

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pemerintah dalam menjalankan kegiatan administratif maupun pelaksanaan kegiatan pembangunan untuk mencapai tujuan dan target kegiatan perlu menjalin hubungan dengan pihak lain termasuk pihak prifat atau swasta baik badan usaha maupun perseorangan. Untuk mencapai segala tujuannya itu pemerintah perlu menerapkan prinsip-prinsip akuntabilitas, efektif dan efisien dalam menggunakan segala potensi sumber daya yang dimilikinya.

Dalam hubungan kerjasama dengan pihak lain, kedudukan pemerintah adalah sebagai badan hukum perdata sebagaimana orang yang dapat melakukan tindakan hukum perdata termasuk jual beli barang dan jasa. Kegiatan membeli yang dilakukan oleh pemerintah dalam memenuhi kebutuhannya dalam bahasa hukum positif kita disebut dengan pengadaan.

Hubungan antar swasta dan pemerintah tersebut selain melalui mekanisme pengadaan barang/ jasa pemerintah dapat berupa kerja sama badan usaha, *buuid operational transfer* ataupun hubungan kontraktual lainnya yang mengatur hak dan kewajiban masing-masing pihak. Dalam hubungan kontraktual dengan pihak swasta, pemerintah bertindak selaku badan hukum perdata. Sehingga kesepakatan yang tertuang dalam kontrak tersebut berlaku mengikat sebagaimana undang-undang bagi para pihak.

Pengadaan barang/ jasa pemerintah menempati kedudukan yang sangat vital dalam Pencapaian Visi 2045 yang citat-citakan oleh Presiden, sebagaimana disampaikan oleh Kepala Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, salah satu dari 5(lima) arahan utama adalah Pembangunan infrastruktur.¹⁰ Pembangunan infrastruktur oleh pemerintah menjadi porsi yang paling besar dalam kegiatan pengadaan barang/ jasa pemerintah. Berdasarkan laporan kepala LKPP bahwa pada tahun 2019 jumlah belanja pengadaan hingga November 2019 mencapai 1.133,4 Triliun.¹¹

Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang selanjutnya disebut Pengadaan Barang/Jasa adalah kegiatan Pengadaan Barang/Jasa Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah yang dibiayai oleh APBN/APBD yang prosesnya sejak identifikasi kebutuhan, sampai dengan serah terima hasil pekerjaan.¹² Pengadaan melalui penyedia barang dan jasa dengan bekerjasama dengan pihak lain dengan prosedur yang telah ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan.

Pengadaan Barang dan jasa pemerintah meliputi berbagai kebutuhan belanja pemerintah yang terdiri dari kegiatan pengadaan barang, pembangunan konstruksi fisik, jasa konsultasi dan jasa lainnya. Hukum positif saat ini yang mengatur kegiatan tersebut adalah Peraturan presiden No.16 tahun 2018 tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.

¹⁰ Makalah Kepala Badan Perencanaan Pembangunan Nasional disampaikan dalam Rapat Koordinasi Nasional Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah “Transformasi Pengadaan di Era Digital untuk SDM Unggul Indonesia Maju” Jakarta, 6 November 2019 berdasarkan Pidato Presiden 14 Juli 2019.

¹¹ Laporan Kepala LKPP disampaikan pada Kegiatan Rakornas Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah 2019 Jakarta, 6 November 2019

¹² Pasal 1 angka 1 Peraturan Presiden No.16 Tahun 2018

Pengadaan barang/ jasa pemerintah dijalankan oleh para pihak yang oleh peraturan disebut dengan pelaku pengadaan, yaitu¹³:

- a. PA;
- b. KPA;
- c. PPK;
- d. Pejabat Pengadaan;
- e. Pokja Pemilihan;
- f. Agen Pengadaan;
- g. PjPHP/PPHP;
- h. Penyelenggara Swakelola; dan
- i. Penyedia.

Representasi pemerintah dalam kegiatan pengadaan barang/ jasa diwakili oleh PA, KPA, PPK, Pejabat Pengadaan, Pokja Pemilihan, Agen pengadaan, PjPHP/ PPHP, Penyelenggara Swakelola. Dan di sisi lain terdapat penyedia sebagai pihak penjual barang/ jasa.

PA merupakan singkatan dari Pengguna Anggaran memiliki tugas dan kewenangan untuk:

- a. melakukan tindakan yang mengakibatkan pengeluaran anggaran belanja;
- b. mengadakan perjanjian dengan pihak lain dalam batas anggaran belanja yang telah ditetapkan;

¹³ Pasal 8 Perpres 16 tahun 2018

- c. menetapkan perencanaan pengadaan;
- d. menetapkan dan mengumumkan RUP;
- e. melaksanakan Konsolidasi Pengadaan Barang/Jasa;
- f. menetapkan Penunjukan Langsung untuk Tender/ Seleksi ulang gagal;
- g. menetapkan PPK;
- h. menetapkan Pejabat Pengadaan;
- i. menetapkan PjPHP/PPHP;
- j. menetapkan Penyelenggara Swakelola;
- k. menetapkan tim teknis;
- l. menetapkan tim juri/tim ahli untuk pelaksanaan melalui Sayembara/Kontes
- m. menyatakan Tender gagal/Seleksi gagal; dan
- n. menetapkan pemenang pemilihan/Penyedia untuk metode pemilihan:
 1. Tender/ Penunjukan Langsung/ *E-purchasing* untuk paket Pengadaan Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya dengan nilai Pagu Anggaran paling sedikit di atas Rp100.000.000.000,00 (seratus miliar rupiah); atau
 2. Seleksi/Penunjukan Langsung untuk paket Pengadaan Jasa Konsultansi dengan nilai Pagu Anggaran paling sedikit di atas Rp10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah)

Kuasa Pengguna Anggaran atau biasa disingkat KPA memiliki tugas dan

kewenangan dalam Pengadaan Barang/Jasa melaksanakan pendelegasian sesuai dengan pelimpahan dari PA. Selain kewenangan tersebut, KPA berwenang menjawab Sanggah Banding peserta Tender Pekerjaan Konstruksi. KPA dapat menugaskan PPK untuk melaksanakan kewenangannya yang terkait dengan:

1. melakukan tindakan yang mengakibatkan pengeluaran anggaran belanja;
2. mengadakan perjanjian dengan pihak lain dalam batas anggaran belanja yang telah ditetapkan.

KPA dapat dibantu oleh Pengelola Pengadaan Barang/Jasa. Dan dalam hal tidak ada personel yang dapat ditunjuk sebagai PPK, KPA dapat merangkap sebagai PPK.

Jabatan fungsional pengadaan selanjutnya adalah Pejabat Pembuat Komitmen (PPK), yang dalam Pengadaan Barang/Jasa memiliki tugas:

- a. menyusun perencanaan pengadaan;
- b. menetapkan spesifikasi teknis/Kerangka Acuan Kerja (KAK);
- c. menetapkan rancangan kontrak;
- d. menetapkan HPS;
- e. menetapkan besaran uang muka yang akan dibayarkan kepada Penyedia;
- f. mengusulkan perubahan jadwal kegiatan;
- g. menetapkan tim pendukung;
- h. menetapkan tim atau tenaga ahli;
- i. melaksanakan *E-purchasing* untuk nilai paling sedikit di atas Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah);
- j. menetapkan Surat Penunjukan Penyedia Barang/Jasa;

- k. mengendalikan Kontrak;
- l. melaporkan pelaksanaan dan penyelesaian kegiatan kepada PA/ KPA;
- m. menyerahkan hasil pekerjaan pelaksanaan kegiatan kepada PA/ KPA dengan berita acara penyerahan;
- n. menyimpan dan menjaga keutuhan seluruh dokumen pelaksanaan kegiatan; dan
- o. menilai kinerja Penyedia.

Selain kewenangan tersebut, PPK juga bertugas melakukan kewenangan yang dilimpahkan oleh PA/ KPA, yaitu:

- a. melakukan tindakan yang mengakibatkan pengeluaran anggaran belanja; dan
- b. mengadakan dan menetapkan perjanjian dengan pihak lain dalam batas anggaran belanja yang telah ditetapkan.

Pejabat pengadaan adalah jabatan fungsional pengadaan yang memiliki tugas dan wewenang untuk:

- a. melaksanakan persiapan dan pelaksanaan Pengadaan Langsung;
- b. melaksanakan persiapan dan pelaksanaan Penunjukan Langsung untuk pengadaan Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya yang bernilai paling banyak Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah);

- c. melaksanakan persiapan dan pelaksanaan Penunjukan Langsung untuk pengadaan Jasa Konsultansi yang bernilai paling banyak Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah); dan
- d. melaksanakan *E-purchasing* yang bernilai paling banyak Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah)

Pokja Pemilihan adalah organ dalam Pengadaan Barang/Jasa memiliki tugas dan wewenang untuk:

- a. melaksanakan persiapan dan pelaksanaan pemilihan Penyedia;
- b. melaksanakan persiapan dan pelaksanaan pemilihan Penyedia untuk katalog elektronik; dan
- c. menetapkan pemenang pemilihan/Penyedia untuk metode pemilihan:
- d. Tender/Penunjukan Langsung untuk paket Pengadaan Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya dengan nilai Pagu Anggaran paling banyak Rp100.000.000.000,00 (seratus miliar rupiah); dan
- e. Seleksi/ Penunjukan Langsung untuk paket Pengadaan Jasa Konsultansi dengan nilai Pagu Anggaran paling banyak Rp10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah).

Agen Pengadaan adalah UKPBJ atau Pelaku Usaha yang melaksanakan sebagian atau seluruh pekerjaan Pengadaan Barang/Jasa yang diberi kepercayaan oleh Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah sebagai pihak pemberi pekerjaan;

Pejabat/Panitia Pemeriksa Hasil Pekerjaan disingkat PjPHP adalah pejabat administrasi/pejabat fungsional/personel yang bertugas memeriksa administrasi hasil pekerjaan Pengadaan Barang/Jasa. memiliki tugas memeriksa administrasi hasil pekerjaan pengadaan Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya yang bernilai paling banyak Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan Jasa Konsultansi yang bernilai paling banyak Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah). Panitia Pemeriksa Hasil Pekerjaan yang selanjutnya disingkat PPHP adalah tim yang bertugas memeriksa administrasi hasil pekerjaan Pengadaan Barang/Jasa memiliki tugas memeriksa administrasi hasil pekerjaan pengadaan Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya yang bernilai paling sedikit di atas Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan Jasa Konsultansi yang bernilai paling sedikit di atas Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah).

Peraturan Presiden No.16 Tahun 2018 dibuat berdasarkan pertimbangan untuk pelaksanaan pembangunan nasional, meningkatkan pelayanan publik dan pengembangan perekonomian. Bahwa untuk mewujudkan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sebagaimana dimaksud pada tersebut perlu pengaturan Pengadaan Barang/Jasa yang memberikan pemenuhan nilai manfaat yang sebesar-besarnya (*value for money*) dan kontribusi dalam peningkatan penggunaan produk dalam negeri, peningkatan peran Usaha Mikro, Usaha Kecil, dan Usaha Menengah serta pembangunan berkelanjutan.

Tujuan dilakukan pengadaan barang/ jasa sebagaimana ditentukan dalam Pasal 4 Perpres No.16 Tahun 2018, adalah untuk:

- a. menghasilkan barang/jasa yang tepat dari setiap uang yang dibelanjakan, diukur dari aspek kualitas, jumlah, waktu, biaya, lokasi, dan Penyedia;
- b. meningkatkan penggunaan produk dalam negeri;
- c. meningkatkan peran serta Usaha Mikro, Usaha Kecil, dan Usaha Menengah;
- d. meningkatkan peran pelaku usaha nasional;
- e. mendukung pelaksanaan penelitian dan pemanfaatan barang/jasa hasil penelitian;
- f. meningkatkan keikutsertaan industri kreatif;
- g. mendorong pemerataan ekonomi;
- h. dan mendorong Pengadaan Berkelanjutan

Proses pengadaan barang dan jasa pemerintah melalui penyedia sebelum Perpres No.16 Tahun 2018 pada prinsipnya secara umum dilakukan melalui pelelangan umum, hanya dalam kondisi tertentu dapat dilakukan dengan penunjukan langsung, pengadaan langsung, kontes atau sayembara dan metode lainnya. Akan tetapi saat ini justru sebaliknya, tender merupakan pilihan terakhir dalam metode pengadaan, yaitu apabila tidak dapat dengan metode lain baru pengadaan dilakukan dengan tender. Tender Sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf e dilaksanakan dalam hal tidak dapat

menggunakan metode pemilihan Penyedia sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf a sampai dengan huruf d.¹⁴

Di dalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah keberadaan pengusaha swasta yang merupakan penyedia barang atau jasa sangat penting dalam menyukseskan keberlangsungan pengadaan barang dan jasa. Semakin banyak penyedia yang terlibat untuk menawarkan barang atau jasanya maka peluang untuk mendapatkan hasil pengadaan yang efektif dan efisien kemungkinan besar akan terwujud. Hal ini dapat dipahami berdasarkan mekanisme alamiah pasar, yaitu semakin banyak penawaran dari penjual maka harga atas barang atau jasa yang ditawarkan akan sangat terbuka dengan persaingan yang sehat tanpa ada monopoli atau kartel dari segelintir penjual. Demikian pula dengan kualitas atas barang dan jasa yang ditawarkan oleh banyak pembeli akan membuat kompetisi sehat dan terjamin produk yang didapatkan memiliki kualitas yang sesuai dengan anggaran belanja barang dan jasa yang ada.

Kegiatan pengadaan barang/ jasa pemerintah dimulai dari tahapan Perencanaan yang didalamnya memuat kegiatan penyusunan spesifikasi teknis/ kerangka acuan kerja, penyusunan perkiraan biaya/ rancangan anggaran biaya, pemaketan pengadaan barang/ jasa, dan penyusunan biaya pendukung . Dilanjutkan dengan tahapan persiapan pengadaan yang meliputi kegiatan menetapkan Harga perkiraan sementara(HPS), menetapkan rancangan kontrak, menetapkan spesifikasi teknis/ KAK, menetapkan uang muka dan

¹⁴ Pasal 38 ayat (7) Perpres No.16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah

jaminan-jaminan. Tahapan berikutnya adalah pelaksanaan pengadaan, yang didalamnya dilakukan pemilihan penyedia, pelaksanaan kontrak, perubahan kontrak, keadaan kahar, penyelesaian pekerjaan, serah terima hasil pekerjaan dan pembayaran prestasi pekerjaan. Untuk pengadaan barang yang sudah termuat dalam *e-market place* yang dikembangkan oleh LKPP, maka pengadaan dapat dilakukan secara langsung dengan membeli barang yang ditayangkan.

