

# BAB I

## PENDAHULUAN

### 1.1. Latar Belakang Masalah

Menurut Pasal 1 ayat (3) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (disingkat UUD 1945) disebutkan bahwa “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Ketentuan tersebut diadopsi dari Penjelasan Undang Undang Dasar 1945 (sebelum perubahan) yang berbunyi :“Indonesia adalah negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*), tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*machtsstaat*)”.

Pada Penjelasan Pasal 4 huruf a Undang Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia, dijelaskan bahwa yang dimaksud negara hukum adalah : “negara yang dalam segala aspek kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, termasuk dalam penyelenggaraan pemerintahan harus berdasarkan hukum dan asas-asas umum pemerintahan yang baik yang bertujuan untuk meningkatkan kehidupan demokratis yang sejahtera, berkeadilan dan bertanggung jawab”.

Semangat dari lahirnya Undang-undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat adalah untuk mewujudkan negara hukum yang konstitusional dan proses penegakan hukum (*law enforcement*) yang berkeadilan, agar setiap orang dipandang sama di hadapan hukum, guna mendapatkan akses keadilan (*access to justice*). Hal ini terlihat dari konsideran (menimbang) huruf a, b, dan c yang menyatakan:

- a. bahwa Negara Republik Indonesia, sebagai negara hukum berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, bertujuan mewujudkan tata kehidupan bangsa yang sejahtera, aman, tenteram, tertib, dan berkeadilan;
- b. bahwa kekuasaan kehakiman yang bebas dari segala campur tangan dan pengaruh dari luar, memerlukan profesi Advokat yang bebas, mandiri, dan bertanggung jawab, untuk terselenggaranya suatu peradilan yang jujur, adil, dan memiliki kepastian hukum bagi semua pencari keadilan dalam menegakkan hukum, kebenaran, keadilan, dan hak asasi manusia;
- c. bahwa Advokat sebagai profesi yang bebas, mandiri, dan bertanggung jawab dalam menegakkan hukum, perlu dijamin dan dilindungi oleh undang-undang demi terselenggaranya upaya penegakan supremasi hukum;

Mengingat demikian pentingnya peran dan fungsi Advokat, maka seperti pada paragraf kedua tersebut di atas, kedudukan Advokat sebagai profesi yang bebas, mandiri dan bertanggung jawab disejajarkan atau disetarakan dengan

lembaga peradilan dan instansi penegak hukum seperti kepolisian dan kejaksaan. Bahkan secara tegas disebutkan pada Pasal 5 ayat (1) UU Advokat bahwa; “Advokat berstatus sebagai penegak hukum bebas dan mandiri yang dijamin oleh hukum dan peraturan perundang-undangan”. Pada Penjelasan Pasal 5 ayat (1) dijabarkan bahwa : “Yang dimaksud dengan Advokat berstatus sebagai penegak hukum adalah Advokat sebagai salah satu perangkat dalam proses peradilan yang mempunyai kedudukan setara dengan penegak hukum lainnya dalam menegakkan hukum dan keadilan.”

Secara lebih rinci peran dan fungsi advokat sebagaimana terkandung dalam UU Advokat adalah sebagai berikut :

1. Memperjuangkan hak asasi manusia dan negara hukum Indonesia;
2. Melaksanakan kode etik advokat;
3. Memegang teguh sumpah advokat dalam rangka menegakkan hukum, keadilan dan kebenaran;
4. Menjunjung tinggi serta mengutamakan idealism, nilai keadilan, kebenaran dan moralitas;
5. Melindungi dan memelihara kemandirian, kebebasan, derajat dan martabat advokat;
6. Menjaga dan meningkatkan mutu pelayanan advokat terhadap masyarakat dengan cara belajar terus menerus (*continuous legal education*) untuk memperluas wawasan dan ilmu hukum;
7. Memelihara kepribadian advokat karena profesi advokat merupakan profesi yang terhormat (*officium nobile*);
8. Menjaga hubungan baik dengan klien maupun dengan teman sejawat;
9. Memberikan pelayanan hukum (*legal services*);
10. Memberikan nasihat hukum (*legal advice*);
11. Memberikan konsultasi hukum (*legal consultation*);
12. Memberikan pendapat hukum (*legal opinion*);
13. Memberikan informasi hukum (*legal information*);
14. Memberikan dan menyusun kontrak-kontrak (*legal drafting*);
15. Membela kepentingan klien (*ligation*);
16. Memawakili klien di muka pengadilan (*legal representation*);
17. Memeberikan bantuan hukum dengan Cuma-Cuma kepada masyarakat yang lebih dan tidak mampu (*legal aid/pro bono publico*)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Theodorus Yosep Parera, *Advokat dan Penegakan Hukum*, Genta Press, Yogyakarta, 2016, h.6-7.

Kendati cakupan peran dan fungsi profesi begitu luas, namun pada prinsipnya layanan jasa yang diberikan seorang advokat dapat dibagi ke dalam tiga kategori besar yaitu:

1. Nasihat dalam bentuk lisan maupun tulisan terhadap permasalahan hukum yang dihadapi klien, termasuk membantu merumuskan berbagai jenis dokumen hukum. Dalam kategori ini, advokat secara teliti, antara lain, memberi penafsiran terhadap dokumen-dokumen hukum yang bersangkutan dalam kaitannya dengan peraturan perundang-undangan Indonesia ataupun internasional;
2. Membantu melakukan negosiasi atau mediasi. Dalam hal ini advokat harus memahami keinginan klien maupun pihak lawan, tugas utamanya adalah mencapai penyelesaian yang memuaskan para pihak. Kadangkala advokat juga diminta menilai bukti-bukti yang diajukan para pihak, tetapi tujuan utama di sini adalah penyelesaian di luar pengadilan (*settlement out of court*);
3. Membantu klien di pengadilan baik dalam bidang hukum perdata, hukum pidana, hukum tata usaha negara ataupun Mahkamah Konstitusi. Dalam kasus pidana, bantuan dapat dimulai ketika klien diperiksa di Kepolisian dan Kejaksaan.<sup>2</sup>

Demikian penting dan strategisnya peran dan fungsi Advokat, maka tidak setiap orang dapat diangkat menjadi advokat, tetapi harus memenuhi persyaratan yang ditentukan dalam Pasal 3 ayat (1) UU Advokat sebagai berikut :

- a. warga negara Republik Indonesia;
- b. bertempat tinggal di Indonesia;
- c. tidak berstatus sebagai pegawai negeri atau pejabat negara;
- d. berusia sekurang-kurangnya 25 (dua puluh lima) tahun;
- e. berijazah sarjana yang berlatar belakang pendidikan tinggi hukum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) ;
- f. lulus ujian yang diadakan oleh Organisasi Advokat;
- g. magang sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun terus menerus pada kantor Advokat;
- h. tidak pernah dipidana karena melakukan tindak pidana kejahatan yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih;
- i. berperilaku baik, jujur, bertanggung jawab, adil, dan mempunyai integritas yang tinggi.

---

<sup>2</sup>Mardjono Reksodiputro, "Organisasi Advokat Indonesia: Quo Vadis?," *JENTERA Jurnal Hukum*, Edisi 19, Tahun V, (April – Juni 2009), h.10.

Profesi Advokat adalah termasuk salah satu profesi yang terhormat (*officium nobile*). Sedangkan orang yang mengemban profesi itu disebut orang yang terhormat (*Operae Liberali*). Untuk melaksanakan profesi yang luhur atau *officium nobile*, menurut Franz Magnis Suseno, “dituntut memiliki moralitas yang tinggi dari pelakunya. Tiga ciri moralitas yang tinggi adalah : (a) berani berbuat dengan tekad untuk bertindak sesuai tuntutan profesi; (b) sadar akan kewajibannya dan (c) memiliki idealisme yang tinggi”.<sup>3</sup>

Sebagai profesi terhormat (*officium nobile*), advokat dalam menjalankan profesinya berada di bawah perlindungan hukum, Undang Undang dan Kode Etik. Hal ini tercantum pada Pembukaan Kode Etik Advokat Indonesia (KEAI). Pada Pasal 3 huruf (g) KEAI dinyatakan bahwa “Advokat harus senantiasa menjunjung tinggi profesi Advokat sebagai profesi terhormat (*officium nobile*).” Kemudian pada Pasal 8 huruf (a) ditegaskan lagi bahwa “Profesi Advokat adalah profesi yang mulia terhormat (*officium nobile*) dan karenanya dalam menjalankan profesi selaku penegak hukum di pengadilan sejajar dengan Jaksa dan Hakim, yang dalam melaksanakan profesinya berada di bawah perlindungan hukum, Undang-Undang dan Kode Etik ini.”

Kode Etik Advokat Indonesia (KEAI) ini menjadi hukum tertinggi yang menjamin dan melindungi Advokat, tetapi juga membebankan kewajiban kepada setiap Advokat untuk jujur dan bertanggung jawab dalam menjalankan profesinya baik kepada klien, pengadilan, negara atau masyarakat dan terutama kepada dirinya sendiri, dan setiap advokat yang melanggar Kode Etik ini dapat diadukan dan dikenai tindakan atau sanksi administratif.

Advokat dalam menjalankan profesi terhormat (*officium nobile*) tidak jarang melakukan pelanggaran profesi secara buruk atau malpraktik advokat, baik karena melakukan pelanggaran hukum, standar profesi, maupun kode etik advokat Indonesia. Pada kenyataannya tindak-tanduk dan tingkah laku sebagian advokat Indonesia jauh dari kesan luhur dan mulia.

Adapun yang dimaksud dengan Standar profesi adalah batasan kemampuan (*knowledge, skill and professional attitude*) minimal yang harus dikuasai oleh seorang individu untuk dapat melakukan kegiatan profesionalnya pada masyarakat secara mandiri yang dibuat oleh organisasi profesi.<sup>4</sup> Standar Profesi Advokat adalah batasan kemampuan (*knowledge, skill and professional attitude*) minimal yang harus

---

<sup>3</sup> Franz Magnis Suseno, *Etika Politik: Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, Gramedia, Jakarta, 1990, h.70.

<sup>4</sup> Pengertian Standar Profesi Advokat tersebut diadopsi dari Penjelasan Pasal 50 Undang Undang Nomor 24 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran.

dikuasai oleh seorang advokat untuk dapat melakukan kegiatan profesionalnya pada masyarakat secara mandiri yang dibuat oleh organisasi profesi Advokat.

Sampai saat ini dalam Undang Undang Advokat tidak ditemukan ketentuan secara eksplisit mengenai Standar Profesi Advokat Indonesia, meliputi batasan kemampuan minimal yang harus dikuasai oleh seorang advokat untuk dapat melakukan kegiatan profesionalnya pada masyarakat secara mandiri yang dibuat oleh organisasi profesi Advokat, misalnya oleh Perhimpunan Advokat Indonesia (PERADI) maupun oleh Konggres Advokat Indonesia (KAI). Dengan kata lain dapat dikatakan bahwa terdapat kekosongan norma hukum (*rechts-vacuum*) terkait pengertian dan kualifikasi Standar Profesi Advokat Indonesia yang merupakan salah satu parameter atau tolok ukur dari malpraktik Profesi Advokat, selain pelanggaran hukum dan pelanggaran kode etik. Mengingat secara umum malpraktik profesi hukum dapat meliputi malpraktik karena pelanggaran hukum (*juridical malpractice*), malpraktik karena pelanggaran kode etik (*ethical malpractice*) dan malpraktik karena pelanggaran disiplin profesi (*discipline malpractice*).

Dua kasus paling mutakhir terkait dugaan malpraktik advokat adalah sebagai berikut : Pertama, ditujukan kepada Advokat "FY" dianggap melakukan pelanggaran hukum menghambat penyidikan korupsi dalam perkara tersangka Setyo Novanto, dkk dengan posisi kasus sebagai berikut :

Advokat Fredrich Yunadi didakwa menghalangi proses hukum yang dilakukan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) terhadap tersangka mantan Ketua DPR, Setya Novanto. Fredrich sebelumnya merupakan pengacara yang mendampingi Setya Novanto. "Terdakwa dengan sengaja mencegah, merintangi, atau menggagalkan secara langsung atau tidak langsung penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di sidang pengadilan terhadap tersangka atau terdakwa. Menurut jaksa KPK, Fredrich melakukan rekayasa agar Setya Novanto dirawat inap di Rumah Sakit Medika Permata Hijau. Fredrich diduga sudah memesan kamar pasien terlebih dahulu, sebelum Novanto mengalami kecelakaan. Fredrich juga meminta dokter RS Permata Hijau untuk merekayasa data medis Setya Novanto. Upaya itu dilakukan dalam rangka menghindari pemeriksaan oleh penyidik KPK. Saat itu, Setya Novanto telah berstatus sebagai tersangka perkara tindak pidana korupsi pengadaan Kartu Tanda Penduduk berbasis elektronik (e-KTP). Fredrich didakwa melanggar Pasal 21 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

sebagaimana diubah dengan UU Nomor 20 Tahun 2001 jo Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP.<sup>5</sup>

Kedua, dugaan malpraktik advokat diajukan oleh Kuasa hukum Sumatra Partners LLC, Bobby R Manalu ditujukan kepada Firma Hukum Ali Budiarjo, Nugroho, Reksodipturo (ABNR) senilai lebih dari AS\$ 4 juta ke Pengadilan Negeri Jakarta Selatan. Penggugat juga meminta sita jaminan terhadap kantor firma hukum yang berlokasi di Jakarta itu. Adapun posisi kasus secara singkat adalah sebagai berikut :

Gugatan diajukan berkaitan dengan pendapat hukum (*legal opinion*) advokat ABNR yang dinilai telah merugikan Sumatera Partners. Kasus ini berawal dari rencana Sumatra Partners LLC berinvestasi di Indonesia. Perusahaan asal Amerika Serikat ini melakukan perjanjian dengan PT Bangun Karya Pratama Lestari (BKPL) untuk berinvestasi menyewakan 12 truk seri CAT 773E. Guna keperluan itu, Sumatra Partners meminta pendapat hukum dari ABNR. Atas saran advokat dari ABNR, sebagai perusahaan asing, Sumatra Partners tidak perlu membeli 12 truk caterpillar di Indonesia, melainkan memberikan pinjaman senilai AS\$2 juta kepada Bangun Karya untuk membeli truk tersebut. Dua belas truk akan dijaminkan secara fidusia untuk menjamin jika suatu waktu terjadi wanprestasi oleh Bangun Karya. Kekhawatiran itu menjadi kenyataan. Bangun Karya tak sanggup lagi membayar. Ketika terjadi 'kredit macet', terungkap jaminan fidusia terhadap 12 truk itu sudah didaftarkan atas nama pihak lain, yakni Bank CIMB Niaga. Bobby menilai kasus fidusia ganda ini seharusnya bisa dihindari sejak awal jika advokat dari ABNR memberi opini yang tepat. Penggugat menilai para tergugat lalai memberitahukan kepada Sumatra Partners agar sebaiknya menunda pemberian dana kepada Bangun Karya hingga mereka mendapat konfirmasi bahwa aset yang dijaminkan berupa 12 truk Caterpillar tidak pernah terdaftar untuk kepentingan kreditur lain. Advokat ABNR dinilai tak melakukan usaha untuk mendapatkan konfirmasi. "Dengan terjadinya fidusia ganda tersebut, para tergugat telah lalai dan tidak memberikan usaha terbaik dalam memberikan jasa hukum kepada penggugat". Selain fidusia ganda, penggugat juga mempersoalkan 'bank garansi' yang digunakan Bangun Karya. Bank garansi yang diterbitkan PT Bank Pembangunan Daerah Sumatra Selatan dan Bangka Belitung senilai AS\$2 juta itu diduga palsu. Para advokat ABNR dinilai tak mengingatkan Sumatra

---

<sup>5</sup><https://nasional.kompas.com/read/2018/02/08/10360641/fredrich-yunadi-didakwahalangi-penyidikan-kpk-terhadap-setya-novanto>, diunduh 13 Mei 2018, pukul 15.30 wib.

Partners – selaku kliennya- untuk memastikan sejak awal keaslian dan keabsahan bank garansi ke bank. Padahal, cara ini dinilai sudah sewajarnya dan telah menjadi praktik kebiasaan di Indonesia.<sup>6</sup>

Mengingat secara yuridis belum ada pengaturan yang jelas dan tegas terkait hakikat makna malpraktik advokat Indonesia, terutama berkaitan dengan Standar Profesi Advokat Indonesia, namun secara teoritis telah banyak konsep dan doktrin berkaitan dengan malpraktik hukum, terutama malpraktik advokat di berbagai belahan dunia, seperti di Amerika Serikat, Belanda dan Jepang. Dalam perspektif sosiologis belakangan banyak kasus malpraktik advokat yang muncul dalam penyelenggaraan praktik advokat di Indonesia seperti yang dikemukakan di atas, sementara itu dalam perspektif filsafat hukum, di mana advokat sebagai profesi hukum yang mulia (*officium nobile*), belum ada formula penanganan dan penyelesaian yang berkeadilan dan berkepastian, baik bagi klien yang menerima pelayanan buruk advokat maupun bagi advokat sendiri sebagai aparat penegak hukum yang dalam melaksanakan profesinya berada di bawah perlindungan hukum, Undang-Undang dan Kode Etik ini sebagaimana disebutkan dalam Pasal 8 huruf a KEAI.

Dengan demikian berdasarkan alasan yuridis, sosiologis, teoritis dan filosofis tersebut di atas, dipandang penting dan mendesak menurut penulis untuk dilakukan penelitian disertasi berkaitan hakikat makna dari malpraktik profesi Advokat Indonesia dan konsep pertanggungjawaban profesi advokat Indonesia dalam kasus malpraktik Advokat, dengan judul disertasi : “Malpraktik Profesi Advokat Di Indonesia.”

## **1.2. Rumusan Masalah**

Bertitik-tolak pada uraian latar belakang masalah di atas, diajukan permasalahan hukum sebagai berikut :

- a. Apa hakikat malpraktik profesi Advokat di Indonesia?
- b. Bagaimana konsep pertanggungjawaban profesi advokat dalam kasus malpraktik advokat?

## **1.3. Tujuan Penelitian**

- a. Tujuan penelitian disertasi ini adalah menganalisis dan menemukan hakikat dari malpraktik profesi Advokat di Indonesia.

---

<sup>6</sup><http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt52690e19e5dd8/dinilai-malpraktik--firma-hukum-digugat-ke-pengadilan>, diunduh 15 Mei 2018, pukul 19.30 wib.

- b. Tujuan penelitian disertasi ini adalah menganalisis dan menemukan konsep pertanggungjawaban profesi Advokat dalam kasus malpraktik advokat.

#### 1.4. Manfaat Penelitian

##### 1.4.1. Manfaat Teoritis

Secara teoritis penelitian ini diharapkan bermanfaat dalam pengembangan ilmu hukum, khususnya hukum tentang keadvokatan atau kepengacaraan di Indonesia.

##### 1.4.2. Manfaat Praktis

Secara praktis penelitian ini diharapkan bermanfaat bagi penanganan dan penyelesaian dugaan malpraktik advokat di Indonesia oleh Aparat Penegak Hukum dan Dewan Kehormatan Etik Advokat Indonesia.

#### 1.5. Orisinalitas Penelitian

##### 1.5.1. Hasil Penelitian Terdahulu

No	Nama Mahasiswa/ Asal Fakultas/ Perguruan Tinggi	Judul Disertasi	Rumusan Masalah	Hasil Pembahasan
01.	Solehuddin, Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2012.	Kewenangan Advokat Dalam Penegakan hukum	1. Bagaimana kewenangan Advokat sebagai penegak Hukum? 2. Bagaimana konsep ideal kewenangan Advokat sebagai penegak hukum untuk yang akan datang?	1. Kewenangan advokat dalam perspektif filsafati pada hakikatnya untuk menyeimbangkan kewenangan yang dimiliki oleh penegak hukum yang lain, guna mewujudkan nilai- nilai kemanusiaan, nilai keadilan, nilai kejujuran, nilai kepatuhan dan nilai kesadaran untuk selalu menghormati integritas dan

				<p>kehormatan profesi.</p> <p>2. Kedudukan advokat dalam sistem penegakan hukum sebagai penegak hukum dan profesi terhormat. Dalam menjalankan fungsi dan tugasnya advokat seharusnya dilengkapi oleh kewenangan sama dengan halnya dengan penegak hukum lain seperti polisi, jaksa dan hakim. Kewenangan advokat timbul setelah advokat mendapatkan kuasa, dan menjadikan advokat memiliki kewenangan dalam menjalankan profesinya sebagai penegak hukum.</p>
02.	Umadiyah, Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2012.	Menguji Hak Imunitas Advokat	<p>1. Sebatas mana hak imunitas yang dimiliki oleh advokat dapat diberlakukan?</p> <p>2. Bagaimana perwujudan Hak imunitas advokat dalam perspektif perlindungan hukum Advokat?</p>	<p>1. Secara administratif advokat tidak dapat dituntut baik secara perdata maupun pidana dalam menjalankan tugas profesinya dengan itikad baik untuk kepentingan pembelaan klien di dalam maupun di luar administrasi pengadilan. Akan tetapi dalam praktik peradilan, masih</p>

				<p>sering terjadi kriminalisasi terhadap advokat yang menjalankan tugas profesinya.</p> <p>2. Bahwa negara wajib menjamin bahwa advokat dalam menjalankan profesinya bebas dari segala bentuk intimidasi, intervensi, dan gangguan, termasuk di dalamnya tuntutan secara hukum, baik hukum pidana maupun perdata, dalam pekerjaannya membela dan memberi nasihat kepada kliennya secara sah. Agar advokat tidak dituntut baik secara pidana maupun perdata dalam membela dan mendampingi kliennya dengan itikad baik dengan berpegang kode etik dan peraturan perundang-undangan</p>
03	Abdus Salam, Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas 17	Kemandirian dan Tanggungjawab Advokat Sebagai	1. Bagaimana konsep kemandirian advokat sebagai unsur penegak	1. Prinsip kemandirian advokat berarti advokat dalam menjalankan tugas profesinya

	Agustus 1945, Surabaya, 2017.	Penegak Hukum dan Keadilan	<p>hukum dalam sistem peradilan di Indonesia?</p> <p>2. Bagaimana tanggungjawab advokat sebagai unsur penegak hukum dan keadilan?</p>	<p>melakukan pembelaan, mengemukakan pendapat dan pikiran bebas dari tekanan, pengaruh, ancaman dan/atau intimidasi dari pihak manapun baik dari klien, masyarakat, pejabat negara, maupun dari penegak hukum lain.</p> <p>2. Advokat berkedudukan sebagai penegak hukum yang bebas dan mandiri serta dijamin oleh hukum dan peraturan perundang-undangan. Menurut objeknya, tanggungjawab advokat timbul dalam hal advokat lalai atau sengaja tidak melaksanakan kewajibannya dengan baik. Apabila kewajiban yang menjadi tanggungjawabnya tersebut tidak dilaksanakan baik lalai atau pun sengaja, maka advokat dapat dikenai sanksi berupa peringatan biasa, peringatan</p>
--	-------------------------------	----------------------------	---	--

				<p>keras, pemberhentian sementara dalam waktu tertentu atau pemberhentian tetap dari keanggotaan organisasi advokat. Sedangkan menurut subjeknya, advokat bertanggungjawab kepada klien, masyarakat, negara dan kepada tuhan. Secara teoritis, tanggungjawab advokat masuk dalam kategori <i>intertional tort</i> <i>liabilty</i> dan <i>negligence tort</i> <i>liabilty</i>.</p>
--	--	--	--	---

### 1.5.2. Kajian Hasil Penelitian Terdahulu

Pertama, Disertasi Berjudul : "Kewenangan Advokat Dalam Penegakan Hukum", karya Dr Solehuddin,SH.,MH., Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2012, dengan rumusan masalah (1) Bagaimana kewenangan Advokat sebagai penegak Hukum? (2) Bagaimana konsep ideal kewenangan Advokat sebagai penegak hukum untuk yang akan datang? Diperoleh hasil pembahasan dalam disertasi tersebut diperoleh kesimpulan : (1) Kewenangan advokat dalam perspektif filsafati pada hakikatnya untuk menyeimbangkan kewenangan yang dimiliki oleh penegak hukum yang lain guna mewujudkan nilai-nilai kemanusiaan, nilai keadilan, nilai kejujuran, nilai kepatuhan dan nilai kesadaran untuk selalu menghormati integritas dan kehormatan profesi.(2) Kedudukan advokat dalam sistem penegakan hukum sebagai penegak hukum dan profesi terhormat. Dalam menjalankan fungsi dan tugasnya advokat seharusnya dilengkapi oleh kewenangan sama dengan halnya dengan penegak hukum lain seperti polisi, jaksa dan hakim. Kewenangan advokat timbul setelah advokat mendapatkan kuasa menjadi kewenangan advokat dalam menjalankan profesinya sebagai penegak hukum.

Kedua, disertasi berjudul :” Menguji Hak Imunitas Advokat”, karya Dr. Umaiyah,SH.MH. Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2012, dengan rumusan masalah (1) Sebatas mana hak imunitas yang dimiliki oleh advokat dapat diberlakukan? (2) Bagaimana perwujudan Hak imunitas advokat dalam perspektif perlindungan hukum Advokat? Dari hasil pembahasan disertasi tersebut diperoleh kesimpulan: (1) Secara administratif advokat tidak dapat dituntut baik secara perdata maupun pidana dalam menjalankan tugas profesinya dengan itikad baik untuk kepentingan pembelaan klien di dalam maupun di luar administrasi pengadilan. Akan tetapi dalam praktik peradilan, masih sering terjadi kriminalisasi terhadap advokat yang menjalankan tugas profesinya.(2) Bahwa negara wajib menjamin bahwa advokat dalam menjalankan profesi bebas dari segala bentuk intimidasi, intervensi, dan gangguan, termasuk di dalamnya tuntutan secara hukum, baik hukum pidana maupun perdata, dalam pekerjaannya membela dan memberi nasihat kepada kliennya secara sah. Agar advokat tidak dituntut baik secara pidana maupun perdata dalam membela dan mendampingi kliennya dengan itikad baik dengan berpegang kode etik.

Ketiga, disertasi berjudul : “Kemandirian dan Tanggungjawab Advokat Sebagai Penegak Hukum dan Keadilan”, karya dari Dr Abdus Salam,SH,MH., Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945, Surabaya, 2017, dengan dua rumusan masalah : (1).Bagaimana konsep kemandirian advokat sebagai unsur penegak hukum dalam sistem peradilan di Indonesia? (2). Bagaimana tanggungjawab advokat sebagai unsur penegak hukum dan keadilan? Dari hasil pembahasan disertasi tersebut diperoleh kesimpulan : (1) Prinsip kemandirian advokat berarti advokat dalam menjalankan tugas profesinya melakukan pembelaan, mengemukakan pendapat dan pikiran bebas dari tekanan, pengaruh, ancaman dan/atau intimidasi dari pihak manapun baik dari klien, masyarakat, pejabat negara, maupun dari penegak hukum lain. (2) Advokat berkedudukan sebagai penegak hukum yang bebas dan mandiri serta dijamin oleh hukum dan peraturan perundang-undangan. Menurut objeknya, tanggungjawab advokat timbul dalam hal advokat lalai atau sengaja tidak melaksanakan kewajibannya dengan baik. Apabila kewajiban yang menjadi tanggungjawabnya tersebut tidak dilaksanakan baik lalai atau pun sengaja, maka advokat dapat dikenai sanksi berupa peringatan biasa, peringatan keras, pemberhentian sementara dalam waktu tertentu atau pemberhentian tetap dari keanggotaan organisasi advokat. Sedangkan menurut subjeknya, advokat bertanggungjawab kepada klien, masyarakat, negara dan kepada Tuhan Yang Maha Esa.

Dari paparan tersebut di atas, baik judul maupun rumusan masalah ketiga disertasi di atas, memiliki perbedaan dengan karya yang tengah ditulis yaitu:

“Malpraktik Profesi Advokat Di Indonesia,” dengan dua rumusan masalah: (1) Apa kualifikasi perbuatan termasuk malpraktik profesi Advokat? (2) Bagaimana bentuk pertanggungjawaban profesi advokat terhadap kasus malpraktik advokat?

Melalui dua rumusan masalah, yang hendak dikaji dan ditelaah dalam disertasi ini adalah menganalisis dan menemukan kualifikasi atau parameter dari malpraktik profesi Advokat, bentuk-bentuk pertanggungjawaban profesi advokat terhadap kasus malpraktik advokat yang terjadi dan menemukan penanganan dan penyelesaian yang berkeadilan dan berkepastian baik bagi klien yang menerima pelayanan buruk advokat maupun bagi advokat sendiri sebagai aparat penegak hukum, termasuk perlindungan hukumnya.

## **1.6. Landasan Teori dan Penjelasan Konsep**

### **1.6.1. Landasan Teori**

Teori yang digunakan untuk menganalisis permasalahan dalam disertasi ini adalah teori hukum. Menurut Juhaya S.Praja: “Teori hukum adalah teori dalam bidang hukum yang berfungsi memberikan argumentasi yang meyakinkan bahwa hal-hal yang dijelaskan itu adalah ilmiah, atau paling tidak memberikan gambaran bahwa hal-hal yang dijelaskan itu memenuhi standar teoritis.”<sup>7</sup> Teori hukum merupakan gagasan-gagasan cemerlang secara sistematis, dengan metoda tertentu yang dirangkai dalam satu kesatuan yang utuh untuk memecahkan permasalahan yang rumit di bidang hukum, dan dapat dipertanggung jawabkan secara ilmiah.

#### **1.6.1.1. Teori Negara Hukum**

Pemikiran negara hukum berkembang dalam “sistem hukum Eropa Kontenental dengan istilah *Rechtsstaat* dan dalam sistem *Anglo Saxon* disebut dengan istilah *Rule of Law*.”<sup>8</sup> Pemikiran negara hukum *Rechtsstaat* di negara Eropa Kontinental dipelopori oleh Immanuel Kant dan Frederich Julius Stahl.

Pemikiran negara hukum Frederich Julius Stahl lebih menonjolkan aspek kepastian hukum, karena pemerintahan harus diselenggarakan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang bersifat tertulis. Stahl terkesan mengabaikan hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, padahal sebelum lahirnya peraturan tertulis, masyarakat telah diatur oleh hukum tidak tertulis, seperti norma hukum adat, norma kesopanan dan norma kepatutan. Masyarakat tradisional sudah terbiasa taat dan patuh pada hukum tidak tertulis. Kekuasaan penguasa dipisahkan secara rigid oleh

---

<sup>7</sup> Juhaya S.Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Pustaka Setia, Bandung, 2011, h.53.

<sup>8</sup> Titik Triwulan Tutik, *Konstruksi Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Amendemen UUD 1945*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, h.61.

Stahl, sehingga tidak dimungkinkan adanya tumpang tindih kewenangan antara kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif.

Pemikiran negara hukum *Rule of Law* di negara *Anglo Saxon* dipelopori oleh A.V. Dicey menekankan pada aturan-aturan hukum, dengan demikian Dicey tidak hanya mengakui hukum tertulis, melainkan juga hukum tidak tertulis. Dengan demikian, pejabat pemerintah dan hakim dalam melaksanakan tugas dan fungsinya terikat pada peraturan perundang-undangan dan hukum tidak tertulis, sehingga lebih berorientasi pada keadilan substantif, dan pemerintahan tidak boleh sewenang-wenang. Keseimbangan dalam tataran pemerintahan dan penegakkan hukum menjadi perhatian A.V. Dicey, karena dipengaruhi asas perlakuan yang sama di hadapan hukum (*equality before the law*).

Menurut Hufron dan Syofyan Hadi: mendasarkan pada putusan MK No.1-2/PUU-XII/2004 bahwa pada tahun 2006 Perserikatan Bangsa-Bangsa menetapkan 8 (delapan) ciri negara hukum *rule of law*, yaitu:

- a. *Supremacy of law* (supremasi hukum);
- b. *Equality before the law* (persamaan di depan hukum);
- c. *Accountability to the law* (tanggungjawab yang sesuai dengan hukum);
- d. *Fairness the application of the law* (keadilan dalam pelaksanaan hukum);
- e. *Separation of power* (pemisahan kekuasaan);
- f. *Legal Certainly* (kepastian hukum);
- g. *Avoidance of arbitrary* (peniadaan kesewenang-wenangan);
- h. *Procedural of legal certainly* (prosedur hukum yang pasti).<sup>9</sup>

Pemikiran negara hukum *rule of law* yang semula digagas oleh A.V. Dicey telah berkembang sesuai dengan dinamika masyarakat lokal, nasional, dan internasional, sehingga terdapat penajaman pada penegakkan prinsip kepastian hukum. Walaupun demikian, PBB tetap menjunjung tinggi supremasi hukum dan larangan kesewenang-wenangan terhadap pejabat pemerintahan. Pemikiran negara hukum *rule of law* maupun *rechtsstaat* serta negara hukum menurut PBB terdapat dalam ciri-ciri negara hukum Indonesia.

Dengan demikian sistem hukum Indonesia merupakan campuran dari berbagai sistem hukum dunia. Oleh karena itu, Indonesia juga menempatkan hukum sebagai panglima, pengakuan atas perlakuan yang sama di hadapan hukum dan pemerintahan, larangan tindakan sewenang-wenang, penegakkan hukum yang

---

<sup>9</sup> Hufron-Syofyan Hadi, *Ilmu Negara Kontemporer; Telaah Teoritis Asal Mula, Tujuan, dan Fungsi Negara Hukum dan Demokrasi*, Laksbang Grafika dan Kantor Advokat Hufron & Rubaie, Surabaya, 2001, h.202.

mendorong terwujudnya prinsip keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum, serta adanya perhatian terhadap penghargaan dan penegakan HAM. Hanya saja terdapat perbedaan pada konsep pelaksanaan kekuasaan, karena Indonesia tidak secara rigid menerapkan konsep pemisahan kekuasaan, akan tetapi lebih condong pada konsep pembagian kekuasaan antara eksekutif, legislatif dan yudikatif. Selain sistem hukum *rule of law* dan *rechtsstaat* dikenal juga sistem negara hukum sosialis (*socialist legality*).

Pemikiran negara hukum sosialis (*socialist legality*) pada negara-negara komunis berasal dari Uni Soviet: "...lebih memperhatikan kepentingan sosial dibandingkan hak-hak individu. Kepentingan kolektif lebih diutamakan dari kepentingan pribadi. Pemikiran *socialist legality* bersifat sekuler, atheis, dan anti terhadap nilai-nilai yang bersifat trasedental."<sup>10</sup> Pemikiran negara hukum sosialis sangat bertentangan dengan konsep negara hukum Islam dan konsep negara hukum Pancasila yang menjunjung tinggi nilai-nilai religius yang meyakini kekuasaan Tuhan Yang Esa, dan menempatkan hubungan yang serasi, selaras, dan seimbang antara kepentingan pribadi dan kepentingan masyarakat. Hak milik pribadi diakui, sehingga setiap orang mempunyai privasinya masing-masing, akan tetapi tidak mengabaikan kepentingan sosial dalam bingkai kebersamaan dan nilai-nilai gotong royong. Selain pemikiran negara hukum sosialis (*socialist legality*), dikenal pula pemikiran negara hukum Islam.

Pemikiran negara hukum Islam sesungguhnya telah ada sejak rezim Nabi Adam, yaitu ketika Tuhan menegakkan hukum secara tegas kepada Nabi Adam, sedangkan secara terstruktur baru dikembangkan oleh Nabi Muhammad yang menjunjung tinggi nilai kejujuran, keadilan, penghormatan HAM, pertanggung jawaban, pengayoman, praduga tak bersalah. Mahkamah Agung (*Supreme Court*) Amerika Serikat mengakui dan menghormati konsep negara hukum yang dikembangkan oleh Nabi Muhammad bersama 18 *law giver* terbesar sepanjang sejarah, akan tetapi Indonesia lebih condong berkiblat pada sistem hukum Amerika, dan tidak begitu tertarik untuk mengembangkan konsep negara hukum Islam, walaupun mayoritas penduduk Indonesia memeluk agama Islam.

Menurut Philipus M. Hadjon Pemikiran negara hukum Indonesia adalah :

Negara hukum Pancasila yang lebih menekankan pada keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan, sehingga terciptanya hubungan fungsional secara proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara. Apabila terjadi sengketa, penyelesaiannya harus terlebih dahulu dilakukan

---

<sup>10</sup> Marwan Effendy, *Teori Hukum dari perspektif kebijakan, perbandingan dan harmonisasi hukum pidana*, Referensi (Gaung Persada Group), Jakarta, 2014, h.52.

melalui musyawarah, jika tidak tercapai permusyawaratan kemudian diajukan ke lembaga peradilan sebagai upaya terakhir. Adanya keseimbangan antara hak dan kewajiban dan perlindungan terhadap hak asasi manusia.<sup>11</sup>

Pemikiran negara hukum Pancasila sesungguhnya tidak hanya mengedepankan keharmonisan hubungan antara penguasa dan masyarakat sebagaimana dikemukakan oleh Philipus, melainkan juga antara sesama penguasa dan antara sesama warga masyarakat. Keharmonisan antara penguasa dapat menghindari konflik kewenangan. Philipus memposisikan lembaga perdamaian sebagai instrumen utama penyelesaian sengketa sebelum lembaga pengadilan, karena *output* (hasil) penyelesaiannya bersifat *win-win solution* (saling menang, dan tidak ada pihak yang kalah). Pengadilan berfungsi setelah kegagalan lembaga perdamaian. Lembaga perdamaian merupakan warisan dari nenek moyang Indonesia, akan tetapi kini semakin pudar, karena banyak kasus terjadi di luar nalar kepribadian bangsa Indonesia, misalnya banyak terjadi perkara antara anak dan orang tuanya, sesama saudara, sesama teman, baik perdata maupun pidana.

Senada dengan pendapat Philipus, Teguh, dan Abdul Halim tersebut, Satjipto Rahardjo menyatakan: “negara hukum Republik Indonesia adalah negara yang dibangun dan dijalankan atas dasar nilai-nilai moral yang bernurani, oleh karena itu setiap penyelenggara negara harus mempunyai semangat (*compassion*), empati, dedikasi, komitmen, kejujuran dan keberanian dalam melaksanakan tugasnya masing-masing.”<sup>12</sup> Nilai-nilai moral yang bernurani merupakan puncak dari segala norma yang ada, sehingga diwajibkan kepada penyelenggara negara dalam proses pembuatan, melaksanakan dan menegakkan peraturan. Selain itu, semua lapisan masyarakat juga diwajibkan untuk mengamalkannya, agar kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara senantiasa didasarkan pada hati nurani yang suci, jujur, dan ikhlas.

### **1.6.1.2. Teori Perlindungan Hukum**

Teori perlindungan hukum merupakan salah satu teori yang sangat penting untuk dikaji, karena fokus kajian teori ini pada perlindungan hukum yang diberikan kepada masyarakat. Masyarakat yang didasarkan pada teori ini, yaitu masyarakat yang berada pada posisi yang lemah, baik secara ekonomis maupun lemah dari aspek yuridis.

---

<sup>11</sup> Philipus M.Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, h.79-80.

<sup>12</sup> Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, h. 93.

Selain itu, teori perlindungan hukum digunakan sebagai landasan teoritik untuk menganalisa, menemukan, mengembangkan hukum yang melindungi hak konsumen untuk upaya menggunakan hukum sebagai sarana mengintegrasikan dan mengkoordinasikan kepentingan negara, konsumen dan pelaku usaha. Philipus M. Hadjon, menyebutkan tindakan pemerintah dalam hubungannya dengan perlindungan hukum bagi rakyat, terdiri dari :

1. Perlindungan hukum preventif, kepada rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum keputusan pemerintah mendapat bentuk yang defenitif. Perlindungan hukum preventif bertujuan mencegah terjadinya sengketa dan sangat besar artinya tindak pemerintah yang didasarkan pada kebebasan bertindak. Dan dengan adanya perlindungan hukum yang preventif ini mendorong pemerintah untuk berhati – hati dalam mengambil keputusan yang berkaitan dengan asas *freies ermessen*, dan rakyat dapat mengajukan keberatan atau dimintai pendapatnya mengenai rencana keputusan tersebut.
2. Perlindungan hukum represif, bertujuan untuk menyelesaikan sengketa.<sup>13</sup>

Kepentingan hukum adalah mengurus manusia dan kepentingan manusia, sehingga hukum memiliki otoritas tertinggi untuk menentukan kepentingan manusia yang perlu diatur dan dilindungi.<sup>14</sup>

Menurut pemikiran negara hukum *rule of law* setiap orang sama di depan hukum dan tanpa membedakan status hukum seseorang (*equality before the law*).<sup>15</sup> Perlakuan yang sama terhadap pejabat pemerintah antara lain diwujudkan dalam pemberian perlindungan hukum dalam menjalankan fungsi pemerintahan. Dengan demikian pejabat pemerintahan secara individual mempunyai hak yang sama dengan warga negara lainnya untuk memperoleh perlindungan hukum, agar terdapat keselarasan dan keharmonisan antara kepentingan pribadi dan kepentingan dalam jabatan, sebagaimana ditegaskan oleh Aristoteles:

Bahwa keadilan menghendaki adanya hubungan yang baik antara yang satu dengan yang lainnya, dan tidak mengutamakan diri sendiri atau pihak lain, sehingga adanya kesamaan perlakuan. Keadilan harus bertumpu pada prinsip hidup secara terhormat, tidak mengganggu orang lain, memberikan apa yang merupakan bagian tiap orang (*honeste vivere, alterum non laedere, suum*

---

<sup>13</sup> Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia : Sebuah Studi tentang Prinsip – Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, h. 2.

<sup>14</sup> Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, h. 69

<sup>15</sup> Bahder Johan Nasution, *Op.cit*, h.10.

*quique tribuere*). Tanpa ada kecenderungan hati sosial-etis yang baik pada warga negara, maka tidak ada harapan untuk tercapainya keadilan tertinggi dalam negara, meskipun pejabat yang memerintah adalah orang-orang yang bijak dengan peraturan perundang-undangan yang baik sekalipun.<sup>16</sup>

Perlindungan hukum erat kaitannya dengan fungsi hukum. Menurut Sjachran Basah:

Perlindungan hukum merupakan *conditio sine qua non* dalam penegakan hukum, sedangkan penegakan hukum merupakan *conditio sine qua non* pula terhadap fungsi hukum. Fungsi hukum meliputi: (1) direktif, artinya pengarah untuk membentuk masyarakat untuk mencapai tujuan negara; (2) integratif, yaitu sebagai pemersatu; (3) stabilitatif, yaitu menjaga keselarasan, keseimbangan dan keserasian; (4) perfektif, yaitu sebagai penyempurnaan terhadap sikap tindak administrasi dan warga; (5) korektif, yaitu sebagai pengoreksi sikap tindak administrasi dan warga.<sup>17</sup>

Dalam perspektif perlindungan hukum advokat dikenal dengan hak imunitas sebagaimana diatur dalam Pasal 16 UU Advokat: “Advokat tidak dapat dituntut baik secara perdata maupun pidana dalam menjalankan tugas profesinya dengan iktikad baik untuk kepentingan pembelaan Klien dalam sidang pengadilan dan di luar pengadilan ”, namun dalam implementasi sering dalam praktik penyelenggaraan fungsi dan tugas advokat terjadi kriminalisasi. Maka, perlu ditemukan prinsip terkait perlindungan hukum yang berkeadilan dan berkepastian baik bagi klien yang menerima pelayanan buruk advokat maupun bagi advokat sendiri sebagai aparat penegak hukum.

### **1.6.1.3. Teori Tujuan Hukum**

#### **1.6.1.3.1. Kepastian Hukum**

Kepastian hukum tidak selalu mempersoalkan hubungan hukum antara warga negara dan negara, atau tidak semata-mata berkaitan dengan negara, karena esensi dari kepastian hukum adalah masalah perlindungan dari tindakan kesewenang-wenangan. Aktor-aktor yang dapat melakukan kesewenang-wenangan, tidak terbatas pada negara saja tetapi juga oleh sekelompok pihak lain selain negara. Kepastian hukum merupakan nilai yang pada prinsipnya memberikan perlindungan

---

<sup>16</sup> Bernard L.Tanya, Yoan N. Simanjuntak, Markus Y. Hage, *Teori Hukum- Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Cetakan Keempat, Genta Publising, Yogyakarta, 2013, h. 41-42.

<sup>17</sup>Sjachran Basah, *Perlindungan Hukum Atas Sikap Tindak Admiistrasi Negara*, Aluni, Bandung, 1992, h .2-14

hukum bagi setiap warga negara dari kekuasaan yang sewenang-wenang, sehingga hukum memberikan tanggungjawab pada negara untuk menjalankannya. Dalam hal ini nampak terlihat letak relasi antara persoalan kepastian hukum dengan negara.<sup>18</sup>

Kepastian hukum menurut Soedikno Mertokusumo, merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum. Dalam hal ini Soedikno Mertokusumo mengartikan kepastian hukum merupakan perlindungan *yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu.<sup>19</sup>

Menurut Scheltema dalam kaitannya dengan menguraikan unsur-unsur negara hukum dimana salah satu unsur negara hukum adalah adanya kepastian hukum. Dalam kaitannya ini dikatakan bahwa unsur-unsur turunan dari kepastian hukum yaitu :

1. Asas legalitas;
2. Adanya undang-undang yang mengatur tindakan yang berwenang sedemikian rupa, sehingga warga dapat mengetahui apa yang diharapkan;
3. Undang-undang tidak boleh berlaku surut;
4. Pengadilan yang bebas dari pengaruh kekuasaan yang lain.<sup>20</sup>

Kepastian hukum dalam konteks malpraktik profesi advokat adalah adanya aturan hukum bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang termasuk dalam kualifikasi malpraktik profesi advokat dan perbuatan mana yang tidak termasuk malpraktik profesi advokat.

#### **1.6.1.3.2. Kemanfaatan**

Secara etimologi, kata "kemanfaatan" berasal dari kata dasar "manfaat", yang menurut Kamus Bahasa Indonesia, berarti faedah atau guna. Hukum merupakan urat nadi kehidupan suatu bangsa untuk mencapai cita-cita masyarakat yang adil dan makmur. Bagi Hans Kelsen hukum itu sendiri adalah suatu *sollens* kategori (kategori keharusan) bukannya *sein* kategorie (kategori faktual). Yang maksudnya adalah hukum itu dikonstruksikan sebagai suatu keharusan yang mengatur tingkah laku manusia sebagai makhluk rasional.

---

<sup>18</sup>E Fernando M. Manullang, *Menggapai Hukum Berkeadilan Tinjauan Hukum Kodrat Dan Antinomi Nilai*, PT. Kompas Media Nusantara, Jakarta, h. 93.

<sup>19</sup>Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1999, h.145.

<sup>20</sup>Ida Bagus Putu Kumara Adi Adnyana, *Penjabaran Nilai – nilai Pancasila Dalam Materi Muatan Peraturan Perundang – undangan*, (Selanjutnya disebut Ida Bgus Putu Kumara Adi Adyana I), Disertasi Program Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2010, h.162.

Hal ini yang dipersoalkan oleh hukum bukanlah ‘bagaimana hukum itu seharusnya’ (*what the law ought to be*) melainkan ‘apa hukumnya’ (*what is the law*). Sebagian orang berpendapat bahwa kemanfaatan hukum (*utility*) sangat berkorelasi dengan tujuan pemidanaan terutama sebagai prevensi khusus agar terdakwa tidak mengulangi kembali melakukan perbuatan melawan hukum, dan prevensi umum setiap orang berhati-hati untuk tidak melanggar hukum karena akan dikenakan sanksinya. Oleh karena itu putusan hakim harus memberi manfaat bagi dunia peradilan, masyarakat umum dan perkembangan ilmu pengetahuan.<sup>21</sup>

Disertasi ini mencoba mengkaitkan dengan aliran Utilitarianisme dari Rudolf von Jhering dikenal sebagai penggagas teori Sosial Utilitarianisme atau *Interessen Jurisprudence* (kepentingan). Teorinya merupakan penggabungan antara teori Bentham dan Stuart Mill dan positivisme hukum dari John Austin. Pusat perhatian filsafat hukum Jhering adalah tentang tujuan, seperti bukunya yang menyatakan bahwa tujuan adalah pencipta dari seluruh hukum, tidak ada suatu peraturan hukum yang tidak memiliki asal usul pada tujuan ini, yaitu pada motif yang praktis.

Lebih lanjut menurut Jhering, posisi saya dunia bersandar pada tiga proposisi : Pertama, saya di sini untuk saya sendiri, Kedua, dunia ada untuk saya, dan Ketiga, saya disini untuk dunia tanpa merugikan saya. Kemudian selanjutnya Jhering mengintrodusir teori kesesuaian tujuan sebagai jawaban atas kepentingan individu kehidupan sosial. Kesesuaian tujuan atau lebih tepat penyesuaian tujuan ini merupakan hasil dari penyatuan kepentingan-kepentingan untuk tujuan yang sama yakni kemanfaatan. Sehingga hukum berfungsi selain menjamin kebebasan individu untuk meraih tujuan dirinya yakni mengejar kemanfaatan dan menghindari kerugian, hukum juga bertugas mengorganisir tujuan dan kepentingan individu agar terkait serasi dengan kepentingan orang lain.<sup>22</sup>

Menurut Jhering ada empat kepentingan-kepentingan masyarakat yang menjadi sasaran hukum baik yang egoistis adalah pahala dan manfaat yang biasanya didominasi motif-motif ekonomi. Sedangkan yang bersifat moralistis adalah kewajiban dan cinta. Hukum bertugas menata secara imbang dan serasi antara kepentingan-kepentingan tersebut.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup>Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni*, h. 15.

<sup>22</sup>Bernard *et all*, *Teori Hukum : Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta : Genta Publishing, 2013, h. 98-99

<sup>23</sup>Bernard *et all*, *Ibid.* h.98-99

### 1.6.1.3.3. Keadilan

Keadilan merupakan salah satu *purpose of law* atau tujuan hukum yang paling banyak dibicarakan sepanjang perjalanan sejarah filsafat hukum. Sebagaimana diketahui bahwa tujuan hukum bukan kepastian hukum (*legal certainty* dan kemanfaatan hukum (*legal expediency*), tetapi juga keadilan hukum (*legal justice*). Idealnya, hukum memang harus mengakomodasikan ketiganya. Putusan hakim misalnya, sedapat mungkin merupakan *resultant* dari ketiganya. Sekalipun demikian, tetap ada yang berpendapat, bahwa di antara ketiga tujuan hukum tersebut, keadilan merupakan tujuan hukum yang paling penting, bahkan ada yang berpendapat, bahwa keadilan adalah tujuan hukum satu-satunya.<sup>24</sup>

Dalam pandangan John Rawls, terdapat prinsip-prinsip keadilan yang utama di antaranya prinsip persamaan, yakni setiap orang sama atas kebebasan yang bersifat universal, hakiki dan kompatibel dan ketidaksamaan atas kebutuhan sosial, ekonomi pada diri masing-masing individu. Prinsip pertama tersebut dinyatakan sebagai prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*), seperti kebebasan beragama (*freedom of religion*), kemerdekaan berpolitik (*political of liberty*), kebebasan berpendapat dan mengemukakan ekspresi (*freedom of speech and expression*). Sedangkan prinsip kedua dinyatakan sebagai prinsip perbedaan (*difference principle*), yang menghipotesakan pada prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*).

Dari prinsip yang kedua ini, negara harus mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik. Dengan demikian, prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal: Pertama, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan atau adil; Kedua, setiap aturan harus memosisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidak-adilan yang dialami kaum lemah.<sup>25</sup>

Sebagaimana dikutip Otto Yudianto, bahwa Teori Keadilan John Rawls bermaksud mengembangkan suatu tata cara yang menghasilkan asas-asas yang adil

---

<sup>24</sup> Soetanto Soepiadhy, *Keadilan Hukum*, Surabaya Pagi, 28 Maret 2012.

<sup>25</sup> Otto Yudianto, *Pembaharuan Pidana Penjara (Formulative Policy of Life Imprisonment for Indonesia penal Law Reform)*, Setara Press, Malang, 2014, Hal.. 187-189.

(*just procedural*), asas-asas untuk pranata-pranata dan praktik-praktik yang adil. Selengkapnya berbunyi :

Persoalan keadilan timbul bilamana suatu masyarakat menilai lembaga-lembaga dan praktik-praktiknya dengan tujuan menyeimbangkan kepentingan-kepentingan sah yang saling bersaing dan tuntutan-tuntutan bertentangan yang diajukan oleh para anggota masyarakat itu. Untuk menyelesaikan pertentangan itu perlulah ditetapkan serangkaian tata-cara yang adil atau *just procedural*, sehingga hasilnya adil. Hasil itu berupa asas-asas untuk pranata-pranata dan praktik-praktik yang adil.<sup>26</sup>

Hans Kelsen dalam bukunya *General Theory Of Law and State*, berpandangan : "Bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan di dalamnya".<sup>27</sup>

Dua konsep keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen:

Pertama tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan yang bersumber dari cita-cita irasional. Keadilan dirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan suatu konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik kepentingan tersebut dapat dicapai melalui suatu tatanan yang memuaskan salah satu kepentingannya dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju suatu perdamaian bagi semua kepentingan. Kedua, konsep keadilan dan legalitas. Untuk menegakkan dasar yang kokoh dari suatu tatanan sosial tertentu, menurut Hans Kelsen pengertian "keadilan" bermaknakan legalitas. Suatu peraturan umum adalah "adil" jika ia benar-benar diterapkan, sementara itu suatu peraturan umum adalah "tidak adil" jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa. Konsep keadilan dan legalitas inilah yang diterapkan dalam hukum nasional bangsa Indonesia, yang memaknai bahwa peraturan hukum nasional dapat dijadikan sebagai payung hukum (*umbrella law*) bagi peraturan-peraturan hukum nasional lainnya sesuai tingkat dan derajatnya dan peraturan hukum itu memiliki daya ikat terhadap materi-materi yang dimuat (materi muatan) dalam peraturan hukum tersebut.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> *Ibid.* Hal.. 187.

<sup>27</sup> Hans Kelsen, *General Theory Of Law and State*, Translated by Adres Wedberg, Russell and Rusell, New York, page 7.

<sup>28</sup> *Ibid.* Hal.. 16.

Di samping teori keadilan seperti dikemukakan di atas, juga dikenal keadilan restoratif. Menurut Tony Marshall, peradilan restoratif adalah “ *resorative justice is a process where by all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future* ”.<sup>29</sup> (Peradilan restoratif ialah suatu proses yang semua pihak yang terlibat dalam suatu delik tertentu berkumpul bersama untuk memecahkan masalah secara kolektif bagaimana membuat persetujuan mengenai akibat (buruk) suatu delik dan implikasinya di masa depan).

Teguh Prasetyo berkaitan dengan keadilan berdasarkan Pancasila berpendapat bahwa:

Hukum yang hendak dibangun oleh bangsa Indonesia adalah hukum berdasarkan nilai-nilai keadilan berdasarkan Pancasila yang menjunjung tinggi harkat dan martabat kemanusiaan. Keadilan yang terlaksana dalam masyarakat Indonesia adalah keadilan yang menekankan keseimbangan antara hak dan kewajiban, yaitu hak untuk menikmati hasil pembangunan sesuai dengan darma baktinya. Dengan rumusan keadilan seperti itu, maka pembangunan hukum nasional dalam negara hukum Pancasila pada dasarnya bertujuan untuk melindungi : (1) segenap bangsa Indonesia, (2) seluruh tumpah darah Indonesia, (3) cita-cita dan tujuan bangsa Indonesia, (4) masyarakat Indonesia dan individu-individu, (5) jiwa, kebebasan individu, kehormatan, dan harta bendanya, dan (6) pelaksanaan pembangunan (hukum berfungsi sebagai sarana penunjang perkembangan modernisasi dan pembangunan yang menyeluruh).<sup>30</sup>

Dalam konteks malpraktik profesi advokat makna keadilan yang dimaksud adalah terkait teori keadilan John Rawls yaitu keadilan mengembangkan suatu tata cara yang menghasilkan asas-asas yang adil (*just procedural*), pranata-pranata dan praktik-praktik yang adil dalam penyelesaian sengketa terkait dugaan malpraktik profesi advokat di Indonesia.

#### **1.6.1.4. Teori Pertanggungjawaban Hukum**

Pertanggungjawaban berasal dari kata tanggungjawab, yang berarti keadaan wajib menanggung segala sesuatunya. Tanggungjawab menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah, keadaan wajib menanggung segala sesuatunya.

---

<sup>29</sup> *Ibid.* Hal. 131-132.

<sup>30</sup> Teguh Prasetyo, *Hukum dan Sistem Hukum Berdasarkan Pancasila*, Media Perkasa, Yogyakarta, cetakan keempat, 2014, Hal. 92.

Berkewajiban menanggung, memikul tanggungjawab, menanggung segala sesuatunya, atau memberikan jawab dan menanggung akibatnya.<sup>31</sup>

Dalam perspektif ilmu hukum, dikenal istilah tanggungjawab hukum, yakni kesadaran manusia akan tingkah laku atau perbuatan yang disengaja maupun yang tidak disengaja. Tanggungjawab juga berarti berbuat sebagai perwujudan kesadaran akan kewajibannya. Selaras dengan hal tersebut Ridwan Halim sebagaimana disitir oleh Kahirunnisa mendefinisikan tanggung jawab hukum sebagai sesuatu akibat lebih lanjut dari pelaksanaan peranan, baik peranan itu merupakan hak dan kewajiban ataupun kekuasaan.<sup>32</sup> Secara umum tanggungjawab hukum diartikan sebagai kewajiban untuk melakukan sesuatu atau berprilaku menurut cara tertentu tidak menyimpang dari pertaturan yang telah ada.

Bertitik tolak dari penjelasan di atas, terdapat hal yang penting yakni prinsip tentang tanggungjawab hukum. Diperlukan kehati-hatian dalam menganalisis siapa yang harus bertanggung jawab dan seberapa jauh tanggung jawab yang dapat dibebankan kepada pihak-pihak terkait. Secara umum, prinsip-prinsip tanggungjawab dalam hukum dapat dibedakan sebagai berikut:

#### 1) Prinsip Tanggung Jawab Berdasarkan Unsur Kesalahan

Prinsip tanggung jawab berdasarkan unsur kesalahan (*fault liability* atau *liability based on fault*) adalah prinsip yang cukup aman berlaku dalam hukum pidana dan perdata.

#### 2) *Vicarious Liability* Dan *Corporate Liability*.

*Vicarious liability* (atau disebut juga *respondeat superior, let the answer*), mengandung pengertian, majikan bertanggung jawab atas kerugian pihak lain yang ditimbulkan oleh orang-orang/ karyawan yang berada di bawah pengawasannya. Jika karyawan itu dipinjamkan ke pihak lain, maka tanggung jawabnya beralih pada si pemakai karyawan tadi.

*Corporate liability* pada prinsipnya memiliki pengertian yang sama dengan *vicarious liability*. Pada dasarnya, lembaga (korporasi) yang menaungi suatu kelompok pekerja mempunyai tanggung jawab terhadap tenaga-tenaga yang dipekerjakannya.

#### 3) Prinsip Praduga Untuk Selalu Bertanggung Jawab

Prinsip ini menyatakan, tergugat selalu dianggap bertanggung jawab (*presumption of liability principle*), sampai ia dapat membuktikan ia tidak bersalah.

---

<sup>31</sup> Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Ketiga, Balai Pustaka, Jakarta, 2003. h. 415

<sup>32</sup> Khairunnisa, *Kedudukan, Peran dan Tanggungjawab Hukum Direksi*, Tesis, Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, 2008. h. 4

Jadi, beban pembuktian ada pada si tergugat. Berkaitan dengan prinsip tanggung jawab ini, dalam doktrin hukum pengangkutan khususnya.

#### 4) Prinsip Praduga Untuk Tidak Selalu Bertanggung Jawab

Prinsip praduga untuk tidak selalu bertanggung jawab (*presumption nonliability principle*) hanya dikenal dalam lingkup transaksi konsumen yang sangat terbatas.

#### 5) Prinsip tanggung jawab mutlak

Prinsip tanggung jawab mutlak (*strict liability*) sering diidentikkan dengan prinsip tanggung jawab absolut (*absolute liability*). *Strict liability* adalah prinsip tanggung jawab yang menetapkan kesalahan tidak sebagai faktor yang menentukan. Namun, ada pengecualian-pengecualian yang memungkinkan untuk dibebaskan dari tanggung jawab, misalnya keadaan *force majeure*. *Absolute liability* adalah prinsip tanggung jawab tanpa kesalahan dan tidak ada pengecualiannya. Selain itu, terdapat pandangan yang agak mirip, yang mengaitkan perbedaan keduanya pada ada atau tidak adanya hubungan kausalitas antara subjek yang bertanggung jawab dan kesalahannya. Pada *strict liability*, hubungan itu harus ada, sementara pada *absolute liability*, hubungan itu tidak selalu ada. Pada *absolute liability*, dapat saja si tergugat yang dimintai pertanggungjawaban itu bukan si pelaku langsung kesalahan tersebut (misalnya dalam kasus bencana alam).

Dalam penerapan tanggung jawab mutlak terletak pada *riskliability*. Di mana kewajiban mengganti rugi dibebankan kepada pihak yang menimbulkan resiko adanya kerugian itu. Namun, penggugat (konsumen) tetap diberikan beban pembuktian, walaupun tidak sebesar si tergugat. Dalam hal ini, ia hanya perlu membuktikan adanya hubungan kausalitas antara perbuatan pelaku usaha (produsen) dan kerugian yang dideritanya. Selebihnya dapat digunakan prinsip *strict liability*.

#### 6) Prinsip Tanggung Jawab Dengan Pembatasan

Prinsip tanggung jawab dengan pembatasan (*limitation of liability principle*) disenangi oleh pelaku usaha untuk dicantumkan sebagai klausul sangat eksonerasi dalam perjanjian standar yang dibuatnya. Seperti dalam perjanjian cuci cetak film misalnya, ditentukan bila film yang ingin dicuci/dicetak itu hilang atau rusak (termasuk akibat kesalahan petugas), maka konsumen hanya dibatasi ganti kerugiannya sebesar sepuluh kali harga satu rol film baru. Prinsip tanggung jawab ini sangat merugikan konsumen bila ditetapkan secara sepihak oleh pelaku usaha. Dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen, seharusnya pelaku usaha tidak boleh secara sepihak menentukan klausul yang merugikan konsumen, termasuk membatasi maksimal tanggung jawabnya. Jika ada

pembatasan mutlak harus berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang jelas.<sup>33</sup>

Dalam konteks Malpraktik profesi advokat lebih mendekati pada prinsip tanggungjawab berdasarkan kesalahan (*liability based on fault*), terutama terkait dengan pertanggungjawaban secara yuridis dan etik.

## 1.6.2. Penjelasan Konsep

### 1.6.2.1. Konsep advokat

Kata “advokat” berasal dari bahasa Latin “*advocatus*”, bentuk *past participle* dari “*advocare*” yang berarti “memanggil untuk sidang”. Jabatan “*advocatus*” ini dapat ditelusuri kembali sampai ke daratan Eropa pada awal abad kelima ketika pemimpin gereja sangat membutuhkan “orang biasa” yang dapat mewakili kepentingan mereka dalam hal-hal yang bersifat sekular. Orang-orang yang dikenal sebagai “*advocatus ecclesiae*” ini bertugas mewakili para *bishop* maupun *abbot* di pengadilan khususnya dalam membela dan melindungi kekayaan pihak gereja. Pada Jaman Pertengahan yang feodal itu, para *advocatus* ini lalu berkembang menjadi kelas tersendiri dengan mendapat imbalan berupa tanah *fief* yang dapat diwariskan secara turun temurun<sup>5</sup>, dan kata “*advocatus*” lambat laun mengacu kepada “orang yang membantu seseorang dalam perkara” atau “pembela”.<sup>6</sup> Dari bahasa Latin, kata “*advocatus*” ini berkembang menjadi “*advocate*” (bahasa Inggris), “*avocats*” (bahasa Perancis), “*advokat*” (bahasa Jerman), dan “*advocaat*” (bahasa Belanda) yang dieja menjadi “advokat” dalam bahasa Indonesia.

Perbedaan makna tersebut perlu dikemukakan karena secara umum, “advokat” sering diidentikkan dengan “pengacara”, padahal keduanya mempunyai pengertian yang berbeda. Menurut Subekti, advokat adalah seorang pembela dan penasihat, sedangkan pengacara adalah seorang ahli hukum acara yang memberikan jasanya dalam mengajukan perkara ke pengadilan dan mewakili orang-orang yang berperkara di muka pengadilan.<sup>12</sup> Dalam Penjelasan atas UU RI No. 18 tahun 2003 tentang Advokat, disebutkan bahwa “Selain dalam proses peradilan, peran Advokat jugaterlihat di jalur profesi di luar pengadilan. Kebutuhan jasa hukum Advokat di luar proses peradilan pada saat sekarang semakin meningkat,....” Pengertian bahwa Advokat tidak terbatas pada “pengacara” yang tampil di sidang pengadilan dapat pula kita lihat pada Pasal 1 butir 1 UU No. 18 tahun 2003 yang memberi definisi bahwa “Advokat adalah orang yang berprofesi memberi jasa hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan

---

<sup>33</sup> K. Martono, *Loc.Cit.*

Undang- Undang ini.” Selanjutnya pada Pasal 32 ayat (1) disebutkan bahwa “advokat, penasihat hukum, pengacara praktik dan konsultan hukum, dinyatakan sebagai Advokat.

### **1.6.2.2. Konsep Profesi Hukum**

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), pengertian profesi adalah bidang pekerjaan yang dilandasi pendidikan keahlian atau ketrampilan tertentu.<sup>34</sup> Menurut Liliana Tedjosaputro, ciri-ciri pekerjaan disebut profesi apabila memenuhi syarat sebagai berikut :

- a. Menggunakan serangkaian pengetahuan akademis, baik yang bersifat teoritis maupun terapan di dalam memberikan pelayanan kepada masyarakat ;
- b. Lebih mengutamakan pemakaian standar-standar teoritis dalam mengukur keberhasilan suatu profesi ;
- c. Memiliki sistem pengawasan terhadap praktik para pengemban profesi dengan menetapkan kode etik sebagai salah satu standar perilaku pengemban perilaku profesi.<sup>35</sup>

Profesi adalah pekerjaan, namun tidak semua pekerjaan adalah profesi. Profesi mempunyai karakteristik sendiri yang membedakannya dari pekerjaan lainnya. Adapun karakteristik dari satu profesi adalah sebagai berikut :

- (1) Keterampilan yang berdasar pada pengetahuan teoretis : Profesional diasumsikan mempunyai pengetahuan teoretis yang ekstensif dan memiliki keterampilan yang berdasar pada pengetahuan tersebut dan bisa diterapkan dalam praktik.
- (2) Asosiasi profesional : Profesi biasanya memiliki badan yang diorganisasi oleh para anggotanya, yang dimaksudkan untuk meningkatkan status para anggotanya. Organisasi profesi tersebut biasanya memiliki persyaratan khusus untuk menjadi anggotanya.
- (3) Pendidikan yang ekstensif : Profesi yang prestisius biasanya memerlukan pendidikan yang lama dalam jenjang pendidikan tinggi .
- (4) Ujian kompetensi : Sebelum memasuki organisasi profesional, biasanya ada persyaratan untuk lulus dari suatu tes yang menguji terutama pengetahuan teoretis.

---

<sup>34</sup><https://kbbi.web.id/profesi.html>. Diunduh tanggal 16 Maret 2018, pukul 08.15. wib.

<sup>35</sup> Liliana Tedjosaputra, *Etika Profesi Notaris dalam Penegakan Hukum Pidana*, Bigraf Publishing, Yogyakarta, 1995, h. 46.

- (5) Pelatihan institutional : Selain ujian, juga biasanya dipersyaratkan untuk mengikuti pelatihan istitusional dimana calon profesional mendapatkan pengalaman praktis sebelum menjadi anggota penuh organisasi. Peningkatan keterampilan melalui pengembangan profesional juga dipersyaratkan.
- (6) Lisensi : Profesi menetapkan syarat pendaftaran dan proses sertifikasi sehingga hanya mereka yang memiliki lisensi bisa dianggap bisa dipercaya.
- (7) Otonomi kerja : Profesional cenderung mengendalikan kerja dan pengetahuan teoretis mereka agar terhindar adanya intervensi dari luar.
- (8) Kode etik : Organisasi profesi biasanya memiliki kode etik bagi para anggotanya dan prosedur pendisiplinan bagi mereka yang melanggar aturan.
- (9) Mengatur diri : Organisasi profesi harus bisa mengatur organisasinya sendiri tanpa campur tangan pemerintah. Profesional diatur oleh mereka yang lebih senior, praktisi yang dihormati, atau mereka yang berkualifikasi paling tinggi.
- (10) Layanan publik dan altruisme : Diperolehnya penghasilan dari kerja profesinya dapat dipertahankan selama berkaitan dengan kebutuhan publik, seperti layanan dokter berkontribusi terhadap kesehatan masyarakat.<sup>36</sup>

Sementara itu advokat sebagai profesi hukum yang luhur dan mulia (*officium nobile*) motivasi utamanya bukan untuk memperoleh nafkah dari pekerjaan yang dilakukannya, tetapi juga harus memiliki dua prinsip dalam menjalankan tugas dan fungsinya, yaitu (a) mendahulukan kepentingan orang yang dibantu atau klien; (b) mengabdikan pada tuntutan luhur profesi (*altruisme*).<sup>37</sup>

### 1.6.2.3. Kode Etik Advokat

Yang dimaksud dengan kode etik dalam penelitian ini adalah “*codes of professional practice*” (kode praktik profesional), yang diberi penjelasan lebih lanjut oleh Wikipedia bahwa :

*A code of practice (professional ethics) is adopted by a profession or by a governmental or non-governmental organization to regulate that profession. A code of practice may be styled as a code of professional responsibility,*

---

<sup>36</sup>Abdul Wahid dan Moh. Muhibbin, *Etika Profesi Hukum, Banyumedia, Malang, 2009, h.70*

<sup>37</sup> Abintoro Prakoso, *Op.cit.* 2015, h. 68

*which will discuss difficult issues, difficult decisions that will often need to be made, and provide a clear account of what behavior is considered 'ethical' or 'correct' or 'right' in the circumstances. In a membership context, failure to comply with a code of practice can result in expulsion from the professional organization.*"<sup>38</sup> (Terjemahan: Kode praktik atau etika profesional diterapkan oleh suatu organisasi profesional, pemerintah atau non-pemerintah untuk mengatur profesi tersebut. Kode praktek dapat disebut sebagai kode tanggung jawab profesional, yang akan membahas tentang hal-hal yang sulit, keputusan-keputusan sulit yang seringkali perlu diambil, dan memberikan semacam penjelasan tentang perilaku apa yang dianggap sebagai "etis", "benar" atau "baik" dalam berbagai keadaan. Dalam konteks keanggotaan, gagal mematuhi kode praktek dapat menyebabkan pemecatan dari organisasi profesional yang bersangkutan)

Dengan demikian, kode etik yang dimaksud dalam penelitian ini adalah seperangkat peraturan internal yang dibuat oleh organisasi profesi advokat sebagai pedoman perilaku para anggotanya dalam menjalankan pekerjaan advokat, termasuk tata cara menyelesaikan perselisihan dan penjatuhan sanksi terhadap advokat.

#### **1.6.2.4. Konsep Kualifikasi**

Kualifikasi atau dalam bahasa Inggris '*qualification*' menurut Black's Law Dictionary adalah "*the term that describes a person's attributes that are needed for a certain job or position*".<sup>39</sup> Menurut Black's Law Dictionary, istilah 'kualifikasi' adalah menggambarkan atribut seseorang yang diperlukan untuk jabatan atau posisi tertentu.

Kualifikasi dapat dibedakan menjadi dua jenis, yaitu : (1) kualifikasi fakta (*qualification of facts*) adalah proses kualifikasi yang dilakukan terhadap sekumpulan fakta yang dihadapi dalam sebuah peristiwa hukum untuk ditetapkan menjadi satu atau lebih peristiwa atau masalah hukum sesuai dengan sistem klasifikasi kaidah kaidah hukum yang berlaku di dalam suatu sistem hukum tertentu. (2) kualifikasi hukum (*legal qualification*) adalah penetapan tentang penggolongan/pembagian seluruh kaidah hukum di dalam sebuah sistem hukum ke dalam pembedangan, pengelompokan atau kategori hukum tertentu.<sup>40</sup> Dengan kata lain kualifikasi dapat digunakan sebagai penerjemah fakta sehari ke dalam

---

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> <a href="https://thelawdictionary.org/qualifications/" title ="QUALIFICATIONS"> QUALIFICATIONS</a> diakses pada tanggal 24 Maret 2020 pukul 07.20 WIB.

<sup>40</sup> Bayu Seto Hardjowahono, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2013, h. 92.

kategori hukum tertentu (*translated into legal term*), sehingga dapat diketahui arti yuridisnya (*legal significance*).<sup>41</sup>

Dengan demikian dalam kaitan dengan penulisan disertasi ini yang dimaksud dengan kualifikasi adalah persyaratan-persyaratan tertentu yang diperlukan menentukan suatu perbuatan termasuk dalam kategori malpraktik profesi advokat.

#### **1.6.2.5. Konsep Malpraktik Advokat**

Secara harfiah “mal” mempunyai arti “*salah*” sedangkan “praktik” mempunyai arti “*pelaksanaan*” atau “*tindakan*”, sehingga malpraktik berarti “*pelaksanaan atau tindakan yang salah*”. Kata “malpraktik” mengacu kepada kelakuan atau perbuatan salah yang dilakukan oleh advokat karena bertentangan dengan peraturan perundang-undangan maupun kode etik. Dalam bahasa Indonesia, istilah “malpraktik” sering digunakan untuk kesalahan yang dilakukan oleh dokter terhadap pasiennya. Kamus Besar Bahasa Indonesia misalnya, memberi penjelasan untuk “malpraktik” sebagai “*praktik kedokteran yang dilakukan salah atau tidak tepat, menyalahi undang-undang atau kode etik*”. Padahal penggunaan istilah ini tidak terbatas pada bidang kedokteran saja.<sup>42</sup>

Dengan demikian pada dasarnya malpraktik adalah “*improper conduct*” (perbuatan tidak patut) yang berlawanan dengan hukum atau etika dan dilakukan oleh seseorang karena profesi atau posisinya. Malpraktik yang dilakukan oleh para profesional di bidang hukum sering disebut juga sebagai “*misconduct*”.

Dari uraian di atas, dapat ditarik pengertian malpraktik secara umum adalah melakukan sesuatu yang seharusnya tidak dilakukan atau tidak melakukan sesuatu yang seharusnya dilakukan, atau melakukan praktik yang salah atau buruk, serta bertentangan dengan hukum, etika dan standar profesi.

Malpraktik advokat adalah Advokat melakukan sesuatu yang seharusnya tidak dilakukan atau tidak melakukan sesuatu yang seharusnya dilaksanakan, atau melakukan praktik yang salah atau buruk, serta bertentangan dengan hukum, etika dan standar profesi sehingga menimbulkan kerugian bagi klien.

## **1.7. Metode Penelitian**

### **1.7.1. Jenis Penelitian**

Menurut Peter Mahmud Marzuki: “jenis setiap penelitian hukum selalu normatif.”<sup>43</sup> Selanjutnya, Suratman dan Philips Dillah menyatakan: “Penelitian

---

<sup>41</sup> Ibid. h. 93

<sup>42</sup> <https://kbbi.web.id/proefsih.html>. Diunduh tanggal 16 Maret 2018, pukul 08.15. wib.

<sup>43</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009, h.35.

normatif disebut juga penelitian hukum doktrinal atau penelitian kepustakaan atau studi dokumen, karena ditujukan terhadap peraturan-peraturan tertulis atau bahan-bahan hukum lain.”<sup>44</sup> Senada dengan Suratman dan Philips Dillah dijelaskan oleh Soetandyo Wignjosoebroto dalam Bambang Sunggono: “Penelitian yang dilaksanakan adalah penelitian normatif, yaitu penelitian terhadap asas-asas hukum.”<sup>45</sup>

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang menitikberatkan pada pengkajian peraturan perundangan dan kode etik profesi terkait dengan malpraktik profesi advokat dan pertanggungjawabannya di Indonesia.

### 1.7.2. Pendekatan Masalah

Dalam penelitian disertasi ini digunakan 5 (lima) macam pendekatan meliputi:

- a) pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*) terutama Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945,
- b) pendekatan konseptual (*conceptual approach*),
- c) pendekatan filosofis,
- d) Pendekatan komparatif (*comparative approach*),
- e) Pendekatan kasus (*cases approach*).

### 1.7.3. Sumber Bahan Hukum

Menurut H. Zainuddin Ali: “Sumber bahan hukum dalam penelitian normatif terdiri dari: bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier.”<sup>46</sup>

Bahan hukum primer berasal dari peraturan perundang-undangan sebagai berikut :

- (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- (2) Kitab Undang Undang Hukum Pidana (KUHP);
- (3) Kitab Undang Undang Hukum Perdata (KUH Perdata);
- (4) Undang Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana;
- (5) Undang Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia;
- (6) Undang Undang No 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia;

---

<sup>44</sup> Suratman dan Philips Dillah, *Metode Penelitian Hukum*, Alfabeta, Bandung, 2015, h.51.

<sup>45</sup> Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010, h.184

<sup>46</sup>H.Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, h. 47-57.

- (7) Undang Undang nomor 30 tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi;
- (8) Undang Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat.
- (9) Undang Undang No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia;
- (10) Undang Undang No. 23 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi;
- (11) Undang Undang No. 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran;
- (12) Undang Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia;
- (13) Undang Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman
- (14) Undang Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum

Bahan hukum sekunder pada penelitian ini berasal dari buku-buku teks, disertasi hukum, kamus hukum, jurnal hukum maupun penelitian hukum. Selanjutnya, H. Zainuddin Ali menjelaskan: “Bahan hukum tersier berasal dari petunjuk atau penjelasan dari bahan hukum primer atau bahan hukum sekunder melalui kamus umum bahasa Indonesia, *Black’s Law Dictionary*, ensiklopedia, dan glossarium.”<sup>47</sup> Bahan hukum tersier pada penelitian ini terutama diperoleh melalui melalui kamus umum bahasa Indonesia maupun *Black Law’s Dictionary*.

#### **1.7.4. Teknik Pengumpulan dan Pengolahan Bahan Hukum**

Teknik pengumpulan bahan hukum pada penelitian dilakukan dengan cara mengumpulkan beberapa peraturan perundang-undangan yang terkait malpraktik advokat, kemudian dibaca secara mendalam dan dicatat pada kartu penelitian yang disediakan khusus untuk itu. Selanjutnya dilakukan pengelompokan, penyaringan dan inventarisasi bahan-bahan hukum yang diperoleh sesuai dengan masalah yang diteliti dan menyisihkan bahan-bahan yang tidak relevan dengan masalah penelitian.

#### **1.7.5. Analisis Bahan Hukum**

Menurut Suratman dan Philips Dillah: “Setelah bahan hukum primer dan sekunder dikumpulkan, selanjutnya dikategorisasikan, diklasifikasikan, ditabulasikan dan diinterpretasikan serta kemudian dianalisis.”<sup>48</sup> Bahan hukum dalam penelitian ini diolah dan dianalisis dengan menggunakan metode penafsiran hukum, penalaran hukum dan argumentasi hukum. Dengan menggunakan logika berfikir deduktif, yaitu berfikir dengan bertitik-tolak pada kaedah umum, asas-asas hukum atau norma hukum umum kemudian ditarik kesimpulan bersifat khusus konkret.

---

<sup>47</sup>H.Zainuddin Ali, *ibid.*h. 47-57.

<sup>48</sup> Suratman dan Philips Dillah, *Op.cit*, h. 107

### 1.8. Pertanggung jawaban Sistematika

Pertanggung jawaban Sistematika terdiri dari 4 bab, yaitu sebagai berikut:

**Bab I** merupakan BAB PENDAHULUAN yang menguraikan tentang latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, landasan teori dan penjelasan konsep. Landasan teori membahas tentang: teori negara hukum, teori perlindungan hukum dan teori tujuan hukum serta teori pertanggungjawaban hukum. Penjelasan konsep memuat dan menguraikan konsep advokat, kode etik, konsep kualifikasi, konsep profesi hukum, dan konsep malpraktik advokat. Kemudian menguraikan metode penelitian yang meliputi uraian tentang: jenis penelitian, pendekatan masalah, sumber bahan hukum, teknik pengumpulan dan pengolahan bahan hukum, analisis bahan hukum dan pertanggungjawaban sistematika.

**Bab II** Menguraikan dan membahas Hakikat Malpraktik Profesi advokat di Indonesia : meliputi Sejarah Advokat di Indonesia; Profesi Advokat; Standar Disiplin/Profesi Advokat; Peran dan Fungsi Kode Etik Profesi Advokat; dan Aspek Filosofis dari Malpraktik Profesi Advokat Di Indonesia.

**Bab III** menguraikan dan membahas Konsep pertanggungjawaban Profesi Advokat Dalam Kasus Malpraktik advokat meliputi : Kedudukan, Hak dan Kewajiban Advokat; Tanggung jawab Profesi Advokat, Kasus-kasus Malpraktik profesi Advokat, Pertanggungjawaban advokat atas kasus malpraktik Advokat, baik pertanggungjawaban secara etis, pertanggungjawaban sesuai standar profesi maupun pertanggungjawaban secara yuridis baik secara perdata, pidana maupun hukum administrasi.

**Bab IV** merupakan PENUTUP yang memuat kesimpulan dan saran. Kesimpulan dan Saran terkait hakikat malpraktik profesi advokat di Indonesia dan konsep pertanggungjawaban profesi advokat dalam kasus malpraktik advokat.