

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Indonesia menggunakan konsep negara kesejahteraan (*welfare state*) telah merumuskan tujuan nasional, yaitu terwujudnya masyarakat makmur dan berkeadilan sosial yang dirumuskan dan ditegaskan dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Tujuan Negara Indonesia tertuang dalam alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945,¹ yaitu “...melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial...”. Dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tersebut mengindikasikan bahwa Indonesia sebagai negara hukum yang menganut konsepsi *welfare state* atau konsepsi negara kesejahteraan.

¹Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan suatu piagam di mana pandangan hidup, kesadaran dan cita-cita hukum serta cita-cita moral hukum yang meliputi suasana kejiwaan serta watak dari bangsa Indonesia, secara tersirat telah menegaskan bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia yang merdeka dan berdaulat adalah suatu negara yang dalam melaksanakan praktik kenegaraannya menganut prinsip negara hukum kesejahteraan. Dengan demikian, segala bentuk kegiatan pembangunan yang dilaksanakan untuk mengisi kemerdekaan bertujuan meningkatkan kesejahteraan dan kemakmuran bagi seluruh anggota masyarakat (warga negara) guna terwujudnya tatanan kehidupan bermasyarakat, berbangsa, serta bernegara yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sebagai negara hukum kesejahteraan, sudah sewajarnya apabila Pemerintah Republik Indonesia ikut campur tangan dalam kehidupan masyarakat (warga negara) sehari-hari, baik itu di bidang ekonomi, sosial budaya, kepercayaan, maupun teknologi.

Untuk mencapai tujuan itu, telah banyak upaya yang dilakukan oleh pemerintah. Sebagai upaya mempercepat tercapainya kesejahteraan rakyat, pemerintah pusat menyerahkan sebagian wewenangnya kepada daerah otonom untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Memasuki era globalisasi yang mengharuskan setiap negara melakukan pembangunan dalam segala aspek kehidupan merupakan upaya untuk mewujudkan tujuan nasional yang tertuang dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 alenia 4 tersebut. Sebagaimana kita ketahui pembangunan ekonomi, sebagai bagian dari pembangunan nasional, diharapkan dapat menciptakan dan menjadikan masyarakat Indonesia menuju ke masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Dalam rangka memelihara dan meneruskan pembangunan yang berkesinambungan, para pelaku pembangunan baik pemerintah maupun masyarakat.

Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 menyatakan:

“Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan,efisiensi, berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan, dan kesatuan ekonomi nasional.”²

Selanjutnya pasal 33 ayat (5) UUD 1945, menyatakan bahwa:

“Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang.”³

Sebagai negara hukum yang bertujuan mewujudkan kesejahteraan umum, setiap kegiatan, di samping harus diorientasikan pada tujuan yang hendak dicapai,

² Lihat Pasal 33 ayat (4) UUD 1945

³ Lihat Pasal 33 ayat (5) UUD 1945

juga harus menjadikan hukum yang berlaku sebagai aturan kegiatan kenegaraan, pemerintahan, dan kemasyarakatan. Seperti diketahui hukum mempunyai banyak fungsi, menurut CFG. Sunaryati Hartono,⁴ dalam bukunya *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia* bahwa hukum dalam pembangunan mempunyai 4 (empat) fungsi, yaitu :

- a. Hukum sebagai pemelihara ketertiban dan keamanan;
- b. Hukum sebagai sarana pembangunan;
- c. Hukum sebagai sarana penegak keadilan;
- d. Hukum sebagai sarana pendidikan masyarakat.

Suatu negara hukum yang menganut paham Negara Hukum Kesejahteraan, bahwa fungsi dan tugasnya tidak semata-mata hanya mempertahankan dan melaksanakan hukum seoptimal mungkin guna terwujudnya kehidupan masyarakat yang tertib dan aman, melainkan yang terpenting adalah bagaimana dengan landasan hukum tersebut kesejahteraan umum dari seluruh lapisan masyarakatnya (warga negara) dapat tercapai. Inilah yang merupakan inti pengertian negara hukum kesejahteraan, yang oleh beberapa sarjana sering disebut dengan berbagai macam istilah, misalnya negara hukum modern, negara hukum materiil, negara kesejahteraan. Karena tugas yang terpenting suatu negara yang menganut paham negara hukum kesejahteraan mencakup dimensi yang luas, yakni mengutamakan kepentingan seluruh warga negaranya, sudah sewajarnya bila dalam melaksanakan tugasnya ini tidak jarang

⁴CFG. Sunaryati Hartono, 2010, *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia dalam Hasni, Hukum Penataan Ruang dan Penatagunaan Tanah Dalam Konteks UUPA-UUPR-UUPLH*, Rajawali Pers, Jakarta, hlm. 2.

bahkan pada umumnya pemerintah atau negara turut campur secara aktif dalam berbagai aspek kehidupan warga negaranya.

Menurut Sudargo Gautama,⁵ Negara hukum modern dianggap mempunyai kewajiban yang lebih luas. Negara yang modern harus mengutamakan kepentingan seluruh masyarakatnya. Kemakmuran dan keamanan sosial, bukan hanya keamanan senjata, yang harus dikejar kemakmuran seluruh lapisan masyarakat yang harus dicapai. Berdasarkan tugas pemerintah ini, penguasa zaman sekarang turut serta dengan aktif dalam mengatur pergaulan hidup khalayak ramai. Lapangan kerja penguasa pada waktu ini jauh lebih besar dan luas daripada pemerintah model kuno. Dalam tindakan-tindakan pemerintah dewasa ini yang menjadi tujuan utama adalah kepentingan umum.

Pembangunan nasional bertujuan untuk mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata material dan spiritual berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Guna menunjang terwujudnya tujuan pembangunan nasional, jasa konstruksi merupakan salah satu kegiatan dalam bidang ekonomi, sosial, dan budaya yang mempunyai peranan penting dalam pencapaian berbagai sasaran.

Tujuan pembangunan nasional adalah mewujudkan masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang 1945. Salah satu upaya untuk mencapai tujuan pembangunan tersebut adalah melalui kegiatan pembangunan fisik maupun non fisik. Sektor Jasa Konstruksi merupakan kegiatan masyarakat dalam rangka mewujudkan bangunan sebagai prasarana

⁵Sudargo Gautama, 1983, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 10.

aktivitas sosial ekonomi kemasyarakatan serta mendukung perkembangan industri barang dan jasa.

Konstruksi merupakan kegiatan ekonomi yang memiliki peran penting dalam meningkatkan perekonomian nasional dan kesejahteraan sosial. Konstruksi memiliki peran dominan dalam membentuk lingkungan terbangun (*built environment*) dari suatu negara. Sebagai salah satu bidang kegiatan ekonomi, pengaturan mengenai konstruksi sangat penting dalam rangka kepastian hukum.⁶

Berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku belum berorientasi baik kepada kepentingan pengembangan jasa konstruksi sesuai dengan karakteristiknya, yang mengakibatkan kurang berkembangnya iklim usaha yang mendukung peningkatan daya saing secara optimal, maupun bagi kepentingan masyarakat. Berdasarkan pertimbangan tersebut diperlukan Undang-undang tentang Jasa Konstruksi.

Sebagai salah satu sektor kegiatan ekonomi, penyelenggaraan konstruksi harus dijamin dengan pengaturan prinsip-prinsip Pasal 33 ayat (4) UUD 1945. Realisasi dari amanat konstitusional ini adalah diundangkannya UU No 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi, Lembaran Negara republik Indonesia Tahun 1999, Nomor 54 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3833 pada 7 Mei 1999.⁷

Jasa Konstruksi merupakan salah satu kegiatan bidang ekonomi yang mempunyai peranan penting dalam pencapaian berbagai sasaran, guna menunjang

⁶ Nazarkha Yasin, 2003, *Mengenal Kontrak Konstruksi di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 57.

⁷ Marthen H. Toelle, 2011, *Disharmonisasi Pengaturan pengadaan barang dan jasa pemerintah*, Griya Media, Salatiga, hlm. 24

terwujudnya tujuan pembangunan nasional. Bidang jasa konstruksi diatur dengan Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 yang diundangkan pada tanggal 7 Mei 1999 dan mulai berlaku satu tahun kemudian, yaitu pada tanggal 7 Mei 2000.

Undang-Undang Jasa Konstruksi merupakan salah satu bentuk produk pembangun hukum nasional yang luar biasa, karena substansi yang berkenaan dengan segala aspek jasa konstruksi diatur secara lengkap dan detail, baik dalam Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 itu sendiri maupun dalam peraturan pemerintah sebagai peraturan pelaksanaannya.⁸ Hukum jasa konstruksi merupakan bidang hukum yang berstatus perjanjian khusus multidimensi. Perjanjian khusus multidimensi diartikan sebagai pedoman atau dapat juga menjadi payung terhadap berbagai undang-undang yang terkait.⁹

Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi belum dapat memenuhi tuntutan kebutuhan tata kelola yang baik dan dinamika perkembangan penyelenggaraan jasa konstruksi.¹⁰ Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) RI akhirnya membenahi iklim usaha jasa konstruksi dengan menyetujui Rancangan Undang-Undang (RUU) Jasa Konstruksi menjadi Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi dalam Rapat Paripurna Ke-15 di Gedung DPR RI yang dipimpin oleh Wakil Ketua DPR Fahri Hamzah dengan mengesahkan Undang-Undang Nomor 2 tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi

⁸ Abdul Kadir Muhammad, 2010, *Hukum Perusahaan Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 586.

⁹ *Ibid.*, hlm. 586.

¹⁰ Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi

menggantikan Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi yang sudah berlaku kurang lebih selama 17 tahun.¹¹

Undang-Undang Nomor 2 tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi, memuat beberapa materi yang mengubah, menambah dan menyempurnakan ketentuan dalam Undang-Undang sebelumnya, antara lain: cakupan Jasa Konstruksi, kualifikasi usaha Jasa Konstruksi, pengembangan layanan usaha Jasa Konstruksi, pembagian tanggung jawab dan kewenangan antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah, penguatan Standar Keamanan, Keselamatan, Kesehatan, dan Keberlanjutan dalam penyelenggaraan Jasa Konstruksi, pengaturan tenaga kerja konstruksi yang komprehensif baik tenaga kerja konstruksi lokal maupun asing, dibentuknya sistem informasi Jasa Konstruksi yang terintegrasi, dan perubahan paradigma kelembagaan sebagai bentuk keikutsertaan masyarakat Jasa Konstruksi dalam penyelenggaraan Jasa Konstruksi, serta penghapusan ketentuan pidana dengan menekankan pada sanksi administratif dan aspek keperdataan dalam hal terjadinya sengketa antar para pihak.¹²

Undang-Undang Nomor 2 tahun 2017 juga mengatur bahwa terhadap adanya dugaan kejahatan dan/atau pelanggaran oleh Pengguna Jasa dan/atau Penyedia Jasa, proses pemeriksaan hukum dilakukan dengan tidak mengganggu atau menghentikan proses penyelenggaraan Jasa Konstruksi. Kemudian, dalam hal dugaan kejahatan dan/atau pelanggaran terkait dengan kerugian negara,

¹¹ <https://cepagram.com/index.php/2017/04/16/8-poin-penting-dalam-uu-jasa-konstruksi-no-2-tahun-2017/>, diakses pada tanggal 21 Juli 2018 Jam 21.00 WITA.

¹² Penjelasan Umum Paragraf 5, Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi

pemeriksaan hukum hanya dapat dilakukan berdasarkan hasil pemeriksaan dari lembaga negara yang berwenang.¹³

Dalam Undang-Undang Nomor 2 tahun 2017 dijelaskan, bahwa yang dimaksud dengan Jasa Konstruksi adalah layanan jasa konsultasi konstruksi dan/atau pekerjaan konstruksi. Konsultasi konstruksi merupakan layanan keseluruhan atau sebagian kegiatan yang meliputi pengkajian, perencanaan, perancangan, pengawasan, dan manajemen penyelenggaraan konstruksi suatu bangunan. Sedangkan, pekerjaan konstruksi adalah keseluruhan atau sebagian kegiatan yang meliputi pembangunan, pengoperasian, pemeliharaan, pembongkaran, dan pembangunan kembali suatu bangunan.¹⁴

Salah satu tujuan nasional yang ingin dicapai Negara Republik Indonesia adalah memajukan kesejahteraan umum. Upaya yang dapat dilakukan negara diantaranya adalah:

1. Memberikan kepastian dan perlindungan hukum terhadap semua warga negara tanpa diskriminatif.
2. Menyediakan fasilitas umum yang memadai yang berdampak pada kesejahteraan masyarakat.
3. Menyediakan infrastruktur serta sarana transportasi yang memadai dan menunjang tingkat perekonomian rakyat.

Pada era otonomi daerah, pemerintah daerah memiliki peran yang sangat strategis dalam mewujudkan percepatan ketercapaian tujuan nasional yang salah

¹³ Pasal 86 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 2 tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi.

¹⁴ Pasal 1 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 2 tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi.

satunya memajukan kesejahteraan umum (rakyat). Selain itu, pemerintah daerah memiliki sejumlah kewenangan untuk menyelenggarakan pemerintahan untuk mengatur dan mengurus rumah tangga daerahnya. Salah satu urusan pemerintah pusat diserahkan ke pemerintahan daerah adalah menyediakan fasilitas umum yang layak.

Pada umumnya kegiatan konstruksi dimulai dari perencanaan yang dilakukan oleh konsultan perencana dan kemudian dilaksanakan oleh kontraktor konstruksi yang merupakan manajer proyek/ kepala proyek. Para pihak tersebut bekerja di dalam kantor, sedangkan pelaksanaan di lapangan dilakukan oleh mandor proyek yang mengawasi buruh bangunan, tukang dan ahli bangunan lainnya untuk menyelesaikan fisik sebuah konstruksi. Transfer perintah tersebut dilakukan oleh Pelaksana Lapangan. Dalam pelaksanaan bangunan ini, juga diawasi oleh Konsultan Pengawas (*Supervision Engineer*).

Suatu konstruksi biasanya dilakukan sebuah perencanaan terpadu. Hal ini terkait dengan metode penentuan besarnya biaya yang diperlukan, rancang bangun, dan efek lain yang akan terjadi saat pelaksanaan konstruksi. Sebuah jadwal perencanaan yang baik, akan menentukan suksesnya sebuah bangunan yang terkait dengan pendanaan, dampak lingkungan, keamanan lingkungan, ketersediaan material, logistik, ketidaknyamanan publik terkait dengan pekerjaan konstruksi, persiapan dokumen tender, dan lain sebagainya.

Bentuk fisik di sini adalah bangunan konstruksi yang melekat dengan tanah, seperti gedung, rumah, jalan, dermaga, bendungan, bendung dan lain sebagainya serta tidak suatu bangunan konstruksi yang berpindah-pindah ataupun

tergantungan di udara seperti konstruksi mobil, konstruksi kapal, konstruksi pesawat terbang dan lain-lain. Sedangkan dalam Undang-Undang Nomor 2 tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi disebut juga bahwa bentuk fisik lain ialah dokumen lelang, spesifikasi teknis dan dokumen lain yang digunakan untuk membangun konstruksi tersebut.

Terdapat 2 (dua) pihak dalam layanan jasa konstruksi yang mengadakan hubungan kerja berdasarkan hukum, yakni pengguna jasa dan penyedia jasa. Pengguna jasa adalah orang perseorangan atau badan sebagai pemberi tugas atau pemilik pekerja atau proyek yang memerlukan layanan jasa konstruksi. Penyedia jasa adalah orang perseorangan atau badan yang kegiatan usahanya menyediakan layanan jasa konstruksi. Dalam pelaksanaan pekerjaan konstruksi, pihak penyedia jasa dapat berfungsi sebagai penyedia jasa utama dari penyedia jasa lainnya.

Di sisi lain muncul istilah pengguna jasa, yaitu yang memberikan pekerjaan yang bisa berbentuk orang perseorangan, badan usaha maupun instansi pemerintah. Sehingga pengertian utuhnya dari Usaha Jasa Konstruksi adalah salah satu usaha dalam sektor ekonomi yang berhubungan dengan suatu perencanaan atau pelaksanaan dan atau pengawasan suatu kegiatan konstruksi untuk membentuk suatu bangunan atau bentuk fisik lain yang dalam pelaksanaan penggunaan atau pemanfaatan bangunan tersebut menyangkut kepentingan dan keselamatan masyarakat pemakai atau pemanfaat bangunan tersebut, tertib pembangunannya serta kelestarian lingkungan hidup.¹⁵ Bentuk fisik disini adalah bangunan konstruksi yang melekat dengan tanah seperti gedung, rumah, jalan,

¹⁵ <http://triantomedia.blogspot.com/2011/01/apa-itu-usaha-jasa-konstruksi.html> , diakses pada tanggal 23 Agustus 2019 jam 21.30 WITA.

dermaga, bendungan, dan lain sebagainya dan tidak suatu bangunan konstruksi yang berpindah-pindah ataupun tergantung di udara seperti konstruksi mobil, konstruksi kapal, konstruksi pesawat terbang, dan lain-lain. Sedangkan dalam UU Jasa Konstruksi disebut juga bahwa bentuk fisik lain ialah dokumen lelang, spesifikasi teknis dan dokumen lain yang digunakan untuk membangun konstruksi tersebut.

Hubungan kerja antara pengguna jasa dan penyedia jasa didasarkan atas hukum dan dituangkan dalam bentuk kontrak kerja konstruksi. Kontrak kerja konstruksi adalah keseluruhan dokumen yang mengatur hubungan hukum antara pengguna jasa dan penyedia jasa dalam penyelenggaraan pekerjaan konstruksi.¹⁶ Pengguna jasa harus memiliki kemampuan membayar biaya pekerjaan konstruksi yang didukung oleh dokumen pembuktian dari lembaga perbankan dan/atau lembaga keuangan bukan bank.

Dalam pelaksanaan kontrak jasa konstruksi juga seyogyanya mengandung 3 (tiga) bagian unsur dari tahapan kontrak jasa konstruksi, *tahapan pertama yaitu Pra Kontraktual*, di dalam tahap ini para pihak sedang saling menjajaki, dalam tahapan ini menjadi negosiasi antara kedua belah pihak, tawar-menawar, *demand* dan *suply*, sampai terjadinya konsensus. Negosiasi adalah proses untuk mencapai kesepakatan mengenai satu kerja sama dimana para pihak saling memberikan konsesi satu sama lain yang dapat berbentuk negosiasi, *Memorandum of Understanding (MoU)*, studi kelayakan dan negosiasi (lanjutan). *Tahapan kedua yaitu Tahap Kontraktual*, tahap mulai terjadinya perjanjian sampai pelaksanaan

¹⁶Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perusahaan Indonesia, Loc.Cit.*, hlm.596

perjanjian selesai. Dalam tahap ini dilaksanakan pemenuhan syarat sahnya kontrak, pelaksanaan prestasi sampai berakhirnya kontrak. Dalam tahap ini bisa berbentuk penulisan naskah awal, perbaikan naskah, penulisan naskah akhir dan penandatanganan. Dan terakhir yaitu *Tahap Post Kontraktual*, tahap setelah perjanjian selesai, yaitu masa pemeliharaan, jaminan cacat tersembunyi, atau fase garansi dimana dalam perjanjian borongan, pihak pemborong tidak akan berhenti kewajibannya setelah pembangunan selesai. Pembangunan gedung bertanggung jawab 5 (lima) tahun sejak penyerahan.

Dalam pelaksanaannya tentu kontrak jasa konstruksi harus memperhatikan asas-asas kontrak yang berlaku sesuai dengan aturan perundang-undangan. Menurut *Paul Scholten*, asas hukum adalah pikiran-pikiran dasar yang terdapat di dalam dan di belakang sistem hukum, masing-masing dirumuskan dalam aturan-aturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim yang berkenaan dengan ketentuan-ketentuan dan keputusan-keputusan individu yang dapat dipandang sebagai penjabarannya. Pada umumnya asas hukum tidak dituangkan dalam bentuk yang konkrit, misalnya "*asas konsensualitas*" yang terdapat dalam pasal 1320 KUHPerdara yaitu, "*sepakat mereka yang mengikatkan diri*". Untuk menemukan asas hukum dicarilah sifat-sifat umum dalam kaedah atau peraturan yang konkrit. Dalam tulisannya Johannes Gunawan menyebutkan,¹⁷ ada Asas-asas Hukum Kontrak yang tersirat dalam Kitab KUHPerdara, yaitu: Asas Kebebasan Berkontrak, Asas Mengikat Sebagai Undang undang, Asas Konsensualitas, dan Asas Itikad Baik.

¹⁷ Johannes Gunawan, "*Reorientasi Hukum Kontrak di Indonesia*", Jurnal Hukum Bisnis, Volume 22-No. 6 Tahun 2008, hlm. 47 dan juga lihat Mariam Darns Badruzaman, *KUHPerdara Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*, Alumni Bandung, 1993, hlm. 108.

Dalam kontrak konstruksi, sebagaimana kontrak pada umumnya akan menimbulkan hubungan hukum maupun akibat hukum antara para pihak yang membuat perjanjian. Hubungan hukum merupakan hubungan antara pengguna jasa dan penyedia jasa yang menimbulkan akibat hukum dalam bidang konstruksi. Akibat hukum, yaitu timbulnya hak dan kewajiban diantara para pihak. Momentum timbulnya akibat itu adalah sejak ditandatanganinya kontrak konstruksi oleh pengguna jasa dan penyedia jasa. Dengan demikian dapat disimpulkan, bahwa unsur-unsur yang harus ada dalam kontrak konstruksi adalah:¹⁸

1. Adanya subjek, yaitu pengguna jasa dan penyedia jasa;
2. Adanya objek, yaitu konstruksi;
3. Adanya dokumen yang mengatur hubungan antara pengguna jasa dan penyedia jasa.

Kontrak konstruksi adalah keseluruhan dokumen yang mengatur hubungan hukum antara penyedia jasa dengan pengguna jasa dalam penyelenggaraan pekerjaan konstruksi. Kontrak konstruksi yang biasa dilaksanakan di Indonesia adalah kontrak yang terpisah antara perencanaan konstruksi dan pemeliharaan.

Penyelenggaraan Jasa Konstruksi terdiri atas penyelenggaraan usaha Jasa Konstruksi dan penyelenggaraan Usaha Penyediaan Bangunan. Baik penyelenggaraan usaha Jasa Konstruksi maupun penyelenggaraan Usaha Penyediaan Bangunan, keduanya dapat dikerjakan sendiri atau melalui pengikatan/perjanjian.

¹⁸ Salim H.S., *Op.Cit.*, hlm. 91.

Sebagaimana dalam Pasal 38 ayat (1) Undang-Undang Nomor 2 tahun 2017 dinyatakan, bahwa Penyelenggaraan Jasa Konstruksi yang dikerjakan sendiri merupakan kegiatan yang pekerjaannya direncanakan, dikerjakan, dan/atau diawasi sendiri oleh kementerian, lembaga, dinas, atau instansi sebagai penanggung jawab anggaran, instansi pemerintah lain, dan/atau kelompok masyarakat. Undang-Undang Nomor 2 tahun 2017 mengamanahkan, bahwa ketentuan lebih lanjut mengenai penyelenggaraan usaha Jasa Konstruksi yang dikerjakan sendiri dan penyelenggaraan Usaha Penyediaan Bangunan diatur dalam Peraturan Presiden.¹⁹

Pemerintah dengan langsung mengeluarkan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 Tentang Jasa Konstruksi dan mencabut Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 Tentang Jasa Konstruksi. Dari segi isi dan kandungan makna Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 Tentang Jasa Konstruksi ini lebih komprehensif dan luas dibandingkan Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 Tentang Jasa Konstruksi.

Setelah diberlakukannya Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 Tentang Jasa Konstruksi, ternyata banyak ditemukan berbagai masalah terkait isi dan makna dari Pasal-Pasalnya sebagaimana ada beberapa pengaturan yang multitafsir, bahkan kadang terlihat perlakuan diskriminatif terhadap kelompok masyarakat tertentu atau ada kepentingan menguntungkan pihak lain yang kuat muncul di bunyi pasal dan/atau ayat pada aturan undang-undang tersebut.

¹⁹ Pasal 38 ayat (1), ayat (2), ayat (3) dan ayat (4) serta Penjelasan Pasal 38 ayat (1) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 Tentang Jasa Konstruksi.

Produk hukum tersebut patut untuk ditinjau ulang keberadaannya. Ini dimaksud agar tidak memunculkan multitafsir yang ujungnya menimbulkan kegaduhan, dan bahkan kekacauan hukum dalam penerapannya. Sebagaimana isi pasal-pasal ataupun ayat-ayat pada undang-undang tersebut tidak mengedepankan kepastian hukum, keadilan hukum ataupun kepatuhan hukum. Arus globalisasi saat ini dan pertarungan kepentingan yang semakin kuat, membuat cukup banyak undang-undang yang dikeluarkan atau diterbitkan. Baik itu berasal dari inisiasi pemerintah ataupun atas inisiasi Dewan Perwakilan Rakyat RI yang sarat dengan kepentingan kelompok atau misi tertentu.