Dalam perspektif penganggaran, kontrak yang dibuat oleh pemerintah pada prinsipnya dibagi menjadi dua jenis, yaitu kontrak yang bersifat pembelanjaan dan kontrak yang berupa penerimaan pendapatan. Dan dalam hal ini kontrak pengadaan barang dan jasa merupakan bagian dari kontrak yang bersifat pembelanjaan.

Kontrak pengadaan barang dan jasa pada prinsipnya merupakan kontrak komersial/ privat, akan tetapi didalamnya terkandung elemen hukum publik yang sarat dengan aturan bagi penyedia barang dan jasa. Sekalipun hubungan hukum yang terbentuk antara pemerintah dengan mitranya adalah hubungan kontraktual, tetapi didalamnya terkandung tidak saja hukum privat, tetapi juga hukum publik.¹⁵

Persoalaan yang juga sangat penting dalam kegiatan pengadaan pemerintah ini adalah variabel uang yang digunakan untuk belanja barang/ jasa dalam pengadaan adalah uang negara. Oleh karenanya penggunaan uang negara dengan baik termasuk untuk mendapatkan hasil barang/ jasa yang

¹⁵ Y.Sogar Simamora, 2014, *Hukum Kontrak Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, Surabaya, Kantor Hukum WINS&Partners, hal.5

efisien dan berkualitas sangat penting menjadi fokus perhatian para pelaku pengadaan.

Oleh karena kontrak pengadaan merupakan kontrak privat pada umumnya, sehingga berlaku prinsip-prinsip hukum perdata, sebagaimana syarat sahnya kontrak dalam Pasal 1320 KUH Perdata. Dan elemen hukum publik menyaratkan keabsahan tindakan pemerintah antara lain harus memenuhi syarat prosedur, kewenangan dan substansinya sebagaimana tertuang dalam ketentuan pengadaan barang dan jasa pemerintah.

Jika kita melihat di dalam Peraturan Presiden No.16 Tahun 2018 tentang pengadaan barang/ jasa pemerintah, maka akan sangat nampak prosedur pengadaan yang sangat ketat dengan berbagai syarat administratif mulai dari tahapan perencanaan pengadaan, pemilihan penyedia barang dan jasa, penandatanganan kontrak, pelaksanaan pengadaan, serah terima barang dan jasa hingga pemeliharaan. Dan ketentuan dalam setiap proses tersebut lebih rinci lagi diatur dalam peraturan-peraturan terkait antara lain Peraturan Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah (LKPP), peraturan kementerian Pekerjaan Umum (PU), peraturan kementerian Keuangan (Kemenkeu), peraturan menteri dalam negeri (Kemendagri).

Didalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah pelibatan pihak swasta telah dimulai dari pemilihan penyedia barang dan jasa, pelaksanaan, hingga didaptkannya barang dan jasa pemerintah yang dibutuhkan oleh pemerintah sebagai pengguna barang.

Bagi pemerintah selaku pembeli atau sebagai pengguna barang dan jasa, risiko terhadap kerugian dalam proses pengadaan atau kegagalan pihak penyedia/ pengusaha swasta dalam memenuhi prestasinya, sudah diantisipasi dan dilindungi oleh peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh pemerintah sendiri. Baik melalui mekanisme penetapan syarat-syarat dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah, jaminan-jaminan yang harus diberikan oleh penyedia, sanksi-sanksi yang diberikan pengguna atas penyimpangan penyedia.

Bagi pengusaha swasta sebagai pihak penyedia barang dan jasa pemerintah, perlindungan hukum yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan terkait pengadaan seringkali tidak seimbang dengan apa yang dijadikan standart untuk pemerintah sebagai pembeli barang dan jasa pemerintah.

Selain sanksi sebagaimana tersebut diatas, sering adanya resiko bagi pengusaha yang tidak proporsional akibat kesalahan pemerintah sebagai pembeli, misal proses pengadaan yang tidak adil dan mengandung tindakan korupsi, kolusi, dan nepotisme (KKN), keterlambatan pembayaran oleh pengguna bahkan kesengajaan tidak membayar dengan berbagai alasannya, hingga ancaman pidana penjara karena korupsi terhadap swasta yang dianggap tidak melaksanakan prestasinya dengan sempurna sebagaimana dalam kontrak yang padahal produk telah diterima dan dimanfaatkan dalam waktu yang lama.

Persoalan di dalam pengadaan ini juga muncul salah satunya sebagai akibat dari tingkat regulasi di dalam pengadaan barang dan jasa di Indonesia yang sebatas diatur dalam Peraturan Presiden, sehingga seringkali tumpang tindih dengan peraturan berupa undang-undang yang mengatur hal yang berkaitan dengan pengadaan pemerintah, misal undang-undang jasa konstruksi, undang-undang tindak pidana korupsi dan peraturan lainnya. Selain itu persoalan juga terjadi karena substansi pengaturan di dalam Peraturan pengadaan yang ada juga banyak yang mengesampingkan kepentingan Pengusaha swasta sebagai pihak penyedia.

Persoalan lain yang juga sangat penting adalah munculnya berbagai sengketa dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah mulai dari tahap pemilihan penyedia, dalam hubungan kontraktual antara penyedia dan pemerintah, hingga sengketa terhadap hasil pekerjaan. Proses penyelesaian sengketa yang tidak berkepastian baik mengenai *forum of court* atau lembaga peradilan maupun mengenai waktu penyelesaian sengketa yang berlarut-larut akan sangat merugikan.

Pasal 85 ayat (1) Perpres No.16 Tahun 2018 menyebutkan: “Penyelesaian sengketa kontrak antara PPK dan Penyedia dalam pelaksanaan Kontrak dapat dilakukan melalui layanan penyelesaian sengketa kontrak, arbitrase, atau penyelesaian melalui pengadilan”. Ketentuan tersebut belum mampu memberikan kepastian hukum bagi pengusaha swasta dalam mendapatkan jaminan perlindungan hukum dalam menyelesaikan

permasalahan pengadaan secara menyeluruh, tidak hanya mengenai kontrak namun juga dalam proses pengadaan sebelum kontrak.

Hubungan kontraktual antara pemerintah selaku pengguna barang/ jasa dengan pengusaha swasta selaku penyedia barang/ jasa pemerintah seharusnya merupakan hubungan yang secara proporsional seimbang, antara hak dan kewajibannya, antara apa yang diterima dan risiko yang harus ditanggung. Pemerintah sebagai pihak dalam pengadaan, disisi lain juga sebagai regulator sudah membuat peraturan yang melindungi dan mengamankan kepentingan pemerintah.

Terjadinya ketidakseimbangan hubungan antara pemerintah dan swasta yang dalam hal ini sangat memberatkan swasta dengan segala risiko yang harus ditanggung, serta minimnya perlindungan hukum bagi pengusaha swasta tentunya akan menurunkan minat swasta untuk beramai-ramai berkompetisi secara sehat mengikuti kegiatan pengadaan barang dan jasa pemerintah. Padahal hanya dengan adanya persaingan yang kompetitif akan dapat mewujudkan tujuan pengadaan yaitu efektif dan efisien dalam rangka “*best value for money*”.

Perlindungan hukum terhadap pengusaha swasta sebagai penyedia atau penjual barang dan jasa yang merupakan bagian dari rakyat harus mendapat perhatian demi terhindarnya kesewenang-wenangan dan ketidakadilan dalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah. Mengingat kedudukan pembeli dalam pengadaan pemerintah adalah pemerintah itu sendiri.

Proteksi terhadap keuangan negara yang digunakan dalam kegiatan pengadaan barang/ jasa pemerintah tidak seharusnya mengesampingkan perlindungan terhadap pengusaha swasta yang merupakan rakyat yang sudah sepatutnya dilindungi juga oleh negara. Harmonisasi kepentingan dan keseimbangan perlindungan hukum akan mendorong suksesnya kegiatan pengadaan barang/ jasa pemerintah mencapai tujuan pengadaan yang dicitakan bersama.

John Emerich Edward Dalberg Acton (1834-1902) pernah mengatakan “*Power tends to corrupt and absolute power corrupt absolutely*”, dalam konteks ini perlu untuk direnungkan potensi kesewenangan dan perilaku koruptif yang sangat mungkin terjadi dalam setiap proses pengadaan barang dan jasa pemerintah apabila kekuasaan penuh pemerintah dalam mengendalikan kegiatan pengadaan tanpa ada mekanisme kontrol pihak ketiga sebagai pengadil dalam menjaga kegiatan pengadaan tetap seperti tujuan mulianya yaitu *best value for money*.

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas maka secara ilmiah perlu dilakukan penelitian yang mendalam untuk mengembangkan pemikiran ke arah Rekonstruksi Perlindungan Hukum Pengusaha Swasta dalam Sengketa Pengadaan Barang dan Jasa di Pemerintahan yang Berbasis Nilai Keadilan.

B. Rumusan Masalah

Penelitian ini dilakukan untuk memberikan jawaban atas tiga lingkup masalah.

1. Benarkah perlindungan hukum pengusaha swasta dalam sengketa pengadaan barang dan jasa pemerintah saat ini belum berkeadilan?
2. Apa kelemahan-kelemahan perlindungan hukum pengusaha swasta dalam sengketa pengadaan barang dan jasa pemerintah sekarang?.
3. Bagaimana Rekonstruksi perlindungan hukum pengusaha swasta dalam seneketa pengadaan barang dan jasa di pemerintahan berbasis nilai keadilan ?

C. Tujuan Penelitian Desertasi

1. Untuk menganalisis faktor-faktor yang memperngaruhi perlindungan hukum pengusaha swasta dalam beberapa tahapan proses pengadaan barang dan jasa di pemerintahan yang belum berkeadilan.
2. Untuk menganalisis kelemahan-kelemahan perlindungan hukum pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa di pemerintahan sekarang.
3. Untuk membuat rekonstruksi perlindungan hukum pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah yang berbasis nilai keadilan.

D. Manfaat Penelitian Disertasi

1. Secara Teoritis

Secara teoritis penelitian ini diharapkan menemukan teori baru atau gagasan baru dalam pengembangan ilmu hukum pada umumnya dan khususnya yang berkaitan dengan rekonstruksi perlindungan hukum

pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa di pemerintahan yang berbasis nilai keadilan.

2. Secara Praktis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran berupa rekomendasi dalam rekonstruksi ketentuan perlindungan hukum pengusaha swasta dalam peraturan pengadaan barang dan jasa di pemerintahan yang berbasis keadilan.

E. Kerangka Konseptual

1. Konsep Rekonstruksi.

Dalam kamus hukum Black's Law Dictionary disebutkan bahwa *Reconstruction: The act to process to rebuilding, recreating, or reorganizing something.*¹⁶ (Rekonstruksi adalah proses tindakan untuk membangun ulang, membuat baru, atau mengorganisir kembali sesuatu). Rekonstruksi oleh B.N Marbun adalah pengembalian sesuatu ketempatnya yang semula ; Penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula¹⁷.

Sedangkan menurut James P. Chaplin, *Reconstruction* merupakan penafsiran data psikoanalitis sedemikian rupa, untuk menjelaskan

¹⁶ Bryan A. Garner, 1999, *Black's Law Dictionary 7th Edition*, St.Paul MN, West Group. Hal.1278

¹⁷ B.N. Marbun, 1996, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hal.469.

perkembangan pribadi yang telah terjadi, beserta makna materinya yang sekarang ada bagi individu yang bersangkutan.¹⁸

Ali Mudhofir menjelaskan rekonstruksionisme adalah salah satu aliran dalam filsafat pendidikan yang bercirikan radikal. Bagi aliran ini persoalan-persoalan pendidikan dan kebudayaan dilihat jauh kedepan dan bila perlu diusahakan terbentuknya tata peradaban yang baru¹⁹.

Rekonstruksi yang berarti membangun atau pengembalian kembali sesuatu berdasarkan kejadian semula, dimana dalam rekonstruksi tersebut terkandung nilai – nilai primer yang harus tetap ada dalam aktifitas membangun kembali sesuatu sesuai dengan kondisi semula. Untuk kepentingan pembangunan kembali sesuatu, apakah itu peristiwa, fenomena-fenomena sejarah masa lalu, hingga pada konsepsi pemikiran yang telah dikeluarkan oleh pemikir-pemikir terdahulu, kewajiban para rekonstruktor adalah melihat pada segala sisi, agar kemudian sesuatu yang coba dibangun kembali sesuai dengan keadaan yang sebenarnya dan terhindar pada subjektifitas yang berlebihan, dimana nantinya dapat mengaburkan substansi dari sesuatu yang ingin kita bangun tersebut.

Anthony Giddens salah seorang tokoh pemikir ilmu sosial, yang mengatakan bahwa teori sosial memerlukan adanya rekonstruksi, ia menyusun gagasan untuk merekonstruksi teori sosial dengan jalan melakukan kritik terhadap tiga mazhab pemikiran sosial terpenting yakni ;

¹⁸ James P. Chaplin, 1997, *Kamus Lengkap Psikologi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal.421.

¹⁹ Ali Mudhofir, 1996, *Kamus Teori dan Aliran dalam Filsafat dan Teologi*, Gajahmada University Press, Yogyakarta, hal.213.

sosiologi interpretatif, fungsionalisme dan strukturalisme. Giddens bermaksud mempertahankan pemahaman yang diajukan oleh tiga tradisi tersebut, sekaligus menemukan cara mengatasi berbagai kekurangannya serta menjembatani ketidaksesuaian antara ketiganya. Rancangan tersebut mencakup rekonseptualisasi atas konsep-konsep tindakan, struktur dan sistem dengan tujuan mengintegrasikannya menjadi pendekatan teoretis baru. Rekonseptualisasi atas konsep tindakan, struktur dan sistem diawali dengan memandang praktek-praktek sosial yang terus berlangsung sebagai segi analitis terpenting²⁰.

Pada dasarnya hukum tidak hanya dipakai untuk mengukuhkan pola kebiasaan atau tingkah laku yang ada dimasyarakat, melainkan juga untuk mengarahkan pada tujuan yang dikehendaki sehingga hukum bisa dijadikan instrumen untuk mengatur sesuatu.

Supremasi hukum ditempatkan secara strategis sebagai landasan dan perekat bidang pembangunan lainnya serta kehidupan berbangsa dan bernegara dalam bingkai Negara Kesatuan Republik Indonesia melalui satu sistem hukum nasional. Hukum sebagai landasan pembangunan bidang lainnya bermakna teraktualisasinya fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial/pembangunan (*law as a tool of social engeneering*), instrumen penyelesaian masalah (*dispute resolution*) dan instrumen pengatur perilaku masyarakat (*social control*).

²⁰ Peter Beilharz (ed), 2002, *Teori-teori Sosial ; Observasi Kritis terhadap Para Filosof Terkemuka*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hal.192-193.

Supremasi hukum bermakna pula sebagai optimalisasi perannya dalam pembangunan, memberi jaminan bahwa agenda pembangunan nasional berjalan dengan cara yang teratur, dapat diramalkan akibat dari langkah-langkah yang diambil (*predictability*), yang didasarkan pada kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan.²¹

Hukum sebagai sarana rekayasa sosial tidak hanya dipahami bahwa hukum sebagai alat untuk "memaksakan" kehendak pemerintah kepada masyarakatnya saja. Tetapi, sekarang konsep tersebut diperluas maknanya bahwa hukum sebagai sarana pembaruan masyarakat dan birokrasi. Oleh karena itu, menurut Moempoeni Martojo Perundang-undangan suatu negara melukiskan kepada kita tentang adanya pengaturan, pengendalian serta pengawasan yang dilakukan oleh negara kepada warga masyarakat umumnya.²²

2. Konsep Perlindungan Hukum

Perlindungan hukum merupakan perwujudan dari konsep negara yang berdasarkan hukum sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat(3) UUD 1945. Bagi negara yang menjunjung tinggi hukum perlindungan terhadap hak-hak warga negara, termasuk didalamnya adalah ukuran baik buruknya suatu pemerintahan.

Menurut beberapa ahli perlindungan hukum didefinisikan berbeda-beda, antara lain: Satjipto Raharjo mendefinisikan Perlindungan Hukum

²¹ Soetomo, 2008, *Masalah Sosial dan Upaya Pemecahannya*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hal. 75

²² Satjipto Rahardjo, 1981, *Hukum Dalam Perspektif Sosial*, Penerbit Alumni, Bandung, hal. 153

adalah Upaya melindungi kepentingan seseorang dengan cara memberikan suatu kekuasaan kepada orang tersebut untuk melakukan tindakan yang dapat memenuhi kepentingannya.²³ Sesedangkan menurut, Philipus M. Hadjon, Perlindungan Hukum adalah suatu tindakan untuk melindungi atau memberikan pertolongan kepada subyek hukum, dengan menggunakan perangkat-perangkat hukum.²⁴ Selanjutnya menurut CST Kansil, Perlindungan Hukum adalah berbagai upaya hukum yang harus diberikan oleh aparat penegak hukum untuk memberikan rasa aman, baik secara pikiran maupun fisik dari gangguan dan berbagai ancaman dari pihak manapun²⁵.

Perlindungan hukum dalam penelitian ini menitik beratkan pada perlindungan hukum represif. Yaitu upaya perlindungan hukum terhadap pengusaha swasta dalam terjadinya sengketa pengadaan barang dan jasa melalui lembaga penyelesaian sengketa.

Dalam sejarahnya Penyelesaian sengketa diatur dalam Perpres No.54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan, khususnya Pasal 94, sebagai berikut:

- (1). Dalam hal terjadi perselisihan antara para pihak dalam Penyediaan Barang/Jasa Pemerintah, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan perselisihan tersebut melalui musyawarah untuk mufakat.
- (2). Dalam hal penyelesaian perselisihan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak tercapai, penyelesaian perselisihan tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase,

²³ Satjipto Raharjo, 2003, Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia, Kompas, Jakarta, hal. 121

²⁴ Philipus M. Hadjon, 2011, Pengantar Hukum Administrasi Indonesia, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, hal. 10.

²⁵ Philipus M. Hadjon, 1987, Perlindungan Hukum bagi Rakyat Indonesia, PT. Bina Ilmu, Surabaya, hal. 2.

alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Perpres 54 Tahun 2010 mengalami beberapa perubahan, namun ketentuan tersebut tetap tidak ada perubahan. Kemudian Perpres 54 tahun 2010 diacabut dan diganti dengan Perpres No.16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah. Ketentuan mengenai penyelesaian sengketa diatur dalam Bab XII Bagian Keenam Pasal 85, yaitu sebagai berikut:

Bagian Keenam
Penyelesaian Sengketa Kontrak
Pasal 85

- (1).Penyelesaian sengketa kontrak antara PPK dan Penyedia dalam pelaksanaan Kontrak dapat dilakukan melalui layanan penyelesaian sengketa kontrak, arbitrase, atau penyelesaian melalui pengadilan.
- (2).LKPP menyelenggarakan layanan penyelesaian sengketa kontrak sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Konsep penyelesaian sengketa pada Perpres No.16 Tahun 2018 mengalami menyempitan ruang lingkup, menjadi hanya pada penyelesaian sengketa kontrak pengadaan. LKPP dengan dalam praktiknya sejak tahun 2016, menerbitkan Peraturan Kepala LKPP No.4 Tahun 2016 tentang Layanan Penyelesaian Sengketa Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah. Namun Sengketa Pengadaan didefinisikan hanya sengketa dalam pelaksanaan kontrak.²⁶ Perpres No.16 Tahun 2018 hanya memberikan penegasan bahwa LKPP menyelenggarakan Layanan Penyelesaian Kontrak

²⁶ Pasal 1 angka 3 Peraturan Kepala LKPP No.4 Tahun 2016 Tentang Layanan Penyelesaian Sengketa Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah

Pengadaan, karena hal tersebut telah dilaksanakan oleh LKPP sejak Tahun 2016.

2. Konsep Pengusaha Swasta

Istilah pengusaha swasta bukan merupakan istilah yang digunakan dalam peraturan presiden yang mengatur pengadaan barang dan jasa pemerintah. Di dalam peraturan pengadaan barang dan jasa pemerintah terdapat dua pihak yang secara berhadapan menjadi pihak yaitu pengguna barang/jasa dan penyedia barang/jasa. Pengusaha swasta di dalam penelitian ini mewakili pelaku usaha yang dalam pengadaan kedudukannya sebagai penyedia barang/jasa, namun digunakannya konsep pengusaha swasta dimaksudkan untuk memberikan penegasan kedudukannya sebagai rakyat. Sedangkan pengguna barang/jasa adalah pihak pemerintah sebagai pembeli. Kata swasta dalam kamus besar bahasa Indonesia diartikan sebagai bukan milik pemerintah.²⁷ Kata swasta memberikan pembatasan bahwa Pengusaha dalam penelitian ini adalah pengusaha yang mengelola perusahaan privat yang bukan merupakan bagian dari Perusahaan pemerintah baik berupa BUMN, BUMD, maupun Perusahaan Daerah. Pengusaha swasta menjalankan perusahaan yang sedikitpun tanpa penyertaan modal dari pemerintah. Pusat maupun daerah. Sehingga segala risiko dan tanggung jawab tidak ada hubungannya dengan pemerintah.

4. Konsep Sengketa

²⁷ <https://kbbi.kemdikbud.go.id/entri/swasta>, diakses tanggal 1 Nopember 2017 jam 14.16 WIB

Sengketa dalam kamus besar Bahasa Indonesia diartikan sebagai sesuatu yang menyebabkan perbedaan pendapat; pertengkaran, pertikaian; perselisihan atau perkara (dalam pengadilan)²⁸. Di dalam Undang-undang No.30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, tidak ada definisi khusus kata sengketa namun banyak disebutkan dalam pasal-perpasalnya kata sengketa disejajarkan dengan arti beda pendapat. Sedangkan dalam kamus hukum Balcklaw's dictionary disebutkan: "*Dispute : A conflict or controversy; a conflict of claims or rights; an assertion of a right, claim, or demand on one side, met by contrary claims or allegations on the other*"²⁹ Sehingga didalam penelitian ini yang dimaksud dengan konsep sengketa adalah perbedaan pendapat.

5. Konsep Pengadaan Barang dan Jasa di Pemerintahan

Pengadaan barang/ jasa di pemerintahan adalah bagian dari belanja atau pembelian atas barang/ jasa yang dilakukan oleh pemerintah. Hal tersebut sama dengan maksud Pengadaan barang/ jasa pemerintah sebagaimana diatur dalam Peraturan Presiden No.16 tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah. Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang selanjutnya disebut Pengadaan Barang/Jasa adalah kegiatan Pengadaan Barang/Jasa Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah yang dibiayai oleh APBN/APBD yang prosesnya sejak identifikasi kebutuhan, sampai dengan serah terima hasil pekerjaan. Peraturan mengenai pengadaan barang/ jasa mendasarkan secara yuridis salah satunya pada ketentuan undang-undang no.1 tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara. Hal ini dapat dipahami karena dalam kegiatan pengadaan barang/

²⁸ <https://kbbi.kemdikbud.go.id/entri/sengketa> diakses tanggal 30 Oktober 2019 Jam 08.31 WIB

²⁹ <https://thelawdictionary.org/dispute/> diakses tanggal 30 Oktober 2019 Jam 09.00 WIB

jasa pemerintah dilakukan melalui mekanisme prosedur pengelolaan dan pertanggungjawaban keuangan negara. Istilah pengadaan barang dan jasa di pemerintahan secara umum adalah sebagaimana yang diatur dalam Peraturan Presiden tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yaitu kegiatan Pengadaan Barang/Jasa oleh Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah yang dibiayai oleh APBN/APBD yang prosesnya sejak identifikasi kebutuhan, sampai dengan serah terima hasil pekerjaan dan pembayaran. Pengadaan barang/ jasa pemerintah meliputi kegiatan pembelian barang, pekerjaan konstruksi, jasa konsultasi atau jasa lainnya.

6. Konsep Nilai Keadilan

Didalam pembentukan hukum nasional, keadilan yang merupakan tujuannya bersumber pada dasar negara Pancasila. Pancasila sebagai dasar negara atau falsafah negara (*fiilosofische grondslag*) sampai sekarang tetap dipertahankan dan masih tetap dianggap penting bagi negara Indonesia. Secara aksiologis, bangsa Indonesia merupakan pendukung nilai-nilai Pancasila (*subscriber of values Pancasila*). Bangsa Indonesia yang berketuhanan, yang berkemanusiaan, yang berpersatuan, yang berkerakyatan, dan yang berkeadilan sosial.

Sebagai pendukung nilai, bangsa Indonesia-lah yang menghargai, mengakui, serta menerima Pancasila sebagai suatu bernilai. Pengakuan, penghargaan, dan penerimaan Pancasila sebagai sesuatu yang bernilai itu akan tampak merefleksikan dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan bangsa Indonesia. Kalau pengakuan, penerimaan, atau penghargaan itu

direfleksikan dalam sikap, tingkah laku, serta perbuatan manusia dan bangsa Indonesia dalam hal ini sekaligus adalah pengembannya dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan manusia Indonesia. Oleh karenanya Pancasila sebagai suatu sumber hukum tertinggi secara irasional dan sebagai rasionalitasnya adalah sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar negara, yaitu Pancasila, yang mana sila kelimanya berbunyi : “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Yang menjadi persoalan sekarang adalah apakah yang dinamakan adil menurut konsepsi hukum nasional yang bersumber pada Pancasila.

Menurut Kahar Masyhur dalam bukunya mengemukakan pendapat-pendapat tentang apakah yang dinamakan adil, terdapat tiga hal tentang pengertian adil.³⁰

- (1) “Adil” ialah : meletakkan sesuatu pada tempatnya.
- (2) “Adil” ialah : menerimahak tanpa lebih dan memberikan orang lain tanpa kurang.
- (3) “Adil” ialah : memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih tanpa kurang antara sesama yang berhak dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggaran”.

Untuk lebih lanjut menguraikan tentang keadilan dalam perspektif hukum nasional, terdapat diskursus penting tentang adil dan keadilan sosial. Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban. Apabila ada pengakuan dan perlakuan yang

³⁰ Kahar Masyhur, 1985, *Membina Moral dan Akhlak*, Jakarta, Kalam Mulia, hlm.71.

seimbang hak dan kewajiban, dengan sendirinya apabila kita mengakui “hak hidup”, maka sebaliknya harus mempertahankan hak hidup tersebut dengan jalan bekerja keras, dan kerja keras yang dilakukan tidak pula menimbulkan kerugian terhadap orang lain, sebab orang lain itu juga memiliki hak yang sama (hak untuk hidup) sebagaimana halnya hak yang ada pada diri individu.³¹

Dengan pengakuan hak hidup orang lain, dengan sendirinya diwajibkan memberikan kesempatan kepada orang lain tersebut untuk mempertahankan hak hidupnya. Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan sila kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab.

Hubungan adil dan beradab dapat diumpamakan sebagai cahaya dan api, bila apinya besar maka cahayanya pun terang : jadi bila peradabannya tinggi, maka keadilanpun mantap.³²

Lebih lanjut apabila dihubungkan dengan “keadilan sosial”, maka keadilan itu harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai :³³

(1) Mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak.

³¹ Suhrawardi K. Lunis, 2000, *Etika Profesi Hukum*, Cetakan Kedua, Jakarta, Sinar Grafika, hlm. 50.

³² Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1982, *Renungan Tentang Filsafat Hukum*, Jakarta, Rajawali, 1982, hlm.83.

³³ Kahar Masyhur, *Loc. Cit*, hlm. 71

- (2) Menumpas keaniayaan, ketakutan dan perkosaan dan pengusaha-pengusaha.
- (3) Merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang mewah yang didapatnya dengan tidak wajar”.

Sebagaimana diketahui bahwa keadilan dan ketidakadilan tidak dapat dipisahkan dari hidup dan kehidupan bermasyarakat. Dalam kehidupan sehari-hari sering dijumpai orang yang “main hakim sendiri”, sebenarnya perbuatan itu sama halnya dengan perbuatan mencapai keadilan yang akibatnya terjadi ketidakadilan, khususnya orang yang dihakimi itu.

Keadilan sosial menyangkut kepentingan masyarakat dengan sendirinya individu yang berkeadilan sosial itu harus menyisihkan kebebasan individunya untuk kepentingan Individu yang lainnya

Hukum nasional hanya mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan didalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang mensekasikan atau mensekasikan keadilan-keadilan yang bersifat umum diantara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada didalam kelompok masyarakat hukum.

Keadilan adalah suatu nilai yang berlaku Universal. Satu negara telah menerapkan nilai keadilan, indikatornya adalah “apabila setiap orang

dalam negara telah menerima apa yang menjadi haknya” maka keadilan telah terlaksana dengan baik di negara tersebut.

Suatu hak yang diberikan kepada seseorang karena dia Manusia, maka hak itu dikenal dengan “*Human Rights*” (hak asasi manusia), kalau hautional ke seseorang di berikan oleh konstitusi (UUD) maka “*Constitutinal Rights*” Hak Konstitusional..... kalau hak itu timbul karena peraturan perundang-undangan khusus untuk orang tertentu maka disebut “*Legal Rights/ Individual Rights*” (hak atas tanah diatur dalam UUPA, hak mendapat upah diatur dalalam UU Perburuhan. dll) Bagi kita orang Islam misal fakir miskin mendapat hak menerima zakat dan sedekah..... Jadi dalam nilai Keadilan hak tidak diminta tetapi harus diberikan. Yang dituntut adalah kewajiban.

Keadilan adalah salah satu topik dalam filsafat yang paling banyak dikaji. Teori-teori hukum alam yang mengutamakan *the search for justice* sejak Socrates hingga Francois Geny tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum³⁴ Masalah keadilan adalah sebuah masalah yang menarik untuk ditelaah lebih dalam karena banyak hal yang terkait di dalamnya, baik dengan moralitas, sistem kenegaraan, dan kehidupan bermasyarakat. Keadilan telah menjadi pokok pembicaraan serius sejak awal munculnya paling penting di antara kajian-kajian yang lainnya. Islam sebagai agama diharapkan perannya dalam menegakkaan keadilan dan mengembangkan etika keadilan. Karenanya pembicaraan keadilan

³⁴ Theo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, cet. viii ,Yogyakarta, Kanisius, hlm. 196.

memiliki cakupan yang luas bagi setiap pribadi manusia, sejak lahir hingga akhir hayatnya. Banyak orang yang berpikir bahwa bertindak adil dan tidak adil tergantung pada kekuatan yang dimiliki, untuk menjadi adil cukup terlihat mudah, namun tentu saja tidak begitu halnya penerapannya dalam kehidupan manusia.

Siapa saja dapat menganggap keadilan sebagai sebuah gagasan atau realitas absolut dan mengasumsikan bahwa pengetahuan dan pemahaman yang sangat sulit. Orang juga dapat menganggap keadilan sebagai hasil dari saat ini diskursus tentang keadilan begitu panjang dalam lintasan sejarah Islam, seperti yang terlihat dalam teori yang selalu menjadi topik pada saat membahas tentang persoalan 'atau . Bahkan persoalan keadilan ini juga masuk dalam ranah teologi, terutama terkait dengan masalah keadilan Ilahiyah dan tanggung jawab manusia.

Sila Kelima dalam Dasar Negara RI mengandung makna setiap manusia Indonesia menyadari hak dan kewajiban yang sama untuk menciptakan keadilan sosial dalam kehidupan masyarakat Indonesia. Untuk itu dikembangkan perbuatannya luhur yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan gotong royong. Untuk itu diperlukan sikap adil terhadap sesama, menjaga kesinambungan antara hak dan kewajiban serta menghormati hak-hak orang lain.

Nilai yang terkandung dalam sila Keadilan Sosial bagi Seluruh Rakyat Indonesia didasari dan dijiwai oleh sila Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, serta

Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan atau Perwakilan. Dalam sila ke 5 tersebut terkandung nilai-nilai yang merupakan tujuan Negara sebagai tujuan dalam hidup bersama. Maka dalam sila ke 5 tersebut terkandung nilai keadilan yang harus terwujud dalam kehidupan bersama (kehidupan sosial). Keadilan tersebut didasari dan dijiwai oleh hakikat keadilan manusia yaitu keadilan dalam hubungan manusia dengan dirinya sendiri, manusia dengan manusia lain, manusia dengan masyarakat, bangsa dan negaranya serta hubungan manusia dengan Tuhannya.

Nilai-nilai keadilan tersebut haruslah merupakan suatu dasar yang harus diwujudkan dalam hidup bersama kenegaraan untuk mewujudkan tujuan Negara yaitu mewujudkan kesejahteraan seluruh warganya serta melindungi seluruh warganya dan wilayahnya, mencerdaskan seluruh warganya. Demikian pula nilai-nilai keadilan tersebut sebagai dasar dalam pergaulan antara Negara sesama bangsa didunia dan prinsip ingin menciptakan ketertiban hidup bersama dalam suatu pergaulan antar bangsa didunia dengan berdasarkan suatu prinsip kemerdekaan bagi setiap bangsa, perdamaian abadi serta keadilan dalam hidup bersama (keadilan sosial).

Realisasi dan perlindungan keadilan dalam hidup bersama dalam suatu Negara berkebangsaan, mengharuskan Negara untuk menciptakan suatu peraturan perundang-undangan. Dalam pengertian inilah maka Negara kebangsaan yang berkeadilan sosial harus merupakan suatu negara yang berdasarkan atas hukum. Termasuk dalam memberikan keadilan bagi rakyat

dihubungkan dengan penelitian ini adalah dapat terwujudnya perlindungan hukum bagi pengusaha dalam mendapatkan kepastian penyelesaian sengketa dalam pengadaan barang dan jasa melalui lembaga yang adil.

F. Kerangka Teori Disertasi

1. Grand Theory: Teori Keadilan

Keadilan merupakan tujuan utama hukum, oleh karenanya aktifitas hukum para praktisi dan akademisi hukum adalah untuk mencapai keadilan. Namun keadilan adalah hal yang abstrak oleh karena perlu untuk dikaji melalui Kitab suci Alquran dan pendapat para ahli tentang makna keadilan.

a. Keadilan dalam Islam

Al-Qur'an sebagai sumber ajaran Islam yang utama, banyak sekali menyebut keadilan. Kata al-Adl, dalam berbagai bentuk katanya disebut sebanyak 28 kali, kata al-Qisth dalam berbagai shighahnya disebut sebanyak 27 kali, dan kata al-Mizan yang mengandung makna yang relevan dengan keduanya disebut 23 kali.³⁵ Dengan sangat tegas Islam mendeklarasikan posisinya dalam persoalan keadilan sebagaimana bagian dari ayat 42, Alqur'an surat Al-Maidah yang terjemehannya adalah: "...Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang adil."

Dalam surat al-Nisa ayat 58 dinyatakan yang artinya : "Apabila kamu sekalian memutuskan perkara diantara manusia, maka kamu

³⁵ Abd al-Baqi, Muhammad Fu'ad, 1987, al-Mu'jam al-Mufahras li Al-Fadh al-Qur'an al-Karim, Bairut, Dar al-Fikr. Hlm.448

sekalian harus memutuskan secara adil". Dan juga QS Annisa ayat 135 : "Wahai orang-orang yang beriman! Jadilah penegak keadilan. Menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri, atau ibu bapak dan kaum kerabatmu, jika ia kaya atau miskin maka Allah lebih tahu kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutarbalikkan (kata-kata) atau enggan jadi saksi , maka Allah mengetahui segala apa yang kamunkerjakan." Hal ini bermakna bahwa kesamaan di depan hukum. Prinsip kesamaan ditekankan dalam hal ini. kemudian dalam Surat Almaidah ayat 8 disebutkan yang terjemahannya berikut:" Wahai orang-orang yang beriman! Jadilah kamu sebagai penegak keadilan karena Allah, (ketika) menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah kebencianmu terhadap suatu kaum mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah. Karena (adil) itu lebih dekat kepada takwa." Dalam hal ini adil mempunyai dua makna, yaitu persamaan dan perlakuan sesuai hak.

b. Keadilan Pancasila

Negara Pancasila adalah negara kebangsaan yang berkeadilan sosial, yang berarti bahwa negara sebagai penjelmaan manusia sebagai makhluk Tuhan yang Maha Esa, sifat kodrat individu dan makhluk sosial bertujuan untuk mewujudkan suatu keadilan dalam hidup Bersama (Keadilan Sosial). Keadilan sosial tersebut didasari dan

dijiwai oleh hakikat keadilan manusia sebagai makhluk yang beradab (Sila II).³⁶

c. Teori Keadilan Plato

Pendapat Plato dalam makalahnya yang berjudul *Georgias* yang kemudian dibukukan pada buku yang berjudul *Republict* memberikan doktrin tentang keadilan yang berdasar pada kebaikan, dalam mewujudkan suatu keadilan dibutuhkan suatu pembalasan dalam setiap perilaku yang jahat akan tetapi pembalasan tersebut dilaksanakan untuk mewujudkan kebaikan selain itu Plato juga menekankan pada prinsip moralitas yang tinggi dengan menekankan bahwa lebih baik menderita dalam keadilan daripada melakukannya, dan bahwa lebih baik tunduk pada hukum yang sah daripada mengelak darinya.³⁷

Lebih jauh Plato berpendapat bahwa pembalasan yang benar-benar dapat mewujudkan keadilan tidak dapat direalisasikan di dunia ini melainkan akan ditunda sampai kedunia lain atau sampai kedunia kedua di dunia ini, pandangan Plato tersebut berdasarkan pandangan filsafatnya tentang ide.³⁸

d. Teori Keadilan Aristoteles

Pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karyanya *nicomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Spesifik dilihat dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi

³⁶ Kaelan, 2016, *Pendidikan Pancasila*, Yogyakarta: Paradigma, hllm. 177

³⁷ Hans Kelsen, 2008, *Dasar-Dasar Hukum Normatif*, Bandung, Nusa Media, hal. 116-118

³⁸ *Ibid*, hlm. 118

keadilan, yang berdasarkan filsafat hukum Aristoteles, meski dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, “karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”.³⁹ Pada pokoknya pandangan keadilan ini sebagai suatu pemberian hak persamaan tapi bukan persamarataan.

Aristoteles membedakan hak persamaannya sesuai dengan hak proporsional. Kesamaan hak dipandangan manusia sebagai suatu unit atau wadah yang sama. Inilah yang dapat dipahami bahwa semua orang atau setiap warga negara dihadapan hukum sama.

Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuan dan prestasi yang telah dilakukannya.

Keadilan menurut Aristoteles dibagi kedalam dua macam keadilan, keadilan “*distributief*” dan keadilan “*commutatief*”. Keadilan *distributief* ialah keadilan yang memberikan kepada tiap orang porsi menurut prestasinya. Keadilan *commutatief* memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membeda-bedakan prestasinya dalam hal ini berkaitan dengan peranan tukar menukar barang dan jasa.⁴⁰ Dari pembagian macam keadilan ini Aristoteles mendapatkan banyak kontroversi dan perdebatan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama

³⁹ Carl Joachim Friedrich, 2004, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung, Nuansa dan Nusamedia, hal. 239

⁴⁰ L.J. Van Apeldoorn, 2001, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, Pradnya Paramita, hal. 12

bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku dikalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.⁴¹

e. Teori Keadilan Roscoe Pound

Menurut pandangan Roscoe Pound keadilan dalam hasil-hasil konkrit yang bias diberikannya kepada masyarakat. Ia melihat bahwa hasil yang diperoleh itu hendaknya berupa pemuasan kebutuhan manusia sebanyak-banyaknya dengan pengorbanan yang sekecil-kecilnya. Pound sendiri mengatakan bahwa ia senang melihat, “semakin meluasnya pengakuan dan pemuasan terhadap kebutuhan, tuntutan atau keinginan-keinginan menudia melalui pengendalian sosial, semakin meluas dan efektifnya jaminan terhadap kepentingan sosial, suatu usaha untuk menghapuskan pemborosan yang terus menerus dan semakin efektif dan menghindari pembenturan antara manusia dalam menikmati sumber-sumber daya, singkatnya *social engineering* yang semakin efektif.”⁴²

f. Teori Keadilan John Rawls

Gagasan utama John Rawls dalam mmnyajikan konsep keadilan yang menggeneralisir dan mengangkat teori kontrak sosial

⁴¹ Carl Joachim Friedrich, *Op.Cit.* hal. 25

⁴² Roscoe Pound, 1978, *An Introduction sto the philosophy of law*, New Haven, Yale University Press, hal. 47

yang dingkapkan oleh Locke, Rousseau, dan -prinsip Kant kedalam gambaran yang lebih tinggi , namun gagasan yang menandainya bahwa prinsip-prinsip keadilan bagi struktur dasar masyarakat merupakan tujuan kesepakatan.prinsip-prinsip tersebut akan mengatur persetujuan lebih lanjut, menentukan semua jenis kerjasama sosial dan bentuk pemerintahan. Cara pandang tersebut oleh Rawls disebut dengan keadilan sebagai fairness.

Prinsip keadilan menurut Rawls berbunyi:

a. Pertama, setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang.

b. Kedua, ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga (a) dapat diharapkan memberi keuntungan semua orang, dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang⁴³

Secara spesifik, John Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaannya yang dikenal dengan “posisi asali” (*original position*) dan “selubung ketidaktahuan” (*veil of ignorance*).⁴⁴

Pandangan Rawls memposisikan adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu di dalam masyarakat. Tidak ada

⁴³ John Rawls, 1973, *A Theory of Justice*, London: Oxford University press, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teroti Keadilan*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2011, hal.72

⁴⁴ Pan Mohamad Faiz, *Teori Keadilan JohnRawls*, dalam Jurnal Konstitusi, Volume 6 Nomor 1 (April 2009), hal. 135

pembedaan status, kedudukan atau memiliki posisi lebih tinggi antara satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan kesepakatan yang seimbang, itulah pandangan Rawls sebagai suatu “posisi asli” yang bertumpu pada pengertian *ekulibrium reflektif* dengan didasari oleh ciri rasionalitas (*rationality*), kebebasan (*freedom*), dan persamaan (*equality*) guna mengatur struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*).

Sementara konsep “selubung ketidaktahuan” diterjemahkan oleh John Rawls bahwa setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya sendiri, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutuhkan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang. Dengan konsep itu Rawls menggiring masyarakat untuk memperoleh prinsip persamaan yang adil dengan teorinya disebut sebagai “*Justice as Fairness*”.⁴⁵

Dalam pandangan John Rawls terhadap konsep “posisi asli” terdapat prinsip-prinsip keadilan yang utama, diantaranya prinsip persamaan, yakni setiap orang sama atas kebebasan yang bersifat universal, hakiki dan kompitabel dan ketidaksamaan atas kebutuhan sosial, ekonomi pada diri masing-masing individu.

Prinsip pertama yang dinyatakan sebagai prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*), seperti kebebasan beragama

⁴⁵ *Ibid*

(*freedom of religion*), kebebasan 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*).

Dengan demikian, prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal: Pertama, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. Kedua, setiap aturan harus memposisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami kaum lemah.

Singkatnya, teori keadilan dari John Rawls merupakan campuran dari unsur-unsur sebagai berikut:

1. Pengertian keadilan dari Aristoteles (distributif dan kumulatif)
2. Teori kontrak sosial dari John Locke dan Rousseau
3. Framework yang diciptakan oleh Immanuel Kant

4. Dengan menolak paham utilitarian dari John S. Mill⁴⁶

g. Teori Keadilan Hans Kelsen

Sedangkan menurut Hans Kelsen, suatu tata social adalah tata yang adil. Pandangan ini bermakna bahwa tata tersebut mengatur perbuatan manusia dengan tata cara yang dapat memberikan kebahagiaan bagi seluruh masyarakat. Keadilan adalah kebahagiaan social yang tidak dapat ditemukan oleh manusia sebagai individu dan berusaha untuk dicarinya dalam masyarakat. Oleh karena itu dapat dikatakan bahwa kerinduan manusia kepada keadilan pada hakekatnya adalah kerinduan terhadap kebahagiaan. Keadilan ini hanya dapat diperoleh dari tatanan.

Menurut Kelsen, tatanan hukum yang dapat memberikan keadilan adalah tatanan hukum yang positif, yang dapat bekerja secara sistematis.⁴⁷ Dengan demikian, keadilan menurut Kelsen ini merupakan keadilan yang sudah tertuang dalam tatanan yang dipositifkan.

Dengan teori keadilan, khususnya teori keadilan sebagaimana dalam nilai Islam, Pancasila dan keadilan sebagaimana disampaikan oleh Para pemikir dapat diperoleh makna keadilan adalah persamaan, perlakukan sesuai haknya . Promovendus akan menganalisis persoalan di dalam peraturan yang berlaku/ *ius contitutum* sehingga selanjutnya mampu untuk merumuskan ketentuan hukum yang dicita-citakan/ *ius*

⁴⁶ Munir Fuady, 2010, *Dinamika Teori Hukum*, Jakarta, Ghalia Indonesia, hal.97.

⁴⁷ Anthon F Susanto, 2010, *Dekontruksi Hukum :Eksplorasi Teks dan Model Pembacaan*, Yogyakarta, Genta Publishing, hal. 89.

contituendum yang benar-benar mengakomodasi nilai keadilan secara proporsional.

2. Middle Theory :

a. Teori Perlindungan Hukum

Fokus kajian teori Perlindungan hukum 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, dalam hal ini pengusaha swasta sebagai penyedia barang dan jasa yang harus berhadapan dengan pemerintah yang merupakan pengguna barang dan jasa.

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.

Pada dasarnya, teori perlindungan hukum merupakan teori yang berkaitan pemberian pelayanan kepada masyarakat. Roscou Pound mengemukakan hukum merupakan alat rekayasa sosial (Law as tool of social engineering). Kepentingan manusia, adalah suatu tuntutan yang dilindungi dan dipenuhi dalam bidang hukum.

Roscou Pound membagi kepentingan manusia yang dilindungi hukum tiga macam, yang meliputi:

1. Publik interest (kepentingan umum)
2. Sosial interest (kepentingan masyarakat)
3. Privat interest (kepentingan individu)⁴⁸

Wujud atau tujuan perlindungan hukum, Subjek maupun Objeknya di dalam suatu peraturan berbeda-beda. Hal ini sangat tergantung dengan politik hukum yang diusung pada saat peraturan perundang-undangan tersebut dibuat. Subyek hukum selaku pemikul hak-hak dan kewajiban-kewajiban (*de drager van de rechten en plichten*), baik itu manusia (*naturlijke persoon*), badan hukum (*rechtspersoon*), maupun jabatan (*ambt*), dapat melakukan tindakan-tindakan hukum berdasarkan kemampuan (*bekwaam*) atau kewenangan (*bevoegdheid*) yang dimilikinya. Di dalam pergaulan di tengah masyarakat, banyak terjadi hubungan hukum yang muncul sebagai akibat adanya tindakan-tindakan hukum dari subyek hukum itu. Tindakan hukum ini merupakan awal lahirnya hubungan hukum (*rechtsbetrekking*), yakni interaksi antar subyek hukum yang memiliki relevansi hukum atau mempunyai akibat-akibat hukum. Agar hubungan hukum antar subyek hukum itu berjalan secara harmonis, seimbang, dan adil, dalam arti setiap subyek hukum mendapatkan apa yang menjadi haknya dan menjalankan kewajiban yang dibebankan

⁴⁸ Lili Rasyidi, 1988, *Filsafat Hukum*, Bandung, Remadja Karya, hal.228

kepadanya, maka hukum tampil sebagai aturan main dalam mengatur hubungan hukum tersebut. Hukum diciptakan sebagai suatu sarana atau instrumen untuk mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban subyek hukum.⁴⁹ Di samping itu, hukum juga berfungsi sebagai instrumen perlindungan bagi subyek hukum. Menurut Sudikno Mertokusumo, hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum.⁵⁰ Pelanggaran hukum terjadi ketika subyek hukum tertentu tidak menjalankan kewajiban yang seharusnya dijalankan atau karena melanggar hak-hak subyek hukum lain. Subyek hukum yang dilanggar hak-haknya harus mendapatkan perlindungan hukum.

Perlindungan hukum bagi rakyat merupakan konsep universal, dalam arti dianut dan ditetapkan oleh setiap negara yang mengedepankan diri sebagai negara hukum, namun seperti disebutkan Paulus E. Lotulung, masing-masing negara mempunyai cara dan mekanismenya sendiri tentang bagaimana mewujudkan perlindungan hukum tersebut, dan juga sampai seberapa jauh perlindungan hukum itu diberikan.⁵¹

⁴⁹ Ridwan HR, 2003, *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta, UII Press. Hal. 210

⁵⁰ Soedikno Mertokusumo, 1996, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*, Yogyakarta, Liberty, hal 140

⁵¹ Paulus E. Lotulung, 1993, *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum terhadap Pemerintah*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hal. 123

Tindakan pemerintah merupakan tindakan-tindakan yang berdasarkan sifatnya menimbulkan akibat hukum. Karakteristik paling penting dari tindakan hukum yang dilakukan oleh pemerintah adalah keputusan-keputusan dan ketetapan-ketetapan pemerintah yang bersifat sepihak. Dikatakan bersifat sepihak karena dilakukan tidaknya suatu tindakan hukum pemerintahan itu tergantung pada kehendak sepihak dari pemerintah, tidak tergantung pada kehendak pihak lain dan tidak diharuskan oleh persesuaian kehendak (*wilsovereenstemming*) dengan pihak lain.⁵²

Keputusan dan ketetapan sebagai instrumen hukum pemerintah dalam melakukan tindakan hukum sepihak dapat menjadi penyebab terjadinya pelanggaran hukum terhadap warga negara, apalagi dalam negara hukum modern yang memberikan kewenangan yang luas kepada pemerintah untuk mencampuri kehidupan warga negara. Oleh karena itu diperlukan perlindungan hukum bagi warga negara terhadap tindakan hukum pemerintah. Menurut Syahrhan Basah, perlindungan terhadap warga negara diberikan bila sikap tindak administrasi negara itu menimbulkan kerugian terhadapnya, sedangkan perlindungan terhadap administrasi negara itu sendiri dilakukan terhadap sikap tindakannya dengan baik dan benar menurut hukum baik tertulis maupun tidak tertulis.⁵³

⁵² Ridwan HR, *Op. cit.*, hal. 289

⁵³ Syahrhan Basah, 1992, *Perlindungan Hukum atas Sikap Tindak Administrasi Negara*, Bandung, Alumni, hal. 7-8

Ada dua macam perlindungan hukum bagi rakyat, yaitu perlindungan hukum preventif dan represif.⁵⁴ Pada perlindungan hukum preventif, rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Artinya perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, sedangkan sebaliknya perlindungan yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Perlindungan hukum yang preventif sangat besar artinya bagi tindakan pemerintahan yang didasarkan kepada kebebasan bertindak, karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif pemerintah terdorong untuk bersikap hati-hati dalam mengambil keputusan yang didasarkan pada diskresi.

Sudikno Mertokusumo mengemukakan tidak hanya tentang tujuan hukum, tetapi juga tentang fungsi hukum dan perlindungan hukum. Ia berpendapat bahwa, dalam fungsinya sebagai perlindungan kepentingan manusia hukum mempunyai tujuan. Hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Adapun tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Dengan tercapainya ketertiban didalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia terlindungi. Dalam mencapai tujuannya itu hukum bertugas membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat, membagi wewenang dan

⁵⁴ Philippus M Hadjon, 1987, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat Indonesia*, Surabaya, Bina Ilmu, hal.2

mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.⁵⁵

Ada beberapa alasan mengapa perlu ada perlindungan hukum terhadap rakyat, yaitu: *Pertama*, karena dalam berbagai hal warga negara dan badan hukum perdata tergantung pada keputusan-keputusan dan ketetapan-ketetapan pemerintah, seperti kebutuhan terhadap izin yang diperlukan untuk usaha perdagangan, perusahaan dan pertambangan. Oleh karena itu, warga negara dan badan hukum perdata perlu mendapat perlindungan hukum, terutama untuk memperoleh kepastian hukum dan jaminan keamanan, yang merupakan faktor penentu bagi kehidupan dunia usaha. *Kedua*, hubungan antara pemerintah dengan warga negara tidak berjalan dalam posisi sejajar. Warga negara merupakan pihak yang lebih lemah dibandingkan dengan pemerintah. *Ketiga*, berbagai perselisihan warga negara dengan pemerintah itu berkenaan dengan keputusan dan ketetapan, sebagai instrumen pemerintah yang bersifat sepihak dalam melakukan intervensi terhadap kehidupan warga negara.

Kekuatan berlakunya suatu hukum berasal dari teori hukum eropa yang dalam Bahasa Jerman disebut *geltung* atau Bahasa Belanda disebut *geldings*. Kekuatan berlaku atau suatu keberlakuan hukum adalah kemampuan memaksa orang agar mentaatinya. Kemampuan memaksa ini ada dua teori yaitu teori kehendak

⁵⁵ Sudikno Mertokusumo, 1999, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Yogyakarta, Liberty, hal.71

(*willenstheorie*) dan teori paksaan (*dwangstheorie*).⁵⁶ Di samping itu, hukum juga berfungsi sebagai instrumen perlindungan bagi subyek hukum. Menurut Sudikno Mertokusumo, hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan.

Teori kehendak mengatakan bahwa seseorang itu tunduk pada hukum karena orang itu berkehendak secara sadar tunduk dan taat pada hukum itu. Teori paksaan mengatakan bahwa berdasarkan kedaulatannya, hukum dengan sifatnya yang memaksa dapat memaksa seseorang agar tunduk dan taat padanya. Jika seseorang itu tidak tunduk dan taat padanya, hukum dengan kekuasaan yang dimilikinya itu dapat memberikan sanksi hukum secara paksa pula. Paksaan itu dapat dilakukan melalui alat-alat yang dimilikinya seperti polisi, jaksa, hakim, atau birokrasi.

Dalam kamus besar Bahasa Indonesia Perlindungan berasal dari kata lindung yang memiliki arti mengayomi, mencegah, mempertahankan, dan membentengi. Sedangkan Perlindungan berarti konservasi, pemeliharaan, penjagaan, asilun, dan bunker. Beberapa unsur kata Perlindungan;

1. Melindungi: menutupi supaya tidak terlihat/tampak, menjaga, memelihara, merawat, menyelamatkan.
2. Perlindungan; proses, cara, perbuatan tempat berlindung, hal (perbuatan) memperlindungi (menjadikan atau menyebabkan berlindung).

⁵⁶ Dominikus Rato, 2011, *Hukum Adat (Suatu Pengantar Singkat Memahami Hukum Adat di Indonesia)*, Yogyakarta, LaksBang PRESSindo: hal. 49

3. Pelindung: orang yang melindungi, alat untuk melindungi.
4. Terlindung: tertutup oleh sesuatu hingga tidak kelihatan.
5. Lindungan : yang dilindungi, cak tempat berlindung, cak perbuatan.
6. Memperlindungi: menjadikan atau menyebabkan berlindung.
7. Melindungi: membuat diri terlindungi⁵⁷

Unsur yang tercantum dalam definisi teori perlindungan hukum meliputi:

1. Adanya wujud atau bentuk perlindungan hukum atau tujuan perlindungan;
2. Subjek hukum;
3. Objek perlindungan hukum⁵⁸.

Dalam setiap perundang-undangan, yang menjadi wujud atau bentuk perlindungan yang diberikan kepada subjek dan objek perlindungannya berbeda-beda antara satu dengan yang lainnya. Dalam penelitian ini tujuan perlindungan hukum adalah Upaya melindungi kepentingan pengusaha swasta dengan cara memberikan perlakuan hukum yang adil dan seimbang untuk melakukan tindakan yang dapat memenuhi kepentingannya dalam menyelesaikan sengketa.

Dari teori-teori yang ada dapat dirumuskan Perlindungan hukum dalam sengketa pengadaan harus memenuhi prinsip-prinsip:

1. Adanya aturan hukum yang mengatur penyelesaian sengketa;
2. Adanya ketentuan mekanisme penyelesaian sengketa;

⁵⁷ (<http://www.artikata.com/artiperlindungan.html>) diakses pada tanggal 1 Juli 2015 jam 08.00 WIB

⁵⁸ H.Salim HS & Erlin Septiana Nurbani, 2014, *penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, hal.263

3. Adanya sarana yang dibuat untuk menyelesaikan sengketa;

Teori Perlindungan Hukum akan digunakan sebagai dasar analisis terhadap aturan hukum pengadaan dan fakta-fakta hukum untuk mendeskripsikan dasar pembenaran tentang perlunya perlindungan hukum pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa di pemerintahan yang berbasis nilai keadilan.

b. Teori Sistem Hukum

Pemikiran dalam teori sistem hukum berawal dari pandangan bahwa hukum bukanlah hukum itu sendiri secara otonom namun menjadi bagian dari kehidupan sosial. "Hukum"- dalam pengertian sebagai struktur dan peraturan-hanya-lah satu dari tiga fenomena, yang semuanya sepadan dan nyata. Pertama, ada kekuatan-kekuatan sosial dan legal yang dengan cara tertentu mendesak masuk dan membentuk "hukum." Kemudian muncul "hukum" itu sendiri – struktur-struktur dan peraturan-peraturan. Ketiga, ada dampak dari hukum tersebut terhadap perilaku di dunia luarnya.⁵⁹

Suatu sistem hukum dalam operasi aktualnya merupakan sebuah organisme kompleks dimana struktur, substansi, dan kultur berinteraksi.⁶⁰ Substansi peraturan yang ada dapat menciptakan keadaan yang menguntungkan bagi satu pihak, namun merugikan pihak lain. Oleh karenanya penting menciptakan keseimbangan dalam penyusunan

⁵⁹ Lawrence M. Friedmen, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, Terjemahan M.Khozin, Bandung: Nusa Media, hlm.2

⁶⁰ Lawrence M. Friedmen. 2018. *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*. Terjemahan M.Khozin. Bandung: Nusa Media, hlm. 17

substansi peraturan. Struktur hukum dapat direpresentasikan oleh Pengadilan. Penataan pengadilan sangat mempengaruhi putusan yang merupakan produk hukum pengadilan. Lahirnya berbagai macam Lembaga peradilan dan pengadilan adalah jawaban atas keinginan untuk membuat struktur pengadilan yang menjamin keadilan. Budaya masyarakat menilai suatu realitas juga sangat berpengaruh terhadap pandangan terhadap suatu hukum.

Menganggap hukum sebagai norma yang statis sama dengan halnya membaca hukum teks per teks saja sehingga melepaskan hukum dari konteks pembentukan dan peristiwa hukum kongkritnya. Hukum dalam pemikiran ini dimaknai sebagai proses atau tatanan bukan sebagai fungsi atau institusi. Suatu sistem hukum dalam operasi aktualnya merupakan sebuah organisme kompleks dimana struktur, substansi, dan kultur berinteraksi.⁶¹ Substansi hukum membicarakan tentang peraturan itu sendiri, biasanya berjalan Bersama dengan struktur hukum yang ada, misal pengadilan. Keduanya secara pelan mempengaruhi kultur hukum dalam masyarakat. Dan sebaliknya kultur hukum juga mempengaruhi pembentukan substansi hukum dan struktur hukum. Hukum dalam kenyataannya adalah produk sosial, meskipun hal itu tidak berarti bahwa hukum secara harfiah adalah produk atau hasil dari kekuatan sosial semata-mata⁶². Menganggap hukum sebagai entitas tersendiri yang independent dari pengaruh sosial lainnya adalah

⁶¹ *Ibid*, hkm.17

⁶² Lawrence M. Friedman, 2018, *System Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, Terjemahan M.Khozim, Bandung: Nusa Media, hlm.202

mungkin terjadi diatas kertas, namun dalam kenyataanya tidak pernah hukum dapat berdiri tanpa ada pengaruh dari kondisi sosial lainnya

Sebuah aturan yang menentukan persyaratan dan batas waktu diajukan Peninjauan Kembali(PK), berimplikasi pada pihak yang kalah tidak dapat mengajukan semua perkara yang sudah berkekuatan hukum tetap (*inkracht*) dapat diajukan PK ke Mahkamah Agung, sehingga mengurangi Pemeriksaan perkara di Mahkamah Agung. Disini beratri substansi hukum mempengaruhi struktur hukum. Selanjutnya kultur hukum masyarakat akan cenderung menerima putusan yang sudah berkekuatan hukum tetap dan tidak mengajukan upaya PK.

Dalam penelitian ini, teori sistem hukum akan menjelaskan hubungan peraturan penyelesaian sengketa pengadaan dengan lembaga penyelesaian sengketa yang dibuat serta budaya hukum pengusaha swasta dalam kegiatan pengadaan barang/ jasa pemerintah.

3. Applied Theory:

a. Teori Hukum Progresif

Hukum progresif berangkat dari sebuah maksim bahwa: “*hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera, dan membuat manusia bahagia.*”⁶³

Satjipto Rahardjo menyampaikan pendapatnya bahwa apapun yang dilakukan oleh hukum, tidak boleh sekali-kali mengabaikan aspek

⁶³ Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif, Terapi Paradigma Bagi Lemahnya Hukum Indonesia*, AntonyLib, Yogyakarta, 2009, hal.52

manusia sebagai bagian yang sentral dari hukum itu, karena hukum itu dibuat untuk manusia, bukan sebaliknya.⁶⁴

Teori Hukum Progresif dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo yang menyatakan bahwa pemikiran hukum perlu kembali pada filosofis dasarnya yaitu hukum untuk manusia, bukan sebaliknya sehingga manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Hal ini mengingat disamping kepastian dan keadilan hukum juga berfungsi untuk kesejahteraan hidup manusia atau memberikan kemanfaatan kepada masyarakat. Sehingga boleh dikatakan bahwa berhukum adalah sebagai medan dan perjuangan manusia dalam konteks mencari kebahagiaan hidup.⁶⁵

Hukum progresif berangkat dari sebuah maksim bahwa: *“hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera, dan membuat manusia bahagia”*⁶⁶

Sekarang kita tahu, bahwa supremasi hukum itu tidak sama dengan supremasi undang-undang. Sekarang kita tahu, bahwa apabila kita berbicara tentang supremasi hukum, maka yang ada dipikiran kita adalah “keunggulan dari keadilan dan kejujuran”. Bukan undang-undang yang kita pikirkan tapi keadilan itulah.⁶⁷

Ada beberapa kekuatan hukum progresif, yaitu:

⁶⁴ Satjipto Rahardjo, 2009, *Sisi-Sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Kompas Media Nusantara, Jakarta, hal.5-6.

⁶⁵ Sabian Usman, 2009, *Dasar-Dasar Sosiologi Hukum*, Pustaka Belajar, Yogyakarta, h.1

⁶⁶ Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif, Terapi Paradigma Bagi Lemahnya Hukum Indonesia*, AntonyLib, Yogyakarta, 2009, hal.52

⁶⁷ Satjipto Rahardjo, *Sisi-Sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, *Op.Cit.*, hal 119

1. Ada dalam ranah teoritis, keunggulan paradigma hukum progresif dalam konteks ini adalah melihat hukum secara lebih menyeluruh dan tajam jika dibandingkan dengan paradigma hukum yang lain. Paradigma hukum progresif tidak hanya melihat hukum sebagai kumpulan peraturan saja, namun jauh melampaui peraturan, yaitu memandang hukum pada tataran yang lebih luas sebagai bagian dari realitas sosial yang kompleks.
2. Berada dalam konteks faktisitas hukum serta pilihan nilai yang coba dicapai oleh paradigma hukum progresif. Paradigma hukum progresif memandang hukum sebagai bagian dari realitas sosial yang kompleks, hukum tidak steril dari pengaruh lain seperti misalnya politik.
3. Paradigma hukum progresif berada dalam aspek metodologis. Paradigma hukum progresif menganalisis hukum secara lebih komprehensif dan lebih tajam dengan menggunakan ilmu bantu lain seperti sosiologi hukum, psikologi, antropologi, sehingga pembacaan terhadap realitas hukum menjadi lebih baik, dan solusi yang ditawarkan pada akhirnya tidak bertumpu pada peraturan *ad hoc*, namun lebih luas dari itu dengan mempertimbangkan

variabel-variabel lain seperti kemanusiaan, sistem sosial, sistem nilai, politik maupun ekonomi⁶⁸.

Teori hukum progresif menekankan analisis secara komprehensif persoalan hukum dengan realitas maupun ilmu sosial lainnya. Oleh karenanya dalam penelitian ini akan digunakan fakta-fakta sosial masyarakat dalam pengadaan barang/ jasa pemerintah untuk menganalisis penerapan perlindungan hukum Pengusaha Swasta dalam Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah;

b. Teori Bekerjanya Hukum dalam Masyarakat

Sekarang kita tahu, bahwa supremasi hukum itu tidak sama dengan supremasi undang-undang. Sekarang kita tahu, bahwa apabila kita berbicara tentang supremasi hukum, maka yang ada dipikiran kita adalah “keunggulan dari keadilan dan kejujuran”. Bukan undang-undang yang kita pikirkan tapi keadilan itulah.⁶⁹

- a. Dengan teori-teori hukum yang telah disebutkan tersebut, akan digali apakah perlindungan hukum pengusaha swasta dalam sengketa pengadaan barang/ jasa pemerintah saat ini sudah berbasis nilai keadilan, sehingga akan dapat ditemukan kelemahan-kelemahan yang ada baik secara teoritis maupun praktis. Hasil bahasan tersebut akan dapat digunakan untuk melakukan rekonstruksi Perlindungan hukum pengusaha swasta dalam pengadaan barang/ jasa pemerintah

⁶⁸ Mahmud Kusuma, *Op.Cit.*, hal.177.

⁶⁹ Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, hal 119

yang berbasis nilai keadilan. Teori Bekerjanya Hukum dalam Masyarakat

Tata hukum merupakan seperangkat norma-norma, yang menunjukkan apa yang harus dilakukan atau yang harus terjadi. Dilihat dari sudut proses bekerjanya maka kita melihat regenerasi norma-norma hukum.⁷⁰ Dalam pemahaman hukum dogmatis, bekerjanya hukum dihubungkan dengan persoalan penerapan hukum, penafsiran hukum, pembuatan konstruksi hukum. Sedangkan apabila kita melihat hukum sebagai suatu pranata yang ada dalam masyarakat, maka faktor yang berpengaruh terhadap bekerjanya hukum adalah manusia.

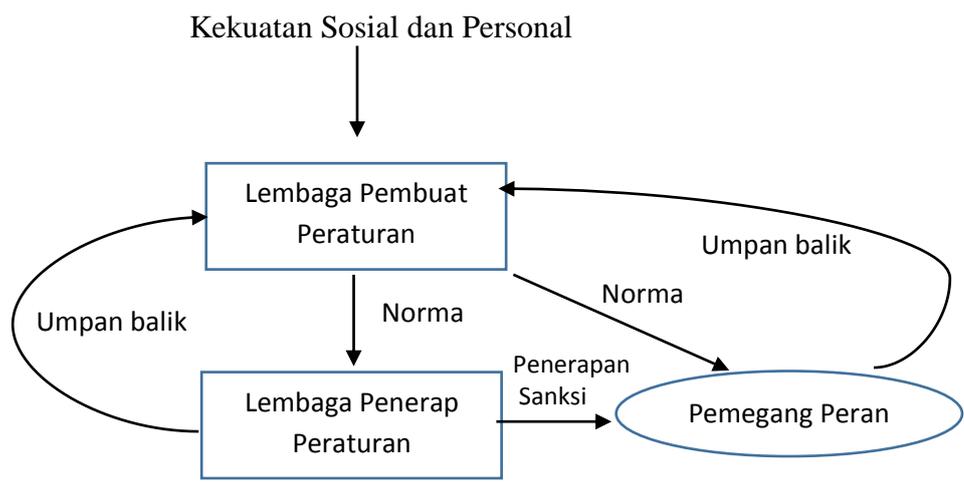
Robert B. Seidman dan William J. Chambliss membuat susunan model bekerjanya hukum didalam masyarakat. Setiap konsep hukum mempengaruhi, mendorong atau memaksa agar suatu kegiatan dilakukan oleh lembaga pembuat peraturan dan lembaga kekuasaan negara, oleh karena itu model yang diajukan menggambarkan tuntutan-tuntutan yang diajukan oleh berbagai golongan di dalam masyarakat, kemudian oleh kekuasaan negara diselenggarakan dengan mempergunakan hukum sebagai sarana untuk mendorong atau memaksakan dilakukannya tingkah laku-tingkah laku yang diinginkan dari pemegang-pemegang peran. Sehubungan dengan hal tersebut, Satjipto Rahardjo menyampaikan, bahwa:”... hukum itu dilihat sebagai karya manusia, maka perbicaraannya juga sudah harus dimulai sejak

⁷⁰ Satjipto Rahardjo, 1980, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung: Angkasa, hlm.48

dari pembuatan hukum.”⁷¹ Karena hukum yang berlaku sangat mungkin bukan merupakan nilai yang sejatinya hidup atau keinginan dalam masyarakat. Eugen Ehrlich (1862-1922) dari Austria itulah orangnya yang dengan jelas mencabar dengan mempertanyakan apakah betul *law is society*. Tidakkah akan lebih benar apabila dikatakan bahwa *Law is not society*, atau setidaknya *Law is not always society*?⁷²

Kehidupan dalam masyarakat yang sedikit banyak berjalan dengan tertib dan teratur ini didukung oleh adanya suatu tatanan dan ketertiban masyarakat yang tampak dari luar itu, dari dalam didukung oleh lebih dari satu macam tatanan. Sifat majemuk ini dilukiskan oleh Chambliss dan Seidman dalam suatu bagan mengenai bekerjanya hukum dalam masyarakat, adapun bagan tersebut sebagai berikut: ⁷³

Bagan 1.1
Bekerjanya Hukum dalam Masyarakat Chambliss dan Siedman



⁷¹ Satjipto Rahardjo, 1990, *Hukum Dan Masyarakat*, Bandung : Penerbit Angkasa, hlm.48

⁷² Soetandyo Wignjosebroto, *Hukum dalam Masyarakat Edisi 2*, Yogyakarta: Graha Ilmu. Hlm.46

⁷³ Satjipto Rahardjo, 1990, *Hukum Dan Masyarakat, Op Cit*, hlm.21

Kekuatan Sosial dan Personal

Dalam bagan itu diuraikan dalam dalil – dalil sebagai berikut :⁷⁴

1. Setiap peraturan hukum memberitahu tentang bagaimana seorang pemegang peranan (*role occupant*) itu diharapkan bertindak.
2. Bagaimana seorang pemegang peran itu akan bertindak sebagai suatu respons terhadap peraturan hukum merupakan fungsi peraturan-peraturan yang ditujukan kepadanya, sanksi-sanksinya, aktivitas dari Lembaga-lembaga pelaksana serta keseluruhan kompleks kekuatan sosial, politik dan lain-lainnya mengenai dirinya.
3. Bagaimana Lembaga-lembaga pelaksana itu akan bertindak sebagai respons terhadap peraturan hukum merupakan fungsi peraturan – peraturan hukum yang ditujukan kepada mereka, sanksi-sanksinya, keseluruhan kompleks kekuatan – kekuatan sosial, politik dan lain – lainnya yang mengenai diri mereka serta umpan – umpan balik yang datang dari pemegang peranan.
4. Bagaimana para pembuat undang – undang itu akan bertindak merupakan fungsi peraturan – peraturan yang mengatur tingkah laku mereka, sanksi – sanksinya, keseluruhan kompleks kekuatan – kekuatan sosial, politik, ideologis dan lain – lainnya yang mengenai

⁷⁴ Satjipto Rahardjo, 1990, *Hukum Dan Masyarakat, Op Cit, hlm.27*

diri mereka serta umpan balik yang datang dari pemegang peranan serta birokrasi.

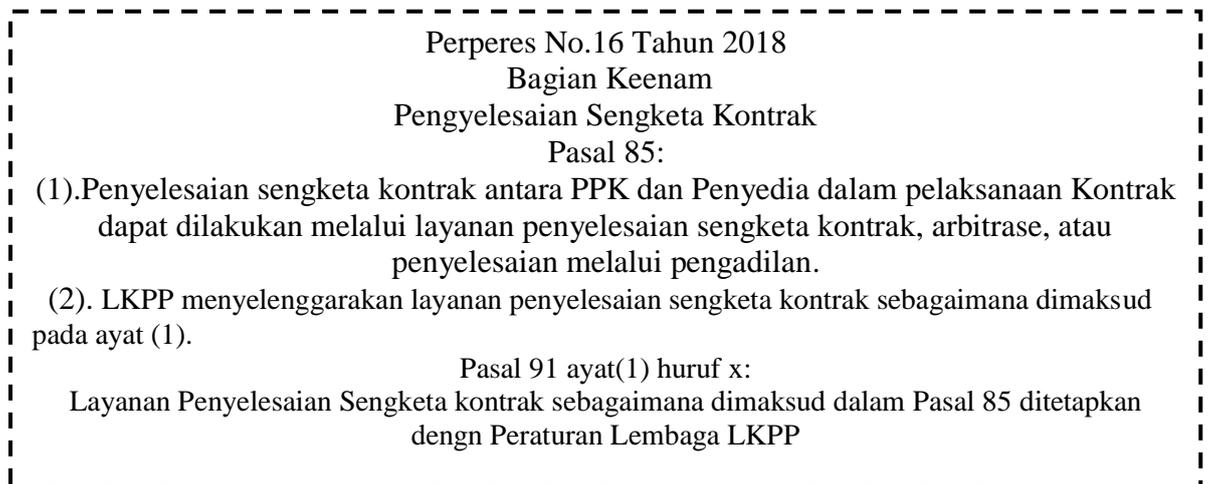
Dalam kutipan di atas dapat diketahui, bahwa setiap anggota masyarakat sebagai pemegang peranan ditentukan tingkah lakunya oleh para peranan yang diharapkan dari padanya baik oleh norma – norma hukum maupun oleh kekuatan – kekuatan di luar hukum⁷⁵ dan peranan dari kekuatan sosial tidak hanya berpengaruh terhadap rakyat sebagai sasaran yang diatur oleh hukum, melainkan juga terhadap lembaga – lembaga hukum serta tingkah laku rakyat tidak hanya ditentukan oleh hukum, melainkan juga kekuatan sosial lainnya.⁷⁶

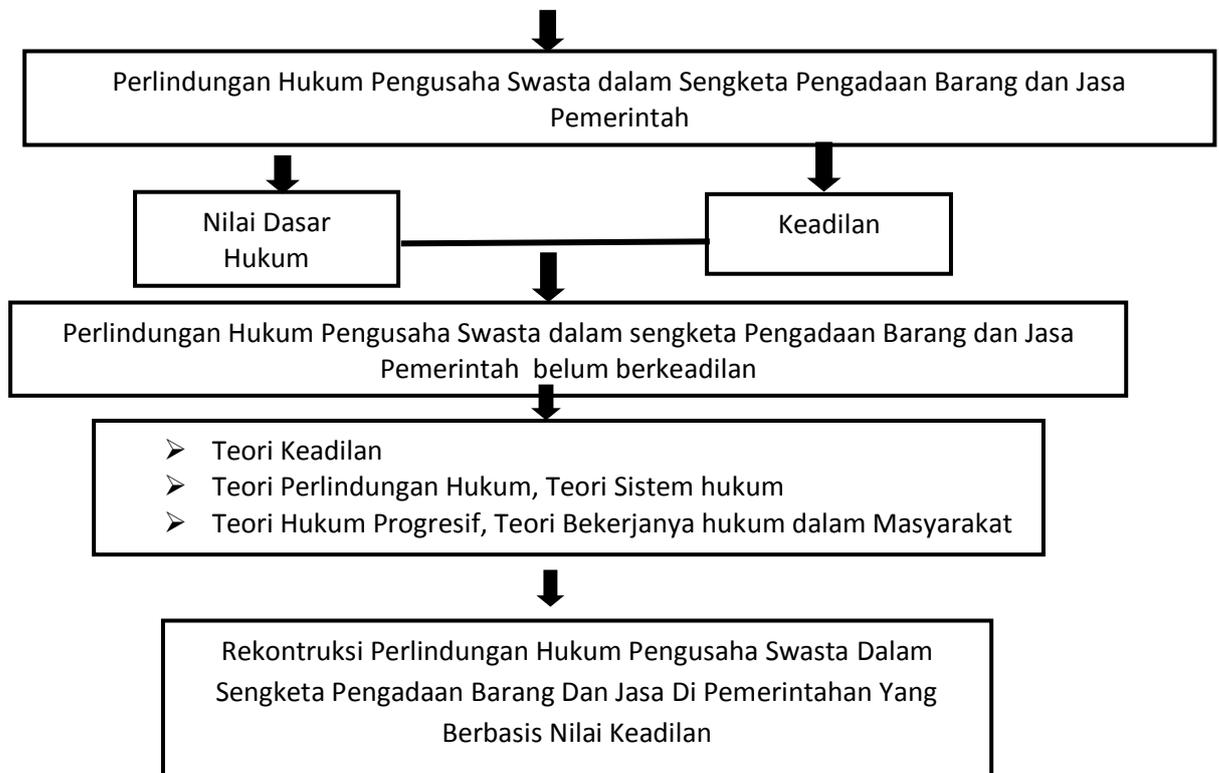
Dalam penelitian ini teori bekerjanya hukum dalam masyarakat digunakan untuk menganalisis kondisi perlindungan hukum dalam sengketa pengadaan saat ini dan menyusun kembali konsep perlindungan hukum yang berdasarkan nilai keadilan.

G. Kerangka Pemikiran Disertasi

Bagan kerangka pemikiran disertasi

Bagan 1.2 Kerangka Pemikiran Disertasi





H. Metode Penelitian Disertasi

1. Paradigma Penelitian

Penelitian ini Paradigma penelitian yang digunakan dalam disertasi ini adalah Paradigma Konstruktivisme. Teori konstruktivisme menyatakan bahwa individu melakukan interpretasi dan bertindak menurut berbagai kategori konseptual yang ada dalam pikirannya. Menurut teori ini, realitas tidak menunjukkan dirinya dalam bentuknya yang kasar, tetapi harus disaring terlebih dahulu melalui bagaimana cara seseorang melihat sesuatu.

Filsuf yang dianggap paling bertanggungjawab untuk menjelaskan teori konstruktivis tentang realitas dan kognisi adalah Nelson Goodman (1984).

Ia menyebut pandangannya sebagai “irrealisme”, sejenis relativisme radikal terbatas yang tidak berpendirian bahwa segala sesuatu atau bahkan apapun adalah tidak riil, namun menganggap dunia (the world) lebur menjadi versi-versi (version) dan versi-versi menciptakan dunia-dunia (worlds), menemukan kefanaan (evanescence) ontologi, dan meneliti sesuatu yang menjadikan sebuah versi benar dan sebuah dunia terbentuk dengan baik.⁷⁷

Konstruktivisme menolak pandangan positivisme yang memisahkan subjek dan objek komunikasi. Dalam pandangan konstruktivisme, bahasa tidak lagi hanya dilihat sebagai alat untuk memahami realitas objektif belaka dan dipisahkan dari subjek sebagai penyampai pesan. Konstruktivisme justru menganggap subjek sebagai faktor sentral dalam kegiatan komunikasi serta hubungan-hubungan sosialnya. Subjek memiliki kemampuan melakukan kontrol terhadap maksud-maksud tertentu dalam setiap wacana.

Teori konstruktivisme menyatakan bahwa individu menginterpretasikan dan beraksi menurut kategori konseptual dari pikiran. Realitas tidak menggambarkan diri individu namun harus disaring melalui cara pandang orang terhadap realitas tersebut. Teori konstruktivisme dibangun

⁷⁷ Thomas A. Schwandt, Pendekatan Konstruktivis-Interpretivis dalam Penelitian Manusia dalam *Handbook Qwalitatif Research*, 2009, Norman K.Denzin &Yvonna S.Lincoln, Terjemahan Dariyanti,dkk. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm.137

berdasarkan teori yang ada sebelumnya, yaitu konstruksi pribadi atau konstruksi personal (*personal construct*) oleh George Kelly. Ia menyatakan bahwa orang memahami pengalamannya dengan cara mengelompokkan berbagai peristiwa menurut kesamaannya dan membedakan berbagai hal melalui perbedaannya.

Paradigma konstruktivisme ialah paradigma dimana kebenaran suatu realitas sosial dilihat sebagai hasil konstruksi sosial, dan kebenaran suatu realitas sosial bersifat relatif. Paradigma konstruktivisme ini berada dalam perspektif interpretivisme (penafsiran) yang terbagi dalam tiga jenis, yaitu interaksi simbolik, fenomenologis dan hermeneutik. Ontologi: Relativis. Realitas bisa dipahami dalam bentuk konstruksi mental yang bermacam-macam dan tak dapat diindra.⁷⁸ Paradigma konstruktivisme dalam ilmu sosial merupakan kritik terhadap paradigma positivis. Menurut paradigma konstruktivisme realitas sosial yang diamati oleh seseorang tidak dapat digeneralisasikan pada semua orang, seperti yang biasa dilakukan oleh kaum positivis. Konsep mengenai konstruksionis diperkenalkan oleh sosiolog *interpretative*, Peter L.Berger bersama Thomas Luckman. Dalam konsep kajian komunikasi, teori konstruksi sosial bisa disebut berada diantara teori fakta sosial dan defenisi sosial.⁷⁹

Paradigma konstruktivisme yang ditelusuri dari pemikiran Weber, menilai perilaku manusia secara fundamental berbeda dengan perilaku

⁷⁸ Egon G. Guba & Yvonna S. Lincoln, *Berbagai Paradigma yang Bersaing dalam Penelitian Kualitatif* dalam *Handbook Qwalitatif Research*, 2009, Norman K.Denzin &Yvonna S.Lincoln, Terjemahan Dariyanti,dkk. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm.137

⁷⁹ Eriyanto. *Analisis Wacana, Pengantar Analisis Isi Media*. Yogyakarta : LKIS, 2004, hlm. 13

alam, karena manusia bertindak sebagai agen yang mengkonstruksi dalam realitas sosial mereka, baik itu melalui pemberian makna maupun pemahaman perilaku menurut Weber, menerangkan bahwa substansi bentuk kehidupan di masyarakat tidak hanya dilihat dari penilaian objektif saja, melainkan dilihat dari tindakan perorang yang timbul dari alasan-alasan subjektif. Weber juga melihat bahwa tiap individu akan memberikan pengaruh dalam masyarakatnya.

Paradigma konstruktivis berdasarkan epistemologi Transaksional dan subjektivis. Peneliti dan subjek penelitian dianggap terhubung secara literal sehingga hasil-hasil penelitian terciptakan secara literal seiring dengan berjalannya proses penelitian.⁸⁰ Paradigma ini dipengaruhi oleh perspektif interaksi simbolis dan perspektif strukturan fungsional. Perspektif interaksi simbolis ini mengatakan bahwa manusia secara aktif dan kreatif mengembangkan respons terhadap stimulus dalam dunia kognitifnya. Dalam proses sosial, individu manusia dipandang sebagai pencipta realitas sosial yang relatif bebas di dalam dunia sosialnya. Realitas sosial itu memiliki makna manakala realitas sosial tersebut dikonstruksikan dan dimaknakan secara subjektif oleh individu lain, sehingga memantapkan realitas itu secara objektif.

2. Pendekatan Penelitian

Kajian Penelitian ini menggunakan metode yuridis sosiologis dan kualitatif. Pendekatan yuridis sosiologis (*socio-legal approach*)

⁸⁰ Egon G. Guba & Yvonna S. Lincoln, *Op Cit.* hlm.137

dimaksudkan untuk mempelajari dan meneliti hubungan timbal balik antara hukum dengan lembaga-lembaga sosial yang lain. Di sini hukum tidak dikonsepsikan sebagai suatu gejala normatif yang mandiri (otonom), tetapi sebagai suatu institusi sosial yang dikaitkan secara riil dengan variabel-variabel sosial yang lain.⁸¹

Pendekatan kualitatif yaitu sebagai prosedur penelitian yang menghasilkan data deskriptif berupa kata-kata tertulis atau lisan dari orang-orang dan pelaku yang dapat diamati. Pendekatan ini diarahkan pada data dan individu tersebut secara holistik (utuh). Jadi dalam hal ini tidak boleh mengisolasi individu atau organisasi kedalam variabel atau hipotesis, tetapi perlu memandang sebagai bagian dari suatu keutuhan.⁸²

Sehingga dengan pendekatan *socio-legal* ini dapat mendapatkan hasil penelitian yang tidak sekedar memaparkan bagaimana peraturan perundang-undangan yang ada seharusnya diterapkan (*preskriptif*), namun juga bagaimana peraturan tersebut bekerja di dalam masyarakat, seberapa tinggi tingkat keefektifannya. Sehingga dapat dihasilkan suatu kesimpulan dan rumusan konstruksi baru untuk memperbaiki peraturan yang telah ada.

3. Sifat Penelitian

Spesifikasi penelitian ini adalah bersifat deskriptif analisis sesuai dengan masalah dan tujuan dalam penelitian ini. Deskriptif ini bukan dalam arti yang sempit, artinya dalam memberikan gambaran tentang

⁸¹ Ronny Hanitjo Soemitro, 1988. *Metode Penelitian Hukum dan Yurimetri*. Ghalia Indonesia, Jakarta. hlm. 34-35

⁸² Lexy J. Meleong, 1990. *Metode Penelitian Kualitatif*. Remaja Rodakarya, Bandung, hal.3

fenomena yang ada dilakukan sesuai dengan metode penelitian. Fakta-fakta yang ada digambarkan dengan suatu interpretasi, evaluasi dan pengetahuan umum, karena fakta tidak akan mempunyai arti tanpa interpretasi, evaluasi dan pengetahuan umum.⁸³

4. Sumber Data

Penelitian ini menggunakan :

1. Data Primer, data yang secara langsung diperoleh oleh peneliti dari sumbernya, berupa hasil wawancara kepada pelaku usaha (pengusaha swasta)⁸⁴ dan pemerintah dalam hal ini Pejabat fungsional pengadaan⁸⁵ dan LKPP⁸⁶ sebagai lembaga yang berwenang dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah.
2. Data sekunder, sumber-sumber penelitian hukum dapat dibedakan menjadi sumber-sumber penelitian yang berupa bahan-bahan hukum primer dan bahan-bahn hukum sekunder.⁸⁷
 - a. Bahan Hukum Primer : peraturan perundangan yang berhubungan dengan perlindungan hukum pengusaha swasta dalam ppengadaan barang dan jasa pemerintah berbasis keadilan , Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang No. 1 tahun 2004 tentang pembendaharaan negara, KUHP, KUH Perdata, Undang-Undang

⁸³ I.S. Susanto, 1990. *Kriminologi*. Fakultas Hukum Undip, Semarang. hlm. 15

⁸⁴ Wawancara dilakukan kepada beberapa pimpinan perusahaan/proyek yang mengerjakan pengadaan barang/ jasa pemerintah pada bulan Maret-Mei 2019;

⁸⁵ Wawancara dilakukan kepada Kepala Bp. Yuswanto, selaku Kepala Unit Kerja Pengadaan Barang/ Jasa Jawa Timur dan Bp.Lintong, selaku Kepala Sub Bagian Layanan Pengadaan LKPP pada bulan April 2019.

⁸⁶ Korespondensi dengan LKPP cq. Direktur Permasalahan Hukum pada Januari 2020

⁸⁷ Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana, hlm.141

No.20 Tahun 2001 tentang perubahan atas UU No.31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, UU No.12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, Perpres no. 16 tahun 2018 tentang tentang pengadaan barang dan jasa pemerintah.

b. Bahan Hukum Sekunder : meliputi buku-buku ilmiah, jurnal-jurnal dan literatur, disertasi, tesis, buku teks bidang hukum, dokumen-dokumen, makalah-makalah seminar yang semuanya terkait dengan materi penelitian, kamus hukum, kamus bahasa Inggris-Indonesia, Kamus Besar Bahasa Indonesia, surat kabar, majalah, tabloid.

5. Metode Pengumpulan Data

a. Observasi, yaitu mengamati perilaku dari pelaku pengadaan baik pemerintah maupun pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah. Pengamatan dilakukan secara langsung maupun dengan media elektronik seperti halnya pengamatan terhadap kegiatan pengadaan melalui system pengadaan secara elektronik.

b. Wawancara

Wawancara merupakan proses untuk mendapatkan data primer secara langsung oleh peneliti dari sumber. Interaksi dan komunikasi antara peneliti dan pihak yang diteliti (pengusaha swasta) dan bertujuan untuk mengetahui pola dan perilaku dari pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah.

Wawancara ini dapat dilakukan dengan panduan daftar pertanyaan (*questioner*) atau tanya jawab langsung secara bebas terpimpin, terbuka, pedoman wawancara telah tersedia yaitu secara *purposive sampling* (jumlah sampling tidak ditentukan) jadi caranya dengan *snowball sampling* sehingga berhenti wawancara setelah peneliti memiliki keyakinan.

c. Studi Pustaka

Metode Pengumpulan Data Sekunder dilakukan dengan penelitian Kepustakaan (*Library Research*). Studi ini dilakukan dengan jalan meneliti dokumen-dokumen yang berkaitan dengan materi penelitian, yaitu dengan mengumpulkan data dan informasi baik yang berupa buku-buku, karangan ilmiah, peraturan perundang-undangan dan bahan hukum tertulis lainnya yang terkait dengan materi penelitian ini yaitu dengan jalan mencari, mempelajari dan mencatat serta menginterpretasikan hal-hal yang berkaitan dengan materi penelitian.⁸⁸

6. Metode Analisis Data

Data-data yang terkumpul akan dianalisis secara deskriptif kualitatif. Penelitian konstruktivisme, menggunakan metode deskriptif kualitatif, yang tentu saja, menyediakan kemampuan untuk memanfaatkan sampling campuran dan alat pengumpulan data, serta Teknik persentasi ulang untuk memandu penelitian.⁸⁹ Sementara itu untuk kepentingan analisis data dilakukan secara induktif dari data yang dikumpulkan .

⁸⁸ Zainuddin Ali, 2010. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika, hal.. 255

⁸⁹ Sadelowski M. 2000, *Focus on Research Methods: Whatever happened to qualitative description?* Research in Nursing and Health, 23, p. 246.

kesimpulan peneliti ditarik dari data yang dikumpulkan sementara menerapkan penalaran atau strategi analisis data logis. Peneliti memulai analisisnya dengan perlahan tetapi secara teliti bergerak dari spesifik ke generalisasi.⁹⁰ Data yang berupa kejadian atau kasus-kasus yang terjadi dianalisis untuk menjadi suatu dalil yang umum. Metode kualitatif dipakai untuk menggambarkan suatu kondisi yang sedang berlangsung dengan tujuan agar dapat mendapatkan data seteliti mungkin tentang materi penelitian sehingga mampu menggali yang sifatnya ideal dan kemudian dipaparkan dan dijelaskan secara mendalam dalam bentuk uraian kalimat yang disusun secara ilmiah, guna mengungkap dan membentuk perlindungan hukum ideal bagi pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa di pemerintahan berbasis keadilan.

I. Sistematika Penulisan Desertasi

Sistematika penulisan desertasi ini terdiri dari tiga bagian yaitu bagian awal, isi dan akhir. Adapun sistematika desertasi selengkapnya sebagai berikut.

Bagian awal terdiri dari halaman judul, halaman pengesahan, halaman pernyataan, abstrak/*abstract*, halaman persetujuan, halaman dewan penguji, ringkasan disertasi, halaman motto dan persembahan, kata pengantar, daftar isi, daftar tabel, glossary.

⁹⁰ Alo Liliweri. 2018. *Paradigma Penelitian Ilmu Sosial*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm. 597

Di bagian isi terdapat enam bab, yang terdiri dari pendahuluan, kajian pustaka, pembahasan rumusan masalah pertama sampai ketiga, dan bab penutup.

Bab I Pendahuluan, menjelaskan tentang latar belakang masalah permasalahan, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka pemikiran, kerangka teori, kerangka konseptual, metode penelitian, sistematika penulisan, orisinalitas/keaslian.

Bab II Kajian Pustaka, membahas tinjauan hukum secara historis pengadaan barang/ jasa pemerintah yang ada di Indonesia sejak jaman awal kemerdekaan hingga Peraturan Presiden No.16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah beserta perubahannya dan hubungan hukum para pelaku pengadaan;

Bab III Konstruksi Perlindungan Hukum Pengusaha Swasta Dalam Sengketa Pengadaan Barang Dan Jasa Pemerintah dalam Hukum Positif saat ini belum berkeadilan, menjelaskan tentang factor-faktor yang berpengaruh terhadap perlindungan hukum dan mekanisme penyelesaian sengketa pengadaan yang disediakan belum berbasis nilai keadilan;

BAB IV Kelemahan-Kelemahan Perlindungan Hukum Pengusaha Swasta Dalam Sengketa Pengadaan Barang Dan Jasa Di Pemerintahan Sekarang, menjelaskan kelemahan-kelemahan Ketentuan Perlindungan Hukum Pengusaha Swasta dalam Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah yang berlaku di Indonesia, serta kelemahan institusi penyelesaian sengketa

pengadaan dalam memberikan perlindungan hukum bagi pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah.

Bab V Rekonstruksi Perlindungan Hukum Pengusaha Swasta Dalam Sengketa Pengadaan Barang Dan Jasa di Pemerintahan Berbasis Keadilan, menjelaskan perlindungan hukum pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah dalam konstitusi, perlindungan hukum pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah di berbagai negara, rekonstruksi perlindungan hukum pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah yang berbasis nilai keadilan.

Bab VI Penutup berisi kesimpulan dan saran-saran serta menjelaskan implikasi kajian disertasi.

Pada bagian akhir penelitian merupakan daftar sumber pustaka, yang terdiri dari daftar buku-buku, peraturan perundang-undangan, majalah, jurnal serta tulisan yang bersumber dari internet.

J. Orisinalitas Desertasi

Beberapa penelitian yang telah dilakukan berkenaan dengan pengadaan barang dan jasa pemerintah antara lain:

No	Judul Penelitian	Peneliti/Tahun	Hasil Penelitian	Kebaruan
1.	Disertasi : Prinsip Proporsionalitas Dalam Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah	Bambang Utoyo/ PDIH Universitas Airlangga Surabaya – Tahun 2015	Dalam membuat kontrak Pengadaan Barang dan Jasa harus memnuhi prinsip proporsionalitas, sanksi yang	Promovendus tidak hanya sekedar meneliti permasalahan dalam kontrak pengadaan, namun ingin secara lebih mendalam

			diberikan kepada penyedia harus memperhatikan tingkat besarnya kesalahan.	meneliti mengenai perlindungan hukum baik preventif maupun represif, dengan menganalisis faktor-faktor dan kelelahan-kelemahan yang telah diteliti guna membuat suatu rumusan perlindungan hukum yang adil.
2.	Disertasi : Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Menurut Perpres Nomor 54 Tahun 2010 untuk Mewujudkan Good Governance	Purwosusilo / Program Pascasarjana Universitas Islam Bandung-2014	Asas proporsionalitas dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah memiliki kriteria:a.keseimbangan dalam memberi dan menerima informasi, dalam melakukan negosiasi (tawar-menawar), dalam memenuhi prestasi (upah sesuai dengan beban tanggungjawab), memberikan sanksi,	Peromovendus ingin menganalisis ketentuan yang berlaku khususnya mengenai perlindungan hukum dalam sengketa pengadaan pemerintah yang memberikan perlindungan huku kepada penyedia.

			<p>membebaskan denda ganti rugi sesuai kerugian yang diderita. Secara umum peraturan pengadaan sudah sesuai asas proporsionalitas, namun perlu penyempurnaan. Good governance akan terwujud salah satunya dengan kontrak pengadaan sesuai asas proporsionalitas</p>	
3.	Disertasi : Prinsip Hukum Kontrak Dalam Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah	Yohanes Sogar Simamora / Program Pascasarjana Universitas Airlangga Surabaya - Tahun 2005	<p>Prinsip dan norma hukum dalam pembentukan kontrak pengadaan oleh pemerintah pada dasarnya sama dengan pembentukan kontrak prifat pada umumnya. Dalam kontrak pemerintah bekerja prinsip dan norma hukum publik, bersama-sama dengan prinsip dan norma hukum prifat.</p>	Promovendus ingin menggali akibat hukum dalam kontrak pengadaan yang sudah diteliti untuk kemudian menemukan mekanisme penyelesaian sengketa yang ideal dan berkeadilan sehingga dapat memberikan perlindungan hukum kepada paengusaha swasta.

4.	Disertasi: Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia	Philipus Mandiri Hadjon / Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga Surabaya 1985	Disertasi ini memaparkan urgensi dan sarana perlindungan hukum bagi rakyat yang dapat dilakukan secara preventif maupun represif. Serta menguraikan pentingnya Peradilan administrasi sebagai sarana lembaga peradilan yang melindungi rakyat dari kesewenang- wenangan pengusa.	Promovendus dalam penelitian ini berbeda dengan Disertasi yang ada. Karena penelitian ini berfokus pada bidang pengadaan barang dan jasa pemerintah yang secara spesifik, serta berusaha mencari konstruksi baru dalam upaya perlindungan hukum bagi pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah.
----	---	---	--	---