

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Roda perekonomian dalam sebuah negara secara langsung dipengaruhi oleh sistem ekonomi yang secara makro diatur oleh otoritas pemerintah negara tersebut, dan secara mikro digerakan sepenuhnya oleh masyarakatnya. Secara makro, otoritas pemerintah memiliki peran dan fungsi sebagai regulator, yang menyiapkan segala regulasi dalam bidang ekonomi, diantaranya adalah regulasi mengenai lembaga keuangan. Regulasi ini nantinya akan digunakan untuk semakin mendorong dan mempermudah pelaku-pelaku ekonomi baik perseorangan maupun badan-badan usaha dalam hal menjalankan segala kegiatan ekonomi.

Lembaga perbankan merupakan poros utama dari sistem keuangan suatu Negara. Bank merupakan lembaga keuangan yang mempunyai peranan penting dalam mendukung pertumbuhan ekonomi nasional, dan merupakan sarana bagi pemerintah dalam menggalakkan pembangunan, khususnya dibidang material melalui kegiatan perkreditan.¹ Sebagai suatu lembaga keuangan, bank menjadi tempat bagi orang perseorangan, badan-badan usaha swasta, badan-badan usaha milik Negara, bahkan lembaga-lembaga pemerintahan menyimpan dana-dana yang dimilikinya untuk selanjutnya disalurkan melalui kegiatan perkreditan dan berbagai jasa yang diberikan oleh

¹ Achmad Anwari, *Bank Rekan Terpercaya dalam Usaha Anda*, (Jakarta, Balai Aksara, Cetakan Pertama, 1981). Hlm.15

bank. Baik dalam kedudukannya sebagai lembaga dengan fungsi pembiayaan, maupun melancarkan mekanisme sistem pembayaran.

Lembaga perbankan mempunyai peranan strategis yaitu menghimpun dana masyarakat dan menyalurkan ke masyarakat dalam bentuk pemberian kredit sehingga mampu mendorong roda perekonomian masyarakat. Dalam konteks ini, bank menyalurkan kredit berdasarkan kepentingan ekonomi masyarakat. Hal ini tidak lepas dari situasi dimana pada satu sisi, terdapat golongan masyarakat yang memiliki dana lebih, namun tidak memiliki cukup kemampuan untuk mengelola dana tersebut, sedangkan disisi lain terdapat golongan masyarakat yang memiliki kemampuan untuk mengelola dan menginvestasikan dana tersebut melalui kegiatan ekonomi guna mendapatkan akumulasi keuntungan namun mempunyai masalah kurangnya dana. Untuk mengakomodir kepentingan masyarakat dimaksud, diperlukan lembaga *intermediary* yang bertindak sebagai penyedia dana bagi masyarakat yang memerlukan dana.

Di satu sisi, ada sekumpulan masyarakat yang memiliki kelebihan dana tapi tidak memiliki kemampuan untuk mengolah dana tersebut, tapi disisi lain terdapat juga masyarakat yang memiliki kemampuan untuk mengolah dana tersebut demi mendapatkan keuntungan namun terhambat akan masalah kurangnya dana bahkan tidak ada dana yang bisa digunakan. Untuk memecahkan masalah tersebut keduanya diperlukan lembaga *intermediary* yang akan bertindak selaku kreditur yang akan menyediakan

dana bagi debitur yang memerlukan dana karena keadaan ekonomi yang terhambat

Sesuai dengan ketentuan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan, Pasal 1 angka (2) dan angka (5), Bank memperoleh sumber dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kembali kepada masyarakat dalam bentuk kredit. Namun demikian, dalam kenyataannya, tidak semua kredit yang disalurkan kepada masyarakat dapat kembali dengan lancar sebagaimana mestinya atau sering disebut sebagai kredit macet. Kredit macet ini merupakan suatu resiko kerugian yang mungkin timbul dan diakibatkan dari kegagalan debitur dalam memenuhi kewajibannya berdasarkan Perjanjian Kredit.

