

# **BAB I**

## **PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang Masalah**

Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) sebagai negara hukum berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menjamin kepastian, ketertiban dan perlindungan hukum bagi setiap warga negara. Untuk menjamin ketertiban dan perlindungan hukum dibutuhkan alat bukti tertulis yang bersifat autentik mengenai perbuatan, perjanjian, penetapan dan peristiwa hukum yang dibuat dihadapan atau oleh pejabat yang berwenang.

Dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris (UUJN) dinyatakan bahwa Notaris adalah pejabat umum yang berwenang untuk membuat akta autentik dan memiliki kewenangan lainnya sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini atau berdasarkan undang-undang lainnya. Masyarakat dalam melakukan aktivitasnya sebagian besar berkaitan dengan hukum dan membutuhkan jasa hukum yaitu seorang Notaris. Notaris dalam lingkungan masyarakat sudah tidak asing lagi khususnya di kota-kota besar seperti Yogyakarta, Jakarta, Surabaya dan lain sebagainya.

Notaris merupakan sebutan jabatan untuk seseorang yang telah mendapatkan pendidikan hukum yang dilisensi oleh pemerintah untuk melakukan hal-hal hukum, khususnya sebagai pembuatan bukti autentik mengenai akta yang dibuatnya. Notaris merupakan pejabat publik yang memiliki tugas dan tanggung jawab yang besar dalam melaksanakan jabatannya untuk bekerja secara profesional

dalam masyarakat tanpa memandang dari sudut manapun, oleh karena itu tugas seorang Notaris dalam melayani masyarakat tidak terbatas oleh waktu dan harus mampu bekerja kapanpun selama masyarakat memerlukan jasa hukumnya. Ketika seorang Notaris yang sedang sakit atau hendak berangkat umrah atau yang untuk sementara tidak dapat melaksanakan tugas jabatannya, wajib mengajukan cuti yang merupakan hak Notaris sebagaimana bunyi Pasal 25 ayat (1) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 perubahan atas Undang - Undang Nomor 30 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris, selanjutnya disingkat dengan UUJN-P bahwa Notaris mempunyai hak untuk cuti.<sup>1</sup>

Cuti Notaris dapat diberikan jika seorang Notaris telah melaksanakan jabatannya selama 2 tahun dan jika kurang dari 2 tahun maka Notaris belum bisa mengambil hak cutinya.<sup>2</sup> Permohonan cuti dapat diajukan satu bulan sebelum tanggal cuti dimulai dan untuk pengajuan permohonan tergantung lamanya waktu cuti dari masing-masing Notaris sebagaimana bunyi Pasal 27 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris selanjutnya disingkat UUJN yaitu :

1. Notaris mengajukan permohonan cuti secara tertulis disertai usulan penunjukan Notaris Pengganti.
2. Permohonan cuti sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diajukan kepada pejabat yang berwenang, yaitu :
  - a. Majelis Pengawas Daerah dalam hal jangka waktu cuti tidak lebih dari 6

---

<sup>1</sup> Abdulkadir Muhammad, Hukum Perusahaan Indonesia, Bandung : Citra Aditya Bakti, 2010.

<sup>2</sup> <sup>2</sup> Munir Fuady, Hukum Bisnis dalam Teori dan Praktek, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2002

bulan.

- b. Majelis Pengawas Wilayah dalam hal jangka waktu cuti lebih dari 6 bulan sampai dengan 1 tahun.
- c. Majelis Pengawas Pusat dalam hal jangka waktu cuti lebih dari 1 tahun.<sup>3</sup>

Dalam pengajuan permohonan cuti seorang Notaris harus diikuti usulan penunjukan Notaris Pengganti untuk menggantikan dan melaksanakan tugasnya, sesuai dengan karakter jabatan Notaris yaitu harus berkesinambungan selama Notaris masih dalam masa jabatannya. Notaris yang bersangkutan menentukan jangka waktu untuk masa cutinya dan wajib untuk menunjuk Notaris Pengganti.<sup>2</sup> Notaris dalam menunjuk Notaris Pengganti biasanya hanya dari karyawan yang telah bekerja sekaligus magang dalam waktu yang cukup lama dan dianggap telah mampu menggantikannya berdasarkan penilaian dari Notaris sendiri.<sup>4</sup>

Seorang Notaris dan Notaris Pengganti dalam melaksanakan tugasnya memiliki kewajiban untuk mengedukasi setiap orang yang datang ke kantor untuk menuangkan apa yang dikehendaki oleh penghadap ke dalam suatu bentuk akta, oleh karena itu ketika seorang Notaris hendak melaksanakan cuti maka harus mengangkat seorang Notaris Pengganti untuk menggantikannya agar masyarakat tetap dapat melaksanakan perbuatannya. Notaris Pengganti sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat (3) UUJN-P adalah seorang yang untuk sementara diangkat sebagai Notaris untuk menggantikan Notaris yang sedang cuti, sakit, atau untuk sementara berhalangan menjalankan jabatannya sebagai Notaris. Syarat untuk dapat diangkat menjadi seorang Notaris Pengganti sebagaimana dalam

---

<sup>3</sup> Nico, *Tanggung Jawab Notaris Selaku Pejabat Umum*, Yogyakarta : CDSBL, 2003

<sup>4</sup> Abdul Ghofur Anshori, *Lembaga Kenotariatan Indonesia*, Yogyakarta : UII Press, 2009.

Pasal 33 ayat (1) UUJN-P adalah warga negara Indonesia yang berijazah sarjana hukum dan telah bekerja sebagai karyawan kantor Notaris paling sedikit 2 (dua) tahun berturut - turut.<sup>5</sup>

Dalam melaksanakan jabatannya seorang Notaris Pengganti terlebih dahulu dilantik oleh Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia yang kemudian diwakili oleh Kantor Wilayah dari setiap masing-masing daerah. Ketika Notaris Pengganti melaksanakan tugas jabatannya maka harus berpedoman pada Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris dan undang-undang lainnya yang terkait agar tidak terjadi kesalahan. Notaris Pengganti dalam melaksanakan tugas jabatannya terkadang mengalami hambatan-hambatan karena baru pertama kali menemui dan menangani secara langsung dalam berbagai kasus.

Notaris Pengganti hanyalah jabatan sementara yang diemban oleh seorang yang telah memenuhi syarat tertentu dan terbatas waktu selama masa cuti Notaris yang diganti belum berakhir. Ketika melaksanakan jabatannya tersebut seorang Notaris Pengganti harus berhati-hati dalam hal membuat akta para pihak, bersikap dan berperilaku serta menjaga kesehatannya. Kehadiran Notaris Pengganti sebagai pejabat publik adalah untuk memenuhi kebutuhan masyarakat akan perlunya suatu alat bukti tertulis atas setiap perikatan yang mereka lakukan sehari-hari, agar tercipta kepastian hukum bagi seluruh masyarakat Indonesia. Notaris Pengganti dapat melaksanakan apa yang dikehendaki para pihak dalam

---

<sup>5</sup> Anke Dwi Saputro, Jati Diri Notaris Indonesia Dulu, Sekarang dan Di Masa Datang: 100 Tahun Ikatan Notaris Indonesia, Jakarta : PT. Gramedia Pustaka, 2008.

hal pembuatan akta untuk menjamin kepastian hukum.<sup>6</sup>

Pelaksanaan tugas jabatan Notaris Pengganti tidak terlepas dari hambatan dan rintangan dalam kehidupan sehari-hari, begitupun dengan

Notaris yang sedang cuti. Tatkala musibah menimpa Notaris yang sedang cuti sehingga mengakibatkan Notaris tersebut meninggal dunia, maka tugas jabatannya akan dijalankan oleh Notaris Pengganti sebagai Pejabat Sementara Notaris sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 35 ayat (3) UUJN-P, yakni: “apabila Notaris meninggal dunia pada saat menjalankan cuti, tugas jabatan Notaris dijalankan oleh Notaris Pengganti sebagai Pejabat Sementara Notaris paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal Notaris meninggal dunia”.

Kabar duka atas meninggalnya Notaris yang sedang cuti tersebut harus dilaporkan kepada Majelis Pengawas Daerah sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 35 ayat (1) UUJN-P, berbunyi: “apabila Notaris meninggal dunia, suami/isteri atau keluarga sedarah dalam garis keturunan semenda sampai derajat kedua wajib memberitahukan kepada Majelis Pengawas Daerah”. Pasal tersebut menyebutkan jika Notaris meninggal dunia maka keluarga sedarah dalam satu garis keturunan semenda atau salah satu di antaranya memiliki kewajiban untuk memberitahukan informasi atas meninggalnya Notaris tersebut kepada Majelis Pengawas Daerah (MPD). Kata wajib dalam pasal tersebut memiliki makna yang mengharuskan keluarga sedarah dalam satu garis keturunan atau salah satunya menyampaikan kabar duka tersebut kepada MPD.

---

<sup>6</sup> Badri Munir Sukoco, Manajemen Administrasi Perkantoran Modern, Jakarta : Erlangga, 2007.

Realitanya ketika Notaris yang sedang cuti tersebut meninggal dunia, Notaris Penggantinya yang memberitahukan kepada MPD, baik secara tertulis, lisan maupun melalui media elektronik. Dari meninggalnya Notaris yang sedang cuti tersebut, maka menimbulkan status hukum yang berbeda bagi Notaris Pengganti, terkait tugas, tanggungjawab serta kewenangannya dalam melayani masyarakat. Dalam hal itu terjadi kekosongan hukum antara Notaris Pengganti dan Notaris yang telah meninggal dunia sebelum cuti berakhir, terkait tugas jabatannya dalam melaksanakan/menuangkan perbuatan hukum para pihak kedalam bentuk akta dapatkah memakai nama Notaris Pengganti padahal sudah tidak ada Notaris yang diganti, atau memakai nama Notaris Pejabat Sementara. Oleh karena itu penulis tertarik untuk meneliti dan membahas secara mendalam terkait tanggung jawab Notaris Pengganti dalam hal Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum cuti berakhir.

## **B. Rumusan Masalah**

Berdasarkan uraian latar belakang masalah tersebut di atas, dapat dirumuskan permasalahan sebagai berikut :

1. Bagaimana peran dan tanggung jawab Notaris Pengganti terkait Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum masa cutinya habis ?
2. Bagaimana mekanisme penyelesaian administrasi Protokol Notaris Pengganti terkait Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum masa cutinya habis ?
3. Apa kelemahan dan solusi peran dan tanggung jawab Notaris Pengganti terkait Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum masa cutinya habis ?

### **C. Tujuan Penelitian**

Tujuan yang hendak diinginkan penulis dalam penelitian tesis ini adalah :

1. Untuk mengetahui status hukum Notaris Pengganti terkait Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum cuti berakhir.
2. Untuk memahami mekanisme penyelesaian administrasi Protokol Notaris Pengganti terkait Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum cuti habis.

### **D. Manfaat Penelitian**

Dalam penelitian tesis ini penulis berharap semoga hasil penelitiannya dapat memberikan manfaat sebagai berikut :

#### **1. Manfaat secara Teoritis**

Untuk mendapatkan hal-hal yang bermanfaat dan memberikan kontribusi yang baru dalam bidang ilmu hukum, khususnya ilmu Kenotariatan terkait tanggungjawab Notaris Pengganti dalam hal Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum cuti berakhir.

#### **2. Manfaat secara Praktis**

Menambah wawasan bagi penulis khususnya, dan para pembaca pada umumnya, serta diharapkan memberikan sumbangan penelitian mengenai tanggung Jawab Notaris Pengganti dalam hal Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum cuti berakhir.

### **E. Kerangka Teori**

#### **1. Teori Keadilan**

Para filosof Yunani memandang keadilan sebagai suatu kebajikan

individual (individual virtue). Apabila terjadi tindakan yang dianggap tidak adil (unfair prejudice) dalam tata pergaulan masyarakat, maka hukum sangat berperan untuk membalikan keadaan, sehingga keadilan yang telah hilang (the lost justice) kembali dapat ditemukan oleh pihak yang telah diperlakukan tidak adil (dizalimi, dieksploitasi), atau terjadi keadilan korektif menurut Aristoteles. Keadilan yang mesti dikembalikan oleh hukum menurut istilah John Rawls adalah “reasonably expected to be everyone’s advantage”. Mengingat dinyatakan dalam Dasar Negara Republik Indonesia yaitu Pancasila, pada Sila Kedua menyebutkan “Kemanusiaan yang adil dan beradab” serta Sila Kelima menyebutkan “Keadilan Sosial bagi seluruh Rakyat Indonesia”. Pembicaraan tentang keadilan telah dimulai sejak Aristoteles sampai dengan saat ini. Bahkan para ahli mempunyai pandangan yang berbeda tentang esensi keadilan. Teori yang mengkaji dan menganalisis tentang keadilan dari sejak Aristoteles sampai saat ini, disebut dengan teori keadilan.

Teori keadilan dalam bahasa Inggris disebut dengan theory of justice, sedangkan dalam bahasa Belandanya disebut dengan theorie van rechtvaardigheid terdiri dari dua kata, yaitu: Teori dan Keadilan. Aristoteles membedakan adanya dua macam keadilan seperti diikuti, L.J. Van Apeldorn yaitu: Keadilan distributif dan keadilan commutatief.

Keadilan distributif yaitu keadilan yang memberikan kepada setiap orang jatah menurut jasanya. Sedangkan keadilan commutatief adalah keadilan yang memberikan pada setiap orang sama banyaknya dengan tidak



mengingat jasa- jasa perseorangan. Demikian juga Thomas Aquinas membedakan keadilan atas dua kelompok yaitu keadilan umum (justitia generalis) dan keadilan khusus. Keadilan umum adalah keadilan menurut kehendak undang-undang yang harus dijalankan untuk kepentingan umum. Sedangkan keadilan khusus adalah keadilan atas dasar kesamaan atau proporsionalitas. Keadilan khusus ini dibedakan menjadi:

- 1) Keadilan distributif (justitia distributiva):
- 2) Keadilan komutatif (justitia commutativa):
- 3) Keadilan vindikatif (justitia vindicativa)

Keadilan distributif adalah keadilan yang secara proporsional ditetapkan dalam lapangan hukum publik secara umum. Sebagai contoh, negara hanya akan mengangkat seorang menjadi hakim apabila orang itu memiliki kecakapan untuk menjadi hakim.

Keadilan komutatif adalah keadilan dengan mempersamakan antara prestasi dan kontraprestasi.

Sedangkan keadilan vindikatif adalah keadilan dalam hal menjatuhkan hukuman atau ganti kerugian dalam tindak pidana. Seorang dianggap adil apabila ia dipidana badan sesuai dengan besarnya hukuman yang telah ditentukan atas tindakan pidana yang dilakukannya.

Pada abad modern salah seorang yang dianggap memiliki peran penting dalam mengembangkan konsep keadilan adalah John Borden Rawls. Rawls berpendapat bahwa keadilan hanya dapat ditegakkan apabila negara melaksanakan asas keadilan, berupa setiap orang hendaknya memiliki hak

yang sama untuk mendapatkan kebebasan dasar (basic liberties) dan perbedaan sosial dan ekonomi hendaknya diatur sedemikian rupa sehingga memberikan manfaat yang besar bagi mereka yang berkedudukan paling tidak beruntung, dan bertalian dengan jabatan serta kedudukan yang terbuka bagi semua orang berdasarkan persamaan kesempatan yang layak.

Pandangan mengenai keadilan, teori keadilan Rawls dibagi dalam beberapa bagian antara lain: pertama, sebuah telaah yang mencoba mengelaborasi secara singkat konsep keadilan Rawls yang disebut fairness. Diskusi keadilan ini diawali dengan kritiknya terhadap utilitarisme dan intuisiisme. Kritik atas kedua paham tersebut membawanya kepada keyakinan bahwa konsep keadilan yang ditawarkannya merupakan konsep yang memadai karena bertumpu pada konsep person moral. Kedua, sasaran pokok dari seluruh proyek Rawls adalah membangun sebuah teori keadilan yang diharapkan mampu menjamin distribusi yang adil antara hak dan kewajiban dalam suatu masyarakat yang teratur. Konsep keadilan seperti itu bisa dicapai atau dirumuskan apabila ada kondisi awal yang menjamin berlangsungnya suatu proses yang fair. Fokusnya pada kondisi hipotetis demi suatu prosedur yang fair, yang oleh Rawls disebut “posisi asali”. Posisi ini secara khusus ditandai oleh prinsip kebebasan, rasionalitas, dan kesamaan hak. Serta bagian ketiga, yaitu prinsip kebebasan yang sama bagi semua orang dan prinsip diferensiasi yang merupakan prinsip pertama keadilan. Selanjutnya sumbangan pokok Rawls sehubungan relasi mendasar antara prinsip-prinsip konstitusional dan prinsip-prinsip moral serta

semangat solidaritas sosial sebagai basis kerja sama sosial.

Hans Kelsen dalam bukunya *General Theory of Law and State*, mengemukakan pemikiran tentang konsep keadilan, Hans Kelsen menganut aliran positifisme yang mengakui kebenaran dari hukum alam. Oleh karena itu pemikirannya terhadap konsep keadilan menimbulkan dualisme antara hukum positif dan hukum alam. Hal ini dapat disimak dalam pendapat Hans Kelsen, sebagai berikut:

Dualisme antara hukum positif dan hukum alam menjadikan karakteristik dari hukum alam mirip dengan dualisme metafisika tentang dunia realitas dan dunia ide model Plato. Inti dari filsafat Plato ini adalah doktrinnya tentang dunia ide. Yang mengandung karakteristik mendalam. Dunia dibagi menjadi dua bidang yang berbeda: yang pertama adalah dunia kasat mata yang dapat ditangkap melalui indera yang disebut realitas; yang kedua dunia ide yang tidak tampak. Dua hal lagi konsep keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen:

Pertama tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan yang bersumber dari cita-cita irasional. Keadilan dirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan suatu konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik kepentingan tersebut dapat dicapai melalui suatu tatanan yang memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju suatu perdamaian bagi

semua kepentingan.<sup>7</sup>

Kedua, konsep keadilan dan legalitas. Untuk menegakkan di atas dasar suatu yang kokoh dari suatu tananan sosial tertentu, menurut Hans Kelsen pengertian “Keadilan” bermaknakan legalitas. Suatu peraturan umum adalah “adil” jika ia benar-benar diterapkan, sementara itu suatu peraturan umum adalah “tidak adil” jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa.

## **2. Teori Kewenangan**

Di Indonesia dasar kewenangan menurut asas legalitas adalah merupakan prinsip negara hukum, sehingga semua tindakannya ditentukan dalam undang- undang. Asas legalitas merupakan prinsip negara hukum yang sering dirumuskan *Hetbeginself van wetmatigheid van bestuur* yakni prinsip keabsahan pemerintahan. HD Stout dengan mengutip pendapat Verhey, mengemukakan *Hetbeginself van wetmatigheid van bestuur* mengandung 3 (tiga) aspek, yaitu:

- 1) aspek negatif (*het negatieve aspect*)
- 2) aspek formal-positif (*het formeel-positieve aspect*)
- 3) aspek materiil positif (*het materieel-positieve aspect*).

Pertama, aspek negatif menentukan tindakan pemerintah tidak boleh bertentangan dengan undang-undang. Tindakan pemerintahan tidak sah jika bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Kedua, aspek formil positif menentukan bahwa pemerintah hanya

---

<sup>7</sup> Bagir Manan, hukum positif indonesia, Yogyakarta : UII Press, 2004

memiliki kewenangan tertentu sepanjang diberikan atau berdasarkan undang-undang.

Ketiga, aspek materiil positif menentukan undang-undang memuat aturan umum yang mengikat tindakan pemerintahan. Hal ini berarti kewenangan itu harus memiliki dasar perundang-undangan dan juga bahwa kewenangan itu isinya ditentukan normanya oleh undang-undang.

Henc van Maarseveen menggunakan dua istilah menjelaskan konsep kewenangan, yakni ketika menganalisis UUD sebagai document van attribute, digunakan istilah kekuasaan (power) sedangkan dalam menganalisis “pendelegasian” digunakan istilah wewenang (authority). Ia juga mengemukakan ada dua konsep kekuasaan, yaitu kekuasaan yang tidak terkait dengan hukum disebut blotemacht atau dalam Bahasa Inggris neck power. Di sisi lain kekuasaan yang berdasarkan pada hukum disebut wewenang. Secara teoritis kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan diperoleh melalui 3 (tiga) cara yaitu, Atribusi (Attributie), Delegasi (Delegatie), dan Mandat (Mandaat), hal ini juga sesuai dengan pendapat H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt. Menurut H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt mendefinisikan sebagai berikut:

- a) Atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang- undang kepada organ pemerintahan.
- b) Delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan dari satu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya.
- c) Mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan kewenangannya

dijalankan oleh organ lain atas namanya.

Kewenangan sebagaimana dikemukakan oleh Indroharto yaitu kewenangan dalam arti yuridis adalah suatu kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku untuk menimbulkan akibat-akibat hukum. Indroharto mengemukakan, bahwa wewenang diperoleh secara atribusi, delegasi, dan mandat, yang masing-masing dijelaskan sebagai berikut wewenang yang diperoleh secara atribusi, yaitu pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan. Jadi, disini dilahirkan/diciptakan suatu wewenang pemerintah yang baru. Pada delegasi terjadilah pelimpahan suatu wewenang yang telah ada oleh Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara yang telah memperoleh suatu wewenang secara atributif kepada Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara lainnya.

Jadi, suatu delegasi didahului oleh adanya suatu atribusi wewenang. Pada mandat, disitu tidak terjadi suatu pemberian wewenang baru maupun pelimpahan wewenang dari Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara yang satu kepada yang lain.

### **3. Teori Manfaat**

Eksistensi hukum bertujuan untuk memberikan keamanan dan ketertiban serta menjamin adanya kesejahteraan yang diperoleh masyarakat dari Negara sebagai payung bermasyarakat. Kaidah hukum di samping kepentingan manusia terhadap bahaya yang mengancamnya, juga mengatur hubungan di antara manusia. Masyarakat yang berkembang pesat dalam

bernegara, dipengaruhi oleh perkembangan jaman, sehingga kebutuhan harus dipenuhi sesuai jamannya.

Untuk itu perlu hukum yang kontekstual dalam arti dapat mengakomodir praktik-praktik sosial di masyarakat dengan diatur oleh norma hukum. Ajaran-ajaran hukum yang dapat diterapkan agar tercipta korelasi antara hukum dan masyarakatnya, yaitu hukum sosial yang lebih kuat dan lebih maju daripada ajaran-ajaran yang diciptakan oleh hukum perseorangan. Artikulasi hukum ini akan menciptakan hukum yang sesuai cita-cita masyarakat karenanya muara hukum tidak hanya keadilan dan kepastian hukum, akan tetapi aspek kemanfaatan juga harus terpenuhi. Penganut mazhab utilitarianisme memperkenalkan tujuan hukum yang ketiga, disamping keadilan dan kepastian hukum. Dilanjutkannya, tujuan hukum itu adalah untuk kemanfaatan bagi seluruh orang.

Kemanfaatan merupakan hal yang paling utama didalam sebuah tujuan hukum, mengenai pembahasan tujuan hukum terlebih dahulu diketahui apakah yang diartikan dengan tujuannya sendiri dan yang mempunyai tujuan hanyalah manusia akan tetapi hukum bukanlah tujuan manusia, hukum hanyalah salah satu alat untuk mencapai tujuan dalam hidup bermasyarakat dan bernegara. Tujuan hukum bisa terlihat dalam fungsinya sebagai fungsi perlindungan kepentingan manusia, hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Jika kita lihat definisi manfaat dalam kamus besar bahasa Indonesia manfaat secara terminologi bisa diartikan guna atau faedah. Dalam hal teori utilitarianisme, merupakan

aliran yang meletakkan kemanfaatan sebagai tujuan utama hukum adapun ukuran kemanfaatan hukum yaitu kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi orang-orang. Penilaian baik buruk, adil atau tidaknya hukum tergantung apakah hukum mampu memberikan karena utilitarianisme meletakkan kemanfaatan sebagai tujuan utama dari hukum, sehingga diharapkan budaya hukum mempunyai korelasi dalam pembentukan hukum.

Penganut aliran utilistis adalah Jeremy Bentham, John Stuart Mill, dan Rudolf von Jhering. Jeremy Bentham (1748-1832) salah satu tokoh yang mengemukakan aliran utilitarianisme, Bentham menerapkan salah satu prinsip aliran utilitarianisme ke dalam lingkungan hidup, yaitu manusia akan bertindak untuk mendapatkan kebahagiaan yang sebesar-besarnya dan mengurangi penderitaan. Ukuran baik-buruknya suatu perbuatan manusia tergantung pada apakah perbuatan tersebut mendatangkan kebahagiaan atau tidak. Pembentuk undang-undang hendaknya dapat melahirkan undang-undang yang dapat mencerminkan keadilan bagi semua individu.

Dengan berpegang pada prinsip tersebut, perundangan itu hendaknya dapat memberikan kebahagiaan terbesar bagi sebagian besar masyarakat (the greatest happiness for the greatest number). Tujuan perundang-undangan menurut Bentham adalah untuk menghasilkan kebahagiaan bagi masyarakat. Untuk itu perundang-undangan harus berusaha untuk mencapai empat tujuan, yaitu:

- a) To provide subsistence (untuk memberikan nafkah hidup);
- b) To provide abundance (untuk memberikan makanan yang berlimpah);



- c) To provide security (untuk memberikan perlindungan);
- d) To attain equity (untuk mencapai persamaan).

Menurut Montesquieu, para legislator dalam membentuk hukum harus seperti tabib yang mendiagnosis penyakit pasiennya kemudian memberikan resep. Legislator harus mendiagnosis di masyarakat kebutuhan atau elemen-elemen apa saja yang dapat di implementasikan saat diberlakukannya peraturan perundang-undangan. Hal mendasar yang tidak dapat dipisahkan adalah inherensiasi antara pembuatan peraturan dengan pelaksana peraturan. Sinergitas keduanya merupakan barometer terciptanya negara yang aman dan tertib sehingga kondusifitas dapat selalu terjaga. Perubahan-perubahan yang terjadi dalam masyarakat merupakan suatu gejala yang umum, bahwa perubahan-perubahan tersebut dipengaruhi akan gejala sosial. Eksistensi masyarakat, sejatinya dapat mempengaruhi lahirnya produk hukum, karena norma tersebut yang akan dirasakan secara langsung oleh masyarakat holistik. Kealpaan legislator dalam memerhatikan norma di masyarakat saat mengadakan kompromi-kompromi regulasi menghambat pembangunan hukum dan/atau pembangunan masyarakat. Cita-cita hukum pun tidak terwujud dengan baik, karena objek dari hukum tidak merasakan fungsi dari peraturan perundang-undangan yang dibentuk.

Sejatinya hukum berperan sebagai instrument yang memberikan manfaat kepada masyarakat holistik Dengan demikian tujuan hukum, bagi penganut teori utilitas atau teori kemanfaatan adalah kebahagiaan yang sebesar- besarnya bagi individu yang sebanyak-banyaknya. Adagiumnya

dalam Bahasa Inggris “the greatest happiness the greatest number”.

## **F. Kerangka Konseptual**

### **1. Konsep Negara Hukum**

Sistem pemerintahan negara yang ditegaskan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NKRI 1945) menentukan negara Indonesia berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*), tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*machtstaat*). Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 dalam perubahan keempat pada tahun 2002, konsepsi Negara hukum atau *rechtstaat* yang sebelumnya tercantum dalam Penjelasan UUD NKRI 1945, dirumuskan dengan tegas dalam Pasal 1 ayat (3) menyebutkan, bahwa “Negara Indonesia adalah Negara Hukum.”

Dalam konsep Negara hukum itu diidealkan bahwa yang harus dijadikan panglima dalam dinamika kehidupan bernegara adalah ‘hukum’, bukan politik atau ekonomi. Jadi hukum sebagai sistem bukan orang perorangan yang bertindak hanya sebagai wayang dari skenario sistem yang mengaturnya. Berdasarkan uraian di atas yang dimaksud dengan Negara hukum ialah Negara yang berdiri dan menjunjung tinggi hukum dan menjamin keadilan untuk warga negaranya.

Dengan demikian keadilan merupakan syarat bagi terciptanya kebahagiaan hidup serta disertai dengan rasa susila kepada setiap manusia agar menjadi warga Negara yang baik, demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya. Menurut Moh. Kusnardi dan

Harmaily Ibrahim, negara hukum adalah Negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warganya. Keadilan merupakan syarat bagi tercapainya kebahagiaan hidup untuk warga negaranya, dan sebagai dasar dari pada keadilan itu perlu diajarkan rasa susila kepada setiap manusia agar ia menjadi warga negara yang baik.

Demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya. Sunaryanti Hartono lebih memilih memakai istilah rule of law bagi negara hukum agar supaya tercipta suatu negara yang berkeadilan bagi seluruh rakyat yang bersangkutan, penegakan the rule of law itu harus diartikan dalam arti yang materi. Sudargo Gautama senada dengan sunaryanti Hartono menyamakan rule of law bagi negara hukum ia mengemukakan: “Bahwa dalam suatu negara hukum, terdapat pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan. Negara tidak maha kuasa, tidak bertindak sewenang-wenang tindakan-tindakan negara terhadap warganya dibatasi oleh hukum inilah apa yang oleh ahli hukum Inggris dikenal sebagai the rule of law.

Unsur-unsur negara hukum menurut Freidrich Julius Stahl yang diilhami oleh Immanuel Kant adalah:

- 1) Berdasarkan dan menegakkan hak-hak asasi manusia.
- 2) Untuk dapat melindungi hak asasi dengan baik maka penyelenggaraan negara harus berdasarkan trias politica.
- 3) Pemerintah berdasarkan undang-undang.

4) Apabila pemerintah yang berdasarkan undang-undang masih dirasa melanggar hak asasi manusia maka harus diadili dengan peradilan administrasi.

Sementara itu perkembangan negara hukum di Indonesia dapat dibagi menjadi 5 (lima) tahapan, antara lain:

Tahap pertama, sejak proklamasi kemerdekaan 1945 sampai awal tahun 1950-an. Gagasan tentang negara hukum (*rechtsstaat*) dapat dikemukakan dalam sidang-sidang BPUPKI (Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia) dan dalam naskah Penjelasan UUD 1945, yang menegaskan bahwa Indonesia merupakan negara berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*) dan bukan berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*). Masa ini dapat dikatakan sebagai masa pencarian, karena pada awal proklamasi selama lima tahun bangsa Indonesia fokus berjuang mempertahankan kemerdekaan dari agresi Belanda.

Tahap kedua, berlangsung sejak 1950 sampai dengan 1965. Pada dasawarsa ini, orientasi pemikiran negara hukum Indonesia berada dalam dua pusaran perdebatan tentang dasar negara, yaitu Pancasila berhadapan dengan Islam. Hal ini berkaitan dengan wacana yang berkembang dalam persidangan Konstituante (1955-1958) yang gagal membahas penetapan satu di antara dua pilihan tersebut. Akhirnya, Presiden Soekarno pada tanggal 5 Juli 1959 mencanangkan Dekrit Presiden yang membubarkan Konstituante dan menyatakan berlakunya kembali UUD 1945 untuk menggantikan UUDS 1950. Pada masa itu, aliran pemikiran Pancasila

memainkan peran sentral. Pemikir hukum Indonesia terkemuka, Notonagoro (UGM) meletakkan fondasi Pancasila sebagai falsafah negara meresapi tata hukum Indonesia.

Tahap ketiga, berlangsung selama tiga dekade, yakni masa Orde Baru yang berkuasa selama 32 tahun. Pada awal orba, terjadi perubahan jalannya negara hukum Indonesia. Saat itu, hukum diabdikan untuk melayani pembangunan dengan pertumbuhan ekonominya. Dalam konteks gagasan negara hukum, pada waktu itu, mulai diperkenalkan istilah rule of law. Hal itu ditandai dengan adanya beberapa penelitian mengenai rule of law, seperti:

- 1) penelitian International Commission of Jurists (ICJ) yang mengevaluasi 20 tahun rule of law pada masa Orde Baru (1987);
- 2) penelitian Todung Mulya Lubis di Universitas Harvard (1990).

Penelitian-penelitian tersebut bukan lagi berorientasi pada fondasi ideologi negara hukum, tetapi diwarnai hal-hal yang empiris, dari praktek kekuasaan negara seperti perlindungan HAM baik hak asasi politik, hak asasi ekonomi dan sosial-budaya, maupun hak asasi di bidang pembangunan.

Tahap keempat, masa reformasi adalah implementasi negara hukum berpaham rule of law. Disini, rule of law maknanya bukanlah hanya sebagai padanan kata atau terjemahan dari negara hukum, tetapi sebagai sebuah konsep yang fondasinya dibangun menurut budaya masyarakat Barat (khususnya negara penganut sistem common law seperti Inggris dan

Amerika) yang liberal individualistik. Implementasi rule of law dilakukan secara “instrumental” melalui pembaruan legislasi, penegasan separation of power dengan check and balances, pengadopsian constitutional review (judicial review) dan pembentukan lembaga-lembaga negara independen (auxiliary state agencies). Jimly Asshiddiqie, sebagai pemikir yang berkontribusi dalam tahapan ini, bahkan memperluas ranah kajian rule of law dalam ranah lingkungan hidup dengan menerbitkan buku “Green Constitution” dan dalam ranah ekonomi dalam bukunya berjudul “Konstitusi Ekonomi”.

Tahap kelima, ditandai dengan pemikiran Satjipto Rahardjo dengan gagasan “hukum progresif” yang bergema sampai sekarang. Pemikirannya yang menonjol yakni karakter ber hukum yang “interaksionis” dengan mengimbangi arus pemikiran “instrumental” yang didominasi pemikiran reformasi hukum yang dimotori Jimly Asshiddiqie yang fokus pada perombakan legislasi (peraturan perundang-undangan) dan pembenahan institusi (kelembagaan negara).

Menyimak tulisan-tulisan Satjipto Rahardjo tentang negara hukum dalam bukunya berjudul “Negara Hukum yang Membahagiakan Rakyatnya” (2008) maka dapat dikemukakan ada 7 (tujuh) kunci pokok pemikirannya sebagai berikut:

- a. Kritik terhadap negara hukum liberal, baik rechtsstaat maupun rule of law yang berwatak liberal-kapitalistik karena kelahiran rechtsstaat dan rule of law dalam masyarakat Eropa pada abad ke-18 sejalan dengan

berkembangnya nasionalisme, demokrasi dan kapitalisme.

- b. Menolak penerapan negara hukum liberal atau transplantasi hukum karena menunjukkan bukti-bukti kegagalan di negara-negara non-Eropa termasuk Indonesia. Beliau mengagaskan dibangunnya negara hukum dari bawah (the rule of law from below).
- c. Membangun negara hukum bukan hanya fokus pada hukum negara (legislasi dan institusi), tetapi juga memasukkan hukum rakyat (hukum adat dan hukum kebiasaan) sebagai fondasi negara hukum. Ini berarti negara hukum (formal- institutional) tidak mencukupi untuk mencapai tujuan bersama. Hukum rakyat (cultural- interactional) harus dilibatkan secara bersama-sama. Dengan perkataan lain, pluralisme hukum masuk dalam wacana negara hukum.
- d. Perlu peran aktif negara untuk mewujudkan negara hukum yang membahagiakan rakyatnya. Negara hukum harus menjadi negara yang baik (benevolence state) yang memiliki kepedulian. Bukan negara yang netral, tetapi negara yang bernurani (a state with conscience), dalam arti negara dikelola dengan praktek-praktek kebajikan (practical wisdom) dan moralitas kebajikan (moral virtue) dari penyelenggara negara. Mirip dengan pendapat Aristoteles.
- e. Manusia diutamakan terkait dengan tujuan hukum untuk mengabdikan kepada kepentingan manusia (human dignity), bukan sebaliknya. Nuansa antroposentris ini adalah jantung dari negara hukum Indonesia. Berbeda dengan negara hukum Kelsenian, yang berfokus pada bentuk dan struktur logis-

rasional negara hukum yang mengedepankan susunan hirarkhis peraturan perundang-undangan sebagai penentu (dominan). Di balik itu, inti gagasan negara hukum Satjipto Raharjo adalah suatu bangunan nurani, sehingga segala hal yang berkaitan dengan negara hukum dilekatkan pada nurani sebagai penentu, bukan peraturan perundang-undangan.

f. Diperlukan negara hukum substantif, bukan negara hukum formal.

Negara hukum formal mengutamakan sendi-sendi:

- 1) pembatasan kekuasaan negara;
- 2) pemerintahan berdasarkan hukum; dan
- 3) pemerintahan dipilih secara demokratis.

Selain itu, negara hukum substantif mengutamakan

- 1) pemenuhan hak-hak asasi;
- 2) pengutamaan kemanusiaan dan keadilan
- 3) kesejahteraan warga.

Dengan perkataan lain, negara hukum substantif adalah negara hukum yang membahagiakan rakyatnya.

g. Tidak menafikan eksistensi hukum tertulis seperti konstitusi, namun konstitusi tertulis itu seyogyanya dibaca secara bermakna agar bisa memahami nilai moral yang tersirat di balik konstitusi tertulis. Gagasan ini mengacu pada pandangan Ronald Dworkin (Amerika) tentang the moral reading of the constitution. Menyimak spirit pemikiran Satjipto Rahardjo, bahwa jantung dari gagasan negara hukum yang ditawarkan adalah negara yang bernurani atau negara yang membahagiakan



rakyatnya. Jika dimaknai dalam konteks ke Indonesiaan, maka pemikiran negara hukum Satjipto Rahardjo dapat ditempatkan pada wujud empirik pemikiran tentang “Negara Hukum Pancasila”.

Jika mengkaji Negara Indonesia, yang merupakan negara hukum yang berdasarkan Pancasila. Menurut Sri Soemantri Martosoewignjo, unsur-unsur negara hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila, yaitu:

- 1) Adanya pengakuan terhadap jaminan hak-hak asasi manusia dan warga negara;
- 2) Adanya pembagian kekuasaan;
- 3) Bahwa dalam melaksanakan tugas dan kewajiban, pemerintah harus selalu berdasarkan atas hukum yang berlaku, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis;
- 4) Adanya kekuasaan kehakiman yang dalam menjalankan kekuasaannya merdeka, artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah, sedang khusus untuk Mahkamah Agung harus juga merdeka dari pengaruh-pengaruh lainnya. Adapun ciri negara hukum yaitu adanya pembagian kekuasaan dan pemencaran kekuasaan (*scheiding en spreiding van machten*). Pembagian dan pemencaran itu merupakan upaya mencegah bertumpuknya kekuasaan pada satu pusat pemerintahan, sehingga beban pekerjaan yang dijalankan Pemerintah Pusat menjadi lebih ringan. Adanya pemencaran kekuasaan itu juga pada hakikatnya dalam rangka *check and balances* penyelenggaraan kekuasaan pemerintahan.

Philipus M Hadjon memberikan ciri negara hukum Pancasila, bukan lagi negara hukum yang berdasarkan atas Pancasila. Ciri negara hukum

Pancasila menurut Philipus M Hadjon adalah sebagai berikut:

- 1) Keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan;
- 2) Hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara;
- 3) Prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah dan peradilan merupakan sarana terakhir;
- 4) Keseimbangan antara hak dan kewajiban.

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

- 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:

- a. Asas legalitas, konstitusionalitas, dan supremasi hukum;
  - b. Asas undang-undang menetapkan berbagai perangkat peraturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintahan;
  - c. Asas non-retroaktif perundang-undangan, sebelum mengikat undang-undang harus lebih dulu diundangkan dan diumumkan secara layak;
  - d. Asas peradilan bebas, independent, imparial, dan objektif, rasional, adil dan manusiawi;
  - e. Asas non-liquet, hakim tidak boleh menolak perkara karena alasan undang- undangnya tidak ada atau tidak jelas;
  - f. Hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam undang-undang atau Undang-Undang Dasar.
- 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:

- a. Adanya mekanisme pemilihan pejabat-pejabat publik tertentu yang bersifat langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil yang diselenggarakan secara berkala;
- b. Pemerintah bertanggungjawab dan dapat dimintai pertanggungjawaban oleh badan perwakilan rakyat;
- c. Semua warga Negara memiliki kemungkinan dan kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan politik dan mengontrol pemerintah;
- d. Semua tindakan pemerintahan terbuka bagi kritik dan kajian rasional oleh semua pihak;
- e. Kebebasan berpendapat/berkeyakinan dan menyatakan pendapat;
- f. Kebebasan pers dan lalu lintas informasi;
- g. 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:

- a. Asas-asas umum pemerintahan yang layak;
- b. Syarat-syarat fundamental bagi keberadaan manusia yang bermartabat manusiawi dijamin dan dirumuskan dalam aturan

perundang-undangan, khususnya dalam konstitusi;

- c. Pemerintah harus secara rasional menata tiap tindakannya, memiliki tujuan yang jelas dan berhasil guna (doelmatig). Artinya, pemerintahan itu harus diselenggarakan secara efektif dan efisien.

Tugas negara dibagi menjadi tiga kelompok, Pertama, negara harus memberikan perlindungan kepada penduduk dalam wilayah tertentu. Kedua, negara mendukung atau langsung menyediakan berbagai pelayanan kehidupan masyarakat di bidang sosial, ekonomi, dan kebudayaan. Ketiga, negara menjadi wasit yang tidak memihak antara pihak-pihak yang berkonflik dalam masyarakat serta menyediakan suatu sistem yudisial yang menjamin keadilan dasar dalam hubungan kemasyarakatan. Tugas negara menurut faham modern sekarang ini (dalam suatu Negara Kesejahteraan atau Social Service State), adalah menyelenggarakan kepentingan umum untuk memberikan kemakmuran dan kesejahteraan yang sebesar-besarnya berdasarkan keadilan dalam suatu Negara Hukum.

Esping-Andersen sebagaimana dikutip oleh Darmawan Triwibowo, Negara kesejahteraan bukanlah satu konsep dengan pendekatan baku. Negara kesejahteraan lebih sering ditengarai dari atribut-atribut kebijakan pelayanan dan transfer sosial yang disediakan oleh negara (pemerintah) kepada warganya, seperti pelayanan pendidikan, transfer pendapatan, pengurangan kemiskinan, sehingga kedua-duanya (Negara kesejahteraan dan kebijakan sosial) sering diidentikkan. Hal itu tidaklah tepat karena kebijakan sosial tidak mempunyai hubungan implikasi dengan negara kesejahteraan.

Kebijakan sosial bisa diterapkan tanpa keberadaan negara kesejahteraan, tapi sebaliknya negara kesejahteraan selalu membutuhkan kebijakan sosial untuk mendukung keberadaannya.

Konsep negara kesejahteraan menjadi landasan kedudukan dan fungsi pemerintah (*bestuursfunctie*) dalam negara-negara modern. Negara kesejahteraan merupakan antitesis dari konsep negara hukum formal (klasik), yang didasari oleh pemikiran untuk melakukan pengawasan yang ketat terhadap penyelenggaraan kekuasaan negara, khususnya eksekutif yang pada masa monarkhi absolut telah terbukti banyak melakukan penyalahgunaan kekuasaan. Paham negara kesejahteraan memperkenalkan konsep mengenai peranan negara yang lebih luas. Menurut Utrecht, lapangan pekerjaan pemerintah suatu negara hukum modern sangat luas. Pemerintah suatu negara hukum modern bertugas menjaga keamanan dalam arti seluas-luasnya, yaitu keamanan sosial di segala lapangan masyarakat.

Dalam suatu *welfare state*, masa ekonomi liberal telah lampau dan ekonomi liberal itu telah diganti oleh suatu ekonomi yang lebih dipimpin oleh pusat (*centraalgeleide economie*). *Staatsonthouding* telah diganti oleh *Staatsbernoeienies*, pemisahan antara negara dan masyarakat ditinggalkan.

Apabila semula negara hanya dipandang sebagai *instrument of power*, maka mulai timbul aliran-aliran yang menganggap negara sebagai *agency of service*. Maka timbullah konsep *welfare state* yang terutama memandang manusia tidak hanya sebagai individu, akan tetapi juga sebagai anggota atau warga dari kolektiva dimana manusia bukanlah semata-mata merupakan alat

kepentingan kolektif saja akan tetapi juga untuk tujuan dirinya sendiri. Ciri-ciri yang pokok dari suatu welfare state ini adalah sebagai berikut:

- a. Pemisahan kekuasaan berdasarkan trias politica dipandang tidak prinsipil lagi. Pertimbangan-pertimbangan efisiensi kerja lebih penting daripada pertimbangan-pertimbangan dari sudut politis, sehingga peranan organ-organ eksekutif lebih penting dari sudut politis dan peranan organ-organ eksekutif lebih penting daripada organ-organ legislatif.
- b. Peranan negara tidak terbatas pada menjaga keamanan dan ketertiban saja akan tetapi negara secara aktif berperan dalam penyelenggaraan kepentingan rakyat di bidang-bidang sosial, ekonomi dan budaya, sehingga perencanaan (planning) merupakan alat yang penting dalam welfare state.
- c. Welfare state merupakan negara hukum materiil yang mementingkan keadilan sosial dan bukan persamaan formil.
- d. Sebagai konsekuensi hal-hal tersebut di atas, maka dalam welfare state hak milik tidak lagi dianggap sebagai hak yang mutlak, akan tetapi dipandang mempunyai fungsi sosial, yang berarti adanya batas-batas dalam kebebasan penggunaannya.
- e. Adanya kecenderungan bahwa peranan hukum publik semakin penting dan semakin mendesak peranan hukum perdata. Hal ini disebabkan karena semakin luasnya peranan negara dalam kehidupan sosial, ekonomi dan budaya.

Model ini telah menjadi obsesi yang kuat bagi pendiri republik Indonesia, dengan Bung Hatta sebagai figur sentralnya, UUD 1945 mengandung semangat ke arah model ini. Tujuan pokok negara kesejahteraan ini antara lain adalah :

- a. Mengontrol dan mendayagunakan sumber daya sosial ekonomi untuk kepentingan publik;
- b. Menjamin distribusi kekayaan secara adil dan merata;
- c. Mengurangi kemiskinan;
- d. Menyediakan asuransi sosial (pendidikan, kesehatan) bagi masyarakat miskin;
- e. Menyediakan subsidi untuk layanan sosial dasar bagi disadvantage
- f. Memberi proteksi sosial bagi tiap warga negara.

Negara kesejahteraan merupakan negara hukum yang memperhatikan pada upaya mewujudkan kesejahteraan orang banyak. UUD 1945 baik dalam Pembukaan maupun Batang Tubuh memuat berbagai ketentuan yang meletakkan kewajiban pada negara atau pemerintah untuk mewujudkan kesejahteraan bagi orang banyak. Bahkan sila Kelima Pancasila dengan tegas menyatakan “Keadilan Sosial Bagi Seluruh rakyat Indonesia”. Konsekuensinya, diperlukan perangkat pemerintahan terdekat yang dapat memahami maupun menyelesaikan persoalan persoalan rakyat dengan cepat.



## 2. Konsep Kepastian Hukum

Kedudukan wewenang pemerintahan terhadap penyelenggaraan pemerintahan tidak bisa dilepaskan kaitannya dengan penerapan asas legalitas dalam sebuah konsepsi negara hukum yang demokratis atau negara demokrasi yang berdasarkan atas hukum. Asas legalitas merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan sebagai pijakan dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintahan di setiap negara yang menganut konsepsi negara hukum.

Dalam perkembangannya lebih lanjut asas legalitas digunakan juga dalam bidang hukum administrasi (negara) sebagaimana dikemukakan oleh H.D Stout yang menyatakan pemerintah harus tunduk kepada undang-undang (*is dat het bestuur aan de wet is onderwerpen*). Dengan kata lain, bahwa dengan adanya asas legalitas menetapkan semua ketentuan yang mengikat warga negara haruslah didasarkan pada undang-undang (*het legaliteits beginsel houdt in dat alle (algemene) de burgers bindende bepalingen op de wet moeten berusten*). Selain itu, dengan kehadiran konsepsi negara hukum maka asas legalitas ini dijadikan sebagai pilar dasar dan merupakan prinsip negara hukum yang sering kali dirumuskan dalam sebuah pernyataan yakni, pemerintahan harus berdasarkan pada hukum (*rechtmatigheid van bestuur, government based on the law*).

Dalam penyelenggaraan pemerintahan asas legalitas menjadi acuan dasar bagi pemerintah dalam bertindak atau berbuat. Dalam arti, bahwa pemerintahan harus dijalankan berdasarkan ketentuan undang-undang.

Konsep ini kemudian ditetapkan menjadi sebuah asas dalam penyelenggaraan pemerintahan, yakni asas pemerintahan berdasarkan undang-undang (*wetmatigheid van bestuur*). Keberadaan asas ini terkait erat dengan konsepsi negara hukum yang berkembang dari pemikiran hukum abad ke- 19, khususnya yang berkaitan dengan konsepsi negara hukum klasik atau negara hukum liberal (*de liberale rechtsstaatsidee*). Pemikiran hukum pada masa itu sangatlah didominasi dan dikuasai oleh pemikiran hukum legalistik-positivistik, terutama pengaruh aliran atau ajaran hukum *legisme*, yang menganggap hukum apa yang tertulis dalam undang-undang. Oleh karena itu, undang-undang dijadikan sebagai sendi utama dalam konsep penyelenggaraan pemerintahan negara. Dengan kata lain, penerapan asas legalitas dalam konsep atau gagasan negara hukum liberal memiliki kedudukan sentral, atau sebagai suatu fundamen dari sebuah konsepsi negara hukum (*als een fundamente van de rechtsstaat*).

Prinsip dasar dalam sebuah konsepsi negara hukum menetapkan, bahwa setiap tindakan atau perbuatan yang dilakukan oleh pemerintah (*bestuurshandelingen*) haruslah berdasarkan pada peraturan perundang-undangan atau berdasarkan adanya suatu legitimasi atau kewenangan, sehingga tindakan atau perbuatan pemerintah tersebut dipandang absah adanya. Dalam praktik bernegara penerapan dari prinsip tersebut sering kali berbeda-beda antara satu negara dan negara lainnya. Ada negara yang begitu ketat berpegang teguh pada prinsip tersebut, namun ada pula negara yang tidak begitu ketat dalam menerapkannya. Dalam arti, bahwa untuk hal-hal

atau tindakan-tindakan (perbuatan) pemerintah yang tidak begitu fundamental sifatnya, maka sering kali penerapan prinsip tersebut dapat diabaikan. Negara Hukum untuk bertujuan menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat. Hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian hukum dan prediktabilitas yang tinggi. Kepastian adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya. Menurutnya, kepastian dan keadilan bukanlah sekedar tuntutan moral, melainkan secara faktual mencirikan hukum. Suatu hukum yang tidak pasti dan tidak mau adil bukan sekedar hukum yang buruk, melainkan bukan hukum sama sekali. Kedua sifat itu termasuk paham hukum itu sendiri (den begriff des Rechts). Hukum adalah kumpulan peraturan- peraturan atau kaidah-kaidah dalam suatu kehidupan bersama, keseluruhan peraturan tentang tingkah laku yang berlaku dalam suatu kehidupan bersama, yang dapat dipaksakan pelaksanaannya dengan suatu sanksi. Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak lagi dapat dijadikan pedoman perilaku bagi semua orang. Ubi jus incertum, ibi jus nullum (di mana tiada kepastian hukum, di situ tidak ada hukum). Kepastian hukum adalah “sicherheit des Rechts selbst” (kepastian tentang hukum itu sendiri). Ada empat hal yang

berhubungan dengan makna kepastian hukum.

Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa ia adalah perundang-undangan (*gesetzliches Recht*).

Kedua, bahwa hukum itu didasarkan pada fakta (*Tatsachen*), bukan suatu rumusan tentang penilaian yang nanti akan dilakukan oleh hakim, seperti “kemauan baik”, ”kesopanan”.

Ketiga, bahwa fakta itu harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping juga mudah dijalankan. Keempat, hukum positif itu tidak boleh sering diubah-ubah. Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang deliberatif. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu.

Sebagai pisau analisis untuk memecahkan permasalahan dan rumusan masalah penelitian ini, peneliti menggunakan kerangka teori sebagai berikut:

## 1. Notaris

### a. Notaris sebagai pejabat public

Jabatan Notaris diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris dan Kode Etik Notaris, maka Notaris adalah suatu jabatan yang melaksanakan sebagian kegiatan tugas negara dalam bidang hukum keperdataan dengan kewenangan untuk membuat akta- akta autentik yang diminta oleh para pihak yang menghadap Notaris. Mengenai pejabat umum diartikan sebagai pejabat yang disertai tugas untuk membuat akta autentik yang melayani kepentingan publik, dan kualifikasi seperti itu diberikan kepada Notaris. Seorang Notaris diangkat dan diberhentikan oleh negara dalam hal ini diwakili oleh pemerintah melalui menteri yang bidang tugas dan tanggung jawabnya meliputi bidang Kenotariatan.

Notaris menjalankan tugas negara, oleh karena itu akta yang dibuatnya merupakan dokumen negara sehingga diperkenankan menggunakan Lambang Negara sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 52 huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2009 Tentang Bendera, Bahasa dan Lambang Negara, serta lagu kebangsaan yaitu “Lambang Negara dapat digunakan sebagai cap atau kop surat Jabatan” dan dapat digunakan oleh Notaris sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 54 huruf J Undang- Undang Nomor 24 Tahun 2009. Notaris karena sebagai jabatannya yang berdasarkan hukum

dalam melaksanakan sebagian tugas negara yaitu menyimpan akta yang dibuatnya dengan sebaik mungkin karena merupakan salah satu arsip negara. Notaris sebagai pejabat umum dalam melaksanakan jabatannya harus memiliki kriteria sebagai berikut :

- 1) Berjiwa Pancasila
- 2) Taat kepada hukum, sumpah jabatan dan Kode Etik Notaris
- 3) Berbahasa Indonesia yang baik.

Kedudukan seorang Notaris sebagai suatu fungsionaris dalam masyarakat hingga sekarang dirasakan masih di segani. Seorang Notaris biasanya dianggap sebagai seorang pejabat tempat seseorang dapat memperoleh nasihat hukum. Segala sesuatu yang ditulis serta ditetapkan (konstatir) adalah benar, ia adalah pembuat dokumen yang kuat dalam proses hukum. Setiap masyarakat membutuhkan seseorang (figuur) yang keterangannya dapat diandalkan, dapat dipercayai, yang tandatangannya serta segelnya (capnya) memberi jaminan dan bukti kuat, seorang ahli yang tidak memihak dan penasihat yang tidak ada cacatnya (onkreukbaar atau unimpeachable), yang tutup mulut dan yang membuat suatu perjanjian yang dapat melindunginya di hari-hari yang akan datang.

## 2. Kewenangan Notaris

Kewenangan sama artinya dengan wewenang yaitu hak dan kekuasaan untuk melakukan sesuatu. Wewenang (authority) sebagai hak atau kekuasaan memberikan perintah atau bertindak untuk

mempengaruhi tindakan orang lain, agar sesuatu yang dilakukan sesuai dengan yang diinginkan. Wewenang Notaris berdasarkan hukum administrasi dapat diperoleh secara atribusi, yaitu pemberian wewenang baru kepada suatu jabatan berdasarkan peraturan perundang-undangan atau aturan hukum yang dulu kewenangan itu tidak atau belum dimiliki oleh organ atau lembaga yang lain. Notaris memiliki kewenangan yang diciptakan serta diberikan UUJN oleh karena itu kewenangan Notaris tidak diperoleh dari lembaga lain, melainkan secara langsung diperoleh dari UUJN yang mengatur secara tegas mengenai tugas jabatannya. Notaris memiliki kewenangan berdasarkan Pasal 15 ayat (1), (2), dan (3) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 Tentang Jabatan Notaris.

Wewenang Notaris dapat dilaksanakan serta dijalankan hanya sebatas pada yurisdiksi/wilayah hukum yang telah ditentukan dan ditetapkan di dalam UUJN dan dalam kewenangannya tersebut seorang Notaris dapat melaksanakan segala bentuk perbuatan hukum sesuai keinginan para pihak yang membutuhkan selama keinginan tersebut tidak bertentangan dengan Undang-Undang, Pancasila dan ketertiban umum. Kewenangan Notaris dalam Pasal 15 UUJN tersebut dapat dibagi menjadi 3 kewenangan yaitu : kewenangan umum, kewenangan khusus dan kewenangan yang akan datang.

a. Kewenangan Umum Notaris

Pasal 15 ayat (1) UUJN menegaskan bahwa salah satu kewenangan Notaris yaitu membuat akta secara umum. Akta yang

harus dibuat oleh seorang Notaris yaitu terkait dengan semua perbuatan, perjanjian dan ketetapan yang diharuskan oleh suatu aturan hukum untuk dibuat dan yang dikehendaki oleh orang yang bersangkutan. Beberapa akta autentik yang merupakan wewenang Notaris dan juga menjadi wewenang pejabat atau instansi lain. Salah satu aktanya adalah akta risalah lelang, khusus mengenai pembuatan akta tersebut Notaris harus mengikuti berbagai tahapan dan prosedur yang kemudian dinyatakan lulus oleh Kementerian Keuangan. Berdasarkan wewenang yang dimiliki seorang Notaris sebagaimana tersebut dalam Pasal 15 UUJN yakni Notaris dalam menjalankan tugas jabatannya memformulasikan keinginan/tindakan para pihak ke dalam akta autentik, dengan memperhatikan aturan hukum yang berlaku. Kehendak para pihak kemudian dituangkan ke dalam tulisan yang berbentuk akta Notaris yang mempunyai kekuatan pembuktian sempurna, sehingga tidak perlu dibuktikan atau ditambah dengan alat bukti tulisan yang lainnya. Jika misalnya ada pihak yang menyatakan bahwa akta tersebut tidak benar, maka pihak yang menyatakan tidak benar inilah yang wajib membuktikan pernyataannya sesuai dengan hukum yang berlaku.

Teori kepastian hukum adalah tujuan utama dari hukum menurut Utrecht, teori tersebut mengandung dua pengertian yaitu :

- 1) Adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan.



2) Berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadap individu.

b. Kewenangan khusus Notaris

Kewenangan khusus Notaris diatur dalam Pasal 15 ayat 2 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 Tentang Jabatan Notaris yang mengatur mengenai Notaris untuk melakukan tindakan hukum tertentu, seperti :

- 1) Mengesahkan tanda tangan dan menetapkan kepastian tanggal surat dibawah tangan dengan mendaftarkannya di dalam suatu buku khusus
- 2) Membukukan surat-surat dibawah tangan dengan mendaftarkannya di dalam suatu buku khusus
- 3) Membuat kopi dari asli surat-surat dibawah tangan berupa salinan yang memuat uraian sebagaimana di tulis dan digambarkan dalam surat yang bersangkutan
- 4) Melakukan pengesahan kecocokan antara fotokopi dengan surat aslinya
- 5) Memberikan penyuluhan hukum sehubungan dengan pembuatan akta
- 6) Membuat akta yang berkaitan dengan pertanahan; atau
- 7) Membuat akta risalah lelang.

c. Kewenangan Notaris yang akan ditentukan kemudian

Pasal 15 ayat 3 UUJN dengan kewenangan yang akan ditentukan kemudian adalah wewenang yang berdasarkan aturan hukum lain yang akan datang kemudian (*ius constituendum*). Wewenang Notaris yang akan ditentukan kemudian, merupakan wewenang yang akan ditentukan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

Batasan mengenai peraturan perundang-undangan ini dapat dilihat dalam Pasal 1 angka 2 UU Nomor 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara<sup>15</sup> bahwa yang dimaksud dengan peraturan perundangundangan dalam undang-undang ini adalah semua peraturan yang bersifat mengikat secara umum yang dikeluarkan oleh Badan Perwakilan Rakyat bersama Pemerintah baik tingkat pusat maupun tingkat daerah, yang juga mengikat secara umum. Bahwa kewenangan Notaris yang akan ditentukan kemudian tersebut adalah peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh lembaga negara (pemerintah bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat) atau Pejabat Negara yang berwenang dan mengikat secara umum. Dengan batasan seperti itu maka peraturan perundangundangan yang dimaksud harus dalam bentuk undang-undang bukan dibawah undang-undang. Suatu peraturan perundang-undangan di identifikasikan dengan sifat-sifat atau ciri sebagai berikut :

- 1) Peraturan perundang-undangan berupa tertulis, jadi mempunyai bentuk atau format tertentu.
- 2) Dibentuk, ditetapkan dan dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang, baik di tingkat pusat maupun daerah. Yang dimaksud dengan pejabat yang berwenang adalah pejabat yang ditetapkan berdasarkan ketentuan yang berlaku, baik berdasarkan atribusi maupun delegasi.
- 3) Peraturan perundang-undangan tersebut berisi pula tingkah laku. Jadi peraturan perundang-undangan bersifat mengatur (regulerrend), tidak bersifat sekali jalan (einmalig).

Kewenangan Notaris dikemudian hari ini dibentuk oleh lembaga terkait dengan kenotariatan yang mana aturan yang dibentuk dikemudian hari tersebut berbentuk Undang-Undang yang mengikat secara umum seluruh Notaris Indonesia bukan aturan yang dibawah Undang-Undang. Berdasarkan kewenangan tersebut lahirlah suatu aturan perundang-undangan yang dijadikan dasar Notaris dalam mencantumkan klausula dalam akta, selanjutnya dapat dilakukan dengan mewajibkan segala tindakan hukum tertentu dapat dibuat dengan akta Notaris. Semakin meningkatnya tingkat pendidikan masyarakat yang semakin paham mengenai hukum yang kemudian masyarakat membutuhkan pembuktian yang sempurna untuk mencegah dan menyelesaikan sengketa yang timbul di kemudian hari, semisal akta pendirian Partai Politik agar tercipta

kepastian dan bukti yang autentik yang mana diperlukan kerjasama dari semua pihak yang terlibat dalam penyusunan aturan yang akan datang.

#### 1) Tanggung Jawab Notaris

Notaris merupakan profesi hukum yang sangat mulia (*officium Nobile*) dikarenakan profesi Notaris sangat erat hubungannya dengan kemanusiaan, dan pejabat yang berwenang untuk membuat akta autentik mengenai semua perbuatan, perjanjian dan penetapan yang diharuskan oleh suatu peraturan umum atau oleh yang berkepentingan, dikehendaki untuk dinyatakan dalam suatu akta autentik. Sebagai pejabat umum Notaris dalam melaksanakan tugasnya harus bertindak berdasarkan etika. Etika yang dimaksud adalah Kode Etik Notaris untuk menjalankan pekerjaannya secara profesional, bermoral dengan motivasi dan berorientasi pada keterampilan intelektual dengan argumentasi rasional dan kritis. Salah satu unsur penting dari pengertian Notaris adalah Notaris sebagai “pejabat umum”. Hal ini berarti bahwa kepada Notaris diberikan dan dilengkapi dengan kewenangan atau kekuasaan umum yang menjangkau publik (*openbaar gezag*). Sebagai pejabat umum Notaris diangkat oleh Negara/Pemerintah dan bekerja untuk pelayanan kepentingan umum, walaupun Notaris bukan merupakan pegawai negeri yang menerima gaji dari

Negara/Pemerintah, Notaris di pensiunkan oleh Negara/Pemerintah tanpa mendapat pensiunan dari pemerintah. Dalam sikap melaksanakan tugasnya sebagai pejabat umum Notaris memiliki tanggung jawab, yang mana tanggung jawab ini dibedakan menjadi 3 antara lain :

a. Pertanggung jawaban secara administrasi

Pertanggung jawaban secara administrasi terdapat dalam Pasal 15 ayat 2 UUJN-P yang mana Notaris dapat bertanggung jawab untuk melakukan pendaftaran dan mengesahkan surat-surat dan/atau akta yang dibuat dibawah tangan. Tanggung jawab administrasi Notaris akan muncul ketika tidak dilaksanakan kewajiban-kewajiban Notaris sebagaimana mestinya. Pertanggung jawaban Notaris dapat dimintakan melalui lembaga/organisasi Notaris, berbeda dengan pertanggung jawaban secara pidana/perdata yang harus melalui pengadilan. Menentukan adanya suatu pertanggung jawaban hukum secara administrasi terhadap Notaris, jika Notaris terbukti bersalah dan dapat dihukum atau perbuatannya telah melanggar unsur-unsur yang secara tegas diatur dalam UUJN. Akta autentik telah dinyatakan melanggar syarat dan ketentuan apabila dalam pembuatannya tidak sesuai dengan Pasal 38, 39 dan 40 UUJN-P.

b. Pertanggung jawaban secara perdata

Notaris memiliki kewenangan dimana kewenangan tersebut dapat dibebani tanggung jawab atas perbuatannya dalam membuat akta autentik yang tidak sesuai dengan ketentuan yang berlaku.<sup>19</sup> Pertanggung jawaban perdata sangat erat kaitannya dengan perbuatan melawan hukum dan mengganti kerugian akibat perbuatan yang telah dilakukan. Adapun syarat yang harus dipenuhi untuk meminta pertanggung jawaban perdata Notaris dalam mengganti kerugian, biaya yang timbul dan bunga akibat kesalahan Notaris dalam pembuatan akta autentik adalah :

- (1) Mengenai hal-hal yang secara tegas ditentukan di UUJN
- (2) Jika suatu akta karena tidak memenuhi syarat-syarat mengenai bentuk (*gerbrek in de vorm*), dibatalkan dimuka umum pengadilan atau hanya berlaku sebagai akta yang dibuat dibawah tangan.
- (3) Dalam hal dimana menurut ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1365, 1366 dan 1367 KUHPerdata terdapat kewajiban untuk membayar ganti kerugian.

Berdasarkan Yurisprudensi Mahkamah Agung Putusan MA No. 702K/Sip/1973, Notaris dalam melaksanakan tugas jabatannya hanya bersifat formal yang hanya menuliskan apa-apa yang dikehendaki dan dikemukakan oleh para pihak

yang datang ke kantor Notaris tersebut. Aspek formal suatu akta Notaris harus terpenuhi yang mana terdiri dari :

- (1) Kepastian hari, tanggal, bulan, tahun dan pukul menghadap
- (2) Pihak (siapa) yang menghadap Notaris
- (3) Tandatangan yang menghadap
- (4) Salinan akta sesuai dengan minuta akta 5. Minuta akta ditandatangani secara lengkap

Notaris dapat saja melakukan kesalahan dalam proses pembuatan akta autentik dalam hal tidak terpenuhinya aspek formal dan Notaris tidak memiliki kewajiban untuk menyelidiki secara materil hal-hal yang dikemukakan dan disampaikan oleh para pihak kepada Notaris. Semisal Notaris digugat di Pengadilan oleh salah satu pihak dalam akta merasa bahwa tidak pernah menghadap dihadapan Notaris sehingga merugikan salah satu pihak dan mengakibatkan beralihnya suatu hak atas tanah. Apabila pihak melakukan bantahan terhadap akta tersebut, maka pihak tersebut harus membuktikan bahwa apa yang dikatakannya benar dan mengingkari dalil-dalil dalam akta Notaris tersebut tidak benar dengan bukti yang akurat yang dapat diterima oleh Pengadilan, sebagaimana bunyi Pasal 163 HIR/Rbg yakni :

“barang siapa yang mendalilkan mempunyai suatu hak, atau guna menguatkan haknya atau untuk membantah hak orang lain, menunjuk kepada suatu peristiwa, diwajibkan untuk membuktikan hak tau peristiwa tersebut”.

Mengenai kebenaran materil yang disampaikan oleh para pihak kepada Notaris dalam hal akan dilakukan pembuatan partij akta, maka Notaris tidak bertanggung jawab, kecuali Notaris telah terbukti melakukan pelanggaran. Contoh pelanggaran dalam partij akta yaitu Notaris memihak kepada salah satu klien dan merugikan pihak lainnya dan Notaris terbukti bersalah, sehingga Notaris melanggar UUJN dan dikenai sanksi berupa :

- (1) Peringatan tertulis
- (2) Pemberhentian sementara
- (3) Pemberhentian dengan hormat
- (4) Pemberhentian dengan tidak hormat

Selain itu jika Notaris terbukti telah merugikan para pihak dan menderita kerugian atas akta yang dibuatnya maka Notaris dapat dituntut ganti kerugian beserta bunganya oleh klien yang dirugikan, kemudian akta yang dibuatnya menjadi terdegradasi kekuatan pembuktiannya sehingga menjadi akta yang dibawah tangan dalam hal ini tidak memiliki kekuatan pembuktian yang sempurna.



c. Pertanggung jawaban secara pidana

Pertanggung jawaban pidana dalam istilah asing tersebut juga dengan teorekenbaardheid atau criminal responsibility yang menjurus kepada pemidanaan petindak dengan maksud untuk menentukan apakah seseorang terdakwa atau tersangka dipertanggung jawabkan atas suatu tindakan pidana yang terjadi atau tidak. Teori pertanggung jawaban hukum menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) adalah kewajiban menanggung segala sesuatunya yang terjadi apa-apa dituntut, dipersalahkan, dan diperkarakan. Dalam kamus hukum, tanggung jawab adalah suatu keharusan bagi seseorang untuk melaksanakan apa yang telah diwajibkan kepadanya. Notaris dalam melaksanakan tugas jabatannya dalam hal ini pembuatan ambtelijke acta atau akta pejabat yang mana kata yang dibuat sendiri secara langsung oleh Notaris yang didalamnya berisikan segala sesuatu yang dilihat, didengar, dialami oleh notaris untuk dituangkan dalam suatu akta. Notaris dapat dipertanggung jawabkan secara pidana maupun secara perdata.

Raden Soegondo Notodisoerjo menyatakan tentang apa yang dapat dipertanggung jawabkan oleh Notaris yaitu apabila penipuan atau tipu muslihat itu bersumber dari Notaris

itu sendiri. Hal tersebut dapat terjadi apabila seorang Notaris dalam suatu transaksi peralihan hak misalnya dalam akta jual beli dengan sengaja mencantumkan harga yang lebih rendah dari harga yang sesungguhnya. Menurut Herlin Budiono etika jabatan Notaris menyangkut masalah yang berhubungan dengan sikap para Notaris berdasarkan nilai dari moral terhadap rekan Notaris, Masyarakat dan Negara, dengan dijiwai pelayanan yang berintikan penghormatan terhadap martabat manusia pada umumnya dan martabat Notaris pada khususnya, maka ciri pengembangan Profesi Notaris adalah :

- (1) Jujur, mandiri, tidak berpihak dan bertanggung jawab
- (2) Mengutamakan pengabdian pada kepentingan masyarakat dan Negara
- (3) Tidak mengacu pamrih (disinterestsdness)
- (4) Rasional yang berarti mengacu kebenaran objektif
- (5) Spesialis fungsional yaitu ahli di bidang Kenotariatan; 6.

Solidaritas antar sesama rekan dengan tujuan menjaga kualitas dan martabat profesi.

## **2) Notaris Pengganti, Kewenangan dan tanggung jawabnya**

Pasal 1 poin 3 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris yaitu : “Notaris Pengganti adalah seseorang yang untuk sementara diangkat sebagai Notaris untuk menggantikan

Notaris yang sedang cuti, sakit atau untuk sementara berhalangan menjalankan jabatannya sebagai Notaris”. Berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (3) jo Pasal 33 ayat (2) UUJN-P adalah dimaksudkan untuk mengatur kedudukan hukum dari Notaris Pengganti yakni sebagai Notaris. Kedudukan yang demikian berarti Notaris Pengganti adalah pejabat umum sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 1868 KUHPperdata.<sup>23</sup> Notaris Pengganti ditunjuk oleh Majelis Pengawas Daerah atau Notaris yang akan melaksanakan hak cutinya, agar tidak merugikan para pihak yang akan melakukan suatu perbuatan hukum.

Profesi Notaris Pengganti diletakkan tanggung jawab yang berat menyangkut penegakan hukum dan kepercayaan yang luar biasa yang diberikan kepadanya. Oleh karenanya tidak semua orang dapat menjadi Notaris Pengganti dan syarat untuk menjadi Notaris Pengganti itu perlu beberapa tambahan yang harus dipenuhi antara lain :

- a. Bertaqwa kepada Tuhan Yang Maha Esa
- b. Setia kepada Pancasila dan UUD 1945
- c. Sehat jasmani yang dibuktikan dengan surat keterangan sehat dari dokter rumah sakit pemerintah atau swasta
- d. Sehat rohani/jiwa yang dibuktikan dengan surat keterangan sehat dari psikiater rumah sakit pemerintah atau swasta
- e. Berumur paling rendah 27 tahun
- f. Tidak pernah terlibat

dalam tindakan kriminal yang dinyatakan dalam surat keterangan dari Kepolisian Republik Indonesia.

Kewenangan Notaris sama dengan Notaris Pengganti sebagaimana bunyi Pasal 33 ayat (2) UUJN-P bahwa ketentuan yang berlaku bagi Notaris sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4, Pasal 15, Pasal 16 dan Pasal 17 berlaku bagi Notaris Pengganti dan Pejabat Sementara Notaris, kecuali undang-undang ini menentukan lain. Pasal 15 UUJN-P menyatakan bahwa kewenangan Notaris adalah membuat akta autentik mengenai semua perbuatan, perjanjian dan penetapan yang diharuskan oleh peraturan perundang-undangan dan/atau yang dikehendaki oleh yang berkepentingan untuk dinyatakan dalam akta autentik, menjamin kepastian tanggal pembuatan akta, menyimpan akta, memberikan grosse, salinan dan kutipan akta, semuanya itu sepanjang pembuatan akta itu tidak juga ditegaskan atau dikecualikan kepada pejabat lain atau orang lain yang ditetapkan oleh undang-undang.

### **3) Akta Notaris**

Notaris sebagai pejabat publik produk akhirnya yaitu akta autentik, yang terikat dalam ketentuan hukum perdata terutama dalam hukum pembuktian. Akta Notaris merupakan dokumen resmi yang dibuat oleh dan/atau dihadapan Notaris yang merupakan akta Notaris dan memiliki kekuatan pembuktian

secara sempurna. Mengenai pembuktian secara otentik disebutkan dalam pasal 1868 KUHPerdara :

“suatu akta autentik adalah suatu akta yang dibuat dalam bentuk yang ditentukan oleh Undang-undang oleh atau dihadapan pejabat umum yang berwenang untuk itu di tempat akta itu dibuat”

Dalam KUHPerdara mensyaratkan akta autentik harus memenuhi unsur-unsur yang mana mengenai bentuknya ditentukan oleh Undang- Undang yaitu Undang-Undang Nomor 2 tahun 2014 perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 tahun 2004 perubahan atas undang-undang Nomor 30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris dan dibuat oleh Pejabat Umum yang berwenang untuk membuat akta, Notaris termasuk Pejabat Umum. Ketika tidak terpenuhinya unsur-unsur tersebut maka akta yang dibuat hanya berupa tulisan yang dibuat dibawah tangan dan pembuktiannya juga dibawah tangan sebagaimana bunyi pasal 1869 KUHPerdara :

“suatu akta yang tidak dapat diperlakukan sebagai akta autentik, baik karena tidak berwenang atau tidak cakupnya pejabat umum yang bersangkutan maupun karena cacat dalam bentuknya, mempunyai kekuatan sebagai tulisan di bawah tangan bila ditandatangani oleh para pihak”.

Akta Notaris merupakan salah satu hasil dari pelaksanaan

tugas jabatan Notaris sesuai kewenangan yang diberikan kepada Notaris. Dalam melaksanakan kewenangannya Notaris kurang memperhatikan aturan yang terkait sehingga kekuatan pembuktian suatu akta Notaris menjadi dibawah tangan. Akta dalam Pasal 1 ayat (7) UUJN-P menyatakan bahwa akta Notaris yang selanjutnya disebut akta adalah akta autentik yang dibuat oleh atau dihadapan Notaris menurut bentuk dan tata cara yang ditetapkan dalam Undang-Undang ini. Berdasarkan pasal tersebut dapat dikategorikan menjadi 2 bentuk akta yaitu :

(1) Partij acte

Partij acte merupakan akta yang dibuat dihadapan Notaris yang merupakan kehendak dari penghadap/para penghadap/para pihak sehingga isi dari akta tersebut merupakan tanggung jawab sepenuhnya dari penghadap/para penghadap/para pihak.

(2) Ambtelijke acte

Ambtelijke acte atau disebut juga akta pejabat merupakan akta yang dibuat oleh Notaris yang berisikan segala sesuatu yang dilihat, yang didengar, dialami oleh Notaris yang kemudian dituangkan dalam suatu akta.

Meskipun disebut sebagai pejabat umum, namun Notaris bukanlah pegawai negeri sebagaimana dimaksud dalam peraturan perundangundangan yang mengatur tentang

kepegawaian. Notaris terikat dengan peraturan jabatan pemerintah, Notaris tidak menerima gaji dan pensiun dari pemerintah, tetapi memperoleh gaji dari honorarium atau fee dari kliennya. Akan tetapi Akta Notaris dapat juga berisikan suatu "cerita" dari apa yang terjadi karena perbuatan yang dilakukan oleh pihak lain dihadapan Notaris. Akta yang dibuat oleh Notaris merupakan hasil dari uraian yang diterangkan atau diceritakan oleh pihak lain kepada Notaris dalam menjalankan jabatannya dan untuk keperluan mana pihak lain itu sengaja datang di hadapan Notaris dan memberikan keterangan tersebut atau melakukan perbuatan tersebut dihadapan Notaris, agar keterangan tersebut dikostatir oleh Notaris dalam suatu akta autentik. Akta tersebut merupakan akta yang dibuat "dihadapan" (ten over staan) Notaris. Uraian tersebut dapat diketahui bahwa ada 2 (dua) golongan akta Notaris, yakni:

- a. Akta yang dibuat "oleh" (door) Notaris atau dinamakan "Akta Relas" atau "akta pejabat" (ambtelijke akten).
- b. Akta yang dibuat "dihadapan" (ten overstaan) Notaris atau yang dinamakan "Akta Partij" (partij akten).

Termasuk dalam "Akta Relas" antara lain Berita Acara Rapat Umum Pemegang Saham dalam perseroan terbatas, akta pencatatan budel, dan aktaakta lainnya yang berkenaan dengan "Akta Relas". Sedangkan terkait dengan

“Akta Partij” termasuk akta yang memuat perjanjian hibah, jual-beli, akta pernyataan keputusan rapat (tidak termasuk penjualan dimuka umum atau lelang), kemauan terakhir dari penghadap (wasiat), kuasa dan lain sebagainya. Pembuatan akta Notaris baik “Akta Relas” atau “akta pejabat” maupun “Akta Partij”, pada hakekatnya yang menjadi dasar dalam pembuatan akta Notaris adalah keinginan atau kehendak (wilsvorming) dan permintaan dari para pihak, jika keinginan dan permintaan dari para pihak tidak ada, maka Notaris tidak akan membuat akta yang dimaksud.<sup>28</sup> Dalam memenuhi keinginan dan permintaan dari para pihak dalam membuat akta autentik, maka Notaris dapat memberikan saran ataupun pendapat dengan tetap berpegang pada ketentuan yang diatur dalam peraturan perundangundangan. Dalam pembuatan akta autentik, Notaris dalam hal ini bukanlah berkedudukan sebagai para pihak dalam akta tersebut, Notaris dalam hal berkedudukan diluar para pihak yakni, sebagai pejabat umum yang diberikan kewenangan oleh Negara untuk membuat akta autentik.

c. Protokol Notaris

Protokol Notaris adalah kumpulan dokumen yang merupakan arsip negara yang harus disimpan dan dipelihara oleh Notaris sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-



undangan. Didalam menjalankan jabatannya Notaris harus menjunjung tinggi Undang-Undang Jabatan Notaris, Undang-Undang/peraturanperaturan Negara serta etika profesi. Notaris juga dalam menjalankan profesinya harus bertindak jujur, seksama, bertindak adil, tidak memihak dan tidak merugikan pihak lain serta bertanggung jawab atas akta yang dibuatnya. Protokol Notaris adalah seluruh dokumen yang merupakan arsip negara yang harus disimpan dan dipelihara oleh Notaris yang terdiri dari minuta-minuta yang telah dijilid, reportorium, daftar pengesahan surat-surat dibawah tangan, daftar aktaakta protes. Dokumen ini memiliki awal dan akhir yang dapat berupa teks dan data para pihak yang mana harus disimpan/diarsipkan, sedangkan arsip ini di definisikan oleh Daserno dan Kyanaston sebagai dokumen dalam semua media yang memiliki nilai histori atau hukum sehingga disimpan secara permanen. Dalam penjelasan Pasal 62 UUJN-P disebutkan bahwa Protokol Notaris terdiri atas :

- 1) Minuta akta
- 2) Buku daftar akta atau repertorium
- 3) Buku daftar akta dibawah tangan yang penandatanganannya dilakukan dihadapan Notaris atau akta dibawah tangan yang di daftar
- 4) Buku daftar protes

5) Buku daftar wasiat

6) Buku daftar lain yang harus disimpan oleh Notaris berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Notaris memiliki kewajiban setiap bulan untuk menyampaikan secara tertulis mengenai akta yang dibuat. Setiap bulan selambat-lambatnya tanggal 10 bulan berikutnya kepada Majelis Pengawas Daerah (laporan Bulanan). Hampir Setiap Notaris memiliki Protokol Notaris, yang mana ketika Notaris tersebut meninggal dunia atau karna telah berakhir masa jabatannya sebagaimana bunyi Pasal 62 UUJN maka dilakukan Penyerahan protokol Notaris ke Notaris yang ditunjuk sebagaimana yang diatur dalam Pasal 63 UUJN-P.

## **G. Metode Penelitian**

### **1. Tipe Penelitian**

Tipe Penelitian yang digunakan adalah Normatif dan bersifat Deskriptif yang di dukung dengan data primer. Penelitian hukum normatif berdasarkan logika keilmuan hukum dari sisi normatifnya. Bersifat deskriptif ini untuk menyajikan gambaran lengkap mengenai suatu permasalahan dan diuraikan secara jelas. Penelitian ini bertitik tolak terhadap analisis peraturan perundang-undangan yang terkait dengan Tanggung Jawab Notaris Pengganti dalam hal Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum cuti berakhir. Menurut Soerjono Soekanto, penelitian deskriptif adalah penelitian yang dimaksudkan untuk memberi

data se jelas mungkin tentang manusia, keadaan atau gejala-gejala lainnya.

## **2. Pendekatan penelitian**

Pendekatan penelitian dalam tesis ini adalah :

a. Pendekatan perundang-undangan Pendekatan ini menggunakan perundang-undangan, karena yang akan diteliti adalah berbagai aturan hukum yang menjadi fokus sekaligus tema sentral suatu penelitian. Bahwa dalam melakukan analisis permasalahan dilakukan dengan cara memadukan bahan-bahan hokum yang berkaitan dengan tanggung jawab Notaris Pengganti yang meninggal dunia sebelum masa jabatannya berakhir.

b. Pendekatan konsep

Pendekatan ini digunakan untuk memahami konsep-konsep tanggung jawab Notaris Pengganti sehingga penormaannya dalam aturan hukum tidak ada pemahaman yang ambigu dan kabur sehingga akan menjadikan satu pemahaman yang sama.

## **3. Data Penelitian**

Jika berdasarkan dari sumbernya terdiri dari :

a. Data Primer, yaitu data yang diperoleh seorang peneliti secara tidak langsung melalui studi kepustakaan yang terdiri dari :

1) Bahan hukum primer merupakan bahan-bahan hukum yang mempunyai kekuatan hukum mengikat yaitu Peraturan perundang-undangan yang berkaitan antara lain : Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 perubahan atas Undang-undang Nomor 30 Tahun 2004

Tentang Jabatan Notaris, Kode Etik Notaris, Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor 25 tahun 2014 tentang syarat dan tata cara pengangkatan, perpindahan, pemberhentian, dan perpanjangan masa jabatan Notaris, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Surat Edaran Majelis Pengawas Pusat Nomor: C.MPPN.03.10.44 Tentang Penunjukan Notaris Pengganti.

- 2) Bahan Hukum Sekunder merupakan bahan yang diperoleh secara tidak langsung untuk menganalisis dan memahami bahan hukum primer yang terdiri dari buku-buku mengenai Kenotariatan, literatur, kamus hukum dan jurnal hukum, hasil karya ilmiah. Bahan hukum yang digunakan adalah yang relevan dengan penelitian terkait tanggung jawab Notaris Pengganti.
- 3) Bahan Hukum Tersier merupakan bahan-bahan yang bersifat menunjang, memberikan petunjuk atau penjelasan dari bahan hukum primer dan sekunder antara lain : abstrak, ensiklopedi, kamus hukum dan artikel dari media internet.

b. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan bahan dengan studi kepustakaan yaitu menelusuri bahan-bahan hukum yang dilakukan dengan membaca, melihat, maupun melalui media internet.

## **H. Analisis Data**

Penelitian ini akan menguraikan masalah dengan analisis deskriptif kualitatif dengan menelaah secara mendalam dan komprehensif (luas dan lengkap) terkait dengan aturan-aturan yang terkait. Bahan hukum yang diperoleh akan diurutkan dan dikelompokkan kemudian dianalisis sehingga dapat dideskripsikan atau digambarkan bagaimana tanggung jawab Notaris Pengganti terkait Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum masa cuti habis dan bagaimana mekanisme penyelesaian Protokolnya.

## **I. Sistematika Penulisan**

Dalam tesis yang berjudul “Analisis peran dan Tanggung Jawab notaris Pengganti terkait notaris yang diganti wafat sebelum cuti berakhir”, agar dapat mempermudah penulis dan pembaca dalam memahaminya, maka penulis menyusunnya dalam 4 (empat) bab dan setiap bab terbagi atas sub-sub bab antara lain :

Bab Pertama, berisikan tentang pendahuluan yang akan menjelaskan latar belakang permasalahan yang akan dibahas, tujuan penelitian, manfaat penelitian, metode penelitian, kerangka teori dan sistematika yang akan diajukan dalam laporan penelitian tersebut.

Bab Kedua, akan berisi tentang Tinjauan umum mengenai Jabatan Notaris dan Notaris pengganti, Kewenangan Notaris, Kewajiban Notaris, Larangan Notaris, Kode Etik Notaris, Cuti Notaris dan tanggung jawab Notaris dalam hal Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum cuti berakhir dan aturan yang terkait.

Bab Ketiga, akan berisi tentang pembahasan/hasil penelitian yang di analisa secara komprehensif dan mendalam terkait dengan tanggung jawab Notaris pengganti dalam hal Notaris yang diganti meninggal dunia sebelum cuti berakhir.

Bab Keempat, akan berisi simpulan dan saran dari hasil penelitian.