat putusan menjadi buntu (tidak dapat dieksekusi), maka hakim berwenang dan bahkan wajib melengkapinya agar putusan itu tidak buntu dan dapat dieksekusi.

Hambatan eksekusi itu ada 3 (tiga) faktor, yaitu: hambatan yuridis, hambatan teknis, dan hambatan alam. Hambatan yuridis dapat berupa: (1) amar putusan tidak memuat objek eksekusi atau memuat objek eksekusi tetapi tidak jelas, baik mengenai data fisik dan/atau data yuridis sehingga menjadi kabur, (2) putusan tidak memuat amar kondemnatoir, (3) putusan tidak mencantumkan titel eksekutorial, dan (4) objek sengketa ternyata telah berpindah tangan menjadi hak milik pihak ketiga. Hambatan teknis di lapangan dapat terjadi karena adanya preasure atau perlawanan secara fisik dari pihak tereksekusi atau sebab-sebab sosiologis lainnya. Hambatan alam dapat berupa objek eksekusi baik karena sebab-sebab alamiah ataupun sebab-sebab lainnya.

Amar putusan hakim harus memenuhi ketentuan-ketentuan amar putusan yang berkualitas dan eksekutabel, yaitu:

1. Menggunakan bahasa Indonesia yang baik dan benar, lengkap, jelas, lugas, tegas, secara rinci, pasti, runtut, proporsional, dan tidak memerlukan penafsiran ataupun keterangan lain.
2. Menjawab semua petitum dan mengadili tidak lebih dari petitum, baik dari pihak penggugat maupun tergugat, kecuali undang-undang menentukan lain atau atas kebijakan hakim secara *ex officio* dapat menambah amar demi terwujudnya keadilan dan dapat dilaksanakannya putusan hakim.

3. Didukung pertimbangan yang logis dan lengkap atas dasar fakta yang jelas, konkret dan telah dibuktikan kebenarannya di persidangan.
4. Memuat amar yang eksekutabel dengan objek perkara yang jelas, rinci, dan tertentu.
5. Memuat nilai-nilai kebenaran dan keadilan mengenai kasus yang diputus.
6. Didokumentasikan dalam akta autentik yang terjamin keaslian dan keamanannya.
7. Dapat diterimakan kepada para pihak pencari keadilan secara tepat waktu sesuai praturan perundangan.

Tidak berbuntut (berekor), artinya dengan adanya putusan hakim yang berkualitas dan eksekutabel, maka diharapkan sengketa benar-benar telah selesai, tidak ada lagi yang tersisa karena semua pihak sudah dapat menerima putusan hakim sehingga tidak perlu lagi upaya hukum lanjutan (seperti banding, kasasi, dan peninjauan kembali) atau mengajukan perkara baru sebagai buntutnya.

Hukum & Kearifan Lokal
Dr. Jonardi Efendi

Referensi

- A. Sonny Keraf, *Etika Lingkungan, Kompas*, Jakarta,
Aliansi Masyarakat Adat Nusantara, *Catatan Hasil Kongres
Masyarakat Adat Nusantara*, 15-22 Maret 1999, Hotel
Indonesia – Jakarta. (ii)
- Koentjaraningrat dkk.,. *Masyarakat Terasing Di Indonesia*.
Gramedia, Jakarta, 1993, (iii) Kusumaatmadja, Sarwono.
1993. "The Human Dimension of Sustainable Developmen",
Makalah pada Seminar, Dimensi Manusia Dalam
Pembangunan Berwawasan Lingkungan, WALHI, Jakarta.
- Departemen Sosial *Informasi Bina Masyarkat Terasing*. Direktorat
Bina Masyarakat Terasing Depsos-RI, 1989.
- Ebenezer Acquaye, "Principles and Issues", dalam *Land, Tanure and
Rural Productivityin the Pacific Islands*, Ebenezer Acquaye
dan Ronald G. Crocombe (Eds), hlm 11-15, Rome: FAO.
- Edward A. Tiryakian, "Assessing Multiculturalism Theoretically : E
Pluribus Unum, Sic et Non" dalam John Rex dan Gurpupal
Sing (eds.), *Governance in Multicultural Sositeties*, London,
Ashghate Publishing Limited, hlm., 9.
- Fathullah, "Otonomi Daerah dan Penguatan Hukum Masyarakat",
Kompas, Senin, 3 Juli 2000 dan Rachmad Safa'at, dan Aan
Eko Widiyanto, *Rekonstruksi Politik Hukum Pemerintahan
Desa : Dari Desa Terkooperasi dan Marginal Menuju Desa*

- Otonom dan Demokrasi*, Diterbitkan Atas Kerja Sama SPOD FE Unibraw-Partnership For Government Reform, UNDP dan Uni Eropah, Jakarta. 2006.
- Hern, Lafcadio, *Kokoro, Hints and Echoes of Japanese Inner Life*, Tokyo :Charles E. Tuttle, eleven printing, 1998.
- Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Yarsif Watampone, Jakarta. 2005.
- John Griffiths, "What is Legal Pluralism", dalam *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, No. 24/2986, 1986.
- Jose Martinez Cobo "Study of the Problem of Discrimination against Indegenous Population ", Volume 5. *Conclusions, proposal and recommendation*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7&Add.1-4, 1986.
- Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, *Masyarakat Hukum Adat : Inventarisasi dan Perlindungan Hak*, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Mahkamah Konstitusi, dan Departemen Dalam Negeri, Jakarta, 2005.
- Kusnanto Sunarto, *et. al.*, "Introduction: Multicultural education in Indonesia and Southeast Asia Stepping into The Unfamiliar". *Jurnal Antropologi Indonesia*, Depok, Universitas Indonesia, 2004, hlm., 2.
- M. Nurkhoiron, "Minoritas dan Agenda Multikulturalisme di Indonesia : Sebuah Catatan awal", dalam Mashudi Nursalim, M. Nurkhioiron dan Ridwan Al-Makkasary. 2007. ***Hak Minoritas : Multikultural dan Dilema Negara Bangsa***, Interseksi Foundation dan Tifa, Jakarta.
- Nathan Lerner, "The 1989 ILO Convention and Indegenous Population : New Standart?" dalam *Israel Yearbook on Human Right*, vol 20, 1991.

- Noer Fauzi dan Nyoman I Nurjaya, *Sumber Daya Alam Untuk Rakyat*, Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, Jakarta, 2000.
- Okke KS Zaimar dan Joesana Tjahyani, "Multikulturalisme di Eropah", dalam *Jurnal Kajian Wilayah Eropah (Journal Of European Studies)*, Program Studi Kajian Wilayah Eropa – Program Pascasarjana Universitas Indonesia, Volume III – No. 3. Hlm., 6.
- Parker Jr. L. Craig, *The Japanese Police System Today, An American Perspective*, Tokyo : Kondansha International, 1984.
- R. Gordon Woodman, Why There Can Be No Map of Law, dalam Rajendra Pradan (ed.) *Legal Pluralism and Unofficial Law in Society, Economic and Political Development, Papers of the XIIIth International Congress, 7-10 April Chiang Mai, Thailan.* Khathmandu, Nepal : INEC, 2004.
- Rafael Edy Bosko, *Hak-Hak Masyarakat Adat Dalam Konteks Pengelolaan Sumber Daya Alam.* ELSAM, Jakarta. 2006.
- Rahardjo Satjipto, "Kemajemukan Sebagai Konsep Hukum", *Makalah* No. 24, Bahan Bacaan Program Doktor Universitas Diponegoro, Semarang. 2007
- Raharjo Satjipto, "Kemajemukan Sebagai Konsep Hukum", *Op., Cit*
- Ridwan al Makassary, "Multikulturalisme : Review Teoritis dan Beberapa Catatan Kritis, " dalam Mashudi Nursalim, *et., al.,* (Ed.) *Hak Minoritas : Multikulturalisme dan Dilema Negara Bangsa*, Tifa dan Interseksi Foundation, 2007, hlm., 34-58.
- Robert S Ozaki, *The Japanese, A. Cultural Portrait*, Tokyo : Charles E. Tuttle. 1978.
- Sally Angel Merry, *Legal Pluralisme*", dalam *Law and Society Review*, Vol. 22/1988.

- Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir : Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*”, *Kompas*, Jakarta, 2007.
- Satjipto Raharjo, “Hukum Adat Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia”. Dalam Rosyida, Hilmy, et. al. (Ed.). *Masyarakat Hukum Adat : Inventarisasi dan Perlindungan Hak*, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Mahkamah Konstitusi, dan Departemen Dalam Negeri, Jakarta. 2005.
- Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum Dalam Masyarakat : Perkembangan dan Masalah (Sebuah Pengantar ke Arah Kajian Sosiologi Hukum)*. Bayumedia, Malang, 2008.
- Soetandyo Wignyosoebroto, *Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional : Dinamika Sosial Politik Perkembangan Hukum Selama Satu Setengan Abad di Indonesia (1840-1990)*. PT Raja Grafindo Persada, Jakarta. 1994.
- Sulistyowati Irianto, *Sejarah Perkembangan Pemikiran Pluralisme Hukum dan Konsekwensi Metodologisnya*”, dalam *Pluralisme Hukum : Sebuah Pendekatan Interdisiplin*. Penterjemah, Andri Akbar, et. al. HuMa, Jakarta. 2005, hlm., 58.
- Thomas S. Kuhn, “The Struktur of Scientific Revolution, The Univercity of Chicago Press”. Diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Tjun Suryaman, (Cetakan ke lima) *Peran Paradigma Dalam Revolusi Sains*, Remaja Rosdakarya, Bandung. 2005.
- W.W. Rostow, *The Stage of Economic Growth*. New York: Cambridge Univ. Press., 1960.
- Werner Menski, *Comparative Law in Global Context, The Legal Systems of Asia and Afrika*, Cambridge University Press, 2006.
- Wolferen, Karel van, *The Enigma of Japanese Power, People and Politics in a Stateless Nation*, N. Y.: Alfred A. Knopf, 1990.

Catatan :