Resiko kredit dalam konteks lembaga keuangan merupakan sebuah kejadian umum, namun memiliki dampak negatif yang apabila tidak dapat diatasi akan berpengaruh pada tingkat kesehatan lembaga keuangan tersebut. Sekalipun demikian, resiko ini dapat dikelola dan dikendalikan, dengan cara melakukan tindakan antisipasi dalam hal pemberian kredit.² Oleh karena itu, dalam pemberian kreditnya bank harus memperhatikan prinsip-prinsip pemberian kredit yang benar,³ dimana salah satunya adalah melalui penilaian agunan (*coleteral*) berupa jaminan yang dapat digunakan sebagai

² Adiwarmanto A. Karim, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006). Hlm. 255

³ Kasmir, *Manajemen Perbankan* (Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2007). Hlm. 91.

perlindungan bagi kreditor (lembaga keuangan) apabila terjadi wanprestasi atau cidera janji.

Keberadaan agunan berupa jaminan dipandang sangat penting meskipun tidak dapat dikatakan mutlak dalam pemberian kredit dari lembaga keuangan kepada masyarakat. Dalam praktek perbankan sehari-hari, agunan tersebut dapat diikat dengan lembaga jaminan Gadai berdasarkan Kitab Undang-undang Hukum Perdata (selanjutnya disingkat KUHPerdata) dan lembaga jaminan Fidusia berdasarkan Undang-undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Fidusia, apabila agunan tersebut merupakan benda bergerak, atau dengan lembaga Hak Tanggungan berdasarkan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan dengan Tanah (selanjutnya disingkat Undang-undang Hak Tanggungan), apabila agunan tersebut berupa tanah dan atau bangunan.

Pada prakteknya, nilai agunan berupa tanah dan atau bangunan dianggap mempunyai *collateral coverage* yang relatif stabil dari pada agunan lainnya sehingga lebih disukai oleh lembaga keuangan. Nilai agunan berupa barang bergerak yang biasanya justru mengalami penurunan atau penyusutan seiring dengan bertambahnya waktu. Nilai agunan berupa tanah dan atau bangunan biasanya akan mengalami peningkatan nilai jual (nilai ekonomis) dari tahun ke tahun terutama di kota-kota besar.⁴ Bank juga beranggapan bahwa jaminan yang bersifat kebendaan berupa tanah, akan lebih

⁴ Djuhaendah Hasan, *Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah dan Benda Lain yang Melekat Pada Tanah dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horizontal (suatu konsep dalam menyongsong Lahirnya Lembaga Hak Tanggungan)*, (Bandung, PT Citra Aditya Bakti, Cetakan 1, 1996). Hlm.310, dan 311

memberikan rasa aman dan kepastian hukum dalam pelaksanaan eksekusinya apabila debitur cidera janji atau wanprestasi terhadap kewajibannya.

Penggunaan lembaga Hak Tanggungan oleh lembaga keuangan sebagai jaminan atas kredit dari debitur untuk pelunasan hutang dirasa lebih memberikan rasa aman dalam hal pemberian kredit, bila dibandingkan dengan ketentuan mengenai adanya jaminan dalam KUHPerdara pada Pasal 1131. Ketentuan pada Pasal 1131 KUHPerdara berbunyi :

“Segala harta kekayaan Debitor, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sekarang ada maupun yang akan ada dikemudian hari menjadi tanggungan/jaminan atas hutang-hutangnya”.

Kelemahan dalam hal jaminan yang terdapat pada ketentuan Pasal 1131 KUHPerdara ini sangat berbeda dengan konsepsi pembebanan jaminan dalam Undang Undang Hak Tanggungan, dimana pembebanan jaminan pada lembaga hak tanggungan diikat secara khusus dan bersifat eksklusif, karena hanya berlaku untuk satu kreditur saja. Hal ini berakibat hukum pada situasi dimana jika debitur cidera janji, kreditur pemegang Hak Tanggungan berhak menjual objek yang dijadikan jaminan melalui pelelangan umum menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan, dengan hak mendahului dari pada kreditor-kreditor yang lain.

