

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Permasalahan

Dalam dunia modern sekarang ini, perubahan yang sangat cepat begitu terasa dalam segala aspek kehidupan masyarakat. Tidak kecuali dalam hubungan bisnis atau perekonomian yang pada era super industrialis mengalami perubahan dan pergeseran yang sangat cepat. Dampak perubahan tersebut sangat mempengaruhi bola perekonomian seluruh dunia dan dengan sendirinya membawa bangsa Indonesia ikut kedalamnya. Keadaan ini digambarkan John Naisbitt sebagai perubahan yang dihadapi manusia. Dunia yang dihuni manusia telah berubah menjadi global village (perkampungan global) dengan sistem perekonomian *single economy*.” *The World moving from trade countries to a single economy one economy. One marketplace*¹

Dalam era globalisasi sekarang ini, ciri perekonomian yang paling menonjol adalah serba cepat yang mendorong manusia memasuki free market dan *free competition*.² Terlaksananya dengan baik apa yang diperjanjikan bersama merupakan harapan dari semua pihak yang terikat dalam perjanjian.³ Keadaan tersebut mengandung makna dimana dengan adanya hubungan bisnis yang telah terjalin tersebut mendapat kepastian hukum terutama terhadap hak dan kewajiban yang timbul dari perjanjian tersebut. Para pihak diwajibkan

¹Suyud Margono, ADR (Alternative Dispute Resolution) dan Arbitrase Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum. Jakarta : Ghalia Indonesia, 2004. hal 11.

² H. Zaeni Asyhadie, Hukum Bisnis Prinsip dan Pelaksanaannya di Indonesia, Cetakan ke-5, Jakarta: Rajawali Pers, 2011, hal.231

³ Djoko Imbawani Atmadjaja, Hukum Dagang¹ Indonesia Sejarah, Pengertian dan Prinsip-prinsip Hukum Dagang, Cetakan ke-2, Malang: Setara Press, 2012, hal.123

untuk memenuhi segala hak dan kewajiban yang timbul dari perjanjian dan perjanjian tersebut akan menimbulkan hubungan timbale balik diantara para pihak, dengan demikian maka para pihak yang telah terikat dalam suatu perjanjian akan terjalin suatu hubungan yang panjang, sehingga hubungan tersebut dapat berlangsung lama, dan hal ini dapat mencegah timbulnya sengketa.

Namun walaupun begitu tidak menutup kemungkinan terjadinya perselisihan, yaitu dimana pada saat pelaksanaan perjanjian terjadi perbedaan persepsi/penafsiran terhadap term-term dalam perjanjian maupun yang bersumber dari tindakan yang dapat dikategorikan wanperstasi atau perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*).⁴ Adanya sengketa ini dapat berimbas pada pembangunan ekonomi yang tidak efisien, penurunan produktivitas, kemandulan dunia bisnis, dan biaya produksi yang meningkat⁵. Dalam keadaan yang demikian, dari ratusan transaksi bisnis yang terjadi, tidak mungkin dihindari terjadinya perselisihan/konflik yang menuntut penyelesaian yang cepat.⁶

Setiap masyarakat memiliki berbagai macam cara untuk memperoleh kesepakatan dalam proses perkara atau untuk menyelesaikan sengketa dan konflik. Setiap cara yang dipakai dalam penyelesaian sengketa tentu membawa dampak tertentu, baik bagi para pihak yang bersengketa maupun bagi masyarakat itu sendiri. Oleh karena adanya hal tersebut, maka diperlukan pula cara tertentu untuk menyelesaikan sengketa-sengketa yang terjadi diantara para pihak melalui

⁴ Frans Hendra Winarta, *Hukum Penyelesaian Sengketa Arbitrase Nasional Indonesia dan Internasional*, Cetakan ke-2, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, hal.1

⁵ Suyud Margono, *Op.cit* hal 12

⁶ Zaeni Asyhadie, *Op. Cit*, hal 231

mekanisme penyelesaian sengketa yang paling tepat. Ada beberapa hal yang perlu diperhatikan untuk memilih mekanisme yang paling tepat, yaitu bagaimana bentuk persoalan-persoalan para pihak; apa yang diharapkan para pihak untuk dicapai, baik dalam penyelesaian sengketa tertentu ataupun sengketa yang lebih bersifat umum; serta biaya-biaya yang dapat atau sedia ditanggung oleh para pihak.⁷

Penyelesaian sengketa yang terjadi diantara para pihak dalam pelaksanaan perjanjian, pada dasarnya dapat diselesaikan dengan berbagai mekanisme. Penyelesaian sengketa tersebut dapat diselesaikan dengan melalau proses gugatan di peradilan umum atau dengan melalui penyelesaian di luar peradilan. Pilihan ini sangat bergantung dari kemauan para pihak baik yang disepakati sebelum pelaksanaan perjanjian maupun kesepakatan setelah terjadinya perselisihan.⁸ Proses penyelesaian sengketa melalui litigasi atau mealalui pengadilan adalah proses yang sudah dikenal masyarakat sejak lama. Tetapi proses litigasi cenderung menghasilkan masalah baru karena sifatnya yang *winlose*, tidak responsif, *time consuming*, proses berperkaranya, dan terbuka untuk umum.⁹

Secara teknis, fungsi pengadilan atau tugas mengadili dirumuskan sebagai “memeriksa dan memutus perkara”. Memutus perkara atau suatu sengketa tidak selalu sama dengan “menyelesaikan” atau “solution” atau “solving” perkara atau sengketa tersebut. Karena terkadang putusan hakim ada kemungkinan memperdalam luka-luka atau mempertajam persengketaan (hakikatnya sengketa

⁷Gunawan Widjaja dan Ahmad Yani. Seri Hukum Bisnis : Hukum Arbitrase. Jakarta : PT Raja Grafindo Persada 2000. hal 3.

⁸Djoko Imbawani Atmadjaja. Op. C it, hal 124

⁹Frans Hendra Winarta, *Op.Cit*, Hal 9

itu tidak pernah terselesaikan) bahkan dengan putusan hakim tersebut mengandung potensi atau sengketa perselisihan baru. Berdasarkan hal tersebut di atas, maka perlu sekali ada perubahan orientasi dari “memutuskan perkara” menjadi “menyelesaikan perkara”¹⁰

Pengadilan sebagai salah satu cara penyelesaian sengketa yang paling dikenal, boleh dikatakan akan selalu berusaha untuk dihindari oleh banyak pihak. Hal ini dikarenakan proses dan jangka waktu yang relatif lama dan berlarut-larut karena ada beberapa tingkatan dalam hierarki pengadilan yang harus dilalui. Selain itu juga dikarenakan identitas para pihak yang bersengketa akan diketahui oleh masyarakat, sebab prinsip sidang yang dilakukan oleh lembaga peradilan adalah pada dasarnya terbuka untuk umum. Tentunya bagi pihak yang sudah mempunyai nama di kalangan dunia bisnis kurang begitu suka identitasnya dipublikasikan lewat kasus di pengadilan, karena khawatir kebonafiditasnya yang terjamin selama ini akan luntur khususnya di kalangan rekan-rekan bisnisnya¹¹. Adanya keterlambatan dalam penyelesaian sengketa tersebut dapat mengakibatkan terjadinya perkembangan ekonomi yang tidak menentu, dan mengakibatkan turunnya tingkat produksi, disertai dengan naiknya biaya produksi. Keadaan demikian bukan saja akan menimbulkan keadaan yang merugikan pekerja, tetapi juga akan merugikan pihak lainnya..

Penyelesaian sengketa melalui jalur di luar pengadilan diketahui bersifat tertutup untuk umum (*close door session*), terjaminnya kerahasiaan para

¹⁰ Joejoen Tjahjani. Peran Pengadilan dalam pelaksanaan putusan arbitrase. Jurnal Independent Vol. 2 No. 1, hal 27

¹¹M. Husni, Arbitrase Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis Di Luar Pengadilan, Jurnal Equality, Vol. 13 No. 1 Februari 2008, hal 10

pihak, dengan proses acara lebih cepat serta menutamakan prinsip *win-win solution*. Proses penyelesaian sengketa di luar pengadilan ini menghindari kelambatan yang diakibatkan prosedural administratif sebagaimana beracara di pengadilan umum.¹² Penyelesaian sengketa di luar pengadilan ini dinamakan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase merupakan salah satu mekanisme penyelesaian sengketa yang paling banyak diminati. Bahkan kini dalam perdagangan internasional banyak Negara yang mengadakan hubungan bisnis dengan tetap mencantumkan klausula arbitrase dalam perjanjian. Memang bagi dunia maju *commercial arbitration* sudah mereka anggap *a business executive'court* sebagai alternative penyelesaian sengketa bisnis melalui peradilan resmi, yang pada umumnya memakan waktu yang lama.¹³

Proses penyelesaian sengketa bisnis yang diupayakan pihak-pihak melalui forum arbitrase, merupakan realita perubahan kecenderungan manusia dalam masyarakat yang harus diterima. Apabila selama ini mekanisme penyelesaian sengketa mengikuti pola yang terstruktur melalui pengadilan negeri, maka pilihan forum arbitrase lebih mengedepankan kebebasan para pihak dalam menetapkan bentuk lain dari proses yang serupa, namun melalui mekanisme yang lebih sederhana dan diharapkan di dalam

¹²Frans Hendra Winarta. *Loc.Cit* hal 9

¹³ M. Hayadi, Penyelesaian Bisnis Internasional melalui Arbitrase. Jurnal ilmu hukum, 2009. Vol 4 No. 7 Hal 7, lihat juga Nugroho, J. Kajian Kritis Terhadap UU No 3 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Dalam Kaitannya Dengan Prinsip Kebebasan Berkontrak di Indonesia. Jurnal Hukum Argumentum, 2005. Hal 1

mekanisme tersebut tidak terjadi distorsi pada penegakan hukum sehingga hasilnya dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat¹⁴.

System penyelesaian arbitrase pada saat ini telah menjadi salah satu sistem penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang cukup diminati oleh para pelaku usaha dalam upaya untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi di bidang perdagangan. Diminatinya sistem arbitrase karena ternyata arbitrase menawarkan beberapa keuntungan dibandingkan melalui penyelesaian sengketa secara litigasi pengadilan. Adapun keuntungan dengan memiliki sistem penyelesaian melalui arbitrase antara lain:¹⁵

- 1) proses pemeriksaan yang relatif cepat karena putusan arbitrase langsung bersifat final dan mengikat dan pemeriksaan perkara dibatasi jangka waktunya;
- 2) pemeriksaan dilakukan oleh arbiter yang ahli di bidang pokok sengketa terkait;
- 3) pemeriksaan perkara berlangsung secara tertutup (confidential) sehingga menjamin kredibilitas pelaku usaha yang sedang bersengketa; dan
- 4) putusan yang dapat dilaksanakan secara lintas batas negara.¹⁶

Meskipun demikian terdapat pula kelemahan-kelemahan arbitrase yang perlu dicermati, yaitu:¹⁷

¹⁴ Dr. Eman Suparman, S.H., M.H., *Jurisdiksi Pengadilan Negeri Terhadap Forum Arbitrase Dalam Penyelesaian Sengketa Bisnis Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999* hal 2, <https://andukot.files.wordpress.com/>

¹⁵ Gatot P. Soemartono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, Tahun 2006, hal. 10-13

¹⁶ Putusan arbitrase relatif dapat dilaksanakan secara lintas batas negara karena Konvensi New York 1958 tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing (the New York Convention 1958 on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) yang telah diratifikasi oleh 150 negara, lihat: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, diakses pada 6 September 2014. Republik Indonesia telah menjadi negara yang mengaksesi melalui Keputusan Presiden No. 34/1981 tentang Pengesahan Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

- 1) adanya potensi untuk menghambat proses arbitrase atau pelaksanaan putusan arbitrase oleh pihak-pihak yang beritikad buruk melalui proses di pengadilan;
- 2) kewenangan arbiter yang terbatas;
- 3) putusan yang memerlukan eksekutor dari pengadilan untuk dieksekusi;¹⁸ dan
- 4) ongkos berperkara di arbitrase lebih mahal dibandingkan di pengadilan, karena imbalan arbiter dan biaya penyelenggaraan arbitrase ditanggung oleh para pihak yang berperkara.

Kepopuleran arbitrase sebagai mekanisme penyelesaian sengketa dagang juga didukung melalui upaya secara terus menerus yang dilakukan oleh berbagai pihak yang dimotori oleh *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) untuk mengembangkan dan mempromosikan arbitrase melalui upaya harmonisasi hukum arbitrase antar negara,¹⁹ melalui UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (UNCITRAL Model Law)²⁰ yang diadopsi oleh UNCITRAL pada 21 Juni 1985. UNCITRAL Model Law ini kemudian diamandemen pada 7 Juli 2006.²¹ UNCITRAL Model Law telah diadopsi sebagai hukum arbitrase nasional oleh 163 negara²².

Melalui UNCITRAL Model Law tersebut perbedaan sistem hukum common law system dan civil law system yang berlaku di berbagai negara

¹⁷ Lihat: Enid E. Marshall, Gill: *the Law of Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, Tahun 2001, hal. 3

¹⁸ Bandingkan: Gatot P. Soemartono, *Op.cit.*, hal. 14–15

¹⁹ UNCITRAL, *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, United Nations publication, Sales No. E.12.V.9, New York, Tahun 2012, hal. 1

²⁰ Official Records of the General Assembly, 40th Session, Supplement No. 17 (A/40/17), Annex I; United Nations publication, Sales No. E.95.V.18

²¹ Official Records of the General Assembly, 61st Session, Supplement No. 17 (A/61/17), Annex I; United Nations publication, Sales No. E.08.V.4.

²² https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

diharapkan dapat diminimalkan terkait dengan hukum arbitrase. Indonesia melakukan pembaharuan hukum arbitrase nasional pada saat krisis moneter melanda Indonesia pada tahun 1999 bersamaan dengan upaya mereformasi hukum ekonomi nasional²³. Banyak pihak berspekulasi bahwa pembaharuan hukum arbitrase Indonesia pada 1999 merupakan bagian dari paket kebijakan yang diminta oleh International Monetary Fund (IMF) sebagai upaya untuk memulihkan kepercayaan investor asing kepada sistem hukum Indonesia.²⁴

Pembaharuan hukum arbitrase Indonesia dilakukan dengan mengundangkan Undang-Undang No. 30/1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Undang-Undang No. 30/1999 menggantikan hukum arbitrase Indonesia yang lama yang diatur di dalam Pasal 615 sampai dengan Pasal 651 Reglement op de Burgerlijk Rechtsvordering (S. 1847:52 jo. S. 1849:63) sebagai peninggalan Pemerintah Kolonial Hindia Belanda. Undang-Undang No. 30/1999 tidak mengadopsi UNCITRAL Model Law, meskipun pada beberapa ketentuan memiliki pengaturan yang identik dengan ketentuan yang ada di dalam UNCITRAL Model Law²⁵.

Objek pengaturan arbitrase di dalam Undang-Undang No. 30/1999 relatif lengkap meliputi: perjanjian arbitrase, pembatasan intervensi pengadilan, penunjukan arbiter, hak ingkar, pengunduran diri arbiter, putusan arbitrase,

²³ Sujayadi, Patologi Dalam Arbitrase Indonesia: Ketentuan Pembatalan Putusan Arbitrase Dalam Pasal 70 UU No. 30/1999 Jurnal Hukum Acara Perdata Adhaper, Vol. 1, No.2, Juli – Desember 2015, hal 191

²⁴ Lihat: “Memorandum of Economic and Financial Policies” dalam The Jakarta Post, 15 Mei 1999, hal. 5. Dalam dokumen yang berjudul “Supplementary Memorandum of Economic and Financial Policies – the Fifth Review under the Extended Agreement” yang dilampirkan pada surat Menteri Koordinator Ekonomi, Keuangan dan Industri kepada IMF tertanggal 14 Mei 1999 menyatakan antara lain bahwa rancangan undang-undang arbitrase telah diajukan kepada DPR.

²⁵ Sujayadi, Op.cit hal 191

pelaksanaan putusan arbitrase domestik/internasional dan pembatalan putusan arbitrase.²⁶Bahkan objek pengaturan yang seharusnya cukup diatur di dalam prosedur arbitrase (arbitration rules and procedure), sebagai hukum acara yang disepakati oleh para pihak, untuk pemeriksaan perkara di arbitrase diatur pula di dalam Undang-Undang No. 30/1999. Tampaknya pembentuk Undang-Undang bermaksud untuk mengkonsolidasikan secara sekaligus hukum arbitrase (*lex arbitri*) dan prosedur arbitrase dalam satu dokumen hukum undang-undang.²⁷

Proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase hanya bisa dilaksanakan jika para pihak menyatakan dengan jelas dan mencantumkan kesepakatan tentang penyelesaian sengketa melalui arbitrase dalam perjanjian termasuk tentang penunjukan orang yang akan ditunjuk sebagai arbiter yang akan menyelesaikan sengketa nantinya, bahasa yang akan digunakan, serta prosedur yang akan digunakan arbiter dalam menyelesaikan sengketa, berapa lam jangka waktu penyelesaian sengketa , serta mengenai sifat dan pelaksanaan putusan yang dijatuhkan oleh (para) arbiter tersebut. Pasal 615 ayat (1) Rv, menguraikan :
*“Adalah diperkenankan kepada siapa saja yang terlibat dalam suatu sengketa yang mengenai hak-hak yang berada dalam kekuasaannya untuk melepaskannya, untuk menyerahkan pemutusan sengketa tersebut kepada seorang atau beberapa orang wasit.”*²⁸

²⁶ Bandingkan: Alan Tsang, “*Determining The Law Applicable to Arbitration Agreement: The Common Law Approach*” dalam Mealey’s International Arbitration Report, Vol. 29 No. 5, May 2014., King of Prussia, Pennsylvania, hal. 1

²⁷ Lihat: Mulyana dan Jan K. Schaefer, “*Indonesia’s New Framework for International Arbitration: A Critical Assessment of the Law and Its Application by the Courts*” dalam Mealey’s International Arbitration Report, Vol. 17 No. 1, Januari 2002, King of Prussia, Pennsylvania, hal. 4.

²⁸ Gunawan Widjaja, dan AhmadYani, *Op. Cit*, hal.17

Upaya preventif menghadapi kemungkinan adanya perselisihan itu yaitu dengan mencantumkan klausul tentang penyelesaian sengketa dalam perjanjian mereka. Klausul itu diberi judul *Settlement of Disputes* yang isinya adalah kesepakatan tentang forum mana yang akan menyelesaikan perselisihan para pihak, apakah itu melalui pengadilan atau arbitrase. Hal ini didasarkan atas asas kebebasan berkontrak yang merupakan salah satu prinsip universal yang telah diakui secara internasional²⁹. Apabila penyelesaian sengketa yang dipilih adalah arbitrase, aturan yang mengatur itu terdapat dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Pasal 3 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 menyatakan bahwa pengadilan tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dengan perjanjian arbitrase. Terdapat beberapa arti penting yang terkandung dalam suatu klausul arbitrase yaitu:³⁰

1. Dengan adanya pencantuman klausul arbitrase, apabila terjadi perselisihan di antara para pihak, mereka telah sepakat untuk memilih arbitrase yang telah ditentukan untuk menyelesaikan perselisihan mereka, dan dengan demikian perkara tersebut secara absolut berada pada kewenangan arbitrase bukan pada lembaga peradilan biasa. Dengan adanya klausul arbitrase, para pihak tunduk kepada aturan yang berlaku pada lembaga arbitrase yang dipilih. Misalnya para pihak telah memilih Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) sebagai forum untuk menyelesaikan sengketa mereka, maka para pihak harus tunduk pada aturan (*law of procedure*) dari BANI;

²⁹ Cut Memi, Penyelesaian Sengketa Kompetensi Absolut Antara Arbitrase Dan Pengadilan, Jurnal Yudisial Vol. 10 No. 2 Agustus 2017, hal 115

³⁰H. Adolf, Hukum arbitrase komersial internasional. Bandung: Keni Media, Tahun 2016, hal 17.

2. Sesuai dengan asas *pakta sunt servanda* yang menyatakan bahwa perjanjian berlaku sebagai undang-undang, maka dengan adanya klausul arbitrase, para pihak terikat untuk menyelesaikan sengketa pada lembaga arbitrase yang telah disepakati.

Ketentuan mengenai pelaksanaan putusan arbitrase nasional diatur dalam Pasal 59 sampai pasal 64 Undang-Undang Arbitrase, untuk dapat dilaksanakannya putusan arbitrase maka putusan tersebut harus didaftarkan ke Pengadilan Negeri dengan mendaftarkan dan menyerahkan lembar asli atau salinan otentik putusan arbitrase nasional oleh arbiter atau kuasanya ke Pengadilan Negeri, dalam waktu 30 (tiga puluh) hari setelah putusan arbitrase diucapkan. Tidak dipenuhinya ketentuan pendaftaran sebelum 30 (tiga puluh) hari tersebut, dapat membuat putusan arbitrase tidak dapat dilaksanakan.

UU No. 30 tahun 1999 tidak memberi Ketua Pengadilan Negeri wewenang untuk memeriksa alasan atau pertimbangan dari putusan arbitrase nasional. Kewenangan memeriksa yang dimiliki Ketua Pengadilan Negeri, terbatas pada pemeriksaan secara formal terhadap putusan arbitrase nasional yang dijatuhkan oleh arbiter atau majelis arbitrase. Tidak adanya kewenangan tersebut dikarenakan putusan arbitrase nasional bersifat mandiri, final dan mengikat.

Dengan demikian pengadilan tetap mempunyai peranan yang sangat besar dalam penyelesaian sengketa antar para pihak dalam mengembangkan terjadinya proses arbitrase tersebut ataupun dengan jalan mengesampingkan adanya klausula

arbitrase dalam perjanjian³¹. Pengadilan tetap mempunyai peranan penting dalam menyelesaikan sengketa-sengketa bisnis, walaupun para pihak telah sepakat untuk menyelesaikan sengketa yang bersangkutan melalui Badan Arbitrase.³²

Sehingga dalam kenyataannya, sifat final dari putusan arbitrase tidak serta merta dapat diterapkan, karena selain peraturan Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa mengatur mengenai tata cara pelaksanaan putusan arbitrase, juga masih dimungkinkan para pihak yang tidak puas terhadap putusan arbitrase dapat memintakan pembatalan terhadap putusan tersebut. Tidak finalnya putusan arbitrase ini lebih tampak dalam dualisme penyelesaian sengketa bisnis melalui kepailitan dan arbitrase. Adanya dualisme penyelesaian sengketa secara litigasi dan non litigasi juga berdampak pada perkara kepailitan, karena sifatnya masih mencakup dalam wilayah hukum dagang dan perdata. Hal ini yang memberikan konflik kewenangan yang samasama mengatur mekanisme penyelesaian³³.

Pelaksanaan Undang-Undang No. 30/1999 bukannya tanpa catatan, banyak pengamat hukum arbitrase memberikan catatan pada beberapa kasus yang cukup menonjol dan menarik perhatian kalangan pengamat hukum arbitrase dan pelaku bisnis yang menjalankan kegiatan usaha di Indonesia³⁴. Sekadar menyebut seperti dalam perkara PT Pertamina (Persero) melawan Karaha

³¹ Achmad Rivandy Nasution, Keberadaan Badan Arbitrase Nasional Indonesia Sebagai Pilihan Penyelesaian Sengketa Hutang Piutang, hal 3, <https://media.neliti.com/media/publications/>

³² Erman Rajagukguk, Arbitrase Dalam Putusan Pengadilan, Jakarta: Chandra Pratama, Tahun 2000, hal.15

³³ Achmad Rivandy Nasution, Op.cit hal 3

³⁴ Sujayadi, Op.cit hal 192

Bodas Company L.L.C. dan PT PLN (Persero),³⁵di mana dalam putusannya, secara mengejutkan, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat membatalkan putusan arbitrase ad-hoc yang dijatuhkan di Jenewa, Swiss; meskipun kemudian putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat ini dibatalkan pada tingkat kasasi oleh Mahkamah Agung atas dasar bahwa Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tidak memiliki kompetensi untuk membatalkan putusan arbitrase yang dijatuhkan di Jenewa, Swiss.³⁶Pengadilan Negeri Jakarta Pusat selain memutus tanpa dasar kewenangan, karena membatalkan putusan arbitrase Swiss, juga membatalkan putusan arbitrase berdasarkan alasan di luar Pasal 70 Undang-Undang No. 30/1999. Pengadilan Negeri Jakarta Pusat membatalkan putusan arbitrase Jenewa, Swiss dengan menyatakan bahwa putusan arbitrase tersebut, sesuai dengan dalil pemohon, bertentangan dengan ketertiban umum yang berlaku di Indonesia. Namun sangat disayangkan, Mahkamah Agung pada tingkat kasasi, dan kemudian dalam peninjauan kembali atas putusan permohonan pembatalan tersebut, tidak memberikan pertimbangan mengenai alasan pembatalan yang diterapkan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat; Mahkamah Agung mendasarkan putusannya hanya pada aspek kewenangan yang tidak dimiliki oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat untuk membatalkan putusan arbitrase tersebut, kewenangan untuk

³⁵ PT Pertamina (Persero) melawan Karaha Bodas Company L.L.C. dan PT PLN (Persero),PN Jakarta Pusat, No. 86/Pdt.G/2002/PN.Jkt, 27 Agustus 2002

³⁶ PT Pertamina (Persero) melawan Karaha Bodas Company L.L.C. dan PT PLN (Persero),MARI, No. 01/Banding/Wasit.Int/2002, 8 Maret 2004; putusan kasasi dimohonkan peninjauan kembali yang ditolak oleh MARI dalam PT Pertamina (Persero) melawan Karaha Bodas Company L.L.C. dan PT PLN (Persero),MARI, No. 444 PK/Pdt/2007, 9 September 2008.

membatalkan putusan arbitrase tersebut ada pada pengadilan Swiss sebagai negara tempat dijatuhkannya putusan arbitrase tersebut.³⁷

Perkara PT Pertamina Persero melawan Karaha Bodas Company L.L.C. dan PT PLN (Persero) adalah uji kasus pembatalan putusan arbitrase pertama bagi Mahkamah Agung dengan merujuk pada Undang-Undang No. 30/1999. Sebagai uji kasus pertama bagi Mahkamah Agung dalam perkara permohonan pembatalan putusan arbitrase, putusan dalam tingkat kasasi dan peninjauan kembali perkara PT. Pertamina Persero melawan Karaha Bodas Company L.L.C. dan PT PLN (Persero) yang tidak memberikan pertimbangan hukum mengenai alasan pembatalan putusan arbitrase di luar Undang-Undang No. 30/1999 seolah-olah memberikan preseden bagi permohonan-permohonan pembatalan putusan arbitrase berikutnya untuk menggunakan alasan-alasan di luar ketentuan Undang-Undang No. 30/1999³⁸.

Contoh lain perkara arbitrase yang pada akhirnya diselesaikan melalui Pengadilan Niaga adalah kasus sengketa antara PT. Atmindo dengan PT. Palmechandra Abadi, dengan putusan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) Perwakilan Medan Nomor 01/IV/ARB/BANI-Mdn/2006 tertanggal 27 Januari 2007. Dalam putusannya BANI Perwakilan Medan memutuskan menghukum PT. Palmechandra Abadi untuk membayar sisa pembayaran biaya penggantian spare part pada pengadaan peralatan mesin boiler pabrik kelapa sawit (PKS) di Palembang sebesar Rp. 650.979.463,- dalam jangka waktu

³⁷Lihat: PT Pertamina (Persero) melawan Karaha Bodas Company L.L.C. dan PT PLN (Persero),MARI, No. 01/Banding/Wasit.Int/2002, 8 Maret 2004.

³⁸ Sujayadi, Op.cit hal 192

30 hari sejak putusan arbitrase diucapkan. Namun dalam pelaksanaannya PT. Palmechandra Abadi tidak bisa memenuhi kewajibannya sebagaimana ditentukan dalam putusan arbitrase tersebut, sehingga PT. Palmechandra Abadi yang juga memiliki kewajiban atau hutang yang belum dilunasinya terhadap beberapa kreditor lain akhirnya digugat pailit³⁹. Dalam perkara kepailitan Nomor 03/Pailit/2007/PN.Niaga.Mdn, PT. Atmindo beserta PT. Krida Pujimulyo Lestari dan PT. Bank Bukopin Cabang Medan bersama-sama menjadi para kreditor PT. Palmechandra Abadi dalam perkara kepailitan tersebut. hal itu menunjukkan bahwa walaupun putusan BANI telah memiliki kekuatan hukum tetap untuk dilaksanakan, namun para prakteknya masih juga terkendala dalam pelaksanaan putusan BANI menyangkut pembayaran kewajiban hutang piutang⁴⁰.

Undang-Undang Arbitrase mengatur tentang pembatalan putusan Arbitrase dalam Pasal 70 yang menyatakan bahwa para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila putusan arbitrase tersebut diduga mengandung unsur-unsur pemalsuan surat atau dokumen, atau ditemukan dokumen yang disembunyikan oleh pihak lawan, atau putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa. Namun ternyata alasan pembatalan putusan arbitrase berdasarkan Pasal 70 tersebut tidak selalu diikuti oleh Pengadilan Negeri hingga Mahkamah Agung Republik Indonesia. Tentunya Putusan Mahkamah Agung pada akhirnya bisa menimbulkan ketidakadilan dan ketidakpastian hukum bagi para pihak yang bersengketa, hal

³⁹ Achmad Rivandy Nasution, Opcit hal 4

⁴⁰ Ibid

iniilah yang menarik untuk diteliti lebih lanjut yang dituangkan dalam judul : *Rekonstruksi Sistem Penyelesaian Sengketa Diluar Pengadilan Melalui Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) Berbasis Keadilan dan Kepastian Hukum*

B. Permasalahan

Sesuai dengan uraian latar belakang diatas, maka dapat dirumuskan 3 (tiga) persoalan dasar, identifikasi masalah sebagai berikut :

1. Bagaimana kedudukan dan mekanisme pelaksanaan arbitrase melalui Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) ?
2. Bagaimana kelemahan-kelemahan dalam sistem penyelesaian sengketa melalui arbitrase?
3. Bagaimana bentuk rekonstruksi sistem penyelesaian sengketa diluar pengadilan melalui arbitrase berbasis Keadilan dan Kepastian Hukum?

C. Tujuan Penelitian.

1. Untuk mengkaji kedudukan dan pelaksanaan arbitrase pada Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) dalam tatanan hukum di Indonesia
2. Untuk menganalisis kelemahan-kelemahan dalam sistem penyelesaian sengketa arbitrase yang terdapat dalam UU No. 30 tahun 1999
3. Untuk melakukan merekontruksi hukum terhadap sistem penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang terdapat pada UU No. 30 tahun 1999 berbasis Keadilan dan Kepastian Hukum.

D. Kegunaan Penelitian.

Dalam melaksanakan penelitian tentunya tidak terlepas dari suatu kenyataan yang diperoleh, sehingga diharapkan dapat memberikan manfaat yang bersifat teoritis dan manfaat praktis. Adapun manfaat tersebut antara lain :

1. Kegunaan Teoritis

Dilihat dari sudut pandang teoritis, penelitian ini diharapkan dapat membuka wawasan dan paradigma berpikir (*mindset*) dalam memahami dan mendalami tentang alternatif penyelesaian sengketa diluar pengadilan

2. Kegunaan Praktis

a. Bagi Pemerintah

Dapat memberikan sumbangan pemikiran dan memberikan masukan yang berarti bagi pihak eksekutif dan legislatif terkait hukum dan peraturan terkait penyelesaian sengketa diluar pengadilan melalui arbitrase.

b. Bagi Program Studi Ilmu Hukum.

Untuk menambah ilmu pengetahuan dan pembentukan pola berpikir kritis serta pemenuhan prasyarat dalam menyelesaikan pembelajaran Program Doktor Ilmu Hukum, sehingga dapat mencetak ahli-ahli hukum yang terampil dalam memecahkan permasalahan hukum di dalam kehidupan masyarakat.

Paparan ini diuraikan atau dirumuskan secara lebih tegas, sampai seberapa jauh hasil penelitian bermanfaat dalam kegunaan praktis (guna laksana), serta pengembangan sesuatu ilmu sebagai landasan dasar pengembangan selanjutnya.⁴¹ Hasil penelitian dapat dijadikan rujukan bagi upaya pengembangan ilmu dan

⁴¹Bahdin Nur Tanjung, Ardial, Pedoman Penulisan Karya Ilmiah (Proposal, Skripsi dan Tesis), Jakarta. Prenada Media, tahun 2005, hlm.31

berguna juga sebagai referensi bagi mahasiswa yang melakukan kajian terhadap permasalahan alternatif penyelesaian sengketa diluar pengadilan.

E. Kerangka Teori

Kata teori dalam teori hukum dapat diartikan sebagai suatu kesatuan pandang, pendapat, dan pengertian yang berhubungan dengan kenyataan yang dirumuskan, sehingga memungkinkan menyebarkan hipotesis yang dapat dikaji.⁴² Menurut Fred N. Kerlinger sebagaimana dikutip oleh Maria S. W. Sumardjono, menyatakan bahwa teori mengandung 3 (tiga) hal pokok, yaitu:⁴³ Seperangkat proposisi yang berisi konstruksi (*construct*) atau konsep yang sudah didefinisikan dan saling berhubungan. Teori menjelaskan hubungan antar variabel sehingga menghasilkan pandangan sistematis dari fenomena yang digambarkan oleh variabel, dan Teori menjelaskan fenomena dengan menghubungkan variabel dengan variabel lain dan menunjukkan bagaimana hubungan antar variabel.

Setiap teori, sebagai produk ilmu, untuk memecahkan masalah dan membentuk sistem. Kerangka teori memberikan gambaran atau batasan tentang teori yang digunakan sebagai landasan penelitian yang dapat memberikan jawaban terhadap pengujian teori yang menggunakan teknik pengumpulan data maupun alternatif terhadap timbulnya teori baru melalui observasi maupun partisipasi aktif dalam prosesnya.⁴⁴ Suatu teori umumnya mengandung 3 (tiga) elemen, yaitu:⁴⁵ Penjelasan tentang hubungan antara unsur dalam suatu teori; Teori

⁴² Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *Wat is rechtstherie?*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, Tahun 1982, hal.134.

⁴³ Maria S. W. Sumardjono, *Pedoman Pembuatan Usulan Penelitian Sebuah Panduan Dasar*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, Tahun 2001, hal 19.

⁴⁴ Derek Layder, *New Strategic In Social Policy*, Padstow Ltd, Corn Wall, Tahun 1993, hal 2

⁴⁵ M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, Bandung, Mandar Maju, Tahun 1994, hal 31.

menganut sistem deduktif, yaitu sesuatu yang bertolak dari suatu yang umum (abstrak) menuju suatu yang khusus dan nyata. Teori memberikan penjelasan atas gejala yang dikemukakan dengan kebutuhan penelitian, maka teori mempunyai maksud/tujuan memberikan pengarahan kepada penelitian yang akan dilakukan.

Kerangka teori merupakan pendukung dalam membangun atau berupa penjelasan dari permasalahan yang dianalisis. Teori memberikan penjelasan dengan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah.⁴⁶ Menurut M. Solly Lubis kerangka teori merupakan pemikiran, atau butir pendapat, teori, tesis mengenai suatu kasus atau permasalahan yang dapat menjadi bahan perbandingan dan pegangan teoritis. Hal ini dapat menjadi masukan eksternal bagi penulis.⁴⁷

Dalam menyusun kerangka teori, bagian teori harus menampilkan bagian yang bulat yang disajikan secara holistik, tetapi juga bukan sekedar penyajian konsep yang terpilah dan terpecah, sehingga konsep tersebut akan lebih menarik untuk dikaji. Selanjutnya menurut Radbruch, tugas teori hukum adalah membuat jelas nilai hukum dan postulat hingga dasar filsafatnya yang paling dalam.⁴⁸ Sehingga teori tentang ilmu merupakan suatu penjelasan rasional yang sesuai dengan objek penelitian yang dijelaskan untuk mendapat verifikasi, maka harus didukung oleh data empiris yang membantu mengungkapkan kebenaran.⁴⁹ Fungsi teori mempunyai maksud dan tujuan memberikan pengarahan kepada penelitian.⁵⁰

⁴⁶ Satjipto Rahardjo, *Mengejar Keteraturan Menemukan Ketidakteraturan, (Teaching Order Finding Disorder)*, Pidato mengakhiri Masa Jabatan sebagai Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 15 Desember 2000, hal 8.

⁴⁷ M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Peneitian*, Bandung, Mandar Maju, 1994., hal 80.

⁴⁸ Laurence M Friedmam, *Legal Theory*, Columbia University Press, New York, Tahun 1967, hal 3.

⁴⁹ M. Solly Lubis, *Op, Cit*, hal 27.

⁵⁰ Duanne R Monette Thomas and J. Sullivan Cornell R. Dejom, *Applied Social Research*, Halt Reinhart and Winston Inc, Chicago, Tahun 1989, hal 31

Teori juga berfungsi untuk memberikan petunjuk atas gejala yang timbul dalam dalam penelitian dan desain penelitian serta langkah penelitian yang berhubungan dengan kepustakaan, isu kebijakan maupun nara sumber penting lainnya.⁵¹

Dalam menjawab pertanyaan penelitian ini akan merujuk pada kerangka teori. Substansi teori ini berhubungan dengan pemikiran atas tugas utama pengadilan yakni satu lembaga hukum yang memutuskan apakah keadilan itu dan bagaimanakah keadilan itu dapat dicapai dimana hal tersebut berkaitan dengan teori tentang keadilan dan teori tentang tujuan hukum.

Pada dasarnya Teori adalah suatu konstruksi di alam cita atau ide manusia, dibangun untuk menggambarkan yang dijumpai di alam pengalaman (alam yang tersimak bersarakan indera manusia) sehingga berbicara tentang teori seseorang akan dihadapkan kepada kedua macam realitas, yang pertama adalah realitasin *abstracto* yang ada di alam ide imajinatif, dan kedua adalah padanannya yang berupa realitas *in concreto* yang berada dalam pengalaman indrawi.⁵²

1. Grand Theory

Grand Theory yang menjadi landasan penulisan proposal disertasi ini adalah Teori Negara Hukum, Teori Kekuasaan Kehakiman dan Teori Keadilan

a. Teori Negara Hukum

Negara hukum merupakan istilah yang meskipun kelihatan sederhana, namun mengandung muatan sejarah pemikiran yang relatif panjang. Pemikiran

⁵¹ Robert K Yin, *Application of Case Study Research*, New Delhi, Sage Publication International Educational and Professional Publisher New Bury Park, Tahun 1993, hal 4.

⁵² Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, ELSAM-HUMA, Jakarta, Tahun 2002, hal 184.

tentang negara hukum telah muncul jauh sebelum terjadinya Revolusi 1688 di Inggris, tetapi baru muncul kembali pada Abad XVII dan mulai populer pada Abad XIX. Latar belakang timbulnya pemikiran Negara hukum itu merupakan reaksi terhadap kesewenangan-wenangan di masa lampau. Oleh karena itu unsur-unsur negara hukum mempunyai hubungan yang erat dengan sejarah dan perkembangan masyarakat dari suatu bangsa.

Istilah *rechtsstaat* yang diterjemahkan sebagai Negara hukum menurut Philipus M. Hadjon mulai populer di Eropa sejak abad ke-19, meski pemikiran tentang hal itu telah lama ada.⁵³ Cita Negara hukum itu untuk pertama kalinya di kemukakan oleh Plato dan kemudian pemikiran tersebut dipertegas oleh Aristoteles.⁵⁴ Menurut Aristoteles, yang memerintah dalam suatu Negara bukanlah manusia, melainkan pikiran yang adil dan kesusilaanlah yang menentukan baik atau buruknya suatu hukum. Menurut Aristoteles, suatu Negara yang baik ialah Negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum. Ia menyatakan:⁵⁵

“Constitutional rule in a state is closely connected, also with the question whether is better to be ruled by the best men or the best law, since a government in accordance with law, accordingly the supremacy of law is accepted by Aristoteles as mark of good state and not merely as an unfortunate necessity.”

⁵³Philipus.M.Hadjon, Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Hak-hak Asasi Manusia, Kumpulan Tulisan dalam rangka 70 tahun Sri Soemantri Martosoewignjo, Jakarta, Media Pratama, Tahun 1996, hal.72

⁵⁴Ni'matul Huda, Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Riview, Yogyakarta, UII Press, Tahun 2005, hal.1

⁵⁵George Sabine, *A History of Political Theory*, George G.Harrap & CO.Ltd., London, 1995, hal.92 : juga Dahlan Thaib, Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Hak-hak Asai Manusia, hal.22

Artinya ; Aturan konstitusional dalam suatu Negara berkaitan secara erat juga dengan mempertanyakan kembali apakah lebih baik diatur oleh manusia yang terbaik sekalipun atau hukum yang terbaik,selama pemerintahan menurut hukum. Oleh sebab itu,supremasi hukum diterima oleh Aristoteles sebagai pertanda Negara yang baik dan bukan semata-mata sebagai keperluan yang tidak layak.

Aristoteles juga mengemukakan tiga unsur dari pemerintahan berkonstitusi. Pertama, pemerintah dilaksanakan untuk kepentingan umum. Kedua, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasarkan ketentuan-ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang yang mengesampingkan konvensi dan konstitusi. Ketiga, pemerintahan berkonstitusi yang dilaksanakan atas kehendak rakyat.⁵⁶ Pemikiran Aristoteles tersebut diakui merupakan cita Negara hukum yang dikenal sampai sekarang. Bahkan, ketiga unsur itu hampir ditemukan dan dipraktikkan oleh semua Negara yang mengidentifikasi dirinya sebagai Negara hukum.

Dalam perkembangnya, konsep tentang negara hukum mengalami perumusan yang berbeda-beda.⁵⁷ Pemikiran atau konsepsi manusia merupakan anak zaman yang lahir dan berkembang dalam situasi kesejarahan dengan berbagai pengaruhnya. Pemikiran atau konsepsi manusia tentang negara hukum juga lahir dan berkembang dalam situasi kesejarahan. Oleh karena itu, meskipun konsep negara hukum dianggap sebagai konsep universal, pada dataran implementasi ternyata memiliki karakteristik beragam. Hal ini dikarenakan adanya pengaruh-pengaruh situasi kesejarahan, di samping pengaruh falsafah

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷Ridwan HR, Hukum Administrasi Negara, Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, Tahun 2006, hal.1

bangsa, ideologi negara, dan lain-lain. Atas dasar itu, secara historis dan praktis, konsep negara hukum muncul dalam berbagai model seperti :

- (1) Negara hukum menurut nomokrasi islam.⁵⁸

Konsep nomokrasi islam mendasarkan pada nilai-nilai yang terkandung pada Al-Quran dan Al-Sunnah. Nomokrasi islam adalah suatu negara hukum yang memiliki prinsip-prinsip umum sebagai berikut (prinsip kekuasaan sebagai amanah, prinsip musyawarah, prinsip keadilan, prinsip persamaan, prinsip pengakuan dan perlindungan setiap hak-hak asasi manusia, prinsip peradilan bebas, prinsip perdamaian, prinsip kesejahteraan, dan prinsip ketaatan rakyat)⁵⁹

- (2) Negara hukum menurut konsep Eropa Kontinental yang dinamakan *rechtsstaat*.⁶⁰

Konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner, 18 konsep *rechtsstaat* bertumpu atas sistem Hukum Kontinental yang disebut *civil law*. Karakteristik *civil law* adalah administratif⁶¹

- (3) Negara hukum menurut konsep Anglo Saxon (*rule of law*),

konsep *rule of law* berkembang secara evolusioner.⁶² Konsep *the rule of law* bertumpu atas sistem Hukum yang disebut *common law*. Karakteristik *common law* adalah *judicial*.⁶³

⁵⁸H. M. Tahir Azhary, Negara, Hukum (Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya, Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini) Cet IV Jakarta, Kencana, Tahun 2010, hal 85-86

⁵⁹Ridwan HR, *Op. Cit*, hal.1

⁶⁰Philipus M. Hardjon, Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia, Surabaya : PT.Bina Ilmu, Tahun 1987, hal 72

⁶¹Ni'matul Huda, *Op.Cit*, hal .74

(4) Konsep *socialist legality*,⁶⁴

Social legality adalah suatu konsep yang dianut di negara-negara komunis/sosialis yang tampaknya hendak mengimbangi konsep *rule of law* yang dipelopori oleh negara-negara *anglo-saxon*.⁶⁵

(5) Konsep negara hukum pancasila⁶⁶

Konsep Negara hukum *rechtsstaat* di Eropa Kontinental sejak semula didasarkan pada filsafat liberal yang individualistic. Ciri individualistic itu sangat menonjol dalam pemikiran Negara hukum menurut konsep Eropa Kontinental itu. Konsep *rechtsstaat* menurut Philipus M. Hardjon lahir dari suatu perjuangan menentang absolutism, sehingga sifatnya revolusioner.⁶⁷

Menurut Ni'matul Huda ciri-ciri *rechtsstaat* adalah sebagai berikut :⁶⁸

1. Adanya Undang-Undang Dasar atau konstitusi yang memuat ketentuan tertulis tentang hubungan antara penguasa dan rakyat; ;
2. Adanya pembagian kekuasaan Negara ;
3. Diakui dan dilindunginya hak-hak kebebasan rakyat.

Ciri-ciri *rechtsstaat* tersebut menunjukkan bahwa ide sentral *rechtsstaat* adalah pengakuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia yang bertumpu pada prinsip kebebasan dan persamaan. Adanya Undang-Undang Dasar secara teoritis memberikan jaminan konstitusional atas kebebasan dan persamaan tersebut. Pembagian kekuasaan dimaksudkan untuk mencegah terjadinya penumpukan

⁶²Ridwan HR, *Op.Cit*, hal 1

⁶³Philipus M. Hardjon, *Op.Cit*, hal 72

⁶⁴Ni'matul Huda, *Op.Cit*, hal.74

⁶⁵Ridwan HR, *Op.Cit*, hal. 2

⁶⁶Tahir Azhary, *Op.Cit*, hal. 91

⁶⁷ Philipus M.Hadjon, *Loc.Op,Cit*,hal.72

⁶⁸ Ni'matul Huda,*Loc.Op.Cit*,hal.9

kekuasaan dalam satu tangan. Kekuasaan yang berlebihan yang dimiliki seorang penguasa cenderung bertindak mengekang kebebasan dan persamaan yang menjadi ciri khas Negara hukum.

Ciri-ciri *rechtsstaat* tersebut juga melekat pada Indonesia sebagai sebuah Negara hukum. Ketentuan bahwa Indonesia adalah Negara hukum tidak dapat dilepaskan dari Pembukaan Undang-Undang 1945 sebagai cita negara hukum, kemudian ditentukan dalam batang tubuh dan penjelasan UUD 1945 (sebelum diamandemen). Alinea I Pembukaan UUD 1945 mengandung kata *perikeadilan* ; dalam alinea II terdapat kata adil; dalam alinea II terdapat kata Indonesia; dalam alinea IV terdapat kata keadilan sosial dan kata kemanusiaan yang adil. Semua istilah tersebut merujuk pada pengertian Negara hukum karena salah satu tujuan Negara hukum adalah untuk mencapai keadilan⁶⁹. Pengertian keadilan yang dimaksud dalam konsep Negara hukum Indonesia adalah bukan hanya keadilan hukum (*legal justice*), tetapi juga keadilan sosial (*sociale justice*).

Menurut Azhary, dalam penjelasan UUD 1945 (sebelum amandemen), istilah *rechtsstaat* merupakan suatu genus begrip, sehingga dalam kaitannya dengan UUD 1945 adalah suatu pengertian khusus dari istilah *rechtsstaat* sebagai genus begrip, sehingga dalam kaitannya dengan UUD 1945 adalah suatu pengertian khusus dari istilah *rechtsstaat* sebagai genus begrip. Studi tentang *rechtsstaat* sudah sering dilakukan oleh ahli hukum Indonesia, tetapi studi-studi mereka belum sepenuhnya dapat menentukan bahwa Indonesia tergolong sebagai

⁶⁹ Dahlan Thaib, Kedaulatan Rakyat Negara Hukum dan Hak-hak Asasi Manusia, Kumpulan Tulisan dalam rangka 70 tahun Sri Soemantri Martosoewignjo, Media Pratama, Jakarta, Tahun 1996, hal. 25

Negara hukum dalam pengertian *rechtstaat* atau *rule of law*.⁷⁰ Negara Hukum Indonesia memiliki ciri-ciri khas Indonesia karena Pancasila diangkat sebagai dasar pokok dan sumber hukum. Negara Hukum Indonesia dapat pula dinamakan Negara Hukum Pancasila. Salah satu ciri pokok dalam Negara Hukum Pancasila ialah adanya jaminan terhadap kebebasan beragama(*freedom of religion*).

Ciri berikutnya dari Negara Hukum Indonesia menurut Oemar Senoadji ialah tiada pemisahan yang rigid dan mutlak antar agama dan Negara, karena menurutnya agama dan Negara berada dalam hubungan yang harmonis. Padmo Wahjono menelaah Negara hukum Pancasila dengan bertitik tolak dari asas kekeluargaan yang tercantum dalam UUD 1945, yang diutamakan dalam asas kekeluargaan adalah rakyat banyak dan harkat dan martabat manusia dihargai.⁷¹ Pasal 33 UUD 1945 mencerminkan secara khas asas kekeluargaan ini. Pasal ini menegaskan bahwa yang penting ialah kemakmuran masyarakat dan bukan kemakmuran orang perorang. Kiranya konsep Negara Hukum Pancasila perlu ditelaah pengertiannya dilihat dari sudut pandang asas kekeluargaan.

Padmono Wahjono memahami hukum sebagai suatu alat atau wahana untuk menyelenggarakan kehidupan Negara atau ketertiban dan menyelenggarakan kesejahteraan sosial. Pengertian ini tercermin dalam rumusan Penjelasan UUD 1945 (sebelum amandemen) yang menyatakan bahwa Undang-Undang Dasar hanya memuat aturan-aturan pokok atau garis-garis besar sebagai instruksi kepada

⁷⁰ H. M. Tahir Azhary, Op.cit hal.92

⁷¹ Padmo Wahjono, Konsep Yuridis Negara Hukum Republik Indonesia, Rajawali, Jakarta, Tahun 1982, hal.17

Pemerintah Pusat dan lain-lain penyelenggaraan Negara untuk menyelenggarakan kehidupan Negara dan kesejahteraan sosial.

Padmo Wahjono menamakan fungsi hukum Indonesia sebagai suatu pengayoman. Oleh karena itu, ia berbeda dengan cara pandang liberal yang melambangkan hukum sebagai Dewi Yustitia yang memegang pedang dan timbangan dengan mata tertutup, memeperlihatkan bahwa keadilan yang tertinggi ialah suatu ketidakadilan yang paling tinggi. Hukum di Indonesia dilambangkan dengan pohon pengayoman.⁷²

Berbeda dengan cara pandang liberal yang melihat Negara sebagai suatu status (state) tertentu yang dihasilkan oleh suatu perjanjian masyarakat dari individu-individu yang bebas atau dari status naturalis ke status civil dengan perlindungan terhadap civil rights, sehingga dalam Negara Hukum Pancasila ada suatu anggapan bahwa manusia dilahirkan dalam hubungannya atau keberadaannya dengan Tuhan. Oleh karena itu, Negara tidak terbentuk karena suatu perjanjian, melainkan Atas berkat Rahmat Allah Yang Maha Kuasa dan dengan didorongkan oleh keinginan luhur, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas, Padmo Wahjono mengaskan bahwa konstruksi yang didasarkan atas asas kekeluargaan itu bukanlah suatu *vertrag*, melainkan atas asas kesepakatan suatu tujuan (*gesamtakt*).⁷³

Berdasarkan dua pandangan pakar hukum tersebut dapat disimpulkan bahwa meskipun dalam Penjelasan UUD 1945 (sebelum diamandemen) digunakan istilah *rechtsstaat*, konsep *rechtsstaat* yang dianut oleh Negara Indonesia bukanlah

⁷²*Ibid*,hal.19

⁷³*Ibid*.hal.20

konsep Negara hukum Eropa Kontinental dan bukan pula konsep rule of law dari Anglo-Saxon, melainkan konsep Negara Hukum Pancasila dengan ciri-ciri, antara lain :

1. Ketuhanan Yang Maha Esa ;
2. Pengakuan terhadap nilai-nilai kemanusiaan ;
3. Penolakan terhadap SARA dan menjunjung tinggi persatuan;
4. Terdapatnya sistem perwakilan;
5. Keadilan sosial.

Dalam perkembangannya, konsep tentang negara hukum mengalami perumusan yang berbeda-beda. Immanuel Kant memberikan gambaran tentang negara hukum berfungsi sebagai penjaga malam, artinya tugas negara hanya menjaga saja agar hak-hak rakyat jangan di ganggu atau di langgar, mengenai kemakmuran rakyat negara tidak boleh campur tangan negara sebagai *nachtwachter staat*.

Menurut J.B.J.M. ten Berge prinsip-prinsip negara hukum, sebagai berikut :⁷⁴

1. Asas Legalitas

Substansi dari asas legalitas tersebut adalah menghendaki agar setiap tindakan badan/pejabat administrasi berdasarkan Undang-undang. Tanpa dasar Undang-undang, badan/pejabat administrasi negara tidak berwenang melakukan suatu tindakan yang dapat mengubah atau mempengaruhi keadaan hukum warga masyarakat.

⁷⁴Ni'matul Huda, *Op.Cit*, hal. 78

Pembatasan kebebasan warga negara (oleh pemerintah) harus ditemukan dasarnya dalam Undang-Undang yang merupakan peraturan umum. Undang-Undang secara umum harus memberikan jaminan (terhadap warga negara) dari tindakan (pemerintah) yang sewenang-wenang, kolusi, dan berbagai jenis tindakan yang tidak benar. Pelaksanaan wewenang oleh organ pemerintahan harus ditemukan dasarnya pada Undang-Undang tertulis (Undang-Undang formal).

2. Perlindungan hak-hak asasi.
3. Pemerintah terikat pada hukum.
4. Monopoli paksaan pemerintah untuk menjamin penegakan hukum. Hukum harus dapat ditegakkan ketika hukum itu dilanggar. Pemerintah harus menjamin bahwa di tengah masyarakat terdapat instrumen yuridis penegakan hukum. Pemerintah dapat memaksa seseorang yang melanggar hukum melalui sistem peradilan negara. Memaksakan hukum publik secara prinsip merupakan tugas pemerintah.
5. Pengawasan oleh hakim yang merdeka.

Superioritas hukum tidak dapat ditampilkan jika aturan-aturan hukum hanya dilaksanakan organ pemerintahan. Oleh karena itu, dalam setiap negara hukum di perlukan pengawasan oleh hakim yang merdeka.⁷⁵

Pada masa sekarang ini, hampir semua negara-negara di dunia menganut negara hukum, yakni yang menempatkan hukum sebagai aturan main penyelenggaraan kekuasaan negara dan pemerintahan. Sebagai negara hukum,

⁷⁵Ridwan HR, *Op.Cit*, hal .9-10

sudah barang tentu “memiliki” hukum administrasi negara, sebagai instrumen untuk mengatur dan menyelenggarakan tugas-tugas pemerintahan negara. Dalam negara hukum, hukumlah yang memegang komando tertinggi dalam penyelenggaraan negara. Sesungguhnya, yang memimpin dalam penyelenggaraan negara adalah hukum itu sendiri.⁷⁶

Dalam praktek penyelenggaraan negara hukum dewasa ini pada umumnya diakui bahwa yang dimaksud negara hukum tidak sekedar memenuhi formalitas dalam bentuk lahirnya yaitu adanya ketentuan hukum yang digunakan sebagai landasan penyelenggaraan negara/pemerintahan, serta mengatur warga negara. Tetapi harus diperhatikan pula segi isi, nilai serta kegunaan aturan hukum itu. Apakah secara material isi dan nilai hukum sesuai dengan kesadaran etis dan kesadaran hukum masyarakat, sesuai dengan watak dan kepribadian bangsa yang bersangkutan.

b. Teori Kekuasaan Kehakiman

Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Pasal 1 ayat (3) dengan sangat eksplisit menyatakan bahwa Indonesia adalah negara hukum. Bila negara hukum dikaitkan dengan teori kedaulatan hukum, maka supremasi dari suatu negara tidak terletak pada negara itu tetapi hukum. Kedaulatan hukum menempatkan negara harus tunduk dihadapannya hukum, kedaulatan negara tunduk dan mengabdikan pada kedaulatan hukum karena hukum yang akan mengatur orde ketertiban masyarakat dan juga mengatur hubungan antara masyarakat dan

⁷⁶Miriam Budiarto, Dasar-dasar Ilmu Politik. Jakarta : Gramedia, Tahun 1982, hal. 57-58

negara. Pada konteks itu, kekuasaan politik yang dimiliki oleh otoritas negara juga harus tunduk dihadapan kedaulatan hukum.

Konstitusi Indonesia juga menyatakan secara eksplisit bahwa kedaulatan berada ditangan rakyat dan dilaksanakan melalui Undang Undang Dasar.⁷⁷ Bilamana kedaulatan hukum tersebut di atas diletakkan dan berpijak pada kedaulatan rakyat, maka kedaulatan hukum bukanlah ditujukan semata-mata untuk kepentingan hukum itu sendiri, tetapi justru harus ditujukan dan berpihak bagi kepentingan masyarakat. Berkenaan dengan hal tersebut maka suatu negara hukum harus ditujukan dan berpihak bagi kepentingan masyarakat.

Pada alenia ke IV, UUD 1945 telah secara tegas dikemukakan, pembentukan Pemerintahan Negara Indonesia dimaksudkan untuk:

“...melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa...”

Jadi kedaulatan hukum berpijak pada aspirasi dan kepentingan dari rakyat, hukum tidak dapat bertindak sewenang-wenang dihadapan kepentingan rakyat. Hal tersebut juga dimaknai, pembentukan dan penyelenggaraan pemerintahan yang diatur di dalam suatu negara hukum tidak dapat mengingkari aspirasi rakyat, melanggar hak-hak dasar dari warga negaranya, dan/atau bertindak sewenang-wenang sehingga mengingkari kepentingan rakyat. Kata kunci dari alenia konstitusi seperti tersebut di atas justru ditujukan tidak hanya sekedar

⁷⁷Pasal 1 ayat (2) Undang Undang Dasar 1945

melindungi kepentingan rakyat, tetapi negara hukum dimaksud ditujukan untuk memajukan kesejahteraan rakyat.

Salah satu instrumen penting di dalam suatu negara hukum adalah adanya kekuasaan kehakiman yang independen untuk menyelenggarakan peradilan yang berdasarkan keadilan dan kepastian hukum. Berbagai konvensi Internasional, seperti: *Universal Declaration of Human Rights*, *International Covenant Civil and Political Rights*, *International Bar Association Code of Minimum Standard of Judicial Independence*, *Beijing Statement of Independence of Judiciary in the Law Asia Region* juga menegaskan bahwa kekuasaan kehakiman merupakan salah satu komponen utama dalam suatu Negara hukum. Konvensi dimaksud bahkan juga mengemukakan lebih tegas, kekuasaan kehakiman yang dimaksud konvensi adalah kekuasaan kehakiman yang independen, tidak memihak dan kompeten.

Tidak ada negara hukum yang tidak memiliki lembaga kekuasaan kehakiman. Bahkan, kualitas suatu kekuasaan kehakiman dijadikan salah satu indikator untuk menentukan seberapa demokratisnya suatu negara hukum. Suatu Negara disebut sebagai negara hukum yang demokratis bilamana memiliki Kekuasaan kehakiman yang tidak saja independen tetapi juga memiliki akuntabilitas sehingga dapat menjalankan peradilan yang bersih, dipercaya oleh masyarakat dan menjadi kekuasaan kehakiman yang berwibawa.

Ada beberapa hal penting yang tersebut di dalam Pasal 24 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 berkenaan dengan Kekuasaan Kehakiman, yaitu sebagai berikut: ⁷⁸

⁷⁸Purwoto Gandasubrata, *Renungan Hukum*, Jakarta. Ikatan Hakim Indonesia, Tahun 1998, hal 65.

1. Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka dalam menjalankan peradilan;
2. Tujuan dari penyelenggaran kekuasaan kehakiman adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan; dan
3. Pelaksanaan kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung dan badan peradilan dibawahnya, serta Mahkamah Konstitusi

Dalam usaha untuk memperkuat prinsip kekuasaan kehakiman yang merdeka berarti suatu Kekuasaan yang berdiri sendiri dan tidak dalam intervensi dari kekuasaan lainya dalam menjalankan tugasnya untuk menegakan hukum dan keadilan.⁷⁹ maka sesuai dengan tuntutan reformasi di bidang hukum telah dilakukan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 14/1970 tentang ketentuan-ketentuan pokok kekuasaan kehakiman dengan perubahan menjadi Undang-Undang Nomor 35/1999 melalui perubahan tersebut telah diletakan kebijakan bahwa segala urusan mengenai peradilan baik yang menyangkut teknis yudisial maupun urusan organisasi dan finansial berada dibawah satu atap yakni Mahkamah Agung, yang harus dilaksanakan paling lambat lima tahun sejak diundangkanya Undang-Undang No. 35/1999 yang berarti bahwa sejak diundangkanya Undang-Undang ini pembinaan badan peradilan umum, badan peradilan agama, badan peradilan militer, dan badan peradilan tata usaha negara berada dibawah Mahkamah Agung yang kemudian kembali diubah dengan Undang-Undang No. 4/2004 dan kemudian belakangan ini terjadi perubahan kembali dengan Undang-Undang No. 3/2009 tentang perubahan kedua dari

⁷⁹Sudarsono. Kamus Hukum, Jakarta: Penerbit Rineka Cipta, Tahun 1992, hal 274

Undang-Undang No.14/1985 tentang kekuasaan kehakiman. Dengan demikian, telah berkali-kali perubahan Undang-Undang kehakiman bahkan perubahan terjadi pada *grand norma* atau Konstitusi.

Kekuasaan Kehakiman yang dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, dan lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh Mahkamah Konstitusi sebagaimana termaktub ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945⁸⁰ yang memiliki wewenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir dan bersifat final dalam menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945.

Berdasarkan asas-asas ketatanegaraan dapat diketahui bahwa kekuasaan kehakiman yang merdeka dan bertanggung jawab adalah perwujudan dari asas kedaulatan rakyat, negara hukum, dan pemisahan kekuasaan. Namun demikian, terdapat perbedaan diametral antara konsep ‘merdeka’ dan ‘bertanggung-jawab’ dari kekuasaan kehakiman. Makna ‘merdeka’ menunjukkan tidak adanya ikatan dan tidak tunduk pada apapun, sedangkan makna ‘bertanggung-jawab’ justru menunjukkan sebaliknya. Dalam perkataan lain, ‘kekuasaan kehakiman yang merdeka’ bermakna kekuasaan yang tidak terikat, lepas, dan tunduk pada kekuasaan yang lain, sedangkan ‘kekuasaan kehakiman yang bertanggung-jawab’ justru bermakna kekuasaan kehakiman berada dalam kaitan dengan dan tunduk pada kekuasaan yang lain.

Alexander Hamilton dalam *The Federalist* menjelaskan independensi

⁸⁰ UUD tahun 1945 amandemen ketiga

yudisial ini dengan mengilustrasikan perbandingan antara kekuasaan yang dimiliki oleh tiga cabang kekuasaan :⁸¹

in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments

Jadi, menurut Hamilton independensi yudisial diperlukan karena di antara ketiga cabang kekuasaan, lembaga peradilan adalah “ *the least dangerous to the political rights of the Constitution*”. Lembaga peradilan tidak memiliki pengaruh baik kekuasaan (*sword*) maupun keuangan (*purse*) bila dibandingkan dengan kekuasaan eksekutif dan legislatif. Kekuasaan kehakiman hanya memiliki kekuatan dalam bentuk ‘putusan’ semata (*judgment*).

Harold See⁸² menyebutkan adanya dua perspektif dalam memandang independensi yudisial. Pertama, perspektif pemisahan kekuasaan dalam bentuk

⁸¹ Aidul Fitriadi Azhari. Kekuasaan Kehakiman yang Merdeka dan bertanggung jawab di Mahkamah Konstitusi SI: Upaya Menemukan Keseimbangan. Jurisprudence, Vol. 2, No. 1, Maret 2005, hal 97

kemerdekaan kelembagaan (*institutional independence*), kekuasaan kehakiman dari cabang pemerintahan lainnya. Aspeknya termasuk organisatoris, administrasi, personalia, dan finansial. Kedua, perspektif demokrasi berupa kemerdekaan dalam membuat putusan (*decisional independence*). Hal ini berkaitan dengan kewajiban khusus dari pengadilan terhadap negara hukum. Peradilan bukan hanya salah satu cabang pemerintahan dalam kekuasaan kehakiman, tetapi melaksanakan fungsi untuk menjamin terwujudnya negara hukum. Di dalamnya terdapat perlindungan atas kemerdekaan hakim dalam memutus dari pengaruh berbagai kepentingan.

Dalam kaitan itu, kemerdekaan yudisial tidak berada dalam ruang vakum. Kemerdekaan yudisial tidak berarti isolasi yudisial atau pemisahan yudisial. Kemerdekaan tetap berada dalam suatu hubungan interdependensi dengan cabang kekuasaan lainnya. Hal ini seperti dikatakan oleh salah seorang Hakim Agung AS

*“While the Constitution diffuses power the better to secure liberty, it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable government. It enjoins upon its branches separateness but inter independence, autonomy but reciprocity.”*⁸³

Konsep kemerdekaan dan akuntabilitas yudisial bersifat saling menguatkan satu sama lain. Kemerdekaan yudisial berkenaan dengan institusi kemerdekaan kehakiman tidak dirancang untuk menguntungkan hakim secara individual ataupun peradilan sebagai suatu badan. Kemerdekaan yudisial dirancang untuk melindungi rakyat. Sementara akuntabilitas yudisial tidak dapat

⁸²Harold See “Comment: Judicial Selection and Decisional Independence,” *Law and Contemporary Problems*, Vol. 61, No.3, Summer 1998, hal: 141-142)

⁸³Warren, *The Importance of Judicial Independence and Accountability*. *Jurisprudence*, Vol. 2, No. 1, Maret 2005, hal 97

bekerja dalam keadaan vakum. Hakim harus bekerja di dalam aturan-aturan dan berdasarkan sumpah jabatannya.

Stefan Voigt⁸⁴ menyebutkan akuntabilitas yudisial menyangkut dua aspek, yakni aspek prosedural yang berkenaan dengan perilaku hakim, dan aspek substansial yang berkenaan dengan putusan hakim. Berkenaan dengan aspek perilaku, dapat dibedakan antara perilaku dalam jabatan (mis. penyuapan) dan perilaku di luar jabatan (mis. pemukulan terhadap istri/suami). Dalam hal putusan hakim, hakim harus memutuskan berdasarkan hukum dan bukti yang dihadirkan di depan pengadilan. Selain itu, proses persidangan harus dilakukan dalam suatu pengadilan yang terbuka (*open court*), di bawah pengawasan publik dan pers. Demikian pula pertimbangan di dalam putusan pengadilan dan perilaku dalam persidangan harus terbuka pada kritisisme dari pengadilan yang lebih tinggi, para ahli hukum, lingkungan akademik, serta publik dan pers.

Ketentuan tentang kekuasaan kehakiman yang merdeka disebutkan dalam Pasal 24 ayat (1) Perubahan Ketiga UUD 1945 yang berbunyi : *Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.* Ketentuan konstitusi itu diuraikan lebih lanjut dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman sebagai berikut: *Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.* Penjelasan Undang-Undang yang diundang-kan pada

⁸⁴Stefan Voigt. *The Economic Effects of Judicial Accountability– Some Preliminary Insights.* Jurisprudence, Vol. 2, No. 1, Maret 2005, hal 5

tanggal 15 Januari 2004 itu menjelaskan pengertian kekuasaan kehakiman yang merdeka sebagai berikut: *Kekuasaan kehakiman yang merdeka dalam ketentuan ini mengandung pengertian bahwa kekuasaan kehakiman bebas dari segala campur tangan pihak kekuasaan ekstra yudisial, kecuali dalam hal-hal sebagaimana disebut dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Kebebasan dalam melaksanakan wewenang yudisial bersifat tidak mutlak karena tugas hakim adalah menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, sehingga putusannya mencerminkan rasa keadilan rakyat Indonesia.*

c. Teori Keadilan

Ukuran mengenai keadilan seringkali ditafsirkan berbeda-beda. Keadilan itu sendiri pun berdimensi banyak, dalam berbagai bidang, misalnya ekonomi, maupun hukum. Dewasa ini, berbicara mengenai keadilan merupakan hal yang senantiasa dijadikan topik utama dalam setiap penyelesaian masalah yang berhubungan dengan penegakan hukum. Banyaknya kasus hukum yang tidak terselesaikan karena ditarik ke masalah politik. Kebenaran hukum dan keadilan dimanipulasi dengan cara yang sistematis sehingga peradilan tidak menemukan keadaan yang sebenarnya. Kebijakan pemerintah tidak mampu membawa hukum menjadi “panglima” dalam menentukan keadilan, sebab hukum dikebiri oleh sekelompok orang yang mampu membelinya atau orang yang memiliki kekuasaan yang lebih tinggi.⁸⁵ Konsep keadilan sering dipertentangkan dengan konsep ketidakadilan. Kedua konsep tersebut selalu dibahas dalam kajian hukum dimana ketidakadilan sebagai antithesis dari keadilan. Keadilan sebagai bagian

⁸⁵ Muchsan, Hukum Tata Pemerintahan, Yogyakarta: Penerbit Liberty, 1985, hlm. 42.

dari nilai social memiliki makna yang amat luas, bahkan pada suatu titik bisa bertentangan dengan hokum sebagai salah satu tata nilai sosial. Suatu kejahatan yang dilakukan adalah suatu kesalahan. Namun apabila hal tersebut bukan merupakan keserakahan tidak bisa disebut menimbulkan ketidakadilan. Sebaliknya suatu tindakan yang bukan merupakan kejahatan dapat menimbulkan ketidakadilan.

c.1 Teori Keadilan Islam

Dalam islam diatur tentang bagaimana system keadilan juga harus ditegakkan dan diterapkan, hal ini merupakan yang dilakukan dalam rangka untuk menegakkan kebenaran dn keadilan. Seorang hakim yang bertugas untuk memberi putusan yang adil bagi para pihak-pihak yang berperkara. Sesungguhnya keadilan yang sebenarnya adalah keadilan yang berdasarkan ajaran yang diturunkan oleh Allah SWT kepada Nabi Muhammad S.A.W sebagaimana yang dinyatakan dalam Al-Quran dalam surat At-tin ayat 8 yang berbunyi

أَلَيْسَ اللَّهُ بِأَحْكَمِ الْحَاكِمِينَ

Artinya : Bukankah Allah hakim yang seadil-adilnya

Dan juga sebagaimana dinyatakan dalam Surat Al-Imran ayat 18 yang berbunyi

شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ ۗ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ

Artinya : Allah menyatakan bahwasannya tidak ada tuhan selain Dia (yang berhak disembah), yang menegakkan keadilan, para malaikat dan orang-orang yang

berilmu (juga menyatakan yang demikian itu), tak ada Tuhan melainkan Dia (yang berhak disembah), Yang Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana.

Begitu juga para hakim yang memeriksa suatu perkara diharuskan untuk berlaku adil dan para hakim tersebut juga harus memberikan putusan yang adil pula. Dalam menjalankan tugasnya hakim juga tidak boleh menerima suap dalam bentuk apapun dengan tujuan untuk memenangkan ataupun memberi keuntungan pada satu pihak dan member kerugian yang besar pada pihak yang lain.

Sebagaimana dinyatakan dalam Surat Al Baqarah ayat 188 yang berbunyi :

وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ

Artinya Dan janganlah sebahagian kamu memakan harta sebahagian yang lain diantara kamu dengan jalan yang bathil dan (janganlah) kamu membawa (urusan) harta itu kepada hakim, supaya kamu dapat memakan sebahagian daripada harta benda orang lain itu dengan (jalan berbua)t dosa. Padahal kamu mengetahui.

Dalam memeriksa perkara arbitrase, majelis arbiter haruslah mampu untuk memeriksa perkara dan memeriksa sakdi-sakdi dan bukti-bukti yang disampaikan oleh pihak yang bersengketa serta memberi putusan yang seadil-adilnya dan memberi putusan yang menguntungkan kedua belah pihak yang bersengketa.

Dalam hadist yang diriwayatkan oleh Al-Bukhori dan Muslim dan Ummu Salamah, Nabi Muhammad S.A.W pernah bersabda bahwa jika ada hakim yang memutuskan suatu perkara tanpa mendengar kedua belah pihak, maka keputusannya itu sama dengan sepotong api neraka⁸⁶

⁸⁶. Taifiq Rahman, Hadis-Hadis Hukum, Bandung, Penerbit Pustaka Setia, 2000, hal 63

c.2 Teori Keadilan Aristoteles

Pandangan-pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karyanya *Nicomachean Ethics*, *Politics*, dan *Rethoric*. Lebih khususnya, dalam buku *Nicomachean Ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang, berdasarkan filsafat umum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, "...karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan"⁸⁷ Yang sangat penting dari pandangannya adalah pendapat bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesetaraan. Namun, Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesetaraan numerik dan kesetaraan proporsional.

Kesetaraan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa kita pahami tentang kesetaraan dan yang kita maksudkan ketika kita mengatakan bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesetaraan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya. Dari perbedaan ini Aristoteles menghadirkan banyak kontroversi dan perdebatan seputar keadilan. Lebih lanjut, ia membedakan keadilan menjadi jenis keadilan distributif dan keadilan korektif, dimana yang pertama berlaku dalam hukum publik, yang kedua dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan distributif dan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesetaraan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya.

⁸⁷ Friedrich, Carl Joachim. *Filsafat Hukum Perspektif Historis*. Bandung: Nuansa dan Nusamedia, tahun 2004, hal 24.

Dalam wilayah keadilan distributif, hal yang penting adalah bahwa imbalan yang sama diberikan atas pencapaian yang sama pula. Pada yang kedua, yang menjadi persoalan adalah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh, misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan. Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah bahwa apa yang ada di benak Aristoteles adalah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku di kalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat. Di sisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah.

Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan, jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang sepatutnya perlu diberikan kepada si pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggunya “kesetaraan” yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut.⁸⁸

Dari uraian ini tampak bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan, sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah. Dalam membangun argumentasinya, Aristoteles menekankan perlunya dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang

⁸⁸*Ibid*, hal 25

didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Perbedaan ini jangan dicampuradukkan dengan perbedaan antara hukum positif yang ditetapkan dalam Undang-Undang dan hukum adat. Oleh karena, berdasarkan perbedaan Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi sumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perundang-undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia

c.3 Teori Keadilan John Rawls

Selain Aristoteles, John Rawls juga turut mempengaruhi pemikiran Kamali akan keadilan. Hal ini tercermin dari pengakuan Kamali tentang bagaimana John Rawls mempengaruhi pemikirannya, "*Rawls is a huge thinker. I adopt some principles of justice from him*"⁸⁹ Rawls mengerjakan teori mengenai prinsip-prinsip keadilan terutama sebagai alternatif bagi teori utilitarianisme sebagaimana dikemukakan David Hume, Jeremy Bentham, dan John Stuart Mill. Rawls berpendapat bahwa dalam masyarakat yang diatur menurut prinsip-prinsip utilitarianisme, orang - orang akan kehilangan harga diri, lagi pula bahwa pelayanan demi perkembangan bersama akan lenyap.

Rawls juga berpendapat bahwa sebenarnya teori ini lebih keras dari apa yang dianggap normal oleh masyarakat. Memang boleh jadi diminta pengorbanan demi kepentingan umum, tetapi tidak dapat dibenarkan bahwa pengorbanan ini

⁸⁹ Muhammad Hashim Kamali, Prinsip dan Teori-Teori Hukum Islam. Terj.Noorhaidi. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, tahun 1999, hal 140.

pertama-tama diminta dari orang-orang yang sudah kurang beruntung dalam masyarakat. Menurut Rawls, situasi ketidaksamaan harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Hal ini terjadi kalau dua syarat dipenuhi. Pertama, situasi ketidaksamaan menjamin *maximum minimorum* bagi orang yang paling lemah. Artinya, situasi masyarakat harus sedemikian rupa, sehingga dihasilkan untung yang paling tinggi yang mungkin dihasilkan bagi orang-orang kecil. Kedua, ketidaksamaan diikat pada jabatan-jabatan yang terbuka bagi semua orang. Maksudnya, kepada semua orang diberikan peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan pedoman ini semua perbedaan antara orang berdasarkan ras, kulit, agama, dan perbedaan lain yang bersifat primordial, harus ditolak.

Lebih lanjut John Rawls menegaskan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan. Pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi, sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung. Dengan demikian, Prinsip Perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal. Pertama, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap

kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. Kedua, setiap aturan harus memosisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidak-adilan yang dialami kaum lemah

2. Middle Range Theory

Sebagai *Middle Range Theory* yang digunakan adalah Teori Kepastian Hukum.

Teori Kepastian Hukum

Kepastian adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya. Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologi.⁹⁰

Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang *deliberatif*. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu.

⁹⁰Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum*, Yogyakarta, Laksbang Pressindo, 2010, hlm.59

Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.⁹¹ Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi tafsir) dan logis. Jelas dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tetap, konsisten dan konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif. Kepastian dan keadilan bukanlah sekedar tuntutan moral, melainkan secara factual mencirikan hukum. Suatu hukum yang tidak pasti dan tidak mau adil bukan sekedar hukum yang buruk.⁹²

Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu.⁹³

Ajaran kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran positivistic di dunia hukum, yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri, karena bagi penganut pemikiran ini, hukum tak lain hanya kumpulan aturan. Bagi penganut aliran ini,

⁹¹Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Jakarta, Kencana, 2008, hal.158.

⁹² Cst Kansil, Christine,dkk,Kamus Istilah Hukum, Jakarta, 2009, Hlm. 385.

⁹³ Riduan Syahrani, Rangkuman Intisari Ilmu Hukum, Penerbit Citra Aditya Bakti,Bandung, Tahun 1999, hal.23.

tujuan hukum tidak lain dari sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum. Kepastian hukum itu diwujudkan oleh hukum dengan sifatnya yang hanya membuat suatu aturan hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.⁹⁴

Kepastian hukum merupakan jaminan mengenai hukum yang berisi keadilan. Norma-norma yang memajukan keadilan harus sungguh-sungguh berfungsi sebagai peraturan yang ditaati. Menurut Gustav Radbruch keadilan dan kepastian hukum merupakan bagian-bagian yang tetap dari hukum. Beliau berpendapat bahwa keadilan dan kepastian hukum harus diperhatikan, kepastian hukum harus dijaga demi keamanan dan ketertiban suatu negara. Akhirnya hukum positif harus selalu ditaati. Berdasarkan teori kepastian hukum dan nilai yang ingin dicapai yaitu nilai keadilan dan kebahagiaan.

3. Applied Theory

Sebagai *Applied Theory* yang digunakan adalah teori kemanfaatan hukum dan teori perlindungan hukum

a. Teori Kemanfaatan Hukum

Hukum adalah sejumlah rumusan pengetahuan yang ditetapkan untuk mengatur lalulintas perilaku manusia dapat berjalan lancar, tidak saling tubruk dan berkeadilan. Sebagaimana lazimnya pengetahuan, hukum tidak lahir di ruang hampa. Ia lahir berpijak pada arus komunikasi manusia untuk mengantisipasi ataupun menjadi solusi atas terjadinya kemampatan yang

⁹⁴ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Jakarta, Penerbit Toko Gunung Agung, Tahun 2002, hal 82-83

disebabkan oleh potensi-potensi negatif yang ada pada manusia. Sebenarnya hukum itu untuk ditaati. Bagaimanapun juga, tujuan penetapan hukum adalah untuk menciptakan keadilan. Oleh karena itu, hukum harus ditaati walaupun jelek dan tidak adil. Hukum bisa saja salah, tetapi sepanjang masih berlaku, hukum itu seharusnya diperhatikan dan dipatuhi. Kita tidak bisa membuat hukum 'yang dianggap tidak adil'. Itu menjadi lebih baik dengan merusak hukum itu. Semua pelanggaran terhadap hukum itu menjatuhkan penghormatan pada hukum dan aturan itu sendiri.

Hukum merupakan urat nadi dalam kehidupan suatu bangsa untuk mencapai cita-cita masyarakat yang adil dan makmur. Masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Hukum itu untuk manusia, maka pelaksanaan hukum atau penegakkan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Jangan sampai justru karena hukumnya dilaksanakan atau ditegakkan malah akan timbul keresahan di dalam masyarakat itu sendiri.⁹⁵ Menurut Jeremy Bentham hukum barulah dapat diakui sebagai hukum, jika ia memberikan kemanfaatan yang sebesar-besarnya terhadap sebanyak-banyaknya orang.

Putusan hakim akan mencerminkan kemanfaatan, manakala hakim tidak saja menerapkan hukum secara tekstual belaka dan hanya mengejar keadilan semata, akan tetapi juga mengarahkan pada kemanfaatan bagi kepentingan pihak-pihak yang berperkara dan kepentingan masyarakat pada umumnya. Artinya, hakim dalam menerapkan hukum, hendaklah mempertimbangkan hasil akhirnya

⁹⁵Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum Suatu Pengantar, Yogyakarta: Liberty, Tahun 2005, hal. 160.

nanti, apakah putusan hakim tersebut membawa manfaat atau kegunaan bagi semua pihak.⁹⁶

Rasa keadilan manusia senantiasa relatif sifatnya, karena rasa keadilan tidak bisa dipisahkan dari keterlibatan pribadi manusia sebagai subjek hukum, sedangkan manusia mendapatkan dirinya berada dalam suatu kerangka tatanilai, baik tata nilai yang diperolehnya sejak lahir maupun tata nilai yang diperolehnya karena proses belajar.⁹⁷ Rasa keadilan yang seperti ini sukar untuk dapat diterapkan atau menjadi keadilan yang dapat dirasakan secara umum.

Dengan demikian keberadaan hukum bukan hanya berupaya menciptakan keadilan yang bersifat umum, melainkan hukum itu sendiri kemudian membawa kemanfaatan dan oleh karenanya hukum menjadi tetap berguna (*doelmatig*) bagi semua orang, tanpa kecuali. Suatu hukum yang baik setidaknya harus memenuhi tiga hal pokok yang sangat prinsipil yang hendak dicapai, yaitu : Keadilan, Kepastian dan Kemanfaatan. Setelah dilihat dan ditelaah dari ketiga sisi yang menunjang sebagai landasan dalam mencapai tujuan hukum yang diharapkan. Maka jelaslah ketiga hal tersebut berhubungan erat agar menjadikan hukum, baik dalam artian formil yang sempit maupun dalam arti materil yang luas, sebagai pedoman perilaku dalam setiap perbuatan hukum, baik oleh para subyek hukum yang bersangkutan maupun oleh aparatur penegakan hukum yang resmi diberi tugas dan kewenangan oleh Undang-Undang untuk menjamin berfungsinya norma-norma hukum yang berlaku dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Namun dalam pelaksanaannya dapat saja terjadi benturan atas ketiga

⁹⁶Ibid, hal. 160

⁹⁷Budiona Kusumohamidjojo, *Ketertiban Yang Adil*, Grasindo, Jakarta, Tahun 1999, hal. 132

teori tersebut, misalnya antara kepastian hukum dengan kemanfaatan, atau antara keadilan dengan kepastian hukum, antara keadilan terjadi benturan dengan kemanfaatan. Maka dari itu pertama-tama kita harus memprioritaskan keadilan dan kepastian kemudian kemanfaatan. Idealnya diusahakan agar setiap putusan hukum, baik yang dilakukan oleh hakim, jaksa, pengacara maupun aparat hukum lainnya, dan sudah seyogyanya ketiga nilai dasar hukum itu diwujudkan secara bersama-sama.

Selanjutnya di dalam prakteknya penegakan hukum dapat terjadi dilematik yang saling berbenturan antara ketiga unsur tujuan hukum diatas, dimana dengan pengutamaan “ kepastian hukum “ maka ada kemungkinan unsur-unsur lain diabaikan atau dikorbankan. Demikian juga jika unsur “ kemanfaatan “ lebih diutamakan, maka kepastian hukum dan keadilan dapat dikorbankan. Jadi kesimpulanya dari ketiga unsur tujuan hukum tersebut diatas harus mendapat perhatian secara Proporsional yang seimbang.

a. Teori Perlindungan Hukum

Perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman kepada hak asasi manusia yang dirugikan orang lain dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum atau dengan kata lain 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 manapun.⁹⁸

⁹⁸ Satjipto Rahardjo. *Loc Cit.* hlm. 74.

Perlindungan hukum adalah perlindungan akan harkat dan martabat, serta pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia yang dimiliki oleh subyek hukum berdasarkan ketentuan hukum dari kesewenangan atau sebagai kumpulan peraturan atau kaidah yang akan dapat melindungi suatu hal dari hal lainnya. Berkaitan dengan konsumen, berarti hukum memberikan perlindungan terhadap hak-hak pelanggan dari sesuatu yang mengakibatkan tidak terpenuhinya hak-hak tersebut.⁹⁹

Perlindungan hukum adalah penyempitan arti dari perlindungan, dalam hal ini hanya perlindungan oleh hukum saja. Perlindungan yang diberikan oleh hukum, terkait pula dengan adanya hak dan kewajiban, dalam hal ini yang dimiliki oleh manusia sebagai subyek hukum dalam interaksinya dengan sesama manusia serta lingkungannya. Sebagai subyek hukum manusia memiliki hak dan kewajiban untuk melakukan suatu tindakan hukum.¹⁰⁰ Menurut Setiono, perlindungan hukum adalah tindakan atau upaya untuk melindungi masyarakat dari perbuatan sewenang-wenang oleh penguasa yang tidak sesuai dengan aturan hukum, untuk mewujudkan ketertiban dan ketentraman sehingga memungkinkan manusia untuk menikmati martabatnya sebagai manusia.¹⁰¹ Menurut Muchsin, perlindungan hukum merupakan kegiatan untuk melindungi individu dengan menyasikan hubungan nilai-nilai atau kaidah-kaidah yang menjelma dalam sikap dan tindakan dalam menciptakan adanya ketertiban dalam pergaulan hidup

⁹⁹ Philipus M. Hadjon. *Loc Cit.* hlm. 25

¹⁰⁰ CST Kansil. *Loc Cit.* hlm. 102

¹⁰¹ Setiono. *Rule of Law (Supremasi Hukum)*. Surakarta. Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Sebelas Maret, 2004. hlm. 3

antar sesama manusia.¹⁰² Menurut Muchsin, perlindungan hukum merupakan suatu hal yang melindungi subyek-subyek hukum melalui peraturan perundang-undangan yang berlaku dan dipaksakan pelaksanaannya dengan suatu sanksi. Perlindungan hukum dapat dibedakan menjadi dua, yaitu:¹⁰³

a. Perlindungan Hukum Preventif

Perlindungan yang diberikan oleh pemerintah dengan tujuan untuk mencegah sebelum terjadinya pelanggaran. Hal ini terdapat dalam peraturan perundang-undangan dengan maksud untuk mencegah suatu pelanggaran serta memberikan rambu-rambu atau batasan-batasan dalam melakukan suatu kewajiban.

b. Perlindungan Hukum Represif

Perlindungan hukum represif merupakan perlindungan akhir berupa sanksi seperti denda, penjara, dan hukuman tambahan yang diberikan apabila sudah terjadi sengketa atau telah dilakukan suatu pelanggaran

Penegakan hukum dan keadilan harus menggunakan jalur pemikiran yang tepat dengan alat bukti dan barang bukti untuk merealisasikan keadilan hukum dan isi hukum harus ditentukan oleh keyakinan etis, adil tidaknya suatu perkara. Persoalan hukum menjadi nyata jika para perangkat hukum melaksanakan dengan baik serta memenuhi, menepati aturan yang telah dibakukan sehingga tidak terjadi penyelewengan aturan dan hukum yang telah dilakukan secara sistematis, artinya menggunakan kodifikasi dan unifikasi hukum demi terwujudnya kepastian hukum

¹⁰² Muchsin. *Op Cit.* hlm. 14

¹⁰³ *Ibid.* hlm. 20

dan keadilan hukum.¹⁰⁴

Hukum berfungsi sebagai pelindungan kepentingan manusia, agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan secara profesional. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung normal, damai, dan tertib. Hukum yang telah dilanggar harus ditegakkan melalui penegakkan hukum. Penegakan hukum menghendaki kepastian hukum, kepastian hukum merupakan perlindungan *yustisiabile* terhadap tindakan sewenang-wenang. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan tertib, aman dan damai. Masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan penegakkan hukum. Hukum adalah untuk manusia maka pelaksanaan hukum harus memberi manfaat, kegunaan bagi masyarakat jangan sampai hukum dilaksanakan menimbulkan keresahan di dalam masyarakat. Masyarakat yang mendapatkan perlakuan yang baik dan benar akan mewujudkan keadaan yang tata tentram raharja. Hukum dapat melindungi hak dan kewajiban setiap individu dalam kenyataan yang senyatanya, dengan perlindungan hukum yang kokoh akan terwujud tujuan hukum secara umum: ketertiban, keamanan, ketentraman, kesejahteraan, kedamaian, kebenaran, dan keadilan.

Berdasarkan uraian tersebut di atas dapat diketahui bahwa perlindungan hukum adalah segala bentuk upaya pengayoman terhadap harkat dan martabat manusia serta pengakuan terhadap hak asasi manusia di bidang hukum. Prinsip perlindungan hukum bagi rakyat Indonesia bersumber pada Pancasila dan konsep Negara Hukum, kedua sumber tersebut mengutamakan pengakuan serta

¹⁰⁴Ishaq. Dasar-dasar Ilmu Hukum. Jakarta. Sinar Grafika. 2009. hal. 43

penghormatan terhadap harkat dan martabat manusia. Sarana perlindungan hukum ada dua bentuk, yaitu sarana perlindungan hukum preventif dan represif.

F. Kerangka Konseptual

Kerangka konseptual berisi tentang variabel yang diteliti, dapat berisi pengaruh atau hubungan antara variabel satu dengan variabel lainnya. Pengertian variabel adalah konsep yang dapat diukur dan hasil pengukurannya bervariasi¹⁰⁵.

Terdapat lima hal yang perlu ada dalam setiap kerangka teoritik¹⁰⁶ :

- (1) variabel yang dianggap relevan harus dengan jelas diidentifikasi dan ditentukan dalam pembahasan;
- (2) pembahasan harus menyatakan bagaimana dua variabel atau lebih berhubungan satu sama lain;
- (3) Jika karakteristik dan arah hubungan dapat dijelaskan secara teoritik berdasarkan hasil-hasil penelitian sebelumnya maka dalam pembahasan dapat ditentukan apakah hubungan yang terjadi positif atau negatif,
- (4) seharusnya ada penjelasan mengenai mengapa kita menduga hubungan-hubungan itu terjadi argumentasinya dapat ditarik dari temuan-temuan penelitian sebelumnya;
- (5) suatu diagram skematik dari kerangka teoritik, sebaiknya disajikan sehingga pembaca dapat dengan mudah memahaminya

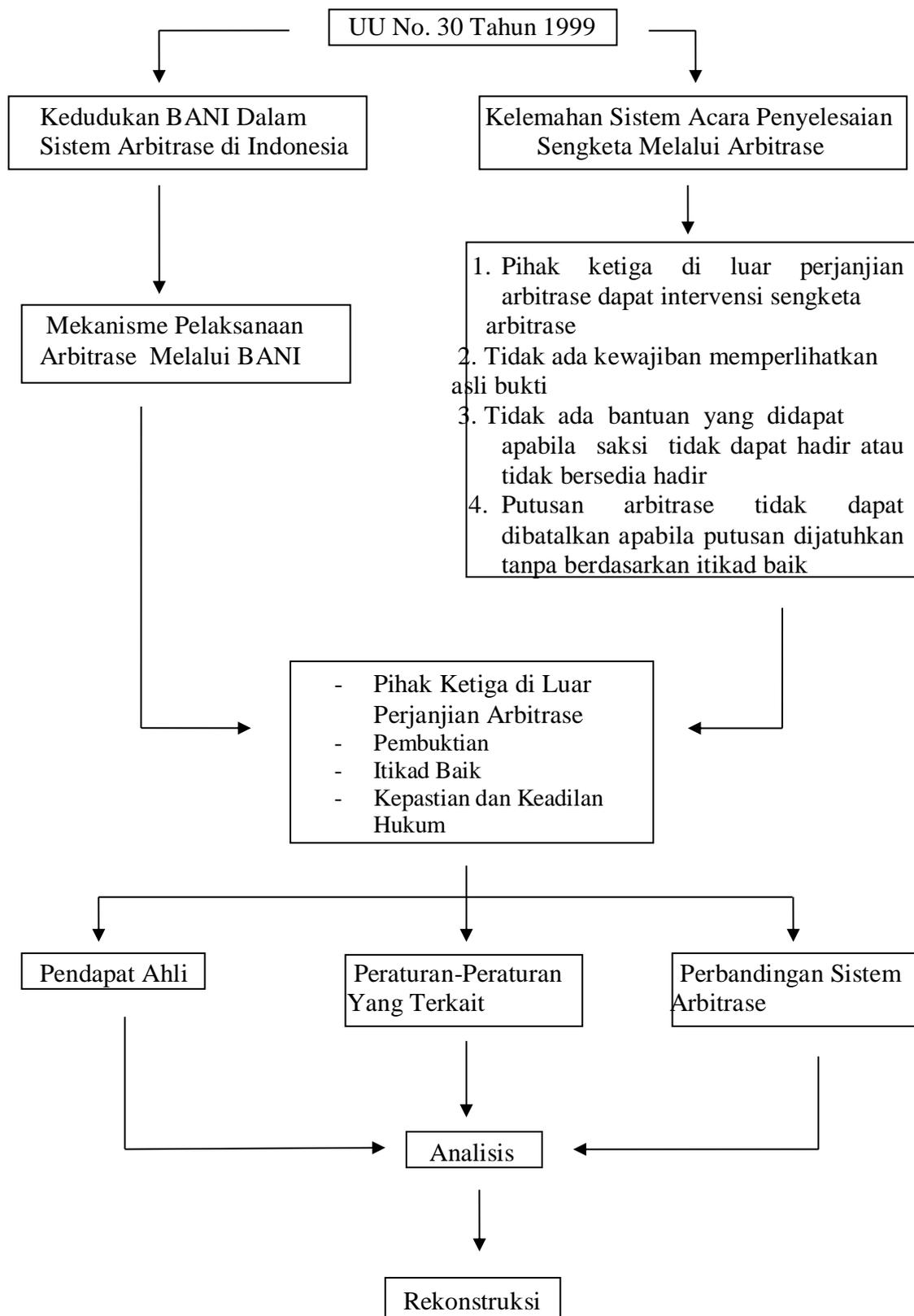
Untuk penelitian kualitatif tidak memerlukan kerangka konseptual dan hipotesis. Karena penelitian kualitatif bertujuan bukan menguji hipotesis melainkan menyusun hipotesis, konsep atau teori. Peran kerangka konseptual

¹⁰⁵Sarmanu, Dasar Metodologi Penelitian Kuantitatif Kualitatif dan Statistika, Surabaya, Airlangga University Press, 2017, hal 36

¹⁰⁶ Asep Hermawan, Penelitian Bisnis Paradigma Kuantitatif , Jakarta, Grasindo, 2009, hal 57

adalah memudahkan pemahaman rumusan masalah, hipotesis dan metode penelitian yang dikerjakan¹⁰⁷. Kemudian berdasarkan hal yang disampaikan di atas maka kerangka konseptua dapat dilihat dalam diagram di bawah ini :

¹⁰⁷ Sarmanu, Loc.cit



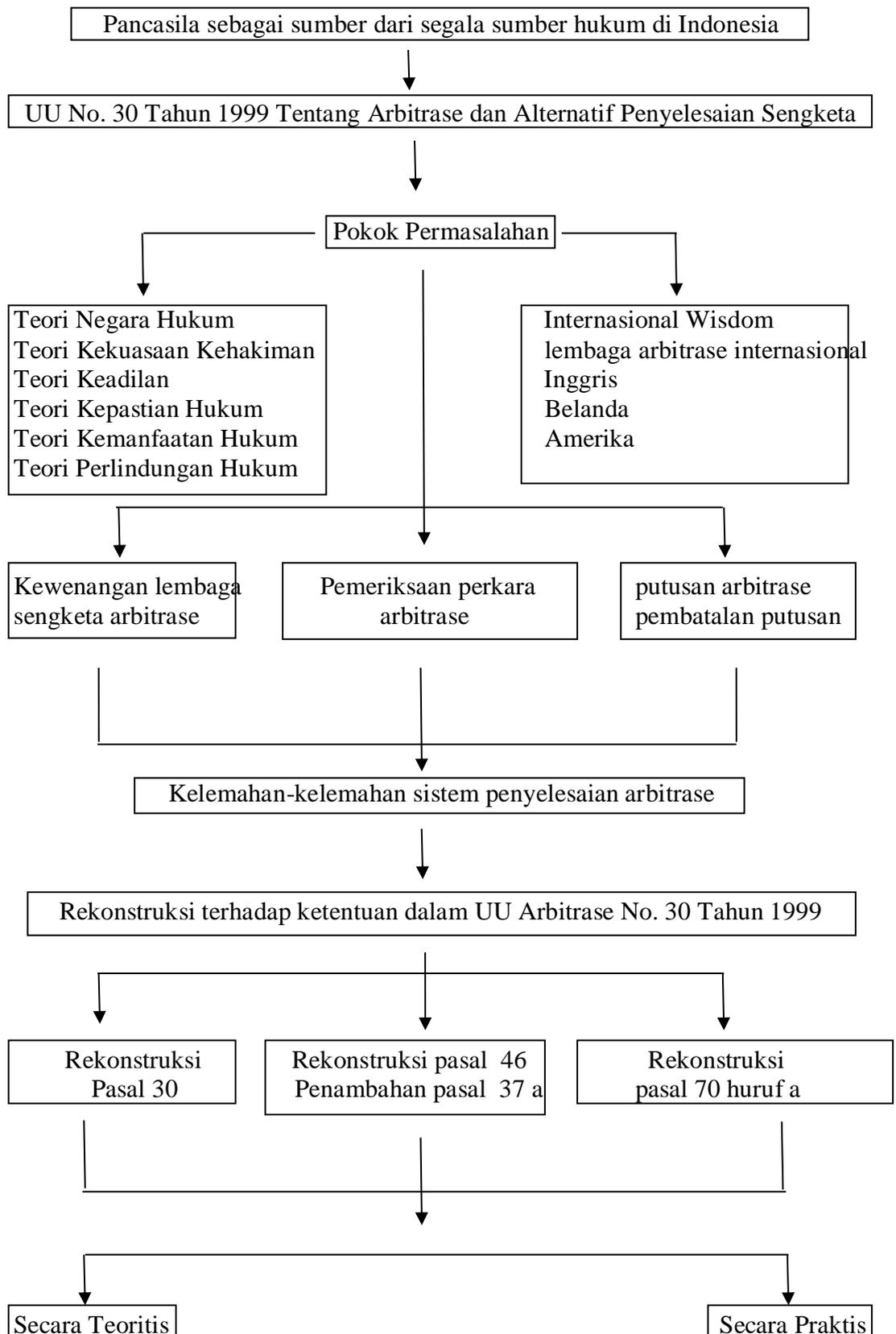
F. Kerangka Pemikiran

Arbitrase, baik nasional maupun internasional memiliki peran dan fungsi yang makin lama makin penting dalam kerangka proses penyelesaian sengketa. Khusus bagi Indonesia sebagai negara niaga kecil yang telah memastikan diri untuk memasuki arena ekonomi dunia yang terintegrasi, arbitrase sangat penting karena tidak ada pengadilan dunia yang dapat menangani sengketa-sengketa komersial yang terjadi dari perdagangan internasional. Arbitrase merupakan salah satu model penyelesaian sengketa yang dapat dipilih di antara berbagai sarana penyelesaian sengketa komersial yang tersedia. Oleh karena arbitrase diyakini sebagai forum tempat penyelesaian sengketa komersial yang *reliable*, efektif, dan efisien.

Lambatnya penyelesaian perkara melalui pengadilan terjadi karena proses pemeriksaan yang berbelit dan formalistik. Oleh karena itu, tidak heran jika para pelaku bisnis sejak awal sudah bersiap-siap dan bersepakat di dalam kontrak mereka apabila terjadi perselisihan, akan diselesaikan melalui forum di luar pengadilan negeri. Fungsi pengadilan dapat dilakukan dan berlangsung di banyak lokasi, atas dasar hal itu, maka memilih forum arbitrase untuk menyelesaikan sengketa-sengketa bisnis merupakan kecenderungan beralihnya minat masyarakat pencari keadilan dari menggunakan jalur litigasi pada pengadilan kepada jalur lain yang formatnya lebih tidak terstruktur secara formal. Namun demikian, bentuk yang disebut terakhir itu diyakini oleh para penggunanya akan mampu melahirkan keadilan substansial.

Adapun faktor yang membedakan adalah, pengadilan mengedepankan metode pertentangan (*adversarial*), sehingga para pihak yang bertikai bertarung satu sama lain dengan hasil akhir yang kuat yang akan menang. Sedangkan arbitrase lebih mengutamakan itikad baik, non-konfrontatif, serta lebih kooperatif.

Secara garis besar kerangka pemikiran dapat digambarkan berdasarkan bagan berikut :



G. Metode Penelitian.

1. Paradigma Penelitian

Metode merupakan kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan suatu cara kerja (sistematis) untuk memahami suatu subyek atau objek penelitian, sebagai upaya untuk menemukan jawaban yang dapat dipertanggung jawabkan secara ilmiah dan termasuk keabsahannya. Penelitian adalah proses ilmiah yang selalu ada dalam kehidupan intelektual manusia berdasarkan sifat ingin tahu yang ada dalam hidup ilmuwan.¹⁰⁸ Dengan demikian metode penelitian adalah cara atau jalan ilmiah dan sistematis yang dilakukan untuk mengetahui dan menyelidiki suatu fenomena terkait penelitian yang dilakukan.

2. Metode Pendekatan .

Jenis penelitian ini adalah jenis penelitian Normatif dengan menggunakan paradigma konstruktivisme. Dipilihnya paradigma konstruktivisme ini memungkinkan penulis untuk mengerti dan memahami sistem penyelesaian sengketa alternatif di luar pengadilan.

Penelitian ini merupakan penelitian hukum doktrinal yang merupakan penelitian yang mengkaji hukum yang dikonsepsikan dan dikembangkan atas dasar doktrin yang dianut oleh sang pengonsep atau sang pengembangnya¹⁰⁹. Objek yang dikaji adalah hukum yang dikonsepsikan sebagai simbol yang penuh makna sebagai hasil konstruksi yang termanifestasikan dalam bentuk pasal-pasal dalam undang-undang. Untuk mengungkap realitas objek tersebut digunakan teori

¹⁰⁸Burhan Bungin, *Sosiologi Komunikasi*, Jakarta, PT Gramedia Puataka, tahun 2001, hal 295

¹⁰⁹Salim H.S dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum pada Tesis dan Disertasi*, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta 2013, hal 11

hermeneutikal¹¹⁰. Pendekatan hermeneutik dipakai untuk menafsir teks yang berupa pasal-pasal dalam Undang-Undang atau produk hukum pemerintah.

Metode berpikir yang digunakan adalah metode berpikir deduktif dari generalisasi ini kemudian diobservasi atau dipelajari hal-hal yang khusus untuk dapat merumuskan hipotesa sebagai jawaban sementara atau kesimpulan, kemudian baru dilakukan penelitian secara induktif dengan mempelajari fakta-fakta yang ada secara khusus atau individual, yang kemudian dianalisa dan hasilnya akan menemukan suatu kesimpulan secara umum/generalisasi.¹¹¹

3. Spesifikasi Penelitian.

Spesifikasi penelitian ini adalah penelitian yuridis normatif, untuk mengkaji secara menyeluruh mengenai eksistensi sistem penyelesaian sengketa di luar pengadilan melalui arbitrase. Penelitian ini akan mengkaji mengenai realitas dari sistem penyelesaian sengketa di luar pengadilan melalui arbitrase yang diatur dalam UU No. 30 tahun 1999 melalui Badan Arbitase Nasional Indonesia (BANI). Dari hasil studi akan digunakan untuk mengkritisi sistem penyelesaian sengketa di luar pengadilan melalui arbitrase, yang diatur dalam UU No. 30 tahun 1999 berbasis keadilan dan kepastian hukum.

Cara kerja dari metode *yuridis sosiologis* dalam penulisan disertasi ini, yaitu dari hasil pengumpulan dan penemuan data serta informasi melalui studi kepustakaan terhadap asumsi atau anggapan dasar yang dipergunakan dalam menjawab permasalahan pada penelitian disertasi ini, kemudian dilakukan pengujian secara *induktif-verifikatif* pada fakta mutakhir yang terdapat di dalam

¹¹⁰Jazim Hamidi, *Hermetika Hukum*, Yogyakarta, UII Press, tahun 2005, hal 29

¹¹¹ Mardalis, *Metode Penelitian Suatu Pendekatan Proposal*, Bumi Aksara, tahun 1989, hal 22

masyarakat. Dengan demikian kebenaran dalam suatu penelitian telah dinyatakan *reliable* tanpa harus melalui proses *rasionalisasi*.

4. Sumber Data

Dalam penulisan disertasi ini, langkah awal yang dilakukan adalah menghimpun bahan-bahan hukum baik primer maupun sekunder dengan pokok bahasan. Bahan hukum primer merupakan hukum yang bersumber dari UUD 1945, UU No. 30 tahun 1999 dan peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait dengan system penyelesaian sengketa di luar pengadilan.

Bahan hukum sekunder merupakan bahan hukum yang mendukung bahan hukum primer, seperti buku-buku hukum, jurnal, hasil penelitian di bidang hukum, hasil seminar, dan lain-lain. Bahan-bahan hukum tersebut akan ditelusuri melalui studi kepustakaan, dikaji dan di analisis kemudian diambil intisarinya berupa konsep-konsep hukum, prinsip-prinsip atau asas-asas yang dipandang relevan untuk mencari jawaban sesuai dengan pokok bahasan.

5. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data dilakukan melalui penelaahan Undang-Undang Dasar 1945, UU No. 30 tahun 1999 dan Undang-Undang yang terkait dengan sistem penyelesaian sengketa bisnis baik melalui, buku teks, jurnal, hasil penelitian, internet, majalah kepustakaan dan lain-lain. Pada dasarnya teknik pengumpulan data dengan pendekatan ini dilakukan terhadap berbagai literatur (kepustakaan). Teknik ini dapat dilakukan melalui *inventarisasi* berbagai produk aturan yang selanjutnya dilakukan pencatatan secara rinci (dipandang lengkap) juga pengklasifikasian terhadap berbagai produk peraturan perundang-undangan

yang memiliki relevansi dengan materi penelitian, semua kegiatan itu dilakukan dengan sistematis dan terarah, sehingga diperoleh gambaran apakah satu aturan bertentangan dengan aturan lainnya atau tidak (secara vertikal ataupun horizontal); apakah asas hukum bersesuaian dengan aturan hukum atau tidak dan seterusnya. Pengumpulan data dengan mencari data dari berbagai tulisan, membedakan menjadi 3 macam yaitu : ¹¹²

1. Catatan atau tulisan-tulisan atau dokumen formal, seperti peraturan perundang-undangan
2. Catatan-catatan atau tulisan-tulisan yang telah dipublikasikan, seperti : buku, jurnal ilmiah, hasil penelitian, bibliografi
3. Catatan atau tulisan berupa laporan-laporan yang biasanya tidak diterbitkan tetapi tersimpan disuatu tempat tertentu. Catatan atau tulisan semacam ini biasa disebut dengan arsip atau sering juga disebut dengan dokumen.

6. Teknik Analisis Data.

Teknik analisis data adalah proses kategori urutan data, mengorganisasikan kedalam suatu pola, kategori dan satuan uraian dasar, yang membedakannya dengan penafsiran yaitu memberikan arti yang signifikan terhadap analisis, menjelaskan pola uraian dan mencari hubungan diantara dimensi-dimensi uraian.¹¹³ Dalam menyusun kerangka konseptual, maka dapat dipergunakan perumusan-perumusan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar penelitian, atau yang hendak diteliti.¹¹⁴

¹¹² Iman Jauhari, Metode Penelitian Hukum, Medan , Magister Ilmu Hukum. Tahun 2008, hal.27.

¹¹³ Iskandar, Metode Penelitian Kualitatif, Jakarta. Gaung Persada, tahun 2009, hal 136.

¹¹⁴ Soerjono Soekanto, Pengantar Penelitian Hukum, UI-PRESS, 2008, hal.53

Dalam teknik analisis ini, langkah yang diambil adalah menghimpun bahan-bahan hukum baik bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder yang berkaitan dengan aturan hukum yang terkait dengan penyelesaian melalui arbitrase. Bahan-bahan hukum tersebut melalui studi kepustakaan, buku-buku (*treatises*) hukum, artikel, jurnal hukum, internet, hasil seminar dan lain-lain. Adapaun bahan-bahan hukum tersebut kemudian dipelajari berdasarkan kepada kaidah-kaidah hukum yang telah ditentukan sebagaimana dalam peraturan perundang-undangan, dan kemudian melakukan analisis masalah dengan maksud menemukan teori atau dalil baru. Langkah-langkah tersebut oleh Terry Hutchinson.¹¹⁵ Diberi singkatan “IRAC” yaitu memilih masalah (*issues*), menentukan peraturan hukum yang relevan (*rule of law*), dan kemudian menganalisis fakta-fakta dari segi hukum (*analysing the facts*), akhirnya menghasilkan penyusunan sebuah kesimpulan (*conclusion*). Langkah yang demikian disebut teknik “*brainstorming*” yang merupakan bagian dari langkah perencanaan dalam penelitian. Bahan-bahan penelitian yang telah ditentukan tersebut dipelajari dengan seksama sehingga diperoleh intisari yang terkandung didalamnya, baik berupa ide, usul, argumentasi, maupun ketentuan-ketentuan terkait, hasil penelitian yang diperoleh dari bahan-bahan hukum di atas, dicari hubungannya antara satu dan yang lainnya untuk menghasilkan proposisi dan konsep, baik berupa definisi, deskripsi maupun klasifikasi hasil penelitian. Langkah kedua menganalisis secara konseptual makna dari Pasal- Pasal yang berkaitan dengan sistem penyelesaian sengketa di luar pengadilan, langkah ketiga

¹¹⁵Terry Hutchinson, *Researching and Writing in Law*, Law book Co, Sidney, 2002, hal 32

konklusi, membuat analisa konsep sistem penyelesaian sengketa di luar pengadilan.

H. Orisinal Riset

Sepanjang yang di ketahui belum ada penelitian yang menyangkut masalah “*Rekonstruksi Sistem Penyelesaian Sengketa Diluar Pengadilan Melalui Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) Berbasis Keadilan dan Kepastian Hukum*”, Dengan demikian maka penelitian ini dapat dikatakan asli dan dapat dipertanggung jawabkan secara akademik. Perbandingan Judul disertasi sebagaimana di sampaikan di bawah ini :

No.	Nama Peneliti	Judul Penelitian	Hasil Penelitian
1	Eman Suparman, Undip, Semarang, tahun 2004	Pilihan Forum Arbitrase dalam Sengketa Komersial untuk Penegakan Keadilan	Melakukan penelitian tentang sengketa komersial oleh kalangan bisnis yang memilih arbitrase sebagai salah satu forum khusus untuk penyelesaian sengketa komersial di luar Pengadilan Negeri
2	Ronald Saija, Unhas, Makasar, tahun 2014	Kompetensi Arbitrase dan Pengadilan Niaga dalam Permohonan Pailit	Penelitian dilakukan tentang kompetensi dan kewenangan pengadilan niaga dalam memeriksa sengketa berklousula arbitrase.
3.	Aryani Witasari, Unnisula, Semarang, tahun 2015	Rekonstruksi Kewenangan Lembaga Arbitrase dalam Menyelesaikan Sengketa Bisnis yang Berbasis Nilai Keadilan	Penelitian tentang kewenangan lembaga arbitrase dalam menyelesaikan sengketa bisnis yang berbasis nilai keadilan dan melakukan rekonstruksi A. terhadap pasal 3 dengan

			<p>menambahkan ayat yaitu Ketentuan ayat (1) Pasal ini dikecualikan dalam hal terdapat peraturan perundang-undangan yang secara tegas memberikan kewenangan kepada pengadilan untuk memeriksa dan mengadili perkara tertentu meskipun di dalamnya terdapat perjanjian arbitrase.</p> <p>B. Rekonstruksi atas pasal 60 dengan menambahkan ayat 2 menjadi Putusan arbitrase dapat diajukan peninjauan kembali apabila terdapat alasan sebagaimana dimaksud Pasal 70 Undang-Undang ini</p> <p>C. Rekonstruksi terhadap pasal 70 menjadi Terhadap putusan arbitrase para pihak dapat mengajukan Permohonan Peninjauan Kembali apabila putusan tersebut diduga mengandung unsur-unsur sebagai berikut:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. surat atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan dijatuhkan, diakui palsu atau dinyatakan palsu; b. setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentukan, yang disembunyikan
--	--	--	--

			<p>oleh pihak lawan</p> <p>c. putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa atau</p> <p>d. Apabila Dalam Suatu Putusan Terdapat Suatu Kekhilafan Arbiter Atau Suatu Kekeliruan Yang Nyata</p>
--	--	--	---

I. Sistematika Penulisan

Agar penulisan Disertasi ini tersusun secara sistematis dan tidak terjadi tumpang tindih pembahasan, maka disusunlah sistematika penulisan sebagai berikut :

BAB I : PENDAHULUAN, Menguraikan Tentang Latar belakang Permasalahan, Permasalahan, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Kerangka teori, Kerangka Konsep, Kerangka Pemikiran, Keaslian Penelitian, Metode Penelitian, Sistematika Penulisan.

BAB II : TINJAUAN PUSTAKA, Menguraikan Teori- Teori Dan Telaah Pustaka Yang Mendukung Penulisan. Tinjauan Umum Tentang perjanjian dan Tinjauan Umum Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

BAB III : KEDUDUKAN DAN PELAKSANAAN ARBITRASE MELALUI BADAN ARBITRASE NASIONAL INDONESIA (BANI), Menguraikan Tentang Arbitrase dalam Hukum Islam, Arbitrase dalam Hukum

Adat, Arbitrase dalam Hukum Nasional, Arbitrase dalam Hukum Internasional, Kedudukan dan Pelaksanaan Arbitrase Melalui Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI)

BAB IV : KELEMAHAN SISTEM PENYELESAIAN SENGKETA DI LUAR PENGADILAN MELALUI BADAN ARBITRASE NASIONAL INDONESIA, Menguraikan Kelemahan Pada Substansif Hukum, Kelemahan Pada Struktural Hukum Dan Kelemahan Pada Budaya Hukum.

BAB V : REKONSTRUKSI SISTEM PENYELESAIAN SENGKETA DI LUAR PENGADILAN MELALUI BADAN ARBITRASE NASIONAL INDONESIA BERBASIS KEADILAN DAN KEPASTIAN HUKUM, Menguraikan Rekonstruksi Tentang Sistem Intervensi Dalam Arbitrase, Rekonstruksi Tentang Pembuktian Para Pihak Yang Bersengketa Dan Bantuan Pengadilan Dalam Arbitrase Dan Rekonstruksi Pembatalan Putusan Arbitrase.

BAB V : PENUTUP, berupa kesimpulan dan saran dan/atau rekomendasi dari penulis.