Regulasi yang terkait dengan pengaturan penyelenggaraan jasa konstruksi berupa Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi sangat menarik untuk dianalisis karena terdapat kelemahan-kelemahan secara substansi. Terkait kontrak jasa konstruksi misalnya, bahwa dalam pengikatan hubungan kerja jasa konstruksi seperti dalam bunyi Pasal 39 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 Tentang Jasa Konstruksi, berbunyi sebagai berikut:

Pasal 39

- (1) Para pihak dalam pengikatan Jasa Konstruksi terdiri atas:
 - a. Pengguna Jasa; dan
 - b. Penyedia Jasa.
- (2) Pengguna Jasa dan Penyedia Jasa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri atas:
 - a. orang perseorangan; atau
 - b. badan.
- (3) Pengikatan hubungan kerja Jasa Konstruksi dilakukan berdasarkan prinsip persaingan yang sehat dan dapat dipertanggungjawabkan secara keilmuan.

Dapat dilihat di Pasal 39 ayat (3) yang mengatur tentang pengikatan hubungan kerja jasa konstruksi, berbunyi “Pengikatan hubungan kerja Jasa

Konstruksi dilakukan berdasarkan prinsip persaingan yang sehat dan dapat dipertanggungjawabkan secara keilmuan.”

Bunyi pasal tersebut menimbulkan, karena seharusnya pengikatan hubungan kerja **telah terjadi/ telah dilaksanakan setelah proses pemilihan penyedia jasa dilakukan.** Dan pada saat proses pemilihan tersebut **telah memperhatikan asas-asas persaingan yang sehat dan dapat dipertanggungjawabkan secara keilmuan.**

Selanjutnya begitu juga muncul ketidakjelasan dan kerancuan hukum dalam pengaturan **Pasal 47** Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017, sebagaimana yang berbunyi sebagai berikut:

Pasal 47

- (1) Kontrak Kerja Konstruksi paling sedikit harus mencakup uraian mengenai:
 - a. para pihak, memuat secara jelas identitas para pihak;
 - b. rumusan pekerjaan, memuat uraian yang jelas dan rinci tentang lingkup kerja, nilai pekerjaan, harga satuan, lumpsum, dan batasan waktu pelaksanaan;
 - c. masa pertanggunggaan, memuat tentang jangka waktu pelaksanaan dan pemeliharaan yang menjadi tanggung jawab Penyedia Jasa;
 - d. hak dan kewajiban yang setara, memuat hak Pengguna Jasa untuk memperoleh hasil Jasa Konstruksi dan kewajibannya untuk memenuhi ketentuan yang diperjanjikan, serta hak Penyedia Jasa untuk memperoleh informasi dan imbalan jasa serta kewajibannya melaksanakan layanan Jasa Konstruksi;
 - e. penggunaan tenaga kerja konstruksi, memuat kewajiban mempekerjakan tenaga kerja konstruksi bersertifikat;**
 - f. cara pembayaran, memuat ketentuan tentang kewajiban Pengguna Jasa dalam melakukan pembayaran hasil layanan Jasa Konstruksi, termasuk di dalamnya jaminan atas pembayaran;
 - g. wanprestasi, memuat ketentuan tentang tanggung jawab dalam hal salah satu pihak tidak melaksanakan kewajiban sebagaimana diperjanjikan;
 - h. penyelesaian perselisihan, memuat ketentuan tentang tata cara penyelesaian perselisihan akibat ketidaksepakatan;

- i. pemutusan Kontrak Kerja Konstruksi, memuat ketentuan tentang pemutusan Kontrak Kerja Konstruksi yang timbul akibat tidak dapat dipenuhinya kewajiban salah satu pihak;
- j. keadaan memaksa, memuat ketentuan tentang kejadian yang timbul di luar kemauan dan kemampuan para pihak yang menimbulkan kerugian bagi salah satu pihak;
- k. Kegagalan Bangunan, memuat ketentuan tentang kewajiban penyedia Jasa dan/atau Pengguna Jasa atas Kegagalan Bangunan dan jangka waktu pertanggung jawaban Kegagalan Bangunan;
- l. perlindungan pekerja, memuat ketentuan tentang kewajiban para pihak dalam pelaksanaan keselamatan dan kesehatan kerja serta jaminan sosial;**
- m. perlindungan terhadap pihak ketiga selain para pihak dan pekerja, memuat kewajiban para pihak dalam hal terjadi suatu peristiwa yang menimbulkan kerugian atau menyebabkan kecelakaan dan/atau kematian;**
- n. aspek lingkungan, memuat kewajiban para pihak dalam pemenuhan ketentuan tentang lingkungan;**
- o. jaminan atas risiko yang timbul dan tanggung jawab hukum kepada pihak lain dalam pelaksanaan Pekerjaan Konstruksi atau akibat dari Kegagalan Bangunan; dan
- p. pilihan penyelesaian sengketa konstruksi.

Sesuai amanah dalam Undang-Undang Nomor 2 tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi, ketentuan lebih lanjut mengenai penyelenggaraan usaha Jasa Konstruksi yang dikerjakan sendiri dan penyelenggaraan Usaha Penyediaan Bangunan diatur dalam Peraturan Presiden, akan tetapi dalam ketentuan tersebut justru telah termuat dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 Tentang Jasa Konstruksi.

Pengaturan tersebut menimbulkan **ketidakpastian hukum** serta ketidakadilan bagi semua pihak. Bahwa adanya kemungkinan multitafsir dalam pengertian atau mengartikan bunyi pasal ini dapat memunculkan terjadinya **ketidakjelasan hukum**, sehingga akan menimbulkan **kerancuan** dalam proses

pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan. Pengaturan tersebut sangat normatif sekali, sehingga kontrak kerja Konstruksi di Pemerintahan dalam prosesnya juga berjalan secara normatif. Padahal dalam kontrak kerja Konstruksi di Pemerintahan seharusnya kondisional, situasional dan berorientasi produk atau hasil akhir yang mana prinsipnya harus sesuai dengan **standar hasil produk kerja.**

Begitu juga pengaturan tentang Kontrak Kerja Konstruksi yang terdapat dalam **Pasal 49** Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017, yang berbunyi sebagai berikut:

Pasal 49

Ketentuan mengenai Kontrak Kerja Konstruksi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 47 berlaku juga dalam Kontrak Kerja Konstruksi antara Penyedia Jasa dan Subpenyedia Jasa.

Sebagaimana bunyi Pasal 49 tersebut di atas, bahwa dalam implementasi Pasal 49 tersebut akan dapat menimbulkan multitafsir yang berdampak terhadap kontrak utama, yaitu bisa mengubah kontrak utama. Dalam implementasinya akan menimbulkan kerancuan, karena di situ akan terjadi pengalihfungsian, bahwa yang semula pihak penyedia jasa akan berubah menjadi pihak pengguna jasa.

Hal tersebut di atas tentunya merupakan perlakuan yang belum berkeadilan antar para pihak. Apalagi dalam praktek pelaksanaan kegiatan jasa konstruksi peran penyedia jasa lebih mendominasi dan mengetahui dalam keterlibatan diproses pelaksanaan pembangunan, sehingga hal terkait mutu hasil pekerjaan konstruksi sangat tergantung dengan peran penyedia jasa. Sedangkan

pengguna jasa lebih berperan dalam hal melakukan pembayaran/ penyediaan finansial saja.

Dalam penulisan disertasi ini, penulis ingin meneliti lebih jauh terhadap pelaksanaan jasa konstruksi di pemerintahan, sehingga judul disertasi yang penulis ajukan adalah **“REKONSTRUKSI HUKUM PERJANJIAN KONTRAK KERJA KONSTRUKSI DI PEMERINTAHAN BERBASIS NILAI KEADILAN”**

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian dari latar belakang masalah sebagaimana yang dijelaskan di atas, maka permasalahan yang muncul yang perlu diteliti adalah sebagai berikut:

1. Mengapa pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan saat ini belum berkeadilan?
2. Apa Saja kelemahan-kelemahan yang terjadi dalam pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan saat ini?
3. Bagaimanakah rekonstruksi hukum pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang berbasis nilai keadilan?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan fokus studi dan permasalahan dalam penelitian ini, maka tujuan dari penelitian yang ingin dicapai adalah untuk :

1. Menganalisis pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan saat ini yang belum berkeadilan.

2. Menganalisis kelemahan-kelemahan yang terjadi dalam pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan saat ini.
3. Merekonstruksi hukum pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang berbasis nilai keadilan.

D. Kegunaan Penelitian

Penelitian ini dilakukan dalam rangka penyusunan disertasi diharapkan memiliki 2 (dua) kegunaan, yakni kegunaan secara teoritis dan praktis, sebagai berikut :

1. Kegunaan secara teoritis:
 - a. Berharap hasil penelitian ini dapat menemukan pemikiran gagasan baru / teori baru di bidang hukum, khususnya pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang berbasis nilai keadilan, serta diharapkan dapat menambah referensi bagi penelitian-penelitian di masa yang akan datang.
 - b. Berharap hasil penelitian ini dapat menjadi bahan rujukan bagi pelaksanaan kegiatan pengkajian yang teraktualisasi dari kegiatan pengajaran, diskusi dan seminar yang dilaksanakan di dunia akademis maupun praktis khususnya berkaitan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang berbasis nilai keadilan.
2. Kegunaan secara praktis:
 - a. Berharap hasil penelitian ini dapat memberikan rekomendasi yang bersifat korektif dan evaluatif bagi pembaca dalam upaya pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang berbasis nilai keadilan.

- b. Berharap hasil penelitian ini dapat menjadi masukan bagi Pemerintah untuk menyusun kebijakan strategis mengenai perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan.

E. Kerangka Konseptual

1. Rekonstruksi

Rekonstruksi secara terminologi memiliki berbagai macam pengertian, dalam perencanaan pembangunan nasional sering dikenal dengan istilah rekonstruksi. Rekonstruksi memiliki arti bahwa “re” berarti pembaharuan sedangkan “konstruksi” sebagaimana penjelasan di atas memiliki arti suatu sistem atau bentuk. Beberapa pakar mendefinisikan rekonstruksi dalam berbagai interpretasi.

B.N Marbun mendefinisikan secara sederhana penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula,²⁰ sedangkan menurut James P. Chaplin *Reconstruction* merupakan penafsiran data psikoanalitis sedemikian rupa, untuk menjelaskan perkembangan pribadi yang telah terjadi, beserta makna materinya yang sekarang ada bagi individu yang bersangkutan.²¹

Merenkonstruksi adalah membentuk kembali, membangun kembali dapat berupa fakta-fakta ataupun ide-ide atau melakukan *remodel*. Rekonstruksi berasal dari kata *reconstruction* yang diberi pengertian tentang penyusunan kembali, pembangunan kembali atau menata ulang dan dapat

²⁰ B.N. Marbun, 1996, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hlm. 469.

²¹ James P. Chaplin, 1997, *Kamus Lengkap Psikologi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 421

juga diberikan reorganisasi. Pengertian rekonstruksi (*reconstruction*) adalah sebagai “*the act or process of building recreating, reorganizing something*”.²²

Kata rekonstruksi menurut Kamus Umum Bahasa Indonesia adalah mengembalikan sebagai semula atau penyusunan (penggambaran) kembali.²³

Kata rekontruksi berasal dari bahasa Inggris “*Recontruction*” yang berarti pengembalian seperti semula ayau penyusunan (penggambaran) kembali. Secara istilah rekontruksi adalah perumusan atau penyusunan kembali suatu konsep dikembalikan kepada asalnya.²⁴

Rekonstruksi ialah kegiatan pemugaran untuk membangun kembali dan memperbaiki seakurat mungkin bangunan dan lingkungan yang hancur akibat bencana alam, bencana lainnya, rusak akibat terbengkalai atau keharusan pindah lokasi karena salah satu sebab yang darurat, dengan menggunakan bahan yang tersisa atau terselamatkan dengan penambahan bahan bangunan baru dan menjadikan bangunan tersebut layak fungsi dan memenuhi persyaratan teknis.²⁵

Salah satunya seperti yang disebutkan rekonstruksi itu mencakup 3 (tiga) poin penting, yaitu pertama, memelihara inti bangunan asal dengan tetap menjaga watak dan karakteristiknya. Kedua, memperbaiki hal-hal yang telah runtuh dan memperkuat kembali sendi-sendi yang telah lemah. Ketiga, memasukkan beberapa pembaharuan tanpa mengubah watak dan karakteristik

²² Henry Campbell Black, 1990, *Black's Law Dictionary, West Publising Co*, Edisi keenam, Minnessotta, hlm 1272

²³ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1994, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi kedua, Cetakan ketiga, Jakarta, Balai Pustaka, hlm.829.

²⁴ Lihat pengertian rekontruksi dalam <http://www.artikata.com/arti-347397-rekontruksi.php>. diakses pada tanggal 30 Mei 2019 jam 19.00 WITA.

²⁵ UNESCO, PP, 2005, hlm 36

aslinya. Dari sini dapat dipahami bahwa pembaharuan bukanlah menampilkan sesuatu yang benar-benar baru, Namun demikian lebih tepatnya merekonstruksi kembali kemudian menerapkannya dengan realita saat ini.²⁶

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat peneliti simpulkan maksud rekonstruksi kebijakan oleh penulis dalam penelitian ini adalah merekonstruksi kebijakan berupa peraturan perundang-undangan yang berlaku yang mengatur tentang pelaksanaan Undang-Undang Jasa Konstruksi pada perjanjian kontrak kerja di pemerintah yang tadinya menurut penulis belum mencerminkan nilai-nilai keadilan menjadi peraturan perundang-undangan yang mengatur kebijakan pelayanan publik berdasarkan nilai-nilai keadilan. Hal ini karena peraturan perundang-undangan yang berlaku termasuk Undang-undang Perencanaan Nasional, Undang-Undang Penataan Ruang, Undang-Undang tentang Pemerintahan Daerah, Undang-Undang tentang Jalan, Undang-Undang tentang Lalu Lintas, Undang-Undang Jasa Konstruksi, Peraturan Pemerintah dan Peraturan Daerah dirasakan belum dapat menyelesaikan persoalan yang berdasarkan nilai-nilai keadilan.

2. Konsep Kontrak Konstruksi

Istilah kontrak kerja konstruksi merupakan terjemahan dari *constructioncontract*. Kontrak kerja konstruksi merupakan kontrak yang dikenal dalam pelaksanaan konstruksi bangunan, baik yang dilaksanakan oleh Pemerintah maupun pihak swasta.⁴² Menurut Pasal 1 Ayat (5) UUKJ, Kontrak kerja konstruksi merupakan: “Keseluruhan dokumen yang mengatur

²⁶ Yusuf Qardhawi dalam *Problematika Rekonstruksi Ushul Fiqih*, 2014 Al-Fiqh Al-Islâmi bayn Al-Ashâlah wa At-Tajdîd, Tasikmalaya.

hubungan hukum antara pengguna jasa dan penyedia jasa dalam penyelenggaraan pekerjaan konstruksi”.

Dalam kenyataan sehari-hari, istilah kontrak konstruksi sering juga disebut dengan perjanjian pemborongan. Istilah pemborongan dan konstruksi mempunyai keterikatan satu sama lain. Istilah pemborongan memiliki cakupan yang lebih luas dari istilah konstruksi. Hal ini disebabkan karena istilah pemborongan dapat saja berarti bahwa yang dibangun tersebut bukan hanya konstruksinya, melainkan dapat juga berupa pengadaan barang saja, tetapi dalam teori dan praktek hukum kedua istilah tersebut dianggap sama terutama jika terkait dengan istilah hukum/kontrak konstruksi atau hukum/kontrak pemborongan. Jadi dalam hal ini istilah konstruksi dianggap sama, karena mencakup keduanya yaitu ada konstruksi (pembangunannya) dan ada pengadaan barangnya dalam pelaksanaan pembangunan.²⁷

Menurut R. Subekti perjanjian pemborongan adalah perjanjian dimana pihak yang satu, si pemborong mengikatkan diri untuk menyelenggarakan suatu pekerjaan bagi pihak yang memborongkan dengan menerima suatu harga yang ditentukan.²⁸ Dalam KUH Perdata, perjanjian pemborongan disebut dengan istilah pemborongan pekerjaan, sebagaimana yang dinyatakan dalam Pasal 1601 (b) KUH Perdata bahwa: “Perjanjian pemborongan adalah perjanjian dengan mana pihak satu (si pemborong) mengikatkan diri untuk menyelenggarakan suatu pekerjaan

²⁷ Munir Fuady, 1998, *Kontrak Pemborongan Mega Proyek*, Citra Adhya Kartini, Bandung, hlm. 12.

²⁸ R. Subekti, 1985, *Aneka Perjanjian*, Alumni, Bandung, hlm. 57.

bagi pihak lain (pihak yang memborongkan) dengan menerima suatu harga yang ditentukan”.

Menurut Mariam Darus Badruzaman, dilihat dari sistem hukum maka kontrak bangunan merupakan salah satu komponen dari hukum bangunan (*construction law, bouwrecht*). Istilah *construction law* biasa dipakai dalam kepustakaan *anglo saxon*, sedangkan *bouwrecht* lazim dipergunakan dalam kepustakaan Hukum Belanda. Dengan demikian, yang dinamakan hukum bangunan adalah seluruh perangkat peraturan perundang-undangan yang bertalian dengan bangunan meliputi pendirian, perawatan, pembongkaran, penyerahan, baik bersifat perdata maupun publik/administratif.

Dalam kontrak konstruksi, sebagaimana kontrak pada umumnya akan menimbulkan hubungan hukum maupun akibat hukum antara para pihak yang membuat perjanjian. Hubungan hukum merupakan hubungan antara pengguna jasa dan penyedia jasa yang menimbulkan akibat hukum dalam bidang konstruksi. Akibat hukum, yaitu timbulnya hak dan kewajiban diantara para pihak. Momentum timbulnya akibat itu adalah sejak ditandatanganinya kontrak konstruksi oleh pengguna jasa dan penyedia jasa. Dengan demikian dapat disimpulkan, bahwa unsur-unsur yang harus ada dalam kontrak konstruksi adalah:

- 1) Adanya subjek, yaitu pengguna jasa dan penyedia jasa;
- 2) Adanya objek, yaitu konstruksi;
- 3) Adanya dokumen yang mengatur hubungan antara pengguna jasa

dan penyedia jasa.

Penyelenggaraan pengadaan bidang konstruksi di Indonesia telah diatur secara khusus dalam Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi. Dari segi substansinya, kecuali mengenai segi-segi hukum kontrak, undang-undang ini cukup lengkap mengatur pengadaan jasa konstruksi.

Undang-undang ini dibuat pada masa reformasi. Latar belakang lahirnya undang-undang ini karena berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku belum berorientasi pada pengembangan jasa konstruksi yang sesuai dengan karakteristiknya. Hal ini mengakibatkan kurang berkembangnya iklim usaha yang mendukung peningkatan daya saing secara optimal maupun bagi kepentingan masyarakat. UUKJ ditetapkan pada tanggal 7 Mei 1999 . ketentuan terdiri atas 12 bab dan 47 pasal.

Pengaturan lebih lanjut dari undang-undang ini tertuang dalam tiga peraturan pemerintah yaitu : Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 2000 tentang Usaha dan Peran Serta Masyarakat Jasa Konstruksi (PP No. 28/2000) sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 4 Tahun 2010 (PP No. 4/2010), Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi (PP No. 29/2000) sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 59 Tahun 2010 (Perpres No. 59/2010), dan Peraturan Pemerintah Nomor 30 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Pembinaan Jasa Konstruksi (PP No. 30/2000).

Dalam kaitannya dengan pengadaan jasa konstruksi, tata cara dan prosedur pengadaan barang dan jasa untuk kepentingan instansi Pemerintah, telah diatur dalam Keputusan Presiden (Keppres) No. 80 Tahun 2003 tentang

Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang telah disempurnakan melalui Peraturan Presiden (Perpres) No. 54 Tahun 2010. Kemudian Perpres No. 54 Tahun 2010 diubah melalui Peraturan Presiden (Perpres) No. 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua atas Perpres No. 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Selain itu, terkait dengan izin usaha konstruksi dalam hal ini terdapat Peraturan Daerah (Perda)

Kota Medan Nomor 23 Tahun 2002 dan Peraturan Daerah Kabupaten Asahan Nomor 35 Tahun 2008 tentang Retribusi Izin Usaha Jasa Konstruksi.

Dalam setiap perjanjian atau kontrak yang melibatkan 2 (dua) pihak pastilah menimbulkan hak dan kewajiban atau tugas dan kewenangan bagi para pihak. Hak bagi satu pihak merupakan kewajiban (prestasi) yang harus dilaksanakan oleh pihak lainnya. Demikian pula dalam kontrak kerja konstruksi terdapat 2 (dua) pihak yaitu pengguna jasa dan penyedia jasa konstruksi, yang mana masing-masing pihak memiliki hak dan kewajiban sebagaimana telah diuraikan diatas dan merupakan prestasi yang harus dilakukan.

Hak pengguna jasa konstruksi adalah memperoleh hasil pekerjaan konstruksi, sesuai dengan klasifikasi dan kualitas yang diperjanjikan. Dalam Pasal 18 ayat (1) UUJK, kewajiban pengguna jasa dalam suatu kontrak mencakup:

- 1) Menerbitkan dokumen tentang pemilihan penyedia jasa yang memuat ketentuan-ketentuan secara lengkap, jelas dan benar serta dapat dipahami;
- 2) Menetapkan penyedia jasa secara tertulis sebagai hasil pelaksanaan pemilihan;
- 3) Memenuhi ketentuan yang diperjanjikan dalam kontrak kerja konstruksi.

Adapun kewajiban dari penyedia jasa konstruksi adalah mencakup:

- 1) Menyusun dokumen penawaran berdasarkan prinsip keahlian untuk disampaikan kepada pengguna jasa;
- 2) Melaksanakan pekerjaan konstruksi sebagaimana yang telah diperjanjikan.

Hak penyedia jasa konstruksi adalah memperoleh informasi dan menerima imbalan jasa dari pekerjaan konstruksi yang telah dilakukannya. Informasi yang dimaksud merupakan dokumen secara lengkap dan benar yang harus disediakan oleh pengguna jasa untuk penyedia jasa konstruksi sehingga dapat melakukan sesuai dengan tugas dan kewajibannya.

3. Konsep Pemerintahan

Jika dilihat dari pendekatan segi bahasa kata “pemerintah” atau “pemerintahan”, kedua kata tersebut berasal dari kata “perintah” yang berarti sesuatu yang harus dilaksanakan. Di dalam kata tersebut terkumpul beberapa unsur yang menjadi ciri khas dari kata “perintah”:

- 1) Adanya “keharusan”, menunjukkan kewajiban untuk melaksanakan apa yang diperintahkan;
- 2) Adanya dua pihak yang memberi dan yang menerima perintah;
- 3) Adanya hubungan fungsional antara yang memberi dan yang menerima perintah;
- 4) Adanya wewenang atau kekuasaan untuk memberi perintah;

“Perintah” atau “pemerintahan” dalam bahasa Inggris dipergunakan kata “*government*” kata yang berasal dari suku kata “*to govern*”. Tetapi “perintah” disalin dengan “*to order*” atau “*to command*” dengan lain kata “*to command*” tidak diturunkan dari “*to govern*”.²⁹

Dari keempat ciri khas dari kata perintah di atas mempunyai makna/pengertian yaitu: “keharusan” berarti dituangkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan; adanya “wewenang” berarti menunjukkan sahnyanya perintah yang diberikan, tanpa adanya wewenang perintah dianggap tidak sah dan hilanglah kekuatan hukum dari perintah itu. Wewenang dalam Undang-undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan Pasal 1 (angka 5) adalah hak yang dimiliki oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk mengambil keputusan dan/atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Demikian juga kata “memerintah” diartikan sebagai menguasai atau mengurus negara atau daerah sebagai bagian dari

²⁹ Bayu Surianingrat, 1992, *Mengenal Ilmu Pemerintahan*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 9-10.

negara. maka kata “pemerintah” berarti kekuasaan untuk memerintah suatu negara.³⁰

Pada umumnya yang disebut dengan “pemerintah” adalah sekelompok individu yang mempunyai wewenang tertentu untuk melaksanakan kekuasaan yang dalam arti ini melaksanakan wewenang yang sah dan melindungi serta meningkatkan taraf hidup masyarakat melalui perbuatan dan pelaksanaan berbagai keputusan.³¹ Sebagaimana dalam Undang-undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan Pasal 1 (angka 2) bahwa fungsi pemerintahan adalah fungsi dalam melaksanakan administrasi Pemerintahan yang meliputi tugas pengaturan, pelayanan, pembangunan, pemberdayaan dan perlindungan.

4. Jasa Pemborongan untuk Proyek Pemerintah

Prosedur yang digunakan dalam penyediaan barang/jasa pemborongan/jasa lainnya dapat dibagi sebagai berikut:

- 1) Prosedur pemilihan penyedia barang/jasa pemborongan/ jasa lainnya dengan metoda pelelangan umum.
- 2) Prosedur pemilihan penyedia barang/jasa pemborongan/ jasa lainnya dengan metoda pelelangan terbatas.
- 3) Prosedur pemilihan penyedia barang/jasa pemborongan/jasa lainnya dengan metoda pemilihan langsung.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, hlm. 11.

- 4) Prosedur pemilihan penyedia barang/jasa pemborongan/jasa lainnya dengan metoda penunjukan langsung.

Prosedur pemilihan pemborong/rekanan/kontraktor/ penyedia jasa dengan metoda pelelangan umum menurut Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah terdiri dari:

- 1) Prakualifikasi, yaitu proses penilaian kompetensi dan kemampuan usaha serta pemenuhan syarat tertentu lainnya dari penyedia barang/jasa sebelum penawaran.

Proses prakualifikasi secara umum meliputi pengumuman prakualifikasi, pengambilan dokumen prakualifikasi, pemasukan dokumen prakualifikasi, evaluasi dokumen prakualifikasi, penetapan calon peserta pengadaan yang lulus prakualifikasi, dan pengumuman hasil prakualifikasi.

- 2) Pasca kualifikasi, yaitu proses penilaian kompetensi dan kemampuan usaha serta pemenuhan syarat tertentu lainnya dari penyediaan barang/jasa setelah memasukkan penawaran.

Proses pasca kualifikasi secara umum meliputi pemasukan dokumen kualifikasi bersamaan dengan dokumen penawaran dan terhadap peserta yang diusulkan untuk menjadi pemenang serta cadangan pemenang dievaluasi dokumen kualifikasinya. Sedangkan prosedur pemilihan penyedia barang/ jasa pemborongan/ jasa lainnya

berupa metoda pelelangan umum dengan proses pasca kualifikasi meliputi.³²

- 1) pengumuman pelelangan umum;
- 2) pendaftaran untuk mengikuti pelelangan;
- 3) pengambilan dokumen lelang umum;
- 4) penjelasan;
- 5) penyusunan berita acara penjelasan dokumen lelang;
- 6) pemasukan penawaran;
- 7) pembukaan penawaran;
- 8) evaluasi penawaran termasuk evaluasi kualifikasi;
- 9) penetapan pemenang;
- 10) pengumuman pemenang;
- 11) masa sanggah;
- 12) penunjukan pemenang;
- 13) penandatanganan kontrak.

5. Konsep Keadilan

Untuk mengetahui apa itu keadilan dan ketidakadilan dengan jernih, diperlukan pengetahuan yang jernih tentang salah satu sisinya untuk menentukan secara jernih pula sisi yang lain. Jika satu sisi ambigu, maka sisi yang lain juga ambigu.

³² Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Pasal 20 ke (1) b.

Secara umum dikatakan bahwa orang yang tidak adil adalah orang yang tidak patuh terhadap hukum (*unlawful, lawless*) dan orang yang tidak fair (*unfair*), maka orang yang adil adalah orang yang patuh terhadap hukum (*law-abiding*) dan *fair*. Karena tindakan memenuhi/mematuhi hukum adalah adil, maka semua tindakan pembuatan hukum oleh legislatif sesuai dengan aturan yang ada adalah adil. Tujuan pembuatan hukum adalah untuk mencapai kemajuan kebahagiaan masyarakat. Maka, semua tindakan yang cenderung untuk memproduksi dan mempertahankan kebahagiaan masyarakat adalah adil.

Dengan demikian keadilan bisa disamakan dengan nilai-nilai dasar sosial. Keadilan yang lengkap bukan hanya mencapai kebahagiaan untuk diri sendiri, tetapi juga kebahagiaan orang lain. Keadilan yang dimaknai sebagai tindakan pemenuhan kebahagiaan diri sendiri dan orang lain, adalah keadilan sebagai sebuah nilai-nilai. Keadilan dan tata nilai dalam hal ini adalah sama tetapi memiliki esensi yang berbeda. Sebagai hubungan seseorang dengan orang lain adalah keadilan, namun sebagai suatu sikap khusus tanpa kualifikasi adalah nilai. Ketidakadilan dalam hubungan sosial terkait erat dengan keserakahan sebagai ciri utama tindakan yang tidak fair.

Keadilan sebagai bagian dari nilai sosial memiliki makna yang amat luas, bahkan pada suatu titik bisa bertentangan dengan hukum 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.

Keadilan dalam arti umum terdiri dari 2 (dua) unsur yaitu fair dan sesuai dengan hukum, yang masing-masing bukanlah hal yang sama. Tidak fair adalah melanggar hukum, tetapi tidak semua tindakan melanggar hukum adalah tidak fair. Keadilan dalam arti umum terkait erat dengan kepatuhan terhadap hukum.

Dari makna kata „*adl* berarti “ menetapkan hukum dengan benar.”³³ Adil dalam bahasa Arab biasa disebut *al-Adlu*, merupakan salah satu sifat yang harus dimiliki oleh manusia dalam rangka menegakkan kebenaran kepada siapapun tanpa kecuali, walaupun akan merugikan diri sendiri. Secara etimologis, *al-adlu* berarti “tidak berat sebelah, tidak memihak, atau menyamakan sesuatu dengan yang lain (*al-musawah*) istilah lain dari *al-adl* adalah *al-qisth*, *al-Mistl* (sama bagian, atau semisal).

Secara terminologi adil berarti mempersamakan sesuatu dengan yang lain, baik dari segi nilai, maupun dari segi ukuran, sehingga sesuatu itu menjadi tidak berat sebelah, dan menjadi berbeda antara yang satu dengan yang lain.³⁴ Adil juga berarti berpihak atau berpegang kepada kebenaran.³⁵ Keadilan berasal dari kata „*adil*“, yang apabila dilihat dari asal katanya adalah serapan dari bahasa Arab, yaitu *al-adl*, yang berarti “tengah” atau pertengahan. Dalam hal ini kata *al-„adl* sinonim dengan kata *inshaf*, yang

³³ Ali al-Jurjani, *al-Ta"riifaat*, Beirut: Daar al-Kitab al- Arabi, 1985, hlm. 173.

³⁴ Raghil al-Isfahani, *Mufradaat alfadzil Qur"an*, Beirut: Daar al-Ma"rifah, 2005, hal 168.

³⁵ Al-Thahanawi, *Mu"jam al- Ulum wa al-Funum*, Beirut: Daar al-ma"rifat, 2005, jilid 1, hal 479.

dapat berarti "sadar" yakni sadar dalam mengambil keputusan/sikap yang tepat.³⁶

Teori keadilan menurut Islam ini akan digunakan untuk memperkuat Teori keadilan menurut Aristoteles, Plato dan John Rawls, guna menggalikan nilai-nilai keadilan dalam penerapan atau praktik Perjanjian Kontrak Kerja Konstruksi Di Pemerintahan Berbasis Nilai Keadilan.

F. Kerangka Teori

Pada bagian ini penulis menyetengahkan pokok bahasan yang berkaitan dengan pemahaman teoritik tentang Rekonstruksi Hukum Perjanjian Kontrak Kerja Konstruksi Di Pemerintahan Berbasis Nilai Keadilan. Pemahaman teoritik ini penting dilakukan sebagai sarana untuk mendeskripsikan dan menjelaskan, serta memahami masalah secara lebih baik, dengan demikian sangat membantu untuk memahami segala sesuatu yang diketahui pada tahap pertama secara intuitif.

Menurut Sudikno Mertokusumo,³⁷ bahwa kata teori berasal dari kata *theoria* yang artinya pandangan atau wawasan. Kata teori mempunyai pelbagai arti.

Pada umumnya, teori diartikan sebagai pengetahuan yang hanya ada dalam alam pikiran tanpa dihubungkan dengan kegiatan-kegiatan yang bersifat praktis untuk melakukan sesuatu.

Menurut Gijssels,³⁸ bahwa kata teori dalam teori hukum dapat diartikan sebagai suatu kesatuan pandang, pendapat dan pengertian-pengertian yang

³⁶ Nurcholish Madjid, *Islam Doktrin dan Peradapan :Sebuah telaah Kritis tentang Masalah Keimanan, dan Kemandirian, Yayasan Wakaf Paramadina, Jakarta, 1992*, hal 512

³⁷ Sudikno Mertokusumo, 2012, *Teori Hukum*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 4.

³⁸ Gijssels, Jan dan Mark van Hoecke, 1982, *Wat is rechtstheorie?*, Kluwer Rewchtswetenschappen, Antwerpen, hlm.134.

berhubungan dengan kenyataan yang dirumuskan sedemikian, sehingga memungkinkan menjabarkan hipotesis-hipotesis yang dapat dikaji. Setiap teori, sebagai produk ilmu, tujuannya adalah untuk memecahkan masalah dan membentuk sistem. Demikian pula Ilmu Hukum sebagai teori tujuannya adalah untuk menyelesaikan masalah-masalah hukum.³⁹

Menurut Satjipto Rahardjo,⁴⁰ bahwa dalam dunia ilmu, teori menempati kedudukan yang penting. Ia memberikan sarana kepada kita untuk bisa merangkum serta memahami masalah yang kita bicarakan secara lebih baik. Hal-hal yang semula tampak tersebar dan berdiri sendiri bisa disatukan dan ditunjukkan kaitannya satu sama lain secara bermakna. Teori, dengan demikian, memberikan penjelasan dengan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah yang dibicarakannya.

Menurut Paul Edward, teori adalah “*something assumed as a starting point for scientific investigation*”⁴¹ (asumsi dasar untuk membuktikan penelitian ilmiah). Teori dijadikan prinsip umum yang tingkat kebenarannya menjadi rujukan dan diakui di kalangan ilmuwan.⁴²

Menurut Soetandyo Wignjosoebroto, bahwa teori adalah suatu konstruksi di alam cita atau ide manusia, yang dibangun dengan maksud menggambarkan

³⁹ Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm 5.

⁴⁰ Satjipto Rahardjo, 1991, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 253. Lihat juga Soerjono Soekanto dan Ratih Lestarini, 1988, *Fungsionalisme dan Teori Konflik Dalam Perkembangan Sosiologi*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 10.

⁴¹ Paul Edward dan Lewis Mulford Adams, 1965, *Webster World University Dictionary*, Publishers Company inc, Washington DC, hlm. 1037.

⁴² Juhaya S. Praja, 2011, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Cetakan I, CV. Pustaka Setia, Bandung, hlm. 1

secara reflektif fenomena yang dijumpai di alam pengalaman, yaitu alam yang tersimak bersaranakan indra manusia.

Membicarakan tentang teori, seseorang akan dihadapkan pada dua macam realitas, yaitu : *Pertama*; Realitas *in abstracto* yang ada di alam ide imajinatif. *Kedua*; Padanannya yang berupa realita *in concreto* yang berada dalam pengalaman indriawi”.⁴³

Teori berasal dari kata *theoria* (bahasa Latin) yang berarti perenungan, yang pada gilirannya berasal dari kata *thea* (bahasa Yunani) yang secara hakiki menyiratkan sesuatu yang disebut realitas. Para ahli menggunakan kata teori sebagai bangunan berpikir yang tersusun secara sistematis, logis (rasional), empiris (sesuai kenyataan), juga simbolis.⁴⁴

Pemahaman teori tentang **“Rekonstruksi Hukum Perjanjian Kontrak Kerja Konstruksi Di Pemerintahan Berbasis Nilai Keadilan”** yang mencerminkan nilai-nilai keadilan dan kemanfaatan adalah menempati posisi yang sangat strategis dalam studi ini untuk mendeskripsikan dan menjelaskan kebenaran ilmiah,⁴⁵ karena pada dasarnya teori merupakan sistem yang bertujuan untuk menjelaskan suatu fenomena dengan cara memerinci konstruk-konstruk (yang membentuk fenomena itu), beserta hukum atau aturan yang mengatur keterkaitan antara satu konstruk dengan lainnya.⁴⁶

⁴³ Soetandyo Wignyosoebroto, *“Teori, Apakah itu”*, Makalah Kuliah Program Doktor UNDIP Semarang 2003.

⁴⁴ Otje Salaman & Anton F.S., 2005, *Teori Hukum*, Refika Atima, Bandung, hlm. 19.

⁴⁵ Prasetya Irawan, *Logika dan Prosedur Penelitian, Op.Cit.*, hlm. 41.

⁴⁶ Walter L. Wallace, 1994, *Metoda Logika Ilmu Sosial*, Bumi Aksara, Jakarta, hlm. 76-88.

Agar pemahaman teoritik dapat dipahami, maka dapat dikemukakan disini beberapa pengertian secara lebih luas:⁴⁷

- a. Pemahaman tentang hal-hal dalam hubungannya yang universal dan ideal antara satu sama lain. Berlawanan dengan eksistensi faktual dan / atau praktik.
- b. Prinsip abstrak atau umum yang di dalam tubuh pengetahuan yang menyajikan suatu pandangan yang jelas dan sistematis tentang beberapa materi pokoknya, sebagaimana dalam teori seni dan teori atom.
- c. Model atau prinsip umum, abstrak dan ideal yang digunakan untuk menjelaskan gejala-gejala, sebagaimana dalam "teori seleksi alam".
- d. Hipotesis, suposisi atau bangun yang dianggap betul dan yang berlandaskan atasnya gejala-gejala dapat diperkirakan dan/atau dijelaskan dan darinya dideduksikan pengetahuan lebih lanjut.
- e. Dalam filsafat ilmu pengetahuan, bahwa teori berpijak pada penemuan fakta-fakta maupun pada hipotesis. Dalam bidang ilmu alam, suatu deskripsi dan penjelasan fakta yang didasarkan atas hukum-hukum dan sebab-sebab, niscaya mengikuti konfirmasi fakta-fakta itu dengan pengalaman dan percobaan (*eksperimen*). Deskripsi ini sifatnya pasti, non kontradiktoris, dan matematis (jika mungkin). Bagaimanapun juga, sejauh penjelasan semacam itu mungkin, tetapi sesungguhnya tidak meniadakan penjelasan lainnya, dan tetap merupakan hipotesis yang kurang lebih probable. Hanya bila bukti dikemukakan sedemikian rupa sehingga

⁴⁷ Pandangan ini disarikan dari pendapat Loren Bagus, 1996, dalam *Kamus Filsafat*, Gramedia, Jakarta, hlm. 1097-1098.

penjelasan tertentu merupakan satusatunya penjelasan yang sepadan dengan fakta-fakta, maka penjelasan itu sungguh-sungguh mencapai tingkat teori.

Permasalahan-permasalahan yang telah diajukan pada bagian perumusan masalah, akan dikaji serta diungkapkan dengan beberapa teori sebagai unit maupun pisau analisis. Dalam menjawab permasalahan dalam penelitian ini akan diajukan beberapa teori.

Teori sebenarnya merupakan suatu generasi yang dicapai setelah mengadakan pengujian dan hasilnya menyangkut ruang lingkup faktor yang sangat luas. Teori merupakan *an elaborate hypothesis*, suatu hukum akan terbentuk apabila suatu teori itu telah diuji dan diterima oleh ilmuwan, sebagai suatu keadaan-keadaan tertentu.⁴⁸ Teori akan berfungsi untuk memeberikan petunjuk atas gejala-gejala yang timbul dalam penelitian.

Kerangka teori dalam penelitian ini akan dikemukakan beberapa teori yang dapat memberikan pedoman dan tujuan untuk tercapainya penelitian ini yang berasal dari pendapat para ahli dan selanjutnya disusun beberapa konsep dari berbagai peraturan perundangan sehingga tercapainya tujuan penelitian, yaitu:

1. *Grand Theory* (Teori Utama) : Teori Keadilan

a. Keadilan Dalam Arti Umum

Teori hukum tidak lepas dengan lingkungan dan zamannya, yang memberikan jawaban terhadap permasalahan hukum dan atau menggugat

⁴⁸ Soerjono Soekanto, 1981, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, hlm. 126-127.

terhadap pemikiran hukum yang dominan pada suatu saat. Tugas teori hukum salah satunya adalah untuk menjawab permasalahan apakah keadilan itu dan bagaimana hukum yang adil?

Keadilan telah menjadi pokok pembicaraan serius sejak awal munculnya filsafat Yunani. Pembicaraan keadilan memiliki cakupan yang luas, mulai dari yang bersifat etik, filosofis, hukum, sampai pada keadilan sosial. Banyak orang yang berpikir bahwa bertindak adil dan tidak adil tergantung pada kekuatan dan kekuatan yang dimiliki, untuk menjadi adil cukup terlihat mudah, namun tentu saja tidak begitu halnya penerapannya dalam kehidupan manusia.

Kata keadilan dalam bahasa Inggris adalah *justice* yang berasal dari bahasa latin *iustitia*. Kata *justice* memiliki tiga macam makna yang berbeda yaitu; (1) secara atributif berarti suatu kualitas yang adil atau fair (sinonimnya *justness*), (2) sebagai tindakan berarti tindakan menjalankan hukum atau tindakan yang menentukan hak dan ganjaran atau hukuman (sinonimnya *judicature*), dan (3) orang, yaitu pejabat publik yang berhak menentukan persyaratan sebelum suatu perkara dibawa ke pengadilan (sinonimnya *judge, jurist, magistrate*).⁴⁹

Keadilan sering diartikan sebagai sesuatu sikap dan karakter. Sikap dan karakter yang membuat orang melakukan perbuatan dan berharap atas keadilan adalah keadilan, sedangkan sikap dan karakter yang membuat orang bertindak dan berharap ketidakadilan adalah ketidakadilan.

⁴⁹ <http://www.bartleby.com/61/83/PO398300.html>, diakses tanggal 6 November 2002
diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 3 Januari 2018.

Pembentukan sikap dan karakter berasal dari pengamatan terhadap obyek tertentu yang bersisi ganda. Hal ini bisa berlaku dua dalil, yaitu :

- a) Jika kondisi baik diketahui, maka kondisi buruk juga diketahui;
- b) Kondisi baik diketahui dari sesuatu yang berada dalam kondisi baik.

Untuk mengetahui apa itu keadilan dan ketidakadilan dengan jernih, diperlukan pengetahuan yang jernih tentang salah satu sisinya untuk menentukan secara jernih pula sisi yang lain. Secara umum dikatakan bahwa orang yang tidak adil adalah orang yang tidak patuh terhadap hukum (*unlawful, lawless*) dan orang yang tidak fair (*unfair*), maka orang yang adil adalah orang yang patuh terhadap hukum (*law-abiding*) dan fair. Karena tindakan memenuhi/mematuhi hukum adalah adil, maka semua tindakan pembuatan hukum oleh legislatif sesuai dengan aturan yang ada adalah adil. Tujuan pembuatan hukum adalah untuk mencapai kemajuan kebahagiaan masyarakat. Maka, semua tindakan yang cenderung untuk memproduksi dan mempertahankan kebahagiaan masyarakat adalah adil.

Dengan demikian keadilan bisa disamakan dengan nilai-nilai dasar sosial, keadilan yang lengkap bukan hanya mencapai kebahagiaan untuk diri sendiri, tetapi juga kebahagiaan orang lain. Keadilan yang dimaknai sebagai tindakan pemenuhan kebahagiaan diri sendiri dan orang lain, adalah keadilan sebagai sebuah nilai-nilai. Keadilan dan tata nilai dalam hal ini adalah sama tetapi memiliki esensi yang berbeda. Sebagai hubungan seseorang dengan orang lain adalah keadilan, namun sebagai suatu sikap khusus tanpa kualifikasi adalah nilai. Ketidakadilan dalam

hubungan sosial terkait erat dengan keserakahan sebagai ciri utama tindakan yang tidak fair.

Keadilan sebagai bagian dari nilai sosial memiliki makna yang amat luas, bahkan pada suatu titik bisa bertentangan dengan hukum 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, sebagai contoh, seorang pengusaha yang membayar gaji buruh di bawah upah minimum, adalah suatu pelanggaran hukum dan kesalahan, namun tindakan ini belum tentu mewujudkan ketidakadilan, apabila keuntungan dan kemampuan membayar perusahaan tersebut memang terbatas, maka jumlah pembayaran itu adalah keadilan. Sebaliknya walaupun seorang pengusaha membayar buruhnya sesuai dengan upah minimum, yang berarti bukan kejahatan, bisa saja menimbulkan ketidakadilan karena keuntungan pengusaha tersebut sangat besar dan hanya sebagian kecil yang diambil untuk upah buruh, ketidakadilan ini muncul karena keserakahan.

Hal tersebut di atas adalah keadilan dalam arti umum, keadilan dalam arti ini terdiri dari dua unsur yaitu *fair* dan sesuai dengan hukum, yang masing-masing bukanlah hal yang sama, tidak *fair* adalah melanggar hukum, tetapi tidak semua tindakan melanggar hukum adalah tidak fair, keadilan dalam arti umum terkait erat dengan kepatuhan terhadap hukum.

b. Teori Keadilan Aristoteles

Pandangan-pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa kita dapatkan dalam karyanya *nichomachean 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.

Yang sangat penting dari pandangannya ialah pendapat bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan, namun Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa dipahami tentang kesamaan dan yang dimaksudkan ketika kita mengatakan bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan 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, dia membedakan keadilan menjadi jenis keadilan distributif dan keadilan korektif. Yang pertama berlaku dalam hukum publik, yang kedua dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan distributif dan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya. Dalam wilayah keadilan distributif, hal yang penting ialah

bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada yang kedua, yang menjadi persoalan ialah 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 dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku dikalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.

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. Dari uraian ini nampak bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya Pemerintah.

Dalam membangun argumennya, Aristoteles menekankan perlunya dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat

kasus dan yang 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, 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 alamjika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia.

1) Keadilan Distributif

Aristoteles berpendapat bahwa keadilan akan terlaksana bilamana hal-hal yang sama diperlakukan secara sama dan hal-hal yang tidak sama secara tidak sama (*justice is done when equals are treated equally*). Keadilan Distributif, memberikan kepada setiap orang jatah berdasarkan jasanya. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada asas keseimbangan.

2) Keadilan Komutatif

Keadilan ini bertujuan memelihara ketertiban masyarakat dan kesejahteraan umum. Bagi Aristoteles pengertian keadilan itu merupakan asas pertalian dan ketertiban dalam masyarakat, semua tindakan yang bercorak ujung ekstrim menjadikan ketidakadilan dan akan merusak atau bahkan menghancurkan pertalian dalam masyarakat.

Untuk mengetahui tentang keadilan dan ketidakadilan harus dibahas 3 (tiga) hal utama, yaitu: (1) tindakan apa yang terkait dengan istilah tersebut, (2) apa arti keadilan, dan (3) diantara dua titik ekstrim apakah keadilan itu terletak. Keadilan komutatif, memberikan kepada setiap orang bagian yang sama. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada asas kesamaan.

c. Teori Keadilan Plato

Plato adalah seorang pemikir idealis abstrak yang mengakui kekuatan-kekuatan di luar kemampuan manusia sehingga pemikiran irasional masuk dalam filsafatnya. Demikian pula halnya dengan masalah keadilan, Plato berpendapat bahwa keadilan adalah di luar kemampuan manusia biasa. Sumber ketidakadilan adalah adanya perubahan dalam masyarakat. Masyarakat memiliki elemen-elemen prinsipal yang harus dipertahankan, yaitu :

- 1) Pemilahan kelas-kelas yang tegas; misalnya kelas penguasa yang diisi oleh para penggembala dan anjing penjaga harus dipisahkan secara tegas dengan domba manusia.
- 2) Identifikasi takdir negara dengan takdir kelas penguasanya; perhatian khusus terhadap kelas ini dan persatuannya; dan kepatuhan pada persatuannya, aturan-aturan yang rigid bagi pemeliharaan dan pendidikan kelas ini, dan pengawasan yang ketat serta kolektivisasi kepentingan-kepentingan anggotanya.

Dari elemen-elemen prinsipal ini, elemen-elemen lainnya dapat diturunkan, misalnya berikut ini :

- 1) Kelas penguasa punya monopoli terhadap semua hal seperti keuntungan dan latihan militer, dan hak memiliki senjata dan menerima semua bentuk pendidikan, tetapi kelas penguasa ini tidak diperkenankan berpartisipasi dalam aktivitas perekonomian, terutama dalam usaha mencari penghasilan.
- 2) Harus ada sensor terhadap semua aktivitas intelektual kelas penguasa, dan propaganda terus-menerus yang bertujuan untuk menyeragamkan pikiran-pikiran mereka. Semua inovasi dalam pendidikan, peraturan, dan agama harus dicegah atau ditekan.
- 3) Negara harus bersifat mandiri (*self-sufficient*). Negara harus bertujuan pada autarki ekonomi, jika tidak demikian, para penguasa akan bergantung pada para pedagang, atau justru para penguasa itu sendiri menjadi pedagang. Alternatif pertama akan melemahkan kekuasaan mereka, sedangkan alternatif kedua akan melemahkan persatuan kelas penguasa dan stabilitas negaranya.⁵⁰

Untuk mewujudkan keadilan masyarakat harus dikembalikan pada struktur aslinya, domba menjadi domba, penggembala menjadi penggembala. Tugas ini adalah tugas negara untuk menghentikan perubahan. Dengan demikian keadilan bukan mengenai hubungan antara

⁵⁰ Karl R. Popper, *Masyarakat Terbuka dan Musuh-Musuhnya*, (*The Open Society and Its Enemy*), diterjemahkan oleh: Uzair Fauzan, Cetakan I, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2002, hal. 110. . diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 3 Januari 2015.

individu melainkan hubungan individu dan negara. bagaimana individu melayani negara.

Keadilan juga dipahami secara metafisis keberadaannya sebagai kualitas atau fungsi makhluk super manusia, yang sifatnya tidak dapat diamati oleh manusia. Konsekuensinya ialah, bahwa realisasi keadilan digeser ke dunia lain, di luar pengalaman manusia; dan akal manusia yang esensial bagi keadilan tunduk pada cara-cara Tuhan yang tidak dapat diubah atau keputusan-keputusan Tuhan yang tidak dapat diduga. Oleh karena inilah Plato mengungkapkan bahwa yang memimpin negara seharusnya manusia super, yaitu *the king of philosopher*,⁵¹ Sedangkan Aristoteles adalah peletak dasar rasionalitas dan empirisme. Pemikirannya tentang keadilan diuraikan dalam bukunya yang berjudul *Nicomachean Ethics*. Buku ini secara keseluruhan membahas aspek-aspek dasar hubungan antar manusia yang meliputi masalah hukum, keadilan, persamaan, solidaritas perkawanan, dan kebahagiaan.

d. Teori Keadilan John Rawls

Di dalam perkembangan pemikiran filsafat hukum dan teori hukum, tentu tidak lepas dari konsep keadilan, konsep keadilan tidak menjadi monopoli pemikiran satu orang ahli saja, banyak para pakar dari berbagai disiplin ilmu memberikan jawaban apa itu keadilan. Thomas Aquinas, Aristoteles, John Rawls, R. Dowkrin, R. Nozick dan Posner sebagian nama yang memberikan jawaban tentang konsep keadilan.

⁵¹ Deliar Noer, *Pemikiran Politik Di Negeri Barat, Cetakan II Edisi Revisi*, Pustaka Mizan, Bandung, 1997, hal. 1-15, diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 3 Januari 2015.

Dari beberapa nama tersebut John Rawls, menjadi salah satu ahli yang selalu menjadi rujukan baik ilmu filsafat, hukum, ekonomi, dan politik di seluruh belahan dunia, tidak akan melewati teori yang dikemukakan oleh John Rawls. Terutama melalui karyanya *Theory of Justice*, Rawls dikenal sebagai salah seorang filsuf Amerika kenamaan di akhir abad ke-20. John Rawls dipercaya sebagai salah seorang yang memberi pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus mengenai nilai-nilai keadilan hingga saat ini.

Teori keadilan Rawls dapat disimpulkan memiliki inti sebagai berikut:

- 1) Memaksimalkan kemerdekaan, pembatasan terhadap kemerdekaan ini hanya untuk kepentingan kemerdekaan itu sendiri,
- 2) Kesetaraan bagi semua orang, baik kesetaraan dalam kehidupan sosial maupun kesetaraan dalam bentuk pemanfaatan kekayaan alam (*social goods*). Pembatasan dalam hal ini hanya dapat dizinkan bila ada kemungkinan keuntungan yang lebih besar.
- 3) Kesetaraan kesempatan untuk kejujuran, dan penghapusan terhadap ketidaksetaraan berdasarkan kelahiran dan kekayaan.

Untuk memberikan jawaban atas hal tersebut, Rows melahirkan 3 (tiga) prinsip keadilan, yang sering dijadikan rujukan oleh bebera ahli yakni a. Prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty of principle*);

- 1) Prinsip perbedaan (*differences principle*);
- 2) Prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*).

Rawls berpendapat jika terjadi benturan (konflik), maka: *Equal liberty principle* harus diprioritaskan dari pada prinsip-prinsip yang lainnya. *Equal opportunity principle* harus diprioritaskan dari pada *differences principle*. Sebenarnya ada 2 (dua) prinsip keadilan Rawls, yakni *equal liberty principle* dan *inequality principle*, akan tetapi *inequality principle* melahirkan 2 (dua) prinsip keadilan yakni *Difference principle* dan *Equal opportunity principle*, yang akhirnya berjumlah menjadi 3 (tiga) prinsip, dimana ketiganya dibangun dari konstruksi pemikiran *original*.

e. Teori Keadilan Islam

Kata adil dalam bahasa Indonesia bahasa Arab, *al adl*⁵² yang artinya sesuatu yang baik, sikap yang tidak memihak, penjagaan hak-hak seseorang dan cara yang tepat dalam mengambil keputusan. Untuk menggambarkan keadilan juga digunakan kata-kata yang lain (sinonim) seperti *qisth*, *hukum*, dan sebagainya. Sedangkan akar kata *adl* dalam berbagai bentuk konjugatifnya bisa saja kehilangan kaitannya yang langsung dengan sisi keadilan itu (misalnya *ta'dilu* dalam arti mempersekutukan Tuhan dan *adl* dalam arti tebusan).⁵³ Beberapa kata yang memiliki arti sama dengan kata adil di dalam Al-Qur'an digunakan

⁵² Sedangkan kata „Adla dalam kamus Rodhe University diartikan sebagai “rectitude, good morals. An Arabic legal term denoting certain qualities, possession of which is required for public and juridical functions and offices. The possessor of „adala is called „adl. A witness in proceeding before a qadl must be an „adl. In time groups of recognized, irreproachable witnesses, called shahid or „adl, came to form a brach of legal profession and acted as notaries or scriveners”. http://orb.rhodes.edu/Medieval_Terms.html, diakses tanggal 6 November 2002. ,diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 3 Januari 2015

⁵³ Abdurrahman Wahid, *Konsep-Konsep Keadilan* www.isnet.org/~djoko/Islam/Paramadina_/00index,diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/> , tanggal 3 Januari 2015

berulang ulang. Kata *al adl* dalam Al Qur'an dalam berbagai bentuk terulang sebanyak 35 kali. Kata *al qisth* terulang sebanyak 24 kali. Kata *al wajnu* terulang sebanyak 8 kali, dan kata *al wasth* sebanyak 5 kali.⁵⁴

Kata „*adl* adalah bentuk masdar dari kata kerja „*adala-ya; dilu-
„adlan-wa „udulan-wa „adalatan*, kata kerja ini bekerja dengan huruf-huruf *ain, dal*, dan *lam* yang makna pokoknya „*al-istiwa=keadaan yang lurus dan „al-I“wijaj“=keadaan menyimpang*.⁵⁵ Jadi rangkaian huruf-huruf tersebut mengandung makna yang bertolak belakang, yakni lurus atau sama dan bengkok atau berbeda. Dari makna pertama, kata „*adl* berarti “menetapkan hukum dengan benar”⁵⁶ Adil dalam bahasa Arab biasa disebut *al-Adlu*, merupakan salah satu sifat yang harus dimiliki oleh manusia dalam rangka menegakkan kebenaran kepada siapapun tanpa kecuali, walaupun akan merugikan diri sendiri. Secara etimologis, *al-adlu* berarti “tidak berat sebelah, tidak memihak, atau menyamakan sesuatu dengan yang lain (*al-musawah*) istilah lain dari *al-adl* adalah *al-qisth*, *al-Mistl* (sama bagian, atau semisal).

Secara terminologi adil berarti mempersamakan sesuatu dengan yang lain, baik dari segi nilai, maupun dari segi ukuran, sehingga sesuatu itu menjadi tidak berat sebelah, dan menjadi berbeda antara yang satu dengan yang lain⁵⁷

⁵⁴ Nurjaeni, *Kosep Keadilan Dalam Al-Qur'an*, www.duriyat.or.id/artikel/keadilan.htm, diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rowls/>, tanggal 3 Januari 2015

⁵⁵ Ibnu Mandzur, *Lisanu Arab*, Jilid 6, hal 136.

⁵⁶ Ali al-Jurjani, *al-Ta'riifaat*, Beirut: Daar al-Kitab al- Arabi, 1985, hal 173.

⁵⁷ Raghīb al-Isfahani, *Mufradaat alfadzil Qur'an*, Beirut: Daar al-Ma'rifah, 2005, hal 168.

Adil juga berarti berpihak atau berpegang kepada kebenaran.⁵⁸ Keadilan berasal dari kata „adil“, yang apabila dilihat dari asal katanya adalah serapan dari bahasa Arab, yaitu *al-adl*, yang berarti “tengah” atau pertengahan. Dalam hal ini kata *al-„adl* sinonim dengan kata *inshaf*, yang dapat berarti ”sadar” yakni sadar dalam mengambil keputusan/sikap yang tepat.⁵⁹

Kata *al-„adl* lawan kata dari zalim (*al-zhulm*) dan kejahatan (*al-jur*).⁶⁰ Sedangkan kata “adil” dalam bahasa Indonesia bahasa Arab “*al-„adl*”⁶¹ yang artinya sesuatu yang baik, sikap yang tidak memihak, penjagaan hak-hak seseorang dan cara yang tepat dalam mengambil keputusan. Untuk menggambarkan keadilan juga digunakan kata-kata yang lain (sinonim) seperti *qisth*, *hukum*, dan sebagainya. Sedangkan akar kata „adl dalam berbagai bentuk konjugatifnya bisa saja kehilangan kaitannya yang langsung dengan sisi keadilan itu (misalnya “*ta”dilu*” dalam arti mempersekutukan Tuhan dan „adl dalam arti tebusan).⁶²

⁵⁸ Al-Thahanawi, *Mu”jam al- Ulum wa al-Funum*, Beirut: Daar al-ma”rifat, 2005, jilid 1, hal 479.

⁵⁹ Nurcholish Madjid, *Islam Doktrin dan Peradapan :Sebuah telaah Kritis tentang Masalah Keimanan, dan Kemodernan, Yayasan Wakaf Paramadina, Jakarta, 1992*, hal 512

⁶⁰ Al-munjid, *fi al-Lughah wa al-„Alam*, dar al Masyiq, Beirut, 1998, hal 512

⁶¹ Sedangkan kata „Adala dalam kamus Rodhe University diartikan sebagai “rectitude, good morals. An Arabic legal term denoting certain qualities, possession of which is required for public and juridical functions and offices. The possessor of „adala is called „adl. A witness in proceeding before a qadl must be an „adl. In time groups of recognized, irreproachable witnesses, called shahid or „adl, came to form a brach of legal profession and acted as notaries or scribes”. http://orb.rhodes.edu/Medieval_Terms.html, <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/> diakses penulis, tanggal 2 Januari 2015

⁶² Abdurrahman Wahid, *Konsepkonsep Keadilan*, www.isnet.org/~djoko/Islam/Paramadina/00index, <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/> ,diakses penulis, tanggal 2 Januari 2015

Beberapa kata yang memiliki arti sama dengan kata “adil” di dalam Al-Qur’an digunakan berulang ulang. Kata “*al adl*” dalam berbagai bentuk terulang sebanyak 35 kali. Kata “*al qisth*” terulang sebanyak 24 kali. Kata “*al wajnu*” terulang sebanyak kali, dan kata “*al wash*” sebanyak 5 kali.⁶³

f. Teori Keadilan Pancasila

Negara Pancasila adalah negara kebangsaan yang berkeadilan sosial, yang berarti bahwa negara sebagai penjelmaan manusia sebagai Makhluk Tuhan yang Maha Esa, sifat kodrat individu dan makhluk sosial bertujuan untuk mewujudkan suatu keadilan dalam hidup bersama (keadilan sosial). Keadilan sosial tersebut didasari dan dijiwai oleh hakikat keadilan manusia sebagai makhluk yang beradab (sila kedua). Manusia pada hakikatnya adalah adil dan beradab, yang berarti manusia harus adil terhadap diri sendiri, adil terhadap Tuhannya, adil terhadap orang lain dan masyarakat serta adil terhadap lingkungan alamnya.⁶⁴

Berkaitan dengan keadilan sosial dimaksud, pandangan keadilan dalam hukum secara harfiahnya mempunyai makna yang sempit yakni apa yang sesuai dengan hukum dianggap adil, sedang yang melanggar hukum dianggap tidak adil. Jika terjadi pelanggaran hukum, maka harus dilakukan pengadilan untuk memulihkan keadilan, dan dalam hal terjadinya pelanggaran pidana atau yang dalam bahasa sehari-hari disebut

⁶³ Nurjaeni, *Konsep Keadilan Dalam Al-Qur’an*, www.duriyat.or.id/artikel/keadilan.htm, diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/> tanggal 2 Januari 2015

⁶⁴ Kartika, *Teori Keadilan Sosial*, <http://kartikarahmah2406.wordpress.com/2012/12/02/teori-keadilan-sosial>, diakses pada 5 Juli 2018 Jam 21.30 WITA.

“kejahatan” maka harus dilakukan pengadilan yang akan melakukan pemulihan keadilan dengan menjatuhkan hukuman kepada orang yang melakukan pelanggaran pidana atau kejahatan tersebut. Pandangan keadilan dalam hukum nasional bersumber pada dasar negara dimana Pancasila sebagai dasar negara atau falsafah negara (*fiolosofische grondslag*) sampai sekarang tetap dipertahankan dan masih tetap dianggap penting bagi negara Indonesia. Secara aksiologis, bangsa Indonesia merupakan pendukung nilai-nilai Pancasila (*subscriber of values Pancasila*), bangsa Indonesia juga adalah yang berketuhanan, yang berkemanusiaan, yang bersatu, yang berkerakyatan, dan yang berkeadilan sosial.

Sebagai pendukung nilai, bangsa Indonesialah yang menghargai, mengakui, serta menerima Pancasila sebagai suatu yang sangat bernilai. Pengakuan, penghargaan, dan penerimaan Pancasila sebagai sesuatu yang bernilai itu akan tampak merefleksikan dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan bangsa Indonesia. Kalau pengakuan, penerimaan, atau penghargaan itu direfleksikan dalam sikap, tingkah laku, serta perbuatan manusia dan bangsa Indonesia dalam hal ini sekaligus adalah pengembangannya dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan manusia Indonesia. Oleh karenanya Pancasila sebagai suatu sumber hukum tertinggi secara irasional dan sebagai rasionalitasnya adalah sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar negara, yaitu Pancasila yang mana sila kelimanya berbunyi sebagai berikut: “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Yang menjadi persoalan sekarang adalah apakah yang dinamakan adil menurut konsepsi hukum nasional yang bersumber pada Pancasila, untuk lebih lanjut menguraikan tentang keadilan dalam perspektif hukum nasional, terdapat diskursus penting tentang adil dan keadilan sosial. Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban. Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan sila kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, yang pada hakikatnya menginstruksikan agar setiap orang senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab.

Lebih lanjut apabila dihubungkan dengan “Keadilan Sosial”, maka keadilan itu harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai:⁶⁵

- 1) mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak.
- 2) Menciptakan kenyamanan dan menghilangkan rasa ketakutan dan perkosaan atas hak-hak pengusaha-pengusaha.
- 3) merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang yang memiliki kemewahan yang didapatnya dengan tidak wajar”.

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

⁶⁵ *Ibid, hlm 23*

nasional mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan di dalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang mensesuaikan atau menselaraskan keadilan-keadilan yang bersifat umum di antara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitik beratkan pada keseimbangan antara hak-hak individu dalam masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada di dalam kelompok masyarakat hukum.⁶⁶

2. **Grand Theory (Teori Utama) : Teori Utilitarisme**

Teori Utilitas (utilitarisme) yang dipelopori oleh filsuf Inggris Jeremy Bentham (1748-1832), dan selanjutnya Utilitarisme diperhalus dan diperkukuh lagi oleh filsuf Inggris besar, John Stuart Mill (1806–1873), dalam bukunya *Utilitarianism* (1864).

Menurut prinsip utilitarian Bentham: kebahagiaan terbesar dari jumlah orang terbesar. Prinsip kegunaan harus diterapkan secara kuantitatif, karena kualitas kesenangan selalu sama sedangkan aspek kuantitasnya dapat berbeda-beda. Dalam pandangan utilitarisme klasik, prinsip utilitas adalah kebahagiaan terbesar dari jumlah terbesar (*the greatest happiness of the greatest number*). Alam telah menempatkan umat manusia dibawah kendali dua kekuasaan, rasa sakit dan rasa senang. Hanya keduanya yang menunjukkan apa yang seharusnya kita lakukan, dan menentukan apa yang akan kita lakukan.⁶⁷ Standar benar dan salah disatu sisi, maupun rantai sebab akibat pada sisi lain, melekat erat pada dua kekuasaan itu. Keduanya

⁶⁶ <http://ugun-guntari.blogspot.com/2011/02/teori-keadilan-perspektif-hukum.html>, diakses pada 14 Oktober 2013

⁶⁷ Jeremy Bentham, 1789, *Op.Cit.*, hlm. 67

menguasai kita dalam semua hal yang kita lakukan, dalam semua hal yang kita ucapkan, dalam semua hal yang kita pikirkan: setiap upaya yang kita lakukan agar kita tidak menyerah padanya hanya akan menguatkan dan meneguhkannya.

Dalam kata-kata seorang manusia mungkin akan berpura-pura menolak kekuasaan mereka. Azas manfaat (utilitas) mengakui ketidakmampuan ini dan menganggapnya sebagai landasan sistem tersebut, dengan tujuan merajut kebahagiaan melalui tangan nalar dan hukum. Sistem yang mencoba untuk mempertanyakannya hanya berurusan dengan kata-kata ketimbang maknanya dengan dorongan sesaat ketimbang nalar, dengan kegelapan ketimbang terang.

Bentham menjelaskan lebih jauh bahwa asas manfaat melandasi segala kegiatan berdasarkan sejauh mana tindakan itu meningkatkan atau mengurangi kebahagiaan itu; atau dengan kata lain meningkatkan atau melawan kebahagiaan itu. Secara lebih konkret, dalam kerangka etika utilitarianisme dapat dirumuskan 3 (tiga) kriteria objektif yang dapat dijadikan dasar objektif sekaligus norma untuk menilai suatu kebijaksanaan atau tindakan.

Kriteria Pertama, manfaat, yaitu bahwa kebijaksanaan atau tindakan itu mendatangkan manfaat atau kegunaan tertentu. Jadi, kebijaksanaan atau tindakan yang baik adalah menghasilkan hal yang baik. Sebaliknya, kebijaksanaan atau tindakan yang tidak baik adalah yang mendatangkan kerugian tertentu.

Kriteria Kedua, manfaat terbesar, yaitu bahwa kebijaksanaan atau tindakan itu mendatangkan manfaat besar (atau dalam situasi tertentu lebih besar) dibandingkan dengan kebijaksanaan atau tindakan alternatif lainnya. Atau kalau yang dipertimbangkan adalah soal akibat baik dan akibat buruk dari suatu kebijaksanaan atau tindakan, maka suatu kebijaksanaan atau tindakan dinilai baik secara moral kalau mendatangkan lebih banyak manfaat dibandingkan dengan kerugian. Dalam situasi tertentu, ketika kerugian tidak bisa dihindari, dapat dikatakan bahwa tindakan yang baik adalah tindakan yang menimbulkan kerugian terkecil (termasuk kalau dibandingkan dengan kerugian yang ditimbulkan oleh kebijaksanaan atau tindakan alternatif).

Kriteria Ketiga, menyangkut pertanyaan manfaat terbesar untuk siapa, Untuk saya atau kelompokku, atau juga untuk semua orang lain yang terkait, terpengaruh dan terkena kebijaksanaan atau tindakan yang akan saya ambil. Dalam menjawab pertanyaan ini, etika utilitarianisme lalu mengajukan kriteria ketiga berupa manfaat terbesar bagi sebanyak mungkin orang.

Jadi, suatu kebijaksanaan atau tindakan dinilai baik secara moral kalau tidak hanya mendatangkan manfaat terbesar, melainkan kalau mendatangkan manfaat terbesar bagi sebanyak mungkin orang. Sebaliknya, kalau ternyata suatu kebijaksanaan atau tindakan tidak bisa mengelak dari kerugian maka kebijaksanaan atau tindakan itu dinilai baik kalau membawa kerugian yang sekecil mungkin bagi sedikit mungkin orang. Dalam penyediaan infrastruktur terminal penumpang, etika utilitarianisme juga relevan dalam konsep nilai kemanfaatan. Azas kemanfaatan menekankan agar utilitas yang dibangun

untuk kepentingan umum dapat dirasakan manfaat sebesar-besarnya oleh masyarakat.

Azas manfaat sebagai sasaran akhir yang hendak dicapai adalah (*the greatest good for the greatest number*). Persoalan pokok menyangkut pertanyaan tujuan kemanfaatan untuk siapa? Jawabannya adalah bagi sebanyak mungkin pihak terkait yang berkepentingan, yang berarti juga bagi pemerintah, operator dan masyarakat.

Utilitarisme disebut lagi suatu teleologis (dari kata Yunani telos = tujuan), sebab menurut teori ini kualitas etis suatu perbuatan diperoleh dengan dicapainya tujuan perbuatan. Perbuatan yang memang bermaksud baik tetapi tidak menghasilkan apa-apa, menurut utilitarisme tidak pantas disebut baik. Teori utilitas merupakan pengambilan keputusan etika dengan pertimbangan manfaat terbesar bagi banyak pihak sebagai hasil akhirnya (*the greatest good for the greatest number*). Artinya, bahwa hal yang benar didefinisikan sebagai hal yang memaksimalkan apa yang baik atau meminimalisir apa yang berbahaya bagi kebanyakan orang. Semakin bermanfaat pada semakin banyak orang, perbuatan itu semakin etis. Dasar moral dari perbuatan hukum ini bertahan paling lama dan relatif paling banyak digunakan. Utilitarianism (dari kata utilis berarti manfaat) sering disebut pula dengan aliran konsekuensialisme karena sangat berorientasi pada hasil perbuatan.

Perlu dipahami kalau utilitarisme sangat menekankan pentingnya konsekuensi perbuatan dalam menilai baik buruknya. Kualitas moral suatu perbuatan, baik buruknya tergantung pada konsekuensi atau akibat yang

dibawakan olehnya. Jika suatu perbuatan mengakibatkan manfaat paling besar, artinya paling memajukan kemakmuran, kesejahteraan, dan kebahagiaan masyarakat, maka perbuatan itu adalah baik. Sebaliknya, jika perbuatan membawa lebih banyak kerugian daripada manfaat, perbuatan itu harus dinilai buruk. Konsekuensi perbuatan disini memang menentukan seluruh kualitas moralnya. Prinsip utilitarian menyatakan bahwa :

“An action is right from an ethical point of view if and only if the sum total of utilities produced by that act is greater than the sum total of utilities produced by any other act the agent could have performed in its place.”

Suatu tindakan dianggap benar dari sudut pandang etis jika dan hanya jika jumlah total utilitas yang dihasilkan dari tindakan tersebut lebih besar dari jumlah utilitas total yang dihasilkan oleh tindakan lain yang dilakukan).

Sebagai salah satu titik berat pandangan Bentham tentang kebahagiaan terdapat tiga karakteristik utama dari basis filsafat moral dan politik Bentham: *the greatest happiness principle, universal egoism dan the artificial identification of one's interests with those of others*. Semua karakteristik ini disebutkan dalam karya-karyanya. Terutama dalam *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, di mana Bentham berfokus pada pengartikulasian prinsip rasional yang akan menunjukkan sebuah basis dan petunjuk untuk reformasi hukum, sosial dan moral. Filsafat moral Bentham merefleksikan apa yang ia sebut pada waktu berbeda sebagai "*the greatest happiness principle*" atau "prinsip utilitas" sebuah istilah yang dipinjamnya dari Hume. Meskipun berhubungan dengan prinsip ini ia tidak hanya mengacu pada kegunaan benda-benda atau tindakan, tapi lebih jauh lagi pada

benda atau tindakan yang membawa kebahagiaan umum. Khususnya kewajiban moral yang menghasilkan *the greatest amount of happiness for the greatest number of people*, kebahagiaan yang ditentukan dengan adanya kenikmatan dan hilangnya kesakitan. Selanjutnya, Bentham menulis,

"By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness⁶⁸."

Dan Bentham menunjukkan bahwa hal ini berlaku untuk "setiap tindakan secara keseluruhan" yang tidak memaksimalkan the greatest happiness (seperti pengorbanan yang menyebabkan kesengsaraan) secara moral adalah tindakan yang salah (tak seperti usaha pengartikulasian pada hedonisme universal, pendekatan Benthamis lebih naturalistik).

Filsafat moral Bentham, secara jelas merefleksikan pandangan psikologis bahwa motivator utama dalam diri manusia adalah kenikmatan dan kesengsaraan. Bentham menerima bahwa versinya dari prinsip utilitarian adalah sesuatu yang tidak memasukkan bukti langsung, tapi dia mencatat bahwa hal tersebut bukanlah sebuah masalah sebagaimana prinsip penjelasan tak menunjukkan penjelasan apapun dan semua penjelaan harus dimulai pada suatu tempat. Tapi karena itulah tidak menjelaskan mengapa kebahagiaan lain atau kebahagiaan umum harus dihitung. Pertama, menurut Bentham, prinsip utilitarianisme adalah sesuatu yang individu, dalam bertindak, mengacu pada eksplisitas dan implisitas, dan ini sesuatu yang dapat ditentukan dan

⁶⁸ Jeremy Bentham, 1789, *Op.Cit.*, hlm. 99.

dikonfirmasikan dengan observasi sederhana. Tentunya, Bentham berpegangan bahwa semua sistem moralitas yang ada dapat “direduksi pada *the principles of sympathy and antipathy*” yang pastinya mampu mendefinisikan utilitas. Argumen kedua Bentham adalah, jika kenikmatan adalah sesuatu yang baik, kemudian kebalikannya mengganggu kesenangan orang lain. Meskipun, sebuah halangan moral untuk mengikuti atau memaksimalkan kesenangan telah mendorong secara independen dari interest tertentu dari tindakan manusia. Bentham juga menyarankan bahwa individual akan secara beralasan mencari kebahagiaan umum dengan mudah karena hasrat dari orang lain adalah dikepong oleh mereka sendiri, meskipun ia tahu bahwa hal ini adalah mudah bagi individu untuk dilupakan. Bahkan, Bentham membayangkan sebuah solusi terhadap hal ini secara baik. Secara khusus, dia mengajukan bahwa hal itu membuat identifikasi hasrat yang jelas, ketika dibutuhkan, membawa hasrat berbeda bersama yang akan menjadi tanggung jawab penegak hukum.

Relevansi aliran utilitarianisme hukum di Indonesia bahwa Utilitarianisme yang berkeyakinan hukum mesti dibuat secara utilitaristik. Hukum yang seperti ini dapat dicapai dengan menggunakan seni dari legislasi yang membuat kita bisa meramalkan hal mana yang akan memaksimalkan kebahagiaan dan meminimalkan penderitaan masyarakat. Aliran ini memperkenalkan kemanfaatan hukum sebagai tujuan hukum yang ketiga, disamping keadilan dan kepastian hukum. Tujuan hukum bukan hanya untuk kepastian hukum dan keadilan, tetapi juga ditujukan untuk memberikan

manfaat bagi masyarakat. Disamping menyatakan tentang tujuan hukum yang ketiga tersebut, aliran ini juga berbicara tentang keadilan. Penganut aliran ini mendefinisikan keadilan dalam arti luas, bukan untuk perorangan atau sekedar pendistribusian barang seperti pendapat Aristoteles adil atau tidaknya suatu kondisi diukur dari seberapa besar dampaknya bagi kesejahteraan manusia (*human welfare*).

Aliran Utilitarianisme mempunyai pandangan bahwa tujuan hukum adalah harus ditujukan untuk mencapai kebahagiaan tertinggi dengan cara melengkapi kehidupan, mengendalikan kelebihan, mengedepankan persamaan dan menjaga kepastian. Sehingga, hukum itu pada prinsipnya ditujukan untuk menciptakan ketertiban masyarakat, disamping untuk memberikan manfaat yang sebesar-besarnya kepada jumlah orang yang terbanyak. Bagaimana setiap produk perundang-undangan yang dihasilkan memberikan ruang bagi setiap orang untuk mengejar kebahagiaannya. Hukum inilah nantinya yang akan dijadikan alat untuk memberikan ruang bagi individu mencapai kebahagiaannya. Inti filsafat disimpulkan sebagai berikut⁶⁹:

Alam telah menempatkan manusia di bawah kekuasaan, kesenangan dan kesusahan. Karena kesenangan dan kesusahan itu kita mempunyai gagasan-gagasan, semua pendapat dan semua ketentuan dalam hidup kita dipengaruhi. Siapa yang berniat untuk membebaskan diri dari kekuasaan

⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 123.

ini, tidak mengetahui apa yang ia katakan. Tujuannya hanya untuk mencari kesenangan dan menghindari kesusahan.

Prinsip-prinsip dasar ajaran Jeremy Bentham adalah sebagai berikut:

1. Tujuan hukum adalah hukum dapat memberikan jaminan kebahagiaan kepada individu-individu baru orang banyak. Prinsip utiliti Bentham berbunyi "*the greatest heppines of the greatest number*" (kebahagiaan yang sebesar-besarnya untuk sebanyak-banyaknya orang).
2. Prinsip itu harus diterapkan secara kuatitatif, karena kualitas kesenangan selalu sama.
3. Untuk mewujudkan kebahagiaan individu dan masyarakat maka perundang-undangan harus mencapai empat tujuan :
 - a. *To provide Subsistence* (untuk memberi nafkah hidup)
 - b. *To Provide Abundance* (untuk memberikan nafkah makanan berlimpah)
 - c. *To Provide Security* (untuk memberikan perlindungan)
 - d. *To Attain Equity* (untuk mencapai persamaan)

Ajaran Bentham dikenal dengan sifat individualis di mana pandangannya beranjak pada perhatiannya yang besar pada kepentingan individu. Menurutnya hukum pertama-tama memberikan kebahagiaan kepada individu-individu tidak langsung kemasyarakat. Namun demikian Bentham tetap memperhatikan kepentingan masyarakat. Untuk itu, Bentham mengatakan agar kepentingan idividu yang satu dengan kepentingan individu yang lain tidak bertabrakan maka harus dibatasi sehingga individu yang satu

tidak menjadi mangsa bagi individu yang lainnya (homo homini lupus). Selain itu, Bentham menyatakan bahwa agar tiap-tiap individu memiliki sikap simpati dengan individu yang lainnya sehingga terciptanya kebahagiaan individu maka dengan sendirinya kebahagiaan masyarakat akan terwujud.

Bentham mendefinisikan kegunaan (utilitas) sebagai segala kesenangan, kebahagiaan, keuntungan, kebajikan, manfaat atau segala cara untuk mencegah rasa sakit, jahat, dan ketidakbahagiaan. Beberapa pemikiran pentingnya yaitu:

1. Hedonisme Kuantitatif (paham yang dianut orang-orang yang mencari kesenangan semata-mata secara kuantitatif bahwa hanya ada semacam kesenangan, di mana kesenangan hanya berbeda secara kuantitatif yaitu menurut banyaknya, lama dan intensitasnya sehingga kesenangan adalah bersifat jasmaniah dan berdasarkan penginderaan.
2. *Summun Bonum* yang bersifat materialistik berarti bahwa kesenangan-kesenangan bersifat fisik dan tidak mengakui kesenangan spritual dan menganggapnya sebagai kesenangan palsu.
3. Kalkulus Hedonistik (*hedonistik calculus*) bahwa kesenangan dapat diukur atau dinilai dengan tujuan untuk mempermudah pilihan yang tepat antara kesenangan-kesenangan yang saling bersaing.

Seseorang dapat memilih kesenangan dengan jalan menggunakan kalkulus hedonistik sebagai dasar keputusannya. Adapun kriteria kalkulus yaitu: pertama, intensitas dan tingkat

kekuatan kesenangan, kedua, lamanya berjalan kesenangan itu, ketiga, kepastian dan ketidakpastian yang merupakan jaminan kesenangan, keempat, keakraban dan jauh dekatnya kesenangan dengan waktu, kelima, kemungkinan kesenangan akan mengakibatkan adanya kesenangan tambahan berikutnya, keenam, kemurnian tentang tidak adanya unsur-unsur yang menyakitkan, ketujuh, kemungkinan berbagi kesenangan dengan orang lain.

Di samping itu ada sanksi untuk menjamin agar orang tidak melampaui batas dalam mencapai kesenangan yaitu : sanksi fisik, sanksi politik, sanksi moral atau sanksi umum dan sanksi agama atau sanksi kerohanian. Dari uraian diatas, aliran Utilitarianisme mempunyai pandangan bahwa tujuan hukum adalah memberikan kemanfaatan kepada sebanyak-banyaknya orang.

Kemanfaatan di sini diartikan sebagai kebahagiaan (*happines*), sehingga penilaian terhadap baik-buruk atau adil-tidaknya suatu hukum bergantung kepada apakah hukum itu memberikan kebahagiaan kepada manusia atau tidak. Dengan demikian berarti bahwa setiap penyusunan produk hukum (peraturan perundang-undangan) seharusnya senantiasa memperhatikan tujuan hukum yaitu untuk memberikan kebahagiaan sebanyak-banyaknya bagi masyarakat. Bekerjanya hukum di masyarakat efektif atau tidak dilihat dari nilai kemanfaatan. Dalam nilai kemanfaatan, hukum berfungsi sebagai alat untuk memotret fenomena masyarakat atau realita sosial. Hukum dapat memberi manfaat atau berdaya guna (*utility*) bagi masyarakat.

Penganut aliran utilitas menganggap bahwa tujuan hukum semata-mata untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya warga masyarakat. Penanganannya didasarkan pada filsafat sosial, bahwa setiap warga masyarakat mencari kebahagiaan, dan hukum merupakan salah satu alatnya. Salah seorang tokoh aliran utilitas yang paling radikal adalah Jeremy Bentham.

Pakar-pakar penganut aliran utilistis terutama adalah Jeremy Bentham, menganggap bahwa tujuan hukum semata-mata untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya warga masyarakat. Penanganannya didasarkan pada filsafat sosial bahwa setiap warga masyarakat mencari kebahagiaan dan hukum merupakan salah satu alatnya.⁷⁰

Pengaruh pandangan Bentham dalam bidang hukum memang dikenal sangat besar. Garis besarnya kurang lebih demikian. Bentham menolak pandangan hukum kodrat yang begitu yakin akan nilai-nilai subjektif dibalik hukum yang harus dicapai. Ia sangat terpercay bahwa hukum harus dibuat secara utilitarianistik, melihat gunanya dengan patokan-patokan yang didasarkan pada keuntungan, kesenangan dan kepuasan manusia. Dalam hukum tidak ada masalah kebaikan atau keburukan atau hukum yang tertinggi atau yang terendah dalam ukuran nilai. Sehubungan dengan hal tersebut, Bentham mengemukakan istilah *Expositional Jurisprudence* (ilmu hukum yang memaparkan). Bidang disiplin ini akan mencoba menjawab

⁷⁰Achmad Ali, 2012, *Op. Cit.*, hlm. 246.

pertanyaan mengenai apa hukum yang baik itu. Bagi Bentham hukum hanya dapat diidentifikasi atau digambarkan berkaitan dengan fakta-fakta hukum yang relevan, yang mengikutsertakan hal-hal yang berkenaan dengan proses penciptaan hukum dan pelaksanaannya oleh orang-orang yang dalam posisi memiliki kekuasaan dan kontrol dalam masyarakat. Lalu apa hukum yang baik itu? Hukum yang baik itu adalah hukum yang dapat memenuhi prinsip memaksimalkan kebahagiaan dan meminimalkan rasa sakit dalam masyarakat. Tentunya hal ini dapat dipenuhi hanya apabila pertanyaan pertama telah dijawab.

Teori Bentham merupakan teori hukum yang bersifat imperitive yang di dalamnya terdapat konsep-konsep kunci yaitu: *Sovery, Power and Sabction* dalam sebuah masyarakat politik, Bentham mendefinisikan hukum, hukum menurut beliau adalah sebagai kumpulan dari tanda-tanda yang bersifat deklaratif dari keinginan yang diterima dan diadopsi oleh yang berdaulat dalam Negara, menyangkut pedoman sikap tindak yang harus dilakukan dalam beberapa kasus oleh orang-orang tertentu atau kelas tertentu. Dalam hal ini Bentham memilah antara kebutuhan sosial dan keharusan logis. Bagi Bentham penerapan/pelaksanaan hukum merupakan “ekstra legal”, walaupun ia tidak menyampingkan penggunaan sanksi hukum. Bentham juga melihat bahwa “*Command*” dan “*Sovereign*” merupakan hukum walaupun “*Command*” itu hanya didukung oleh sanksi-sanksi moral dan agama. Selanjutnya, pandangan Bentham membolehkan “motif yang memikat” konsep penghargaan, konsep ini menurut dia lebih efektif daripada hukuman.

Seluruh hukum memerintahkan atau melarang atau memperbolehkan bentuk-bentuk tertentu dari perilaku tertentu, Bentham menyadari, bahwa sifat imperative dari hukum sering disembunyikan bahwa hukum diekspresikan secara deskriptif atau lebih jauh, pengacuan terhadap penghukuman sering tersembunyi⁷¹. Kritikan John Rawls yang dikenal sebagai seorang filsuf yang secara keras mengkritik ekonomi pasar bebas. Baginya pasar bebas memberikan kebebasan bagi setiap orang, namun dengan adanya pasar bebas maka keadilan sulit untuk ditegakkan. Oleh karena hal ini, ia mengembangkan sebuah teori yang disebut teori keadilan. Prinsip paling mendasar dari keadilan⁷² adalah bahwa setiap orang memiliki hak yang sama dari posisi-posisi mereka yang wajar. Karena itu, supaya keadilan dapat tercapai maka struktur konstitusi politik, ekonomi, dan peraturan mengenai hak milik haruslah sama bagi semua orang. Situasi seperti ini disebut "kabut ketidaktahuan" (*veil of ignorance*), di mana setiap orang harus mengesampingkan atribut-atribut yang membedakannya dengan orang-orang lain, seperti kemampuan, kekayaan, posisi sosial, pandangan religius dan filosofis, maupun konsepsi tentang nilai. Untuk mengukuhkan situasi adil tersebut perlu ada jaminan terhadap sejumlah hak dasar yang berlaku bagi semua, seperti kebebasan untuk berpendapat, kebebasan berpikir, kebebasan berserikat, kebebasan berpolitik, dan kebebasan di mata hukum. Pada dasarnya, teori keadilan *Rawls* hendak mengatasi dua hal yaitu utilitarianisme dan menyelesaikan kontroversi mengenai dilema

⁷¹Antonius Cahyadi, *Pengantar ke Filsafat Hukum*, hlm. 59-64.

⁷² John Rawls, 1971, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard.

antara *liberty* (kemerdekaan) dan *equality* (kesamaan) yang selama ini dianggap tidak mungkin untuk disatukan *Rawls* secara eksplisit memposisikan teorinya untuk menghadapi utilitarianisme, yang sejak pertengahan abad¹⁹ mendominasi pemikiran moralitas politik normatif liberalisme.

Di dalam perkembangan pemikiran filsafat hukum dan teori hukum, tentu tidak lepas dari konsep keadilan. Konsep keadilan tidak menjadi monopoli pemikiran satu orang ahli saja. Banyak para pakar dari berbagai disiplin ilmu memberikan jawaban apa itu keadilan. Thomas Aquinas, Aristoteles, John Rawls, R. Dworkin, R. Nozick dan Posner sebagian nama yang memberikan jawaban tentang konsep keadilan. Dari beberapa nama tersebut John Rawls, menjadi salah satu ahli yang selalu menjadi rujukan baik ilmu filsafat, hukum, ekonomi, dan politik di seluruh belahan dunia, tidak akan melewati teori yang dikemukakan oleh John Rawls. Terutama melalui karyanya *A Theory of Justice*, Rawls dikenal sebagai salah seorang filsuf Amerika kenamaan di akhir abad ke-20. John Rawls dipercaya sebagai salah seorang yang memberi pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus mengenai nilai-nilai keadilan hingga saat ini. Akan tetapi, pemikiran John Rawls tidaklah mudah untuk dipahami, bahkan ketika pemikiran itu telah ditafsirkan ulang oleh beberapa ahli, beberapa orang tetap menganggap sulit untuk menangkap konsep keadilan John Rawls. Maka, tulisan ini mencoba memberikan gambaran secara sederhana dari pemikiran John Rawls, khususnya dalam buku *A Theory of Justice*. Kehadiran penjelasan secara

sederhana menjadi penting, ketika disisi lain orang menganggap sulit untuk memahami konsep keadilan John Rawls. Teori keadilan Rawls dapat disimpulkan memiliki inti sebagai berikut:

1. Memaksimalkan kemerdekaan. Pembatasan terhadap kemerdekaan ini hanya untuk kepentingan kemerdekaan itu sendiri,
2. Kesetaraan bagi semua orang, baik kesetaraan dalam kehidupan sosial maupun kesetaraan dalam bentuk pemanfaatan kekayaan alam ("*social goods*"). Pembatasan dalam hal ini hanya dapat dizinkan bila ada kemungkinan keuntungan yang lebih besar.
3. Kesetaraan kesempatan untuk kejujuran, dan penghapusan terhadap ketidaksetaraan berdasarkan kelahiran dan kekayaan.

Untuk memberikan jawaban atas hal tersebut, Rawls melahirkan 3 (tiga) prinsip keadilan, yang sering dijadikan rujukan oleh beberapa ahli yakni:

1. Prinsip Kebebasan yang sama (*equal liberty of principle*)
2. Prinsip perbedaan (*differences principle*)
3. Prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*)

Rawls berpendapat jika terjadi benturan (konflik), maka: *Equal liberty principle* harus diprioritaskan dari pada prinsip-prinsip yang lainnya. Dan, *Equal opportunity principle* harus diprioritaskan dari pada *differences principle*.⁷³

⁷³Win Achjani, "*Teori John Rawls, Justice As Fairness*", diakses dari <http://winachjani.blogspot.com>, pada tanggal 14 April 2018, Jam 20.00 WITA.

3. *Middle Theory* (Teori Tengah): Teori Negara Hukum

Pencetus pertama negara adalah Plato (427 SM-347 SM). Ia seorang filsuf Yunani yang terkenal, gurunya Aristoteles dan dia berguru kepada Socrates.⁷⁴ Plato hidup di Athena sebagai guru sekolah filsafat dalam rumah yang dinamakan Akademia.⁷⁵ Tujuannya adalah mendidik orang-orang muda dalam keutamaan warga-warga polis yang benar. *Politeia* dan *Nomoi* dua karangan Plato dalam bentuk dialog yang berkaitan dengan negara.

Pemikirannya tentang negara berkaitan dengan filsafat dualismenya (dunia fenomen dan dunia eidos). Dalam dunia fenomen terdapat negara-negara yang riil dan kurang sempurna, sedangkan dalam dunia eidos terdapat negara ideal. Artinya bagi Plato negara adalah empiris, tetapi kurang sempurna dan ada negara ideal. Negara ideal adalah negara yang teratur secara adil.⁷⁶ Aturan itu merupakan aturan model absolute bagi aturan hidup manusia.

Filsuf ini menyarankan untuk membentuk undang-undang dan semua undang-undang tersebut dihimpun dalam kitab undang-undang agar terdapat kepastian hukum. Dengan adanya kitab undang-undang ini, masyarakat terbuka untuk mempelajari manfaat mentaati hukum. Dengan demikian, dasar ketaatannya bukan disebabkan oleh rasa takut dihukum, melainkan oleh kesadaran hukumnya.⁷⁷

⁷⁴ Juhaya S. Praja, 2008, *Aliran-aliran Filsafat dan Etika*, Prenada Media, Jakarta, h. 2.

⁷⁵ Theo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, h. 22.

⁷⁶ *Ibid*, h. 23.

⁷⁷ Lili Rasyidi, 2000, *Pengantar Filsafat Hukum*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 94.

Ide Plato tentang Negara dipertegas oleh muridnya Aristoteles.⁷⁸ Aristoteles (384 SM – 322 SM) merupakan murid Plato yang termasyur dan banyak menulis buku.⁷⁹ Buku-buku yang ditulisnya antara lain berkenaan dengan logika, fisika, metafisika, etika, negara dan hukum. Tentang negara dan hukum ditulisnya buku *Politika* sebanyak 8 buku. Aristoteles berpendapat bahwa manusia dapat hidup berkembang dan mencapai kebahagiaan, kalau ia hidup dalam negara Polis (Negara).

Keutamaan tertinggi⁸⁰ bagi manusia sebagai warga polis adalah ketaatan pada hukum polis, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Polis itu menurutnya terdiri atas unit-unit yang kecil sebagai bagian-bagiannya. Unit yang terkecil adalah keluarga, yaitu laki-laki bersama istri, anak-anak dan budak-budak. Manusia sebagai warga polis pada hakikatnya merupakan masyarakat polis (*zoon Politikon*). Konsekuensi manusia sebagai makhluk Polis adalah ia harus ikut serta secara aktif dalam kegiatan-kegiatan politik. Oleh karena itu, bagi Aristoteles Negara adalah bersifat totaliter.

Immanuel Kant⁸¹ memahami Negara sebagai *Nachwackerstaat* atau negara sebagai penjaga malam, yang tugasnya hanya menjamin ketertiban

⁷⁸ Nukthoh Arfawie Kurde, 2005, *Telaah Kritis Teori Negara Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 1.

⁷⁹ *Op, Cit*, hlm. 26.

⁸⁰ Bagi Aristoteles, bahwa keutamaan itu diantaranya adalah keutamaan moral di samping keutamaan intelektual. Keutamaan moral itu disebut dengan keadilan. Dengan menjalankan keadilan, manusia akan mewujudkan keutamaan yang lain, karena segala yang lain dituntut oleh hukum negara.

⁸¹ Immanuel Kant (1724-1804) merupakan salah satu tokoh pencerahan eropapada abad ke 18. Kontribusinya pada pergerakan politik masih bisa ditemukan sampai dewasa ini. Kant berangkat dengan memperkenalkan secara filosofis martabat manusia (*human dignity*) atau hak sebagai manusia yang menjadi dasar dari hak asasi lainnya. Hak sebagai manusia individu dan kesetaraan. Mattias Lutz Bachmann dari Universitas Frankfurt Am Msain, Jerman, mengungkapkannya dengan gagasan filaosofisnya yaitu bentuk Republik, Federasi negara-negara

dan keamanan masyarakat. Negara disini bersifat pasif, tidak ada campur tangan dalam bidang ekonomi.⁸²

Pendapatnya yang lain dikenal dengan kosmopolitanisme. Dalam mewujudkan gagasan kosmopolitanismenya, Kant masih tetap menyandarkan proyeknya pada peran negara, tetapi dengan komitmen yang kuat untuk mewujudkan nilai-nilai kosmopolit. Kant adalah salah seorang filsuf Jerman yang terpengaruh oleh Revolusi Perancis. Ia terpengaruh oleh harapan-harapan tinggi revolusi, sementara takut dengan perjalanan peristiwanya.⁸³ Kant menulis esai yang berjudul *Idea for a Universal History from a Cosmopolitan Point of View*.⁸⁴

merdeka, dan keramatamahan universal (*cosmopolitan right*), tujuan politik Kant adalah membuat kedamaian abadi antar individu antar negara. Kompas, 20 Desember 2004.

⁸² Bambang Sutyoso, 2005, *Aspek-aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Universitas Islam Indonesia Press, Yogyakarta, hlm. 6.

⁸³ Ian Adams, 2004, *Ideologi Politik Muthakhir Konsep, Ragam, Kritik, dan Masa Depan*, Qalam, Yogyakarta, hlm. 27.

⁸⁴ Kant berusaha menjelaskan kosmopolitanisme sebagai akhir dari perjalanan umat manusia dalam sembilan point. *Pertama*, semua kapasitas alam diarahkan sepenuhnya untuk memenuhi akhir alam itu sendiri. *Kedua*, semua kapasitas alam digunakan oleh manusia sesuai dengan akalunya untuk dikembangkan hanya dalam kelompok bangsa (*race*), tidak oleh perseorangan (*individual*). Dalam mewujudkan gagasan kosmopolitanismenya, Kant masih tetap menyandarkan proyeknya pada peran negara, tetapi dengan komitmen yang kuat untuk mewujudkan nilai-nilai kosmopolit. Menurut Ian Adams, Kant adalah salah seorang filsuf Jerman yang terpengaruh oleh Revolusi Perancis. Ia terpengaruh oleh harapan-harapan tinggi revolusi, sementara takut dengan perjalanan peristiwanya. Kosmopolitanisme Kant lebih menekankan pada kesesuaian antara tindakan dengan hukum. Kant menilai tidak perlu merombak struktur institusi negara yang sudah ada sekarang, tetapi lebih menitik beratkan pada kosmopolitanisme moral. Dengan kata lain, Kant memandang penting peran negara-negara dalam pengelolaan kapasitas alam dan memilih untuk memperbaiki roh dari negara-negara agar lebih mengedepankan komitmen pada perlindungan hak asasi dan jaminan keamanan manusia. *Ketiga*, alam mengharuskan manusia memproduksi berdasarkan insting kebinatangannya yang diciptakan sesuai dengan akal. Alam tidak melakukan semuanya dengan kesia-siaan. Dia memberikan kepada manusia akal dan kebebasan berkehendak untuk mencermati tanda-tanda dari kehendak dari alam itu sendiri. *Keempat*, manusia dalam mengembangkan kapasitas alam melahirkan antagonism. Maksudnya adalah manusia pada satu sisi merasa menjadi bagian dari kelompok itu, sementara pada sisi lain berhasrat ingin memiliki semua kapasitas alam menjadi milik pribadinya. Sikap seperti ini pada akhirnya mengharuskan masyarakat yang menjunjung tinggi hukum sesama. *Kelima*, permasalahan terbesar manusia adalah mencapai masyarakat madani secara universal (*universal civic society*) dan hukum mengatur mereka. *Keenam*, masalah diatas paling sulit dan akan menjadi yang terakhir diselesaikan oleh umat manusia. Kehendak alam yang paling puncak adalah masyarakat universal

Montesquieu⁸⁵ yang terkenal dengan konsep *Trias Politika* nya. *Trias Politika* berasal dari bahasa Yunani (Tri = 3, As = poros atau pusat, Politika = kekuasaan) yang merupakan salah satu pilar demokrasi. Prinsip *Trias Politika* membagi ketiga kekuasaan politik negara (Eksekutif, Yudikatif, dan Legislatif) untuk diwujudkan dalam ketiga jenis lembaga negara yang saling lepas (*Indefenden*) dan berada dalam peringkat yang sejajar satu sama lain. Kesejajaran dan independensi ketiga jenis lembaga negara ini diperlukan agar ketiga lembaga negara ini bisa saling mengawasi dan saling mengontrol berdasarkan prinsip *checks and Balances*.

Setelah mengkaji perkembangan praktik negara-negara hukum modern Jimly Asshiddiqie sampai pada kesimpulan bahwa ada 12 prinsip pokok negara hukum (*rechtsstaat*) yang berlaku di zaman sekarang, yaitu supremasi

yang hanya bisa dicapai oleh umat manusia dengan mengorbankan semua kapasitas dan hanya bisa dicapai melalui masyarakat yang menjunjung tinggi kebebasan. Pada prinsip kelima dan keenam ini, gagasan kosmopolitanisme Kant mulai nyata. Ia berpendapat mewujudkan masyarakat kosmopolit yang universal adalah tugas purna sejarah manusia. *Ketujuh*, masalah diatas sangat bergantung pada masalah hukum diantara negara-negara dan tidak akan bisa diselesaikan tanpa solusi dari permasalahan tersebut. *Delapan*, negara yang memiliki konstitusi sempurna adalah kondisi yang kapasitas umat manusia dapat sepenuhnya dikembangkan dan mendorong hubungan *eksternal* sntar negara sampai pada akhirnya. *Kesembilan*, usaha filosofis harus ditempuh untuk mewujudkan sejarah universal umat manusia sesuai dengan kehendak alam.

⁸⁵ Montesquieu yang mempunyai nama panjang Charle Louis De Secondat Baron De la brede et de Montequieu. Lahir pada tanggal 18 Januari 1689 di Bordeaux dan wafat pada tanggal 10 Februari 1755. Ibunya meninggal ketika ia masih berusia 7 tahun, ayah meninggal pada tahun 1713, ketika ia berusia 24 tahun. Kemudian, montesquieu diasuh oleh pamannya, Jean Bastite de Secondat. Seorang pastor kaya dan terhormat. Ia mendalami hukum dan pernah menjadi praktisi hukum di pengadilan. Setelah menyelesaikan di *Catholic college of julily*, ia menikah dengan *Jeanne de Lartigue* pada usia 26 tahun. Dia mencapai kesuksesannya di *literature* dengan dipublikasikannya *Letters persanaes*. Seorang imajinasi koresponden Persia yang berkunjung ke Paris dan mencermati kontraporer sosialnya. Karya selanjutnya ialah mengenai kebangkitan dan kejatuhan Romawi, *The Considerations on cause of the grandeur and Decadence of the Roman* yang mirip sebuah novel. Karya yang terbaik berjudul *Spirits of the Laws*, berisi konsep hukum modern yang didalamnya terdapat konsep *Trias Politika*. Montequieu dalam kehidupannya senang melakukan perjalanan. Hampir semua negara besar di Eropa telah ia kunjungi. Dia pernah mengunjungi Jerman, Australia, Belanda, Italia, dan lain-lain. Kunjungan itu bermakna sangat penting atas pemikirannya pada masa depan. Pengalaman itu memberikan inspirasi, pengalaman dalam mengembangkan konsep *Trias Politika* pada masa depan.

hukum (*supremacy of law*), persamaan dalam hukum (*equality before the law*), asas legalitas (*due proses of law*), pembatasan kekuasaan, organ-organ eksekutif independen, peradilan bebas dan tidak memihak, peradilan tata usaha negara, peradilan tata negara, perlindungan hak asasi manusia, bersifat demokratis, berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan negara serta transparansi dan kontrol sosial. Kedua belas prinsip pokok itu merupakan pilar-pilar utama penyangga berdirinya dan tegaknya suatu negara hukum modern dalam arti yang sebenarnya.⁸⁶ Negara hukum Indonesia yang dapat juga diistilahkan sebagai negara hukum Pancasila memiliki latar belakang kelahiran yang berbeda dengan konsep negara hukum yang dikenal di Barat walaupun negara hukum sebagai *genus begrip* yang tertuang didalam penjelasan UUD 1945 terinspirasi oleh konsep negara hukum yang dikenal di Barat. Jika membaca dan memahami apa yang dibayangkan oleh Supomo ketika menulis penjelasan UUD 1945 jelas merujuk pada konsep *rechtsstaat*, karena negara hukum dipahami sebagai konsep barat.⁸⁷

Negara hukum dalam perspektif Pancasila yang diistilahkan sebagai negara hukum Republik Indonesia atau negara hukum Pancasila disamping mempunyai elemen-elemen yang sama dengan elemen-elemen negara hukum dalam *Rechtstaat* maupun *rule of Law*, juga memiliki elemen-elemen spesifik yang menjadikan negara hukum Indonesia berbeda dengan konsep negara hukum yang dikenal secara umum. Perbedaan itu terletak pada nilai-nilai yang terkandung didalam Pembukaan UUD 1945 yang di dalamnya

⁸⁶ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, Op, Cit*, hlm. 151.

⁸⁷ Satjipto Rahardjo, 2006, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, hlm. 48.

mengandung Pancasila dengan prinsip-prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa serta tidak adanya pemisahan antara negara dan agama, prinsip musyawarah dalam pelaksanaan kekuasaan pemerintah negara, prinsip keadilan sosial, kekeluargaan dan gotong royong serta hukum yang mengabdikan pada keutuhan negara kesatuan Indonesia. Pembentukan hukum baik oleh pembentuk Undang-Undang maupun oleh mahkamah konstitusi harus menjadikan keseluruhan elemen negara Undang-Undang.⁸⁸

Konsep negara hukum dimaknai sebagai suatu keadaan dalam masyarakat, dimana hukum didalam kehidupan bernegara yang demokratis adalah ditentukan oleh rakyat yang tidak lain merupakan pengaturan interaksi antara mereka. Kehidupan masyarakat modern, pembentukan perundang-undangan dilakukan oleh rakyat dengan sistem perwakilan di lembaga legislatif, karena itu rakyat menempatkan posisi sangat penting sebagai pemilik kedaulatan dalam suatu negara yang demokratis melalui wakil-wakilnya yang duduk di lembaga perwakilan turut menentukan proses pembuatan peraturan perundang-undangan sebagai suatu upaya perlindungan hak-hak rakyat.⁸⁹

Terlepas dari kebutuhan perlindungan kepentingan warga negara melalui peraturan perundang-undangan, Plato memberikan rambu-rambu ketidaksempurnaan hukum, dimana Plato memprediksi kemungkinan munculnya praktek penegakan hukum yang sekalipun sejalan dengan suatu Undang-Undang, tetapi bertentangan dengan hak asasi manusia atau

⁸⁸ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif, Op. Cit*, hlm. 53.

⁸⁹ A. Muhammad Asrun, *Op. Cit*, hlm. 40.

bertentangan dengan rasa keadilan.⁹⁰ Persamaan dimuka hukum (*equality before the law*), yang kemudian diakui sebagai nilai-nilai yang universal.⁹¹

Nilai-nilai persamaan dan keadilan sangat erat terkait dengan proses penegakan hukum, yang tidak lain merupakan instrumen tataran praktis dalam konsep negara hukum. Penegakan hukum sesuai dengan rasa keadilan masyarakat dengan tetap memperhatikan kepastian hukum pada setiap individu. Warga negara merupakan ekspresi nilai-nilai demokratik dalam suatu negara yang demokratis. Karena adanya keterkaitan antara nilai-nilai penunjang demokrasi dan elemen-elemen negara hukum, maka sering dijadikan satu nafas untuk menyebutkan bentuk ideal negara hukum yang melindungi hak-hak warga negara dalam satu istilah negara hukum yang demokratis.

Keberhasilan proses penegakan hukum sangat terkait dengan tercapainya rasa keadilan masyarakat sebagai elemen penting dalam sistem hukum demokratis. John Rawls melihat pentingnya sistem hukum untuk melaksanakan prinsip kebebasan dan keadilan.⁹² Karena itu kehadiran sistem hukum merupakan suatu keharusan dalam suatu masyarakat. Menurut John Rawls,⁹³ suatu sistem hukum adalah suatu perintah yang memaksa yang dipayungi peraturan-peraturan bagi publik yang ditujukan untuk kepentingan individu warga masyarakat sebagai petunjuk demi tercapainya tertib sosial.

⁹⁰ Karen G. Turner, et.al, 2000, *The Limit of the Rule of Law in China, seattle*, University of Washington Press, hlm. 5.

⁹¹ Muhammad Tahir Ashary, *Op. Cit.*, hlm. 73.

⁹² Jonh Rawls, 1971, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, hlm. 235.

⁹³ *Ibid.*

Pemahaman tentang sistem hukum paralel dengan pemahaman atas hukum itu sendiri. Austin memahami hukum sebagai suatu perintah yang ditujukan kepada segenap subjek hukum, maka sistem hukum bagi dia adalah kumpulan peraturan.⁹⁴

Pada dasarnya gagasan Negara Hukum itu dibangun dengan mengembangkan perangkat hukum itu sendiri sebagai suatu sistem yang fungsional dan berkeadilan, dikembangkan dengan menata supra struktur dan infra struktur kelembagaan politik, ekonomi dan sosial yang tertib dan teratur, serta dibina dengan membangun budaya dan kesadaran hukum yang rasional dan impersonal dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Untuk itu, sistem hukum itu perlu dibangun (*law making*) dan ditegakkan (*law enforcing*) sebagaimana mestinya, dimulai dengan konstitusi sebagai hukum yang paling tinggi kedudukannya.

Selanjutnya memperhatikan Pasal 1 ayat (3) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menegaskan: "Negara Indonesia adalah negara hukum", Pengakuan sebagai negara hukum⁹⁵ mengandung makna bahwa dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara, hukum merupakan suatu yang "*supreme*", dan dipergunakan sebagai acuan nilai

⁹⁴ Joseph Raz, 1970, *The Concept of a Legal System, An Introduction to the The Theory of a Legal Sistem*, Cleredon Press, Oxford, hlm. 7.

⁹⁵ Secara historis, cita negara hukum untuk pertama kalinya dikemukakan oleh Plato dan kemudian pemikiran tersebut dipertegas oleh Aristoteles. Menurut Plato, penyelenggaraan pemerintahan yang baik ialah yang diatur oleh hukum. Cita Hukum Plato tersebut dilanjutkan oleh Aristoteles, yang menyatakan suatu negara yang baik ialah negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum, lihat dalam Nukhthoh Arfawie, 2005, *Telaah Kritis Teori Negara Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 13.

dalam usaha mewujudkan tujuan nasional sebagaimana dicantumkan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Adapun sebagai pemandu politik hukum nasional dan daerah dalam mewujudkan tujuan nasional tersebut menurut Bernard L. Tanya harus selalu berpijak pada empat prinsip cita hukum (*rechtsidee*), yakni :

1. Melindungi semua unsur bangsa (*nation*) demi keutuhan integrasi (*integration*);
2. Mewujudkan keadilan sosial dalam bidang ekonomi dan kemasyarakatan;
3. Mewujudkan kedaulatan rakyat (demokrasi) dan negara hukum (nomokrasi);
4. Menciptakan toleransi atas dasar kemanusiaan dan berkeadaban dalam hidup beragama.⁹⁶

Keempat prinsip cita hukum tersebut haruslah menjadi asas umum yang memandu terwujudnya cita-cita dan tujuan negara, sebab cita hukum adalah kerangka keyakinan (*belief framework*) yang bersifat normatif dan konstitutif⁹⁷. Atas dasar tersebut memposisikan Indonesia adalah negara yang dalam proses pembangunannya dipandu oleh instrumen hukum⁹⁸.

⁹⁶Bernard L. Tanya, *Judicial Review dan Arah Politik Hukum: Sebuah Perspektif*, Makalah Seminar di Fakultas Ilmu Sosial, Universitas Negeri Semarang, 17 April 2006.

⁹⁷Moh Mahfud MD secara eksplisif menegaskan suatu cita hukum bersifat normatif karena berfungsi sebagai pangkal dan prasyarat ideal yang mendasari setiap hukum positif dan bersifat konstitusional karena mengarahkan hukum pada tujuan yang hendak dicapai oleh negara.

⁹⁸Hukum sebagai media instrumentalis dalam pembangunan merupakan karakter utama dari konsepsi Negara Hukum. Khusus terhadap konsep negara hukum Indonesia Padmo Wahyono mendeskripsikannya antara lain : Pertama, titik pangkal bersumber pada asas kekeluargaan yang tercantum dalam UUD 1945. Karena itu lebih mengutamakan rakyat banyak, namun harkat dan martabat manusia tetap dihargai; Kedua, terbentuknya negara bukan karena perjanjian bermasyarakat dari status naturalis ke status civilis yang melahirkan *civil right*, melainkan atas

Secara historis, sebelum diamandemen dalam bagian Penjelasannya istilah negara hukum disebut dengan *Rechtsstaat*, makna yang tersirat dari perubahan tersebut, agar sistem hukum menganut secara seimbang sisi baik dari konsepsi *Rechtsstaat* dan *the Rule of Law* (RoL) guna menjamin kepastian hukum dan menegakkan keadilan substansial serta pentingnya menjunjung asas manfaat, yakni suatu sistem hukum yang tidak menimbulkan kerusakan atau mudharat bagi masyarakat, bangsa dan negara⁹⁹.

Ide Negara Hukum, selain terkait dengan konsep „*rechtsstaat*“ dan „*the rule of law*“, juga berkaitan dengan konsep „*nomocracy*“ yang berasal dari perkataan „*nomos*“ dan „*cratos*“. Perkataan nomokrasi itu dapat dibandingkan dengan „*demos*“ dan „*cratos*“ atau „*kratien*“ dalam demokrasi. „*Nomos*“ berarti norma, sedangkan „*cratos*“ adalah kekuasaan. Yang dibayangkan sebagai faktor penentu dalam penyelenggaraan kekuasaan adalah norma atau hukum. Karena itu, istilah nomokrasi itu berkaitan erat dengan ide kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi. Dalam istilah Inggris yang dikembangkan oleh A.V.

berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa dengan keinginan luhur untuk berkehidupan kebangsaan yang bebas, untuk hidup merdeka, berdaulat, bersatu, adil dan makmur; Ketiga, menegakkan demokrasi sesuai sistem pemerintahan negara yang dikandung Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, mewujudkan keadilan sosial sesuai dengan Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan menegakkan perikemanusiaan berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa secara adil dan beradab.

⁹⁹*Rechtsstaat* semula merupakan istilah negara hukum, yang dipakai di kawasan Eropa Kontinental, yang lebih menekankan pada hukum tertulis (*civil law*) dan kepastian hukum. Kebenaran dan keadilan berpijak pada standar formal, titik berat penegakan hukum adalah kepastian hukum. Sementara *the Rule of Law* (RoL), merupakan istilah negara hukum di kawasan *Aglo Saxon*, yang menitikberatkan pada pentingnya hukum tak tertulis (*common law*), kebenaran dan keadilan hukum tidak semata-mata tersurat dalam hukum tertulis, bisa tumbuh dan hidup dalam tradisi, (Lihat dalam Moh.Mahfud MD, 2009. *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 96-97.

Dicey, hal itu dapat dikaitkan dengan prinsip “*rule of law*” yang berkembang di Amerika Serikat menjadi jargon “*the Rule of Law, and not of Man*”. Yang sesungguhnya dianggap sebagai pemimpin adalah hukum itu sendiri, bukan orang. Dalam buku Plato berjudul “*Nomoi*” yang kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris dengan judul “*The Laws*”.

Dengan demikian jelas tergambar bagaimana ide nomokrasi itu sesungguhnya telah sejak lama dikembangkan dari zaman Yunani Kuno. Di zaman modern, konsep Negara Hukum di Eropah Kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte, dan lain-lain dengan menggunakan istilah Jerman, yaitu “*rechtsstaat*”. Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika, konsep Negara hukum dikembangkan atas kepeloporan A.V. Dicey dengan sebutan “*The Rule of Law*”. Menurut Julius Stahl, konsep Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah „*rechtsstaat*” itu mencakup empat elemen penting, yaitu:

1. Perlindungan hak asasi manusia.
2. Pembagian kekuasaan.
3. Pemerintahan berdasarkan undang-undang.
4. Peradilan tata usaha Negara.

Sedangkan A.V. Dicey menguraikan adanya tiga ciri penting dalam setiap Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah “*The Rule of Law*”, yaitu:

1. *Supremacy of Law.*
2. *Equality before the law.*
3. *Constitution based on individual rights.*¹⁰⁰

Keempat prinsip „*rechtsstaat*“ yang dikembangkan oleh Julius Stahl tersebut di atas pada pokoknya dapat digabungkan dengan ketiga prinsip „*Rule of Law*“ yang dikembangkan oleh A.V. Dicey untuk menandai ciri-ciri Negara Hukum modern di zaman sekarang. Bahkan, oleh “*The International Commission of Jurist*”, prinsip-prinsip Negara Hukum itu ditambah lagi dengan prinsip peradilan bebas dan tidak memihak (*independence and impartiality of judiciary*) yang di zaman sekarang makin dirasakan mutlak diperlukan dalam setiap negara demokrasi. Prinsip-prinsip yang dianggap ciri penting Negara Hukum menurut “*The International Commission of Jurists*” itu adalah:

1. Negara harus tunduk pada hukum.
2. Pemerintah menghormati hak-hak individu.
3. Peradilan yang bebas dan tidak memihak.

Menurut Arief Sidharta¹⁰¹, Scheltema, merumuskan pandangannya tentang unsur-unsur dan asas-asas Negara Hukum itu secara baku, yaitu meliputi 5 (lima) hal sebagai berikut:

¹⁰⁰A.V. Dicey, 1971, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, London, hlm. 222-224.

¹⁰¹B. Arief Sidharta, 2004, *Kajian Kefilsafatan Tentang Negara Hukum*, dalam Jentera (Jurnal Hukum), “*Rule of Law*”, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), Jakarta, edisi 3 Tahun II, November 2004, hlm.124-125.

1. Pengakuan, penghormatan, dan perlindungan Hak Asasi Manusia yang berakar dalam penghormatan atas martabat manusia (*human dignity*).
2. Berlakunya asas kepastian hukum. Negara Hukum untuk bertujuan menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat. Hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian hukum dan prediktabilitas yang tinggi, sehingga dinamika kehidupan bersama dalam masyarakat bersifat „*predictable*“. Asas-asas yang terkandung dalam atau terkait dengan asas kepastian hukum itu adalah: (1) Asas legalitas, konstitusionalitas, dan supremasi hukum; (2) Asas undang-undang menetapkan berbagai perangkat peraturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintahan; (3) Asas non-retroaktif perundang-undangan, sebelum mengikat undang-undang harus lebih dulu diundangkan dan diumumkan secara layak; (4) Asas peradilan bebas, independent, imparial, dan objektif, rasional, adil dan manusiawi; (5) Asas non-liquet, hakim tidak boleh menolak perkara karena alasan undang-undangnya tidak ada atau tidak jelas; (6). Hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam undang-undang atau UUD.
3. Berlakunya Persamaan (*Similia Similius atau Equality before the Law*).

Dalam Negara Hukum, Pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang atau kelompok orang tertentu, atau

mendiskriminasikan orang atau kelompok orang tertentu. Di dalam prinsip ini, terkandung (a) adanya jaminan persamaan bagi semua orang di hadapan hukum dan pemerintahan, dan (b) tersedianya mekanisme untuk menuntut perlakuan yang sama bagi semua warga Negara.

4. Asas demokrasi dimana setiap orang mempunyai hak dan kesempatan yang sama untuk turut serta dalam pemerintahan atau untuk mempengaruhi tindakan-tindakan pemerintahan. Untuk itu asas demokrasi itu diwujudkan melalui beberapa prinsip, yaitu: (1) Adanya mekanisme pemilihan pejabat-pejabat publik tertentu yang bersifat langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil yang diselenggarakan secara berkala; (2) Pemerintah bertanggungjawab dan dapat dimintai pertanggungjawaban oleh badan perwakilan rakyat; (3) Semua warga Negara memiliki kemungkinan dan kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan politik dan mengontrol pemerintah; (4) Semua tindakan pemerintahan terbuka bagi kritik dan kajian rasional oleh semua pihak; (5) Kebebasan berpendapat/berkeyakinan dan menyatakan pendapat; (6) Kebebasan pers dan lalu lintas informasi; (7) Rancangan undang-undang harus dipublikasikan untuk memungkinkan partisipasi rakyat secara efektif.
5. Pemerintah dan Pejabat mengemban amanat sebagai pelayan masyarakat dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan tujuan bernegara yang bersangkutan. Dalam asas ini

terkandung hal-hal sebagai berikut: (1) Asas-asas umum pemerintahan yang layak; (2) Syarat-syarat fundamental bagi keberadaan manusia yang bermartabat manusiawi dijamin dan dirumuskan dalam aturan perundang-undangan, khususnya dalam konstitusi; (3) Pemerintah harus secara rasional menata tiap tindakannya, memiliki tujuan yang jelas dan berhasil guna (*doelmatig*). Artinya, pemerintahan itu harus diselenggarakan secara efektif dan efisien.¹⁰²

Hukum sebagai kaidah atau norma sosial tidak terlepas dari nilai-nilai yang berlaku di masyarakat, bahkan dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dan konkretisasi dari nilai-nilai yang ada pada suatu saat berlaku dalam masyarakat. Artinya, hukum sedikit banyak akan mengikuti tata nilai yang menjadi kesadaran bersama masyarakat tertentu dan berlaku secara efektif dalam mengatur kehidupan mereka.

Sesungguhnya hukum senantiasa berkembang dari masa ke masa sesuai dengan peradaban manusia.¹⁰³ Dalam aliran hukum historis, hukum tidaklah statis, meskipun diakui perkembangannya sangat lambat. Ia tumbuh bersama-sama dengan pertumbuhan rakyat, menjadi kuat bersama kekuatan rakyat. Suatu bangsa tidak boleh kehilangan hukumnya sendiri,

¹⁰²Dalam sistem konstitusi Negara kita, cita Negara Hukum itu menjadi bagian yang tak terpisahkan dari perkembangan gagasan kenegaraan Indonesia sejak kemerdekaan. Meskipun dalam pasal-pasal Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebelum perubahan, ide Negara hukum itu tidak dirumuskan secara eksplisit, tetapi dalam Penjelasan ditegaskan bahwa Indonesia menganut ide „*rechtsstaat*“, bukan „*machtsstaat*“. Dalam Konstitusi RIS Tahun 1949, ide negara hukum itu bahkan tegas dicantumkan. Demikian pula dalam UUDS Tahun 1950, kembali rumusan bahwa Indonesia adalah negara hukum dicantumkan dengan tegas. Oleh karena itu, dalam Perubahan Ketiga tahun 2001 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, ketentuan mengenai ini kembali dicantumkan tegas dalam Pasal 1 ayat (3) yang berbunyi: “Negara Indonesia adalah Negara Hukum”.

sebab bila suatu bangsa telah kehilangan hukumnya, maka ia telah kehilangan kekuatan dan pada akhirnya runtuh bangsa itu.¹⁰⁴ Hal yang sama terjadi juga dalam politik hukum, yang merupakan kebijakan hukum (*legal policy*) yang hendak diterapkan atau dilaksanakan.¹⁰⁵

4. *Middle Theory* (Teori Tengah): Teori Sistem Hukum

Bekerjanya suatu hukum tak lepas adanya bangunan hukum. Sebagai bangunan sistematis, ia memiliki beberapa hal penting sebagai penunjang yakni struktur, kategori, konsep. Ketiga elemen itu menempati substansi mendasar dalam mana hukum bekerja untuk kemudian berperan. Baik struktur maupun katagori yang berada dalam suatu sistem sendiri dalam rangka menjadi hukum itu tetap hidup dalam suatu lingkungan masyarakat dan sekaligus menyatukan masyarakat itu sendiri untuk tetap berada dalam sistem. Adanya struktur dan katagori membuktikan adanya suatu kesatuan yang berpola. Teori *Stufenbau* dari Hans Kelsen dapat dipergunakan untuk membenarkan hal ini dengan asumsi adanya suatu *Grundnorm* yang berada pada posisi teratas dari tingkatan-tingkatan atau katagori yang ada di bawahnya. *Grundnorm* ibarat bahan bakar yang menggerakkan seluruh sistem¹⁰⁶, dan berakibat satu sama lain saling mengikat dan melengkapi. Oleh Satjipto Rahardjo, berdasarkan teori *Stufenbau* Hans Kelsen, maka semakin tinggi posisi

¹⁰⁴Imam Kabul, 2005, *Paradigma Pembangunan Hukum Di Indonesia*, Kurnia Kalam Indonesia, hlm. 13.

¹⁰⁵Abdul Hakim Garuda Nusantara, *Politik Hukum Nasional*, makalah disampaikan pada Karya Latihan Bantuan Hukum (Kalabahu), diselenggarakan Yayasan LBH Indonesia dan LBH Surabaya, hlm. 5.

¹⁰⁶Achmad Ali, 2002, *Menguak tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Gunung Agung, Jakarta, hlm. 273.

dalam orde normatif, akan semakin kaya dengan kandungan moral atau asas-asas umum dan semakin rendah posisi itu, menjadi semakin konkret dan makin tipis kandungan moralnya¹⁰⁷.

Atas teori dasarnya Hans Kelsen, yang dalam implementasinya dapat dipergunakan untuk mengukur taraf sinkronisasi dari produk hukum yang tersebar dan berkaitan langsung dengan inisiasi suatu rancangan perundang-undangan. Secara teoretis sesuai ajaran “*Stufenbau des Rechts*” dari Kelsen, sebagaimana juga Hans Nawiasky menyebut dengan istilah “*Die Stufenordnung der Rechtsnormen*” mengatakan bahwa perundang-undangan itu mempunyai jenjang urutan yang tersusun, mulai dari atas sampai ke bawah yang terdiri dari 4 (empat) kelompok, yaitu:²⁶

Kelompok I	<i>Staats fundamentalnorm</i> (norma fundamental negara)
Kelompok II	<i>Staats grundgesetz</i> (aturan dasar/aturan pokok negara)
Kelompok III	<i>Formell Gesetz</i> (Undang-Undang Formal)
Kelompok IV	<i>Verordnung & Autonome Satzung</i> (aturan pelaksana & aturan otonom)

¹⁰⁷Satjipto Rahardjo, 2009, *Mendudukan Undang-Undang Dasar*, Penerbit Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 26.

²⁶Jazim Hamidi, menegaskan bahwa norma fundamental negara merupakan norma yang tertinggi di suatu negara yang tidak dibentuk oleh norma lain. Norma ini ditetapkan lebih dahulu oleh masyarakat; Aturan dasar/aturan pokok negara merupakan aturan yang bersifat pokok, masih umum dan masih dalam garis besar dan masih norma tunggal yang belum disertai norma sekunder; Undang-undang formal merupakan norma yang kongkrit, terperinci dan langsung berlaku bagi masyarakat dan tidak lagi berisi norma tunggal. selain itu disamping berisi norma primer dapat pula dibuat dengan norma sanksi dan sementara peraturan pelaksana berfungsi menyelenggarakan ketentuan-ketentuan Undang-Undang, Jazim Hamidi, 2006, *Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dalam Sorotan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004*, Tata Nusa, Jakarta, hlm. 4-5.

Kekuatan mengikat masing-masing peraturan menurut jenjangnya, berlakulah asas hukum *lex superior derogat legi inferiori*. Artinya ketentuan yang lebih tinggi jenjangnya mempunyai kekuatan yang lebih tinggi jika dibandingkan dengan ketentuan yang lebih rendah jenjangnya. Dapat pula diartikan manakala terjadi ketentuan yang lebih rendah jenjangnya tidak sesuai, bertentangan atau tidak senafas dengan ketentuan yang lebih tinggi jenjangnya maka ketentuan yang lebih rendah senafas dengan ketentuan yang lebih tinggi jenjangnya maka ketentuan yang lebih rendah tidak mempunyai kekuatan mengikat karena tidak taat asas.

Pernyataan Paul Scholten bahwa hukum diciptakan untuk dijalankan, sedangkan hukum yang tidak pernah dijalankan pada hakekatnya telah berhenti sebagai hukum. Ungkapan tersebut menampakkan kedudukan hukum sebagai suatu fenomena yang harus dijalankan di dalam kehidupan masyarakat. Hanya persoalannya hukum bukanlah suatu produk yang begitu dihasilkan langsung akan dapat berfungsi/bekerja. Akan tetapi ukuran bekerjanya hukum di dalam masyarakat memerlukan beberapa tahapan-tahapan setelah hukum itu diciptakan. Pentahapan itu antara lain adalah : Pertama, harus ada pejabat yang ditetapkan dalam peraturan hukum; Kedua, harus ada orang-orang yang melaksanakan hukum itu, Ketiga, orang-orang tersebut mengetahui adanya peraturan hukum, dan Keempat, adanya kemauan dari orang-orang tersebut untuk berbuat. Dengan perkataan lain, bahwa bekerjanya hukum dalam masyarakat hanya

akan dapat berjalan melalui sentuhan-sentuhan tangan dan pikiran manusia.

Terdapat beragam makna hukum, dan secara filosofis pertanyaan mengenai “apakah hukum itu” adalah sangat sulit untuk dijawab secara tuntas. Dalam pandangan positivis, hukum tidak lain adalah dari arti legislasi dan kebijakan, yaitu sebagai hukum positif. Hukum dalam arti hukum positif, dapat didekati berdasarkan beberapa ciri objektif hukum positif,¹⁰⁸ yaitu :

- a. Hukum itu untuk bagian terbanyak ditetapkan oleh kekuasaan atau kewibawaan yang berwenang;
- b. Hukum itu bersifat lugas dan objektif, artinya secara jelas dapat dikenali dan tidak tergantung pada kehendak bebas yang subjektif;
- c. Hukum itu berkaitan dengan tindakan-tindakan dan perilaku manusia;
- d. Hukum itu memiliki keberlakuan dari aspek moral, aspek sosial, dan aspek yuridik;
- e. Hukum itu memiliki suatu bentuk tertentu atau struktur formal yang dapat dibedakan antara kaidah-kaidah hukum, figur-figur hukum, dan lembaga-lembaga hukum (pranata hukum); dan
- f. Objek dan isi hukum itu memiliki pretense untuk mewujudkan atau mengabdikan tujuan tertentu.

¹⁰⁸Disarikan dari B. Arief Sidharta, 2008, *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*. (Alih bahasa Bab XV, XVI, dan XVII buku: Van Apeldoorns, *Inleideng tot de studi van het Nederlands recht*, edisi 18 tahun 1985, Refika Aditama, Bandung, hlm. 35-37.

Dalam pandangan R. Wietholter, hukum itu selalu merupakan resultan (produk) dari proses politik.¹⁰⁹ Konsepsi hukum menurut R. Wietholter tersebut paralel dengan ciri hukum pada sub a dan e, bahwa hukum itu untuk bagian terbanyak ditetapkan oleh kekuasaan atau kewibawaan yang berwenang, memiliki bentuk tertentu (struktur formal) yang dapat dibedakan antara kaidah-kaidah hukum, figur-figur hukum, dan lembaga-lembaga hukum.

Terdapat suatu pendirian yang mengatakan, bahwa kelahiran hukum harus dipahami dari sudut legal formal, yang menekankan bahwa formalitas prosedural pembentukan hukum menjadi unsur fundamental dalam menilai legalitas hukum. Berdasarkan tesis tersebut, hukum hanya diakui ada dalam peraturan perundang-undangan formal yang dibuat oleh lembaga yang melaksanakan fungsi legislatif.

Berseberangan dengan pandangan positivis, aliran *sociological jurisprudence* yang berpendirian, bahwa hukum harus dipahami sebagai hukum yang lahir dan berkembang seiring dengan tahap perkembangan, kecerdasan, kemajuan, dan kebudayaan masyarakat yang telah diterima, dan terpelihara dalam tatanan kehidupan masyarakat. Sesungguhnya, hukum itu lahir dan dibidani serta dibesarkan oleh masyarakat itu sendiri, *law is an invention of people*. Oleh karena itu, eksistensi hukum tidak boleh terikat dan tidak boleh terbatas pada rumusan-rumusan yang

¹⁰⁹*Ibid.*, hlm. 34.

“gersang” dari nilai-nilai keadilan yang hidup dan berkembang di tengah-tengah masyarakat.

Beranjak dari pendirian positivis dan *sociological jurisprudence* tersebut, dalam tataran praktek di lapangan dapat diadakan “kompromi” di antara keduanya, sehingga dapat melahirkan wacana yang disebut “harmonisasi” hukum. Cara pemaknaan dan penggunaan hukum demikian, sejalan dengan semangat hukum progresif, bahwa dalam kasus-kasus tertentu, hukum dapat menerima perubahan-perubahan yang secara kasat mata. Dikatakan oleh Paul Scholten hukum memang ada dalam undang-undang, tetapi masih harus ditemukan. Dalam konsepsi ide hukum responsif dari Nonet-Selznick, ditegaskan bahwa : “...*in this perspective good law should offer something more than procedural justice. It should be competent as well as fair; it should help define the public interest and be comitted to the achievement of substantive justice*”.¹¹⁰

Hukum yang baik, seharusnya menawarkan sesuatu yang lebih, daripada sekedar keadilan prosedural, melainkan mampu mengenali keinginan publik dan punya komitmen bagi terciptanya keadilan substantif. Lebih jauh menurut Nonet-Selznick, solusi pencapai keadilan substantif adalah melalui cara penggunaan atau penerapan hukum yang responsif. *A distinctive feature of responsive law is the search for implicit*

¹¹⁰ Phillippe Nonet dan Phillip Selznick, 1978, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper & Colophon Book, Publishers, Inc, hlm. 73-74.

*values in rules and policies.*¹¹¹ Ciri khas hukum responsif adalah mencari nilai-nilai tersirat yang terkandung dalam peraturan dan kebijakan.

Pesan dan komitmen dari hukum progresif atau responsif tersebut tadi, mensyaratkan bahwa cara ber hukum yang baik tidaklah cukup memadai hanya disibukkan pada pemikiran-pemikiran yang semata-mata menggunakan logika prosedural, melainkan harus dilandasi perasaan yang kontekstual. Dengan demikian, seperti yang dikatakan oleh Satjipto Rahardjo : “Berpikir dengan perasaan mempertimbangkan lingkungan atau habitat, sehingga tidak semata-mata menggunakan logika. Berpikir menjadi tidak lagi sesederhana seperti berpikir logis, tetapi menjadi lebih kompleks karena mempertimbangkan faktor konteks. ...model berfikir yang memasuki dimensi kedalaman, yaitu mencari makna dan nilai tersembunyi dalam obyek yang sedang ditelaah. Ini disebut berpikir spiritual atau kecerdasan spiritual”.¹¹²

Sebenarnya hukum itu merupakan aturan-aturan tingkah laku yang bersifat abstrak. Konsep abstrak itu berarti tidak bisa dilihat dan diraba, akan tetapi ada dalam kenyataannya. Dalam hukum yang bentuknya tertulis, seperti undang-undang dan Peraturan Pemerintah, rumusan abstrak tersebut dapat dilihat dan dibaca. Akan tetapi dalam bentuk hukum yang tidak tertulis, rumusan-rumusan abstrak tersebut berada dalam alam pikiran warga masyarakat yang bersangkutan. Dengan sifatnya yang bersifat abstrak tersebut, hukum baik tertulis maupun tidak tertulis, berada

¹¹¹ *Ibid.*, hlm. 79.

¹¹² Satjipto Rahardjo, 2007, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta, hlm. 19.

dalam keadaan statis dan tidak berdaya tanpa adanya tindakan manusia. Hukum tampak nyata dalam kehidupan karena digerakkan oleh tingkah laku manusia karena hukum itu sendiri tidak dapat bertingkah laku.¹¹³

Friedman,¹¹⁴ mengatakan untuk dapat mengikuti bekerjanya sistem hukum sebagai suatu proses terdapat tiga komponen sistem hukum yang harus diketahui, yaitu :

- a. Komponen Struktur (*Structure of Legal System*), terdiri dari institusi pembuat undang-undang, institusi pengadilan dengan strukturnya, institusi kejaksaan dengan strukturnya dan badan kepolisian negara yang berfungsi sebagai aparat penegak hukum.
- b. Komponen Substansial (*Substance of Legal System*), berupa peraturan-peraturan hukum dan keputusan yang dihasilkan pengadilan, yang dihasilkan oleh pembentuk undang-undang serta pemerintah.
- c. Komponen Kultur (*Culture of Legal System*), terdiri dari seperangkat nilai-nilai dan sikap-sikap yang berkaitan dengan hukum. *Legal culture* oleh Friedman dimaksudkan sebagai sikap orang terhadap hukum dan sistem hukum, yaitu menyangkut kepercayaan akan nilai,

¹¹³Von Benda-Beckmann, F, 1986, *Some Comparative Generalizations About The Differential Use of State and Folk Institutions of Dispute Settlement In People's Law and State Law*, (Eds. Allot, A.N & Woodman, G), Foris, Dordrecht, hlm. 91.

¹¹⁴Menurut Lawrence M. Friedman, "*legal substance is what we call the actual rules or norms used by institution (or as the case may be) the real, observable behavior patterns of actor within the sistem., legal structure is the body, the framework, the longlasting shape of the sistem, the way courts of police department are organized, the line of jurisdiction, the tabel of organization., Legal culture refers, then to those parts of general-customs, opinions, way or away of doing and thinking-that bend social forces towards or away from the law and in particular ways.*" Lihat L.M. Friedman, 1975, *The Legal System : A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York, hlm. 6-15.

pikiran atau ide dan harapan mereka (*people's attitudes toward law and the legal system, their beliefs, values, ideas and expectations*).

Friedman mengemukakan 4 (empat) fungsi sistem hukum, pertama, sebagai bagian dari sistem kontrol sosial (*social control*) yang mengatur perilaku manusia. Kedua, sebagai sarana untuk menyelesaikan sengketa (*dispute settlement*). Dalam hal ini, sistem hukum dilihat sebagai agen penyelesaian konflik atau sengketa. Ketiga, sistem hukum memiliki fungsi sebagai *social engineering function*. Dalam fungsi ketiga ini, hukum menjadi bagian dari perencanaan sosial dalam kebijakan publik. Keempat, hukum sebagai *social maintenance*, yaitu fungsi yang menekankan peranan hukum sebagai pemelihara "*status quo*" yang tidak menginginkan perubahan.

Friedman berpendapat bahwa setiap masyarakat, setiap negara, setiap himpunan memiliki struktur dan substansi hukum sendiri, yang menentukan apakah substansi dan struktur hukum tersebut ditaati atau sebaliknya juga dilanggar adalah sikap dan perilaku sosial masyarakatnya, dan karena itu untuk memahami apakah hukum itu menjadi efektif atau tidak sangat tergantung pada kebiasaan-kebiasaan (*customs*), kultur (*culture*), tradisi-tradisi (*traditions*), dan norma-norma informal (*informal norms*) yang diciptakan dan dioperasionalkan dalam masyarakat yang bersangkutan. Hal ini tentu saja tidak berarti bahwa setiap orang memberikan pemikiran yang sama. Selain itu, dalam suatu masyarakat terdapat beberapa subkultur, seperti orang kulit hitam dan orang kulit

putih, orang tua dan anak muda, Katolik, Protestan, Yahudi, kaya dan miskin, orang timur dan orang barat, penjahat dan polisi, pengacara, dokter, bankir. Friedman juga menyebutkan apa yang disebut dengan subkultur “*insider*” yaitu kelompok subkultur yang bekerja dalam sistem hukum seperti hakim dan pengacara. Budaya hukum mengalami proses adaptasi.¹¹⁵

Dengan mengkaji komponen struktur hukum, substansi hukum, dan kultur hukum sebagai suatu sistem hukum, maka dapat dicermati bagaimana suatu sistem hukum bekerja dalam masyarakat, atau bagaimana sistem-sistem hukum dalam konteks pluralisme hukum saling berinteraksi dalam suatu bidang kehidupan sosial (*social field*) tertentu. Kultur hukum menjadi bagian dari kekuatan sosial yang menentukan efektif atau tidaknya hukum dalam kehidupan masyarakat, kultur hukum menjadi motor penggerak dan memberi masukan-masukan kepada struktur dan substansi hukum dalam memperkuat sistem hukum.

Kekuatan sosial secara terus menerus mempengaruhi kinerja sistem hukum, yang kadangkala dapat merusak, memperbaharui, memperkuat, atau memilih lebih menampilkan segi-segi tertentu, sehingga dengan mengkaji komponen substansi, struktur, dan budaya hukum berpengaruh terhadap kinerja penegakan hukum, maka dapat dipahami suatu situasi bagaimana hukum bekerja sebagai suatu sistem dalam masyarakat.¹¹⁶

¹¹⁵Jerod S. Auerbach, 1983, *Law and Acculturation: Immigrant Experiences*, dalam *Justice Without Law*, Oxford University Press, New York, hlm. 35.

¹¹⁶Lawrence M Friedman, 1984, *American Law*, W.W. Norton & Company, New York, hlm. 12.

Robert B. Seidman mengemukakan bahwa bekerjanya hukum dalam masyarakat ditentukan oleh beberapa faktor, yaitu lembaga pembuat undang-undang, lembaga pelaksana dan pemegang peran. Tindakan apapun yang diambil mereka, selalu berada dalam lingkup kompleksitas kekuatan-kekuatan sosial, budaya, ekonomi dan politik. Semua kekuatan sosial itu selalu ikut bekerja dalam setiap upaya untuk memfungsikan peraturan-peraturan yang berlaku, menerapkan sanksi-sanksinya dan dalam seluruh aktivitas lembaga-lembaga pelaksanaannya,¹¹⁷ sehingga setiap undang-undang akan berubah; baik melalui perubahan normal maupun melalui cara-cara yang ditempuh birokrasi ketika bertindak dalam bidang politik, ekonomi, sosial dan sebagainya.¹¹⁸

Budaya hukum sebagai bagian dari sistem hukum dikemukakan pertama kali oleh Lawrence M. Friedman dan dikembangkan oleh Daniel S. Lev dalam bukunya *Culture and Politics in Indonesia*, dan Satjipto Rahardjo yang mencetuskan Studi Hukum dan Masyarakat. Budaya hukum merupakan kekuatan dalam masyarakat yang berakar pada tradisi, sistem nilai yang dianut, dan akan menentukan bagaimana hukum itu diterima dan dilaksanakan.¹¹⁹ Hal senada juga dikemukakan oleh Hilman Hadikusuma,¹²⁰ bahwa budaya hukum tidak terlepas dari keadaan

¹¹⁷Robert B. Seidman, dalam Esmi Warassih, 2005, *Pranata Hukum, Sebuah Telaah Sosiologis*, Suryandaru Utama, Semarang, hlm. 11.

¹¹⁸Esmi Warassih, 2005, *Ibid.*, hlm. 4.

¹¹⁹Satjipto Rahardjo, *Peningkatan Wibawa Hukum Melalui Pembinaan Budaya Hukum*, Majalah Hukum Nasional No. 1/1999, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, hlm. 45.

¹²⁰Hilman Hadikusuma, 1986, *Budaya Hukum dan Masyarakat, (dalam Antropologi Hukum Indonesia)*, Penerbit Alumni, Bandung, hlm. 51-78.

masyarakat, sistem dan susunan masyarakat yang mengandung budaya hukum itu.

Blankenburg and Bruinsma, dua orang ahli sosiologi hukum menuliskan bahwa : “*they define the concept of legal culture as including four components : law on the books, law in action as channeled by the institutional infrastructure, patterns of legally relevant behavior, and legal consciousness, particularly, a distinctive attitude toward the law among legal professionals.*” Menurut Blankenburg and Bruinsma, bahwa budaya hukum meliputi 4 (empat) komponen, yaitu *law in the books* (hukum yang tertulis), *law in action* (hukum dalam praktek sehari-hari), pola perilaku yang relevan menurut hukum, dan kesadaran hukum, terutama suatu sikap yang membedakan hukum di antara profesi hukum.¹²¹

Daniel S. Lev mengemukakan bahwa budaya hukum terdiri dari 2 (dua) bagian yang berhubungan, yaitu *procedural legal values* (nilai-nilai hukum prosedural, yang berhubungan dengan sarana pengaturan sosial dan penanganan konflik) dan *substantive legal values* (nilai-nilai hukum substantif, yang merupakan anggapan dasar tentang distribusi dan penggunaan sumber daya dalam masyarakat). Masyarakat berubah dari waktu ke waktu, sehingga konsep budaya hukum substantif memerlukan unsur yang dinamis.¹²²

¹²¹C. Neal Tate: *Dutch Legal Culture*, by Erhard Blankenburg and Freek Bruinsma, 1994, Book Review Vol. 6 No. 9. (August, 1996), hlm. 122-123.

¹²²Daniel S. Lev, 1972, *Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia*, (dalam *Culture and Politics in Indonesia*), Cornell University Press, Ithaca and London, hlm. 247.

Sedangkan Lawrence M. Friedman mendefinisikan budaya hukum sebagai berikut :

The legal culture is the element of social attitude and value. Legal culture refers, then, to those parts of general culture customs, opinions, ways of doing and thinking-that bend social forces toward or away from the law and in particular ways.

Budaya hukum seseorang akan menentukan perilaku seseorang, menerima atau menolak hukum. Penerimaan dan penggunaan hukum oleh masyarakat ditentukan oleh budaya hukumnya.¹²³

Friedman lebih lanjut membedakan budaya hukum eksternal dan budaya hukum internal :¹²⁴

The external legal culture is the legal culture of the general population; the internal legal culture is the legal culture of those members of society who perform specialized legal tasks. Every society has a legal culture, but only societies with legal specialists have an internal legal culture.

Perbedaan pendidikan, jenis kelamin, suku, kebangsaan, pendapatan, merupakan faktor yang dapat mempengaruhi budaya hukum seseorang. Budaya hukum merupakan kunci untuk memahami perbedaan-perbedaan yang terdapat di dalam sistem hukum yang satu dengan yang lain.

Secara lugas Friedman juga menyatakan : *“Not that any particular country has a single, unified legal culture. Usually there are many cultures in a country, because societies are complex, and are made up of all sorts*

¹²³Lawrence M. Friedman, 1975, *Op.Cit.*

¹²⁴*Ibid.*, hlm. 223.

of group, classes and strata.” Tidak ada negara yang memiliki *unified legal culture*, karena masyarakat bersifat kompleks dan terdiri dari berbagai jenis golongan, strata. Demikian pula tidak ada dua orang laki-laki atau perempuan yang memiliki budaya hukum yang sama.

Di era modernitas saat ini dikenal sebuah teori hukum yang menjawab dunia globalisasi yaitu *Triangular Concept of Legal Pluralism* (konsep segitiga pluralisme hukum). Teori ini diperkenalkan sejak tahun 2000 kemudian dimodifikasi pada tahun 2006 oleh Werner Menski, seorang profesor hukum dari *University of London*, pakar hukum di bidang Hukum Bangsa-bangsa Asia dan Afrika, yang menonjolkan karakter plural kultur dan hukum. Teori *Triangular Concept of Legal Pluralism* dari Menski ini memperkuat konsep Lawrence M. Friedman tentang unsur sistem hukum yang ke tiga, yaitu *legal culture* (kultur hukum) yang sebelumnya tidak dikenal, sebelum Friedman memperkenalkannya di tahun 1970-an. Justru eksistensi kultur hukum yang sifatnya sangat pluralistik, melahirkan kebutuhan adanya sebuah teori hukum yang mampu menjelaskan fenomena pluralisme hukum, yang merupakan suatu realitas.

Selanjutnya menurut Soekanto,¹²⁵ faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan hukum adalah :

1. Faktor hukumnya sendiri, yang dibatasi oleh undang-undang saja;
2. Faktor Penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun

¹²⁵Soerjono Soekanto, 1986, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Rajawali, Jakarta, hlm. 5.

menerapkan hukum;

3. Faktor sarana dan fasilitas yang mendukung penegakan hukum;
4. Faktor masyarakat, yakni lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan;
5. Faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Kelima faktor seperti yang tersebut di atas saling berkaitan satu sama lainnya, karena kelima komponen tersebut merupakan esensi dari penegakan serta merupakan tolok ukur efektifitas penegakan hukum.

5. *Application Theory* (Teori Aplikasi): Teori Formasi Kontrak

Dalam hubungannya dengan formasi kontrak, dalam ilmu hukum terdapat empat teori yang mendasar, yaitu:¹²⁶

1) Teori Kontrak *de facto*;

Kontrak *de facto* (*Implied in-fact*), yakni yang merupakan kontrak yang tidak pernah disebutkan dengan tegas tetapi ada dalam kenyataan, pada prinsipnya dapat diterima sebagai kontrak yang sempurna.

2) Teori Kontrak Ekspresif;

Teori kontrak ekspresif merupakan teori yang sangat kuat daya berlakunya, bahwa setiap kontrak yang dinyatakan secara tegas (ekspresif) oleh para pihak, baik dengan tertulis ataupun secara lisan,

¹²⁶ Munir Fuady, 2007, *Hukum Kontrak (Dari sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 8.

sejauh memenuhi syarat-syarat sahnya kontrak, dianggap sebagai ikatan yang sempurna bagi para pihak tersebut.

3) *Teori Promissory Estoppel*;

Teori Promissory Estoppel atau disebut juga dengan “*Detrimental Reliance*” mengajarkan bahwa dianggap ada kesesuaian kehendak di antara para pihak jika pihak lawan telah melakukan sesuatu sebagai akibat dari tindakan-tindakan pihak lainnya yang dianggap merupakan tawaran untuk suatu ikatan kontrak.

4) *Teori Kontrak Quasi*

Teori Kontrak Quasi (Quasi Contract atau Implied in Law) mengajarkan bahwa dalam hal-hal tertentu, apabila dipenuhi syarat-syarat tertentu, maka hukum dapat menganggap adanya kontrak di antara para pihak dengan berbagai konsekuensinya

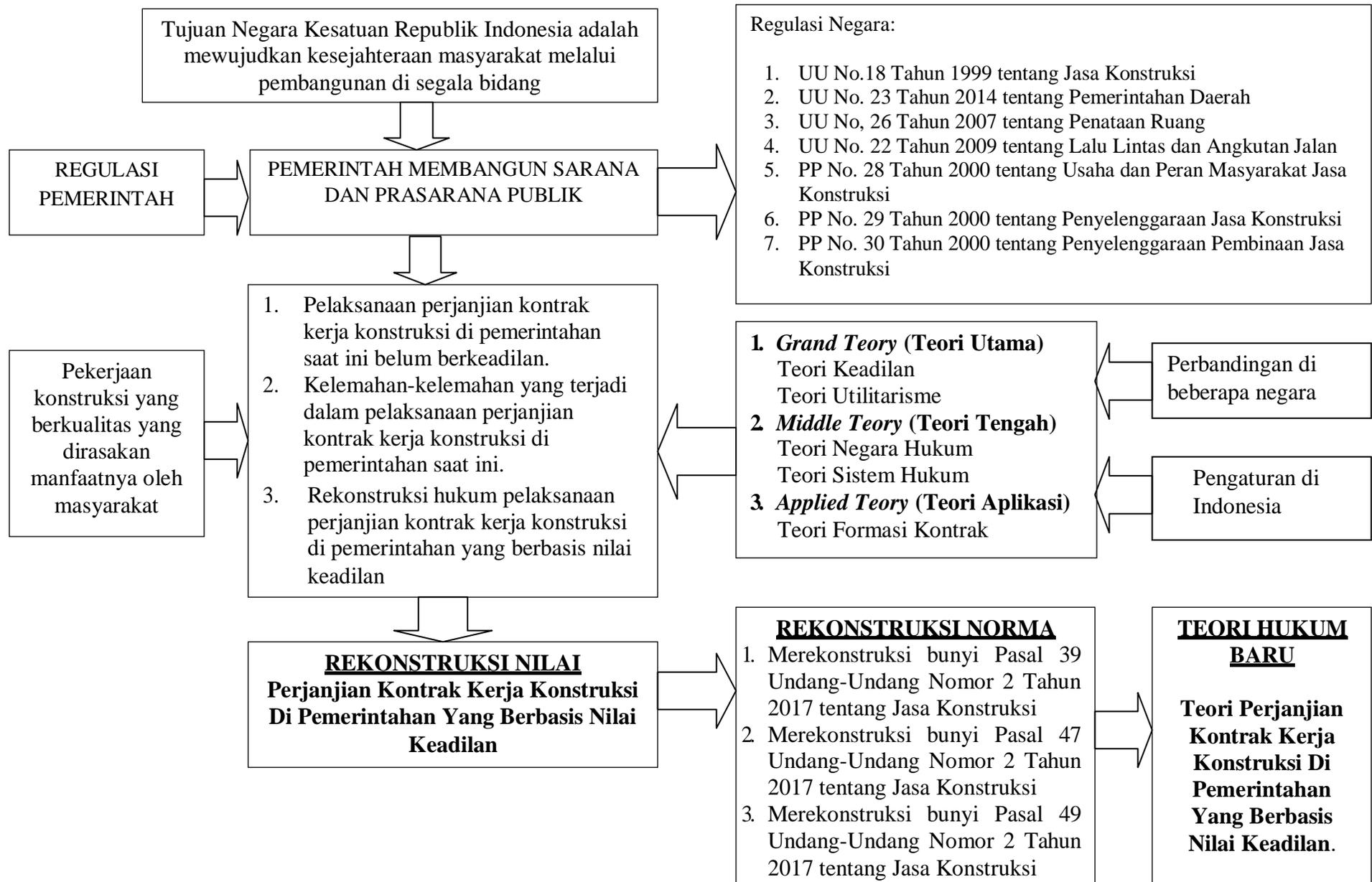
G. Kerangka Pemikiran Disertasi

Salah satu tujuan Nasional Bangsa dan Negara Indonesia yang tercantum dalam pembukaan UUD 1945 alinea ke empat adalah memajukan kesejahteraan umum. Berdasarkan alinea tersebut, tujuan nasional yang ingin dicapai Negara Republik Indonesia adalah memajukan kesejahteraan umum yang diantaranya peran pemerintah dalam hal pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan berbasis nilai keadilan. Fenomena yang terjadi di beberapa daerah di Indonesia yaitu dalam hal kurang efektifnya pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan dan tidak mengedepankan pendekatan nilai keadilan. Selain itu juga ada fenomena bahwa posisi Penyedia Jasa dipandang

lebih lemah daripada posisi Pengguna Jasa. Dengan kata lain posisi Pengguna Jasa lebih dominan dari pada posisi Penyedia Jasa. Penyedia Jasa hampir selalu harus memenuhi konsep/draf kontrak yang dibuat Pengguna Jasa karena Pengguna Jasa selalu menempatkan dirinya lebih tinggi dari Penyedia Jasa. Mungkin hal ini diwarisi dari pengertian bahwa dahulu Pengguna Jasa disebut Bouwheer (Majikan Bangunan) sehingga sebagaimana biasa “majikan” selalu lebih “kuasa”. Peraturan perundang-undangan yang baku untuk mengatur hak-hak dan kewajiban para pelaku industri jasa konstruksi sampai lahirnya Undang-Undang No. 18/1999 tentang Jasa Konstruksi, belum ada sehingga asas “Kebebasan Berkontrak” sebagaimana diatur oleh Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP) Pasal 1338 dipakai sebagai satu-satunya asas dalam penyusunan kontrak. Sengketa yang terjadi dapat merugikan kedua pihak oleh karena itu perlu untuk mengetahui sengketa yang dapat terjadi pada proyek konstruksi termasuk didalamnya cara penyelesaiannya

Sehingga kerangka pemikiran yang akan dibangun adalah untuk menemukan teori baru rekonstruksi hukum pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi yang berbasis nilai keadilan.

Bagan 1.
Kerangka Pemikiran Disertasi



H. Metode Penelitian

Metode adalah proses, prinsip, dan tata cara memecahkan suatu masalah, sedangkan penelitian merupakan suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisa dan konstruksi yang dilakukan secara metodologis, sistematis dan konsisten¹²⁷.

Metode penelitian dapat diartikan sebagai suatu sarana yang penting guna menemukan, mengembangkan serta menguji kebenaran suatu pengetahuan. Oleh karena itu sebelum melakukan penelitian hendaknya terlebih dahulu menentukan metode apa yang akan dipergunakan. Menurut Soerjono Soekanto metodologi merupakan unsur yang mutlak harus ada di dalam penelitian dan pengembangan ilmu pengetahuan.¹²⁸

Hal-hal yang perlu diperhatikan dalam menentukan metode dengan penelitian ini adalah adanya kesesuaian antara masalah dengan metode yang akan digunakan dalam penelitian yang tetap untuk hal yang akan diteliti.

1. Paradigma Penelitian

Sesuai dengan perumusan masalah dan tujuan penelitian yang disebutkan di atas, maka paradigma yang peneliti gunakan pada penelitian ini adalah konstruktivisme, yaitu paradigmat yang memahami kebenaran realitas bersifat relatif, berlaku sesuai dengan konteks spesifik yang relevan dengan pelaku sosial. Paradigma konstruktivisme berangkat dari keyakinan bahwa realitas itu beragam. Realitas berada dalam beragam konstruksi mental yang bersifat subjektif pada diri manusia (masyarakat), yang didasarkan pada

¹²⁷Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, 1986, Jakarta, Uj Press . hlm. 42

¹²⁸ *Ibid.*, hlm. 7.

pengalaman sosial, agama, budaya, sistem nilai-nilai lainnya dan bersifat lokal. Oleh karena itu didalam paradigma konstruktivisme ini, realitas yang diamati oleh peneliti tidak bisa digeneralisasikan. Hal ini karena tiap fenomena sesungguhnya merupakan hasil konstruksi (persepsi) masing-masing individu atau masyarakat, dimana konstruksi itu muncul sebagai resultante dari pengalaman sosial, agama, budaya, sistem nilai-nilai lainnya dan bersifat lokal. Melalui paradigma ini, peneliti akan mengungkap hal-hal yang tidak kasat mata, dan mampu mengungkap pengalaman sosial, aspirasi atau apapun yang tidak kasat mata tetapi menentukan sikap-sikap perilaku atau tindakan objek peneliti. Dengan demikian disini ada subjektivitas peneliti terutama untuk bisa menafsirkan hal-hal yang tidak kasat mata. Disinilah paradigma konstruktivisme metode hermeneutik dan dialektika dalam proses pencapaian kebenaran.¹²⁹

Langkah berikutnya setelah peneliti menstrukturkan pelaksanaan UU Jasa Konstruksi pada perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan berbasis nilai keadilan khususnya yang berkaitan dengan ketentuan perundang undangan perencanaan, penataan ruang, lalu lintas, dan perundangan tentang jalan beserta peraturan daerah yang berlaku, guna merekonstruksi kebijakan yang ada saat ini untuk dapat menemukan hukum baru berupa kebijakan pelaksanaan UU Jasa Konstruksi pada perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang lebih baik.

¹²⁹ Turiman Faturachman Noor, dalam Menggunakan Paradigma Konstruktivisme dalam penelitian hukumrajawaligarudapancasila.blogspot.com diakses tanggal 7 April 2015

2. Metode pendekatan

Penelitian ini bertujuan untuk menjelaskan dan menganalisa mengenai kebijakan sebagai dasar hukum rekonstruksi hukum pelaksanaan UU Jasa Konstruksi pada perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang berbasis nilai keadilan. **Menurut Seidman** ada tiga faktor yang mempengaruhi, yaitu (1).peraturan perundang-undangannya sendiri yang menyangkut aturan hukum, (2). aparat pelaksanaannya atau aparat penegak hukum, dan (3) Masyarakat (Kesadaran dan Kepatuhan Hukum). Dan lebih lanjut **Menurut Soerjono Soekanto** ada lima faktor yang mempengaruhi, yaitu (1) peraturan perundang-undangan (Aturan Hukum), (2). aparat pelaksana (Penegak Hukum), (3). Masyarakat (Kesadaran dan Kepatuhan Hukum), (4).sarana dan prasarana, dan (5) dana.

Metode yang peneliti lakukan adalah metode pendekatan yuridis sosiologis. Yaitu penelitian yang dilakukan terhadap keadaan nyata masyarakat atau lingkungan masyarakat meliputi budaya hukum/efektifitas hukum, hukum dan pembangunan untuk menemukan fakta (*fact-finding*) dan kemudian diidentifikasi (*problem identification*) yang pada akhirnya menuju pada penyelesaian masalah (*problem solution*).¹³⁰

3. Lokasi Penelitian

Penelitian akan dilaksanakan di Provinsi Kalimantan Selatan meliputi beberapa kabupaten yang ada di Kalimantan Selatan serta di dalam lembaga

¹³⁰ Soejono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1982, hlm.10

negara maupun pemerintahan yang korelasinya sesuai dengan tulisan penulis.

Pemilihan lokasi penelitian ini dilakukan dengan pertimbangan pengamatan langsung oleh penulis selama ini terhadap pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang berbasis nilai keadilan.

4. Spesifikasi Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberi gambaran yang selengkap mungkin tentang satu keadaan yang berlaku di tempat tertentu atau suatu gejala yang ada, oleh karena itu spesifikasi penelitian ini adalah bersifat deskriptif analitis¹³¹. Bersifat deskriptif artinya suatu penelitian yang bersifat pemaparan dalam rangka menggambarkan selengkap mungkin tentang suatu keadaan yang berlaku di tempat tertentu, atau gejala yang ada, atau juga peristiwa tertentu yang terjadi dalam masyarakat dalam konteks penelitian.¹³² Jadi dari hasil penelitian ini diharapkan dapat menguraikan berbagai temuan data baik data primer maupun data sekunder langsung diolah dan dianalisis dengan tujuan seperti yang dinyatakan oleh Koentjaraningrat¹³³ yaitu untuk mempertegas hipotesa-hipotesa yang pada

¹³¹ Menurut Kamus besar Bahasa Indonesia, “analitis” (analisis) artinya adalah bersifat analisis, sedangkan arti analisis diantaranya adalah “proses pemecahan masalah yang dimulai dengan dugaan akan kebenarannya”. Lihat Sulchan Yashin (Ed). 1997 . *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia (KBI-Besar) Serta : Ejaan Yang Disempurnakan Dan Kosa Kata Baru*. Surabaya. Amanah. Hlm. 34

¹³² Abdul Kadir Muhammad. 2004. *Hukum dan Penelitian Hukum*. Bandung. Citra Aditya Bakti. Hlm 50. Dan Soerjono Soekanto. 1986. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta. UI- Press. Hlm. 10. Dan Bambang Soepeno. 1997. *Statistik Terapan Dalam Penelitian Ilmu-ilmu Sosial & Pendidikan* . Jakarta. Rineka Cipta. Hlm. 2-3

¹³³ Koentjaraningrat. 1997. *Metode-Metode Penelitian Masyarakat..* Jakarta. Gramedia Pustaka Utama. Hlm. 29-32

akhirnya dapat membantu dalam pembentukan teori baru atau memperkuat teori lama.

5. Sumber Data

Sumber data yang digunakan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

a. Data Primer

Data primer merupakan data atau fakta-fakta yang diperoleh langsung melalui penelitian di lapangan dengan metode observasi, wawancara maupun sampling dari keterangan responden yang berhubungan dengan objek penelitian dan praktik yang dapat dilihat serta berhubungan dengan obyek penelitian.

b. Data Sekunder

Data sekunder merupakan data yang secara tidak langsung yang memberikan bahan kajian penelitian dan bahan hukum yang berupa dokumen arsip, peraturan perundang-undangan dan berbagai literatur lainnya. Data Sekunder ini dapat diperoleh melalui :¹³⁴

1) Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang bersifat mengikat yang terdiri dari :

- a) Undang – Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- b) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi
- c) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah

¹³⁴ Soejono Soekanto dan Sri Mamudji. 2003. *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Pengantar Singkat*. Jakarta. PT. Raja Grafindo Persada. Hlm. 13

- d) Undang-undang Nomor 22 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas
- e) Undang-undang Nomor 26 Tahun 2007 tentang Penataan Ruang
- f) Peraturan Pemerintah Nomor 74 Tahun 2014 tentang Angkutan Jalan
- g) Peraturan Pemerintah Nomor 79 Tahun 2013 tentang Jaringan Lalu Lintas dan Angkutan jalan
- h) Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 2000 tentang Usaha Dan Peran Masyarakat Jasa Konstruksi
- i) Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi
- j) Peraturan Pemerintah Nomor 30 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Pembinaan Jasa Konstruksi
- k) Peraturan Pemerintah Nomor 04 Tahun 2010 tentang Perubahan Atas PP No. 28 Tahun 2000 tentang Usaha Dan Peran Masyarakat Jasa Konstruksi
- l) Peraturan Pemerintah Nomor 59 Tahun 2010 tentang Perubahan Atas PP No. 29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi
- m) Peraturan Pemerintah Nomor 92 Tahun 2010 tentang Perubahan Atas PP No. 30 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Pembinaan Jasa Konstruksi

2) Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan-bahan hukum yang memberikan penjelasan dan petunjuk terhadap bahan hukum primer yang terdiri dari :

- a. Berbagai literatur/ buku-buku yang berhubungan dengan materi penelitian
 - b. Berbagai hasil seminar, lokakarya, sposium, dan penelitian karya ilmiah dan artikel lain yang berkaitan dengan materi penelitian
- 3) Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan haban hukum sekunder, yang terdiri dari :
- a) Kamus Hukum
 - b) Kamus Inggris – Indonesia
 - c) Kamus Umum Bahasa Indonesia

6. Metode Pengumpulan Data

Dalam penelitian ini metode pendekatan yang digunakan adalah yuridis sosiologis/ empiris yaitu mengkaji hukum dengan konteks perilaku sosial atau dengan kata lain hukum yang dihubungkan dengan kondisi sosial di mana hukum dalam arti sistem norma itu diterapkan.

Sumber data yang diperlukan meliputi data primer dan data sekunder. Data primer yaitu data yang dibuat oleh peneliti untuk maksud khusus menyelesaikan permasalahan. Data dikumpulkan sendiri oleh peneliti dengan melakukan wawancara langsung dari sumber pertama atau responden (*purposive non random sampling*). Data sekunder yaitu data yang telah dikumpulkan dari kepustakaan melalui studi pustaka. Dalam penelitian ini yang menjadi sumber data sekunder adalah peraturan perundang-

undangan, literatur, artikel, jurnal serta situs di internet yang berkenaan dengan penelitian.

Metode pengumpulan data melalui Studi Kepustakaan dan Pengumpulan Data di Lapangan melalui observasi, wawancara, dokumen dan angket terhadap proyek-proyek pemerintah di Propinsi Kalimantan Selatan.

7. Metode Analisis Data

Setelah selesai dilakukan proses pengumpulan data, maka tahap berikutnya adalah pengolahan data. Data yang diperoleh dari penelitian lapangan dan kepustakaan dianalisis dengan menggunakan metode deskriptif kualitatif. Metode Penelitian deskriptif kualitatif adalah metode penelitian yang berlandaskan pada filsafat postpositivisme sering juga disebut sebagai paradigma interpretif dan konstruktivis.

I. Sistematika Penulisan Disertasi

Hasil penelitian ini disusun dengan sistematika yang bersifat umum, yakni disusun menjadi 3 (tiga) bagian besar : pendahuluan, isi, dan penutup yang terbagi dalam 6 (enam) bab, masing-masing bab terdiri dari beberapa sub bab guna lebih memperjelas ruang lingkup dan permasalahan yang diteliti.

Adapun urutan dan tata letak masing-masing bab serta pokok pembahasan adalah sebagai berikut.

Pada Bab I Pendahuluan, terdiri dari sub bab sebagai berikut: Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian,

Kerangka Konseptual, Kerangka Teori, Kerangka Pemikiran Disertasi, Metode Penelitian, Sistematika Penulisan Disertasi dan Orisinalitas Penelitian.

Pada Bab II Kajian Pustaka, yang berisi sub bab sebagai berikut: Kontrak Konstruksi, Tinjauan Terhadap Perjanjian Pada Umumnya, Asas-Asas dalam Hukum Perjanjian, Syarat sahnya perjanjian, Wanprestasi, *Overmacht* atau *Force Majeur*, Berakhirnya Perjanjian, Perjanjian Baku, Tinjauan Umum tentang Perjanjian Jasa Pemborongan, Para Pihak Dalam Perjanjian Jasa Pemborongan, Sifat dan Bentuk Perjanjian Jasa Pemborongan, Isi Perjanjian Jasa Pemborongan, Berakhirnya Perjanjian Jasa Pemborongan, Jaminan Dalam Perjanjian Jasa Pemborongan, dan Seleksi Jasa Pemborongan untuk Proyek Pemerintah.

Pada Bab III Pelaksanaan Perjanjian Kontrak Kerja Konstruksi Di Pemerintahan Belum Berkeadilan, yang berisi dari sub bab sebagai berikut: Pengaturan Jasa Konstruksi di Indonesia, Penyelenggaraan Jasa Konstruksi di Pemerintahan, Pelaksanaan Perjanjian Kontrak Kerja Konstruksi di Pemerintahan, Hak Dan Kewajiban Para Pihak Dalam Kontrak Konstruksi, Proses Terjadinya Kontrak Konstruksi, Optimalisasi Pelaksanaan Perjanjian Kontrak Kerja Konstruksi Di Pemerintahan dan Pelaksanaan Perjanjian Kontrak Kerja Konstruksi Di Pemerintahan Saat Ini Belum Berkeadilan.

Pada Bab IV Kelemahan-Kelemahan Dalam Pelaksanaan Perjanjian Kontrak Kerja Konstruksi Di Pemerintahan Saat Ini, yang membahas sebagai berikut: Kelemahan Substansi Hukum (*Legal Substance*), Kelemahan Kelembagaan (*Legal Structure*), Kelemahan Budaya Hukum (*Legal Culture*) dan Kelemahan Pendidikan Hukum/ Sosialisasi Kebijakan.

Pada Bab V Rekonstruksi Hukum Pelaksanaan Perjanjian Kontrak Kerja Konstruksi Di Pemerintahan Yang Berbasis Nilai Keadilan, yang berisi sub bab sebagai berikut: Perbandingan Kontrak Konstruksi Indonesia Dengan Kontrak Konstruksi International, Rekonstruksi Hukum Perjanjian Kontrak Kerja Konstruksi Di Pemerintahan Berbasis Nilai Keadilan

Pada Bab VI Penutup, yang terdiri dari: Kesimpulan, Saran-Saran dan Implikasi Kajian Disertasi.

J. Orisinalitas Penelitian

Dalam rangka mengetahui orisinalitas dari penelitian ini, penulis telah melakukan penelusuran tentang disertasi yang terkait dengan rekonstruksi kebijakan publik. Berdasarkan hasil penelusuran tersebut belum ditemukan uraian khusus tentang rekonstruksi hukum pelaksanaan perjanjian kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang berbasis nilai keadilan.

Tabel : 1
Bahan Pembanding Hasil Penelitian

NO	JUDUL DISERTASI	PENULIS DISERTASI	HASIL PENELITIAN DISERTASI	KEBARUAN PENELITIAN PROMOVENDUS
1	Tindak Pidana Korupsi Dalam Kontrak Kerja Konstruksi Antara Pemerintah Sebagai Pengguna Jasa dengan	Marthen Hengky Toelle PDIH Universitas Airlangga Surabaya	1. Pemberlakuan tindak pidana korupsi atas kontrak kerja konstruksi antara pemerintah sebagai pengguna jasa dengan pelaksana konstruksi sebagai penyedia jasa dirasa tidak adil dan berlebihan. Pemberlakuan UU yang	Berbeda dengan judul disertasi penulis yang berjudul Rekonstruksi kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang berbasis keadilan. Penulis membedah tentang ketidakadilan dalam kontrak kerja

	<p>Penyedia Jasa Pelaksana Konstruksi (Disertasi, Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 2016)</p>		<p>dimaksud adalah pasal 2 dan 3 UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Tipikor sebagaimana yang diubah menjadi UU Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tipikor (UU Tipikor)</p> <p>2. UU Tipikor tidak bisa serta diberlakukan untuk mengatur jasa konstruksi, meskipun dalam kontrak menggunakan keuangan negara. Bila terjadi pelanggaran dalam perjanjian kontrak, maka si pelanggar cukup dikenai hukuman yang berlaku dalam perjanjian kontrak, yaitu penyedia jasa harus mengganti kerugian.</p>	<p>konstruksi di pemerintahan yang mana saat ini. Hal tanggung jawab pihak Penyedia Jasa, padahal dalam ikatan perjanjian kontrak terjadi antara Pengguna Jasa dan Penyedia Jasa, sehingga tentu tanggung jawab kedua belah pihak akibat dari kesalahan yang dilakukan oleh masing-masing pihak tetaplah harus juga dipertanggungjawabkan.</p>
2	<p>Prinsip Hukum Kontrak Konstruksi Kaitannya dengan Prinsip Tri Hita Karana di Bali (Disertasi, Ilmu Hukum Fakultas Hukum</p>	<p>I Wayan Wiryawan PDIH Universitas Air Langga Surabaya</p>	<p>1. Analisis prinsip hukum dalam kontrak konstruksi dan prinsip Tri Hita Karana</p> <p>2. Dalam rangka harmonisasi prinsip-prinsip hukum dalam kontrak konstruksi dengan prinsip Tri Hita Karana kedalam suatu agenda penyusunan legislasi kontrak konstruksi</p>	<p>Judul disertasi penulis Rekonstruksi kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang berbasis keadilan. Penulis membahas tentang kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang mana saat ini masih</p>

	Universitas Airlangga, 2009)			belum berkeadilan. Dalam kontrak kerja Konstruksi di Pemerintahan dimaknai secara normatif. Prosedur kontrak kerja konstruksi di pemerintahan berorientasi pada proses bukan pada produk yang mana seharusnya lebih berorientasi pada hasil.
3	Keberadaan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Kontrak Kerja Konstruksi (Thesis, Magister Kenotariatan Universitas Gajah Mada, 2012)	Mustaalih Magister Kenotariatan Universitas Gajah Mada Jogjakarta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Mengetahui kekuatan hukum kontrak kerja konstruksi dihubungkan dengan kebebasan para pihak. 2. Kontrak kerja konstruksi sebagai kontrak baku dalam perspektif asas kebebasan berkontrak tetap merupakan kontrak yang mempunyai kekuatan hukum. Oleh karena kontrak kerja konstruksi tidak bertentangan dengan undang undang, kesusilaan dan ketertiban umum sebagai pembatas berlakunya asas kebebasan berkontrak. Kemudian ketentuan 	Berbeda dengan judul disertasi penulis yang membahas tentang kontrak kerja konstruksi di pemerintahan yang masih belum berkeadilan. Hal tanggung jawab pihak Penyedia Jasa, padahal dalam ikatan perjanjian kontrak terjadi antara Pengguna Jasa dan Penyedia Jasa, sehingga tentu tanggung jawab kedua belah pihak akibat dari kesalahan yang dilakukan oleh

			tanggung jawab pengguna dan penyedia jasa konstruksi dalam kontrak kerja konstruksi dalam perspektif asas kebebasan berkontrak mempunyai kekuatan hukum atau mengikat para pihak.	masing-masing pihak tetaplah harus juga dipertanggungjawabkan.
--	--	--	---	--