Lembaga hak tanggungan berdasarkan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan dianggap sebagai sebuah solusi terutama sebagai sebuah alternatif lain terkait penyelesaian kredit bermasalah. Tentunya alternatif penyelesaian kredit bermasalah melalui eksekusi terhadap agunan melalui Lembaga hak tanggungan ini menjadi jalan terakhir, dimana

pilihan ini diambil sebagai konsekuensi gagalnya penyelesaian secara kompromi (*compromised settlement*) baik berupa restrukturisasi kredit (*restructuring*) atau penjadualan kembali (*rescheduling*), pembaruan utang (*novasi*) maupun pengalihan utang debitur kepada pihak ketiga (*subrogasi*).

Karakteristik pembebanan jaminan dengan hak tanggungan ini memberikan hak istimewa dimana adanya ketentuan mengenai pemberian kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lainnya. Dalam hal ini Kreditor pemegang hak tanggungan merupakan kreditor *separatis* yang mempunyai *preferensi* terhadap Hak Tanggungan yang dipegangnya. Karakteristik *droit de preference* ini terdapat pada ketentuan Pasal 1 Angka (1) Undang-Undang Hak Tanggungan dimana dinyatakan bahwa :

“Hak Tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnya disebut Hak Tanggungan, adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain”

Ada beberapa unsur pokok dari Hak Tanggungan yang termuat di dalam definisi Hak Tanggungan tersebut di atas, yaitu :

1. Hak Tanggungan adalah hak jaminan guna pelunasan utang.
2. Objek Hak Tanggungan adalah hak atas tanah sesuai Undang Undang Pokok Agraria.

3. Hak Tanggungan tidak hanya dapat dibebankan atas tanahnya (hak atas tanah) saja, tetapi dapat pula dibebankan berikud benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu.
4. Utang yang dijamin harus suatu utang yang tertentu.
5. Memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.

Selain itu, karakteristik *droit de preference* ini juga terdapat pada Pasal 20 Ayat (1) dimana dinyatakan bahwa :

“Apabila debitor cidera janji, maka berdasarkan:

- a. hak pemegang Hak Tanggungan pertama untuk menjual obyek Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6, atau*
- b. titel eksekutorial yang terdapat dalam sertifikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14 ayat (2), obyek Hak Tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang Hak Tanggungan dengan hak mendahulu dari pada kreditur-kreditur lainnya.”*

Dalam konteks tersebut maka jaminan kebendaan dalam Hak Tanggungan pada dasarnya memberikan kedudukan yang lebih baik, karena kreditur didahulukan dan dimudahkan dalam mengambil pelunasan atas tagihannya atas hasil penjualan benda tertentu atau sekelompok benda tertentu milik debitur; dan/atau ada benda tertentu milik debitur yang dipegang oleh kreditur atau terikat kepada hak kreditur, yang berharga bagi debitur dan dapat memberikan suatu tekanan secara psikologis terhadap debitur untuk memenuhi kewajibannya dengan baik kepada kreditur.⁵

⁵ J. Satrio, Hukum Jaminan Hak Jaminan Kebendaan, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2007). Hlm.12

Ketentuan dimaksud dalam jaminan hak tanggungan tentang *droit de preference* ini dikuatkan dengan ketentuan pada Pasal 6 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan yang menyatakan:

“Apabila debitor cidera janji, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut.”

Berdasarkan ketentuan Pasal 6 Undang-undang Hak Tanggungan tersebut maka pengambil alihan agunan dapat dilakukan oleh pemegang hak tanggungan tanpa perlu meminta persetujuan terlebih dahulu kepada pemberi Hak Tanggungan, dan tidak perlu juga meminta penetapan pengadilan setempat apabila akan melakukan eksekusi atas Hak Tanggungan yang menjadi jaminan utang debitur dalam hal debitur cidera janji.⁶ Pemegang Hak Tanggungan dapat meminta kepada Kepala Kantor Lelang untuk melakukan pelelangan atas objek Hak Tanggungan yang bersangkutan,⁷ sehingga ini merupakan langkah baru dimana sebelumnya eksekusi atas grosse akta hipotik hanya dapat dilakukan melalui eksekusi di Pengadilan Negeri.⁸ Eksekusi Hak Tanggungan. Konsep ini dikenal dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (selanjutnya disebut KUHPerdata) dikenal sebagai Parate Eksekusi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1178 ayat KUHPerdata. Aturan mengenai parate eksekusi atas hak tanggungan ini diharapkan mampu memberikan kemudahan maupun kepastian hukum bagi kreditur terhadap

⁶ Remy Sjahdeini, Hak Tanggungan, Asas-asas, Ketentuan-ketentuan Pokok dan Masalah Yang Dihadapi Oleh Perbankan, (Bandung, Alumni, 1999). Hlm.46

⁷ Ibid

⁸ Ibid

aspek hukum atas jaminan kebendaan, maupun tindakan-tindakan dari kreditur terkait dengan pelaksanaan eksekusi itu sendiri.

Namun demikian, dalam praktek pelaksanaannya, asas kemudahan dan kepastian hukum pelaksanaan parate eksekusi atas hak tanggungan menjadi sumir, atau tidak jelas. Secara langsung, kedudukan yang diutamakan dan didahulukan bagi pemegang hak tanggungan (kreditur) yang diwujudkan dalam azas kepastian dan kemudahan pelaksanaan parate eksekusi dalam Undang-Undang Hak Tanggungan itu sendiri mengandung inkonsistensi. Hal ini salah satunya dapat dilihat pada Pasal 14 Ayat (2) dan (3) dimana eksekusi dapat dilakukan terhadap sertifikat hak tanggungan yang di dalamnya memuat irah-irah dengan kata-kata : DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA. Sertifikat hak tanggungan yang demikian mempunyai kekuatan eksekutorial sebagaimana putusan pengadilan, dan berlaku sebagai pengganti *grosse acte Hypotheek* sepanjang mengenai hak atas tanah. Disamping itu, pada penjelasan umum Angka 9 dari Undang-undang Hak Tanggungan disebutkan bahwa konsep Parate Eksekusi Hak Tanggungan yang dimaksud dalam Pasal 14 Ayat (3) undang-undang tersebut tetap mengacu kepada Pasal 224 *Herziene Indonesisch Reglement* (selanjutnya disingkat HIR).

Ketentuan dalam pasal 224 HIR menyebutkan bahwa :

“Surat asli dari pada surat hipotek dan surat hutang yang diperkuat di hadapan notaris di Indonesia dan yang kepalanya memakai perkataan "Atas nama Undang-undang" berkekuatan sama dengan putusan hakim, jika surat yang demikian itu tidak ditepati dengan jalan damai, maka perihal menjalankannya dilangsungkan dengan perintah dan pimpinan ketua pengadilan negeri yang dalam daerah

hukumnya orang yang berhutang itu diam atau tinggal atau memilih tempat tinggalnya dengan cara yang dinyatakan pada pasal-pasal di atas dalam bagian ini, akan tetapi dengan pengertian, bahwa paksaan badan itu hanya dapat dilakukan, jika sudah diizinkan dengan keputusan hakim. Jika hal menjalankan keputusan itu harus dijalankan sama sekali atau sebahagian di luar daerah hukum pengadilan negeri, yang ketuanya memerintahkan menjalankan itu, maka peraturan-peraturan pada pasal 195 ayat kedua dan yang berikutnya dituruti.”

Bilamana Pasal 14 Ayat (2) dan (3) dan Penjelasan Umum Undang-Undang Hak Tanggungan pada Angka 9 direlasikan dengan Pasal 224 HIR dapat ditafsirkan bahwa Undang-Undang Hak Tanggungan tidak secara khusus mengatur tentang prosedur eksekusi obyek hak tanggungan, melainkan tetap menggunakan ketentuan dalam Hukum Acara Perdata sebagai ketentuan pelaksanaan eksekusi. Hal tersebut dikuatkan dengan ketentuan pada Pasal 26 Undang-Undang Hak Tanggungan yang mengatur bahwa selama belum ada peraturan perundang-undangan yang mengaturnya, peraturan mengenai eksekusi *hypotheek* yang ada pada mulai berlakunya Undang-undang ini, berlaku terhadap eksekusi Hak Tanggungan.

Hal demikian menyebabkan dualisme penafsiran yang dapat ditafsirkan yang berbeda antara Pasal 6 jo. Pasal 20 Ayat (1) Huruf (a) Undang-Undang Hak Tanggungan dan Angka 9 Penjelasan Umum Undang-Undang Hak Tanggungan. Menurut Pasal 6 Undang-Undang Hak Tanggungan mensyaratkan bilamana debitor cidera janji, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri, meskipun pelaksanaan lelang eksekusi tidak boleh dilakukan sendiri oleh kreditor pemegang hak tanggungan, melainkan harus

dilakukan oleh pejabat lelang pada Kantor Pelayanan Kekayaan Negara dan Lelang (KPKNL).

Ciri pokok dari pelaksanaan eksekusi menurut Pasal 6 Undang-Undang Hak Tanggungan adalah berdasarkan janji untuk menjual atas kekuasaan sendiri merupakan eksekusi (parate eksekusi) yang dilakukan tanpa fiat Ketua Pengadilan. Pasal ini memberikan "hak untuk menjual atas kekuasaan sendiri" atau "*beding van eigenmactig verkoop*". Ketentuan tersebut diberikan oleh undang-undang kepada pemegang hipotik pertama dalam bentuk sarana/cara pelunasan yang selalu siap ditangan pada waktu ia membutuhkannya, sehingga orang menyebutnya sebagai eksekusi yang selalu siap di tangan atau parate eksekusi.⁹

Sementara itu, berdasarkan ketentuan Pasal 14 Ayat (2) dan Penjelasan Umum Undang-Undang Hak Tanggungan Angka 9 dapat ditafsirkan bahwa ketentuan Hukum Acara Perdata tentang eksekusi berdasarkan Pasal 224 HIR/ Pasal 258 RBg oleh Undang-Undang Hak Tanggungan diperlukan sepanjang peraturan pelaksanaan eksekusi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26 Undang-Undang Hak Tanggungan belum tersedia. Dengan demikian sepanjang belum ada aturan yang mengatur mengenai eksekusi, maka ketentuan eksekusi harus bersandar pada ketentuan Pasal 224 HIR/Pasal 258 RBg, dimana eksekusi tersebut tetap harus

⁹ J Satrio, *Hukum Jaminan Hak Jaminan Kebendaan Hak Tanggungan*, (Bandung, Buku I, Citra Aditya Bakti, 1997). Hlm. 224.

berdasarkan penetapan dari Ketua Pengadilan Negeri setempat (fiat pengadilan).¹⁰

Selain disebabkan adanya inkonsistensi materi muatan dalam UUHT, praktek pelaksanaan parate eksekusi semakin dipersulit dengan adanya Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 7 Tahun 2012. Dalam SEMA Nomor 7 Tahun 2012 angka XIII dari Sub Kamar Perdata Umum, dinyatakan bahwa :

“Pelelangan Hak Tanggungan yang dilakukan oleh kreditor sendiri melalui Kantor lelang, apabila terlelang tidak mau mengosongkan objek yang dilelang, tidak dapat dilakukan pengosongan berdasarkan Pasal 200 ayat (11) HIR melainkan harus diajukan gugatan. Karena pelelangan tersebut diatas bukan lelang eksekusi melainkan lelang sukarela”.

Kondisi yang sangat sulit untuk melaksanakan parate eksekusi membuat nilai kepastian hukum parate eksekusi menjadi hilang. Imbasnya, nilai keadilan, dan nilai kepastian hukum bagi kreditor dan debitur menjadi sulit diwujudkan, yang ada hanya tarik menarik kepentingan atas dasar prosedural.

B. Permasalahan

Guna menjamin keadilan, kepastian hukum, kemudahan dan kemanfaatan dalam hal pelaksanaan parate eksekusi hak tanggungan diperlukan sebuah aturan hukum yang tegas, jelas, dan berkeadilan, sehingga disamping kedudukan hak yang diutamakan bagi pemegang hak tanggungan dalam hal ini kreditor menjadi hal krusial, namun kepentingan debitur disatu

¹⁰ A. Wahab Daud, *H.I.R. Hukum Acara Perdata*, (Jakarta, Pusbakum, Cetakan ke-3, 2002). Hlm. 64

sisi juga terakomodir. Berdasarkan pada uraian latar belakang diatas, penulisan penelitian disertasi dengan judul “Rekonstruksi Parate Eksekusi Hak Tanggungan Atas Tanah Yang Berbasis Nilai Keadilan”, akan mengkaji beberapa permasalahan pokok yang dapat dirumuskan sebagai berikut :

1. Mengapa Pelaksanaan Parate Eksekusi Hak Tanggungan Atas Tanah saat ini belum berkeadilan ?
2. Apa yang menjadi kelemahan dalam pelaksanaan Parate Eksekusi Hak Tanggungan atas tanah saat ini ?
3. Bagaimana Rekonstruksi Parate Eksekusi Hak Tanggungan atas tanah yang berbasis nilai keadilan ?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan penyusunan dan penulisan disertasi ini antara lain adalah :

1. Untuk mengetahui dan menganalisis pelaksanaan parate eksekusi hak tanggungan atas tanah saat ini yang belum berkeadilan.
2. Untuk menemukan kebenaran – kebenaran pelaksanaan parate eksekusi hak tanggungan atas tanah saat ini.
3. Untuk menemukan rekonstruksi parate eksekusi hak tanggungan atas tanah yang berbasis nilai keadilan.

D. Kegunaan Penelitian

Kegunaan dari penyusunan dan penulisan disertasi ini antara lain adalah sebagai berikut :

1. Kegunaan teoritis

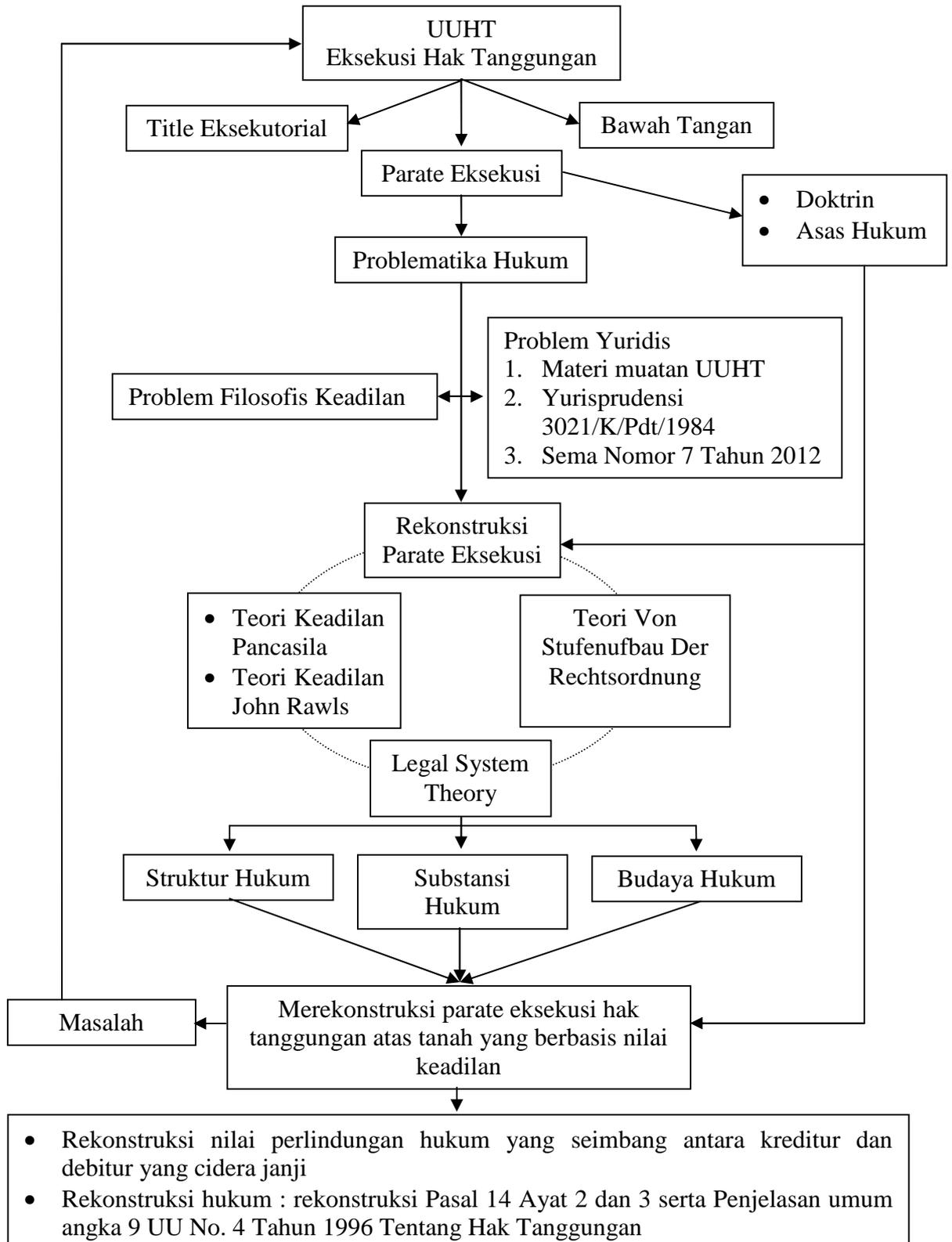
- a. Hasil penelitian ini diharapkan mampu menemukan teori baru dibidang hukum perdata, khususnya penemuan asas-asas, doktrin hukum dalam hal konstruksi hukum parate eksekusi pada khususnya.
- b. Sebagai bahan pertimbangan bagi pihak eksekutif selaku pemerintah maupun pihak legislatif selaku DPR-RI dalam merumuskan berbagai kebijakan legislatifnya, khususnya yang berkaitan dengan perubahan-perubahan aturan hukum maupun pembuatan produk undang-undang baru yang berkaitan dengan eksekusi hak tanggungan.

2. Manfaat Praktis

- a. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi yang positif sebagai masukan, sekaligus sebagai petunjuk dalam upaya pelaksanaan eksekusi hak tanggungan bagi para pihak yang berperkara, terutama lembaga-lembaga keuangan, bank, maupun masyarakat umum, sehingga dapat dipahami dan dilaksanakan secara baik dan benar;
- b. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi yang positif bagi kalangan praktisi hukum, baik itu pengacara, hakim, maupun penegak hukum lainnya, sehingga terdapat kesamaan persepsi dalam hal konstruksi hukum parate eksekusi.

E. Kerangka Pemikiran Disertasi

Bagan alur berfikir Rekonstruksi Parate Eksekusi Hak Tanggungan Atas Tanah Yang Berbasis Nilai Keadilan



Menurut J. Satrio, hukum jaminan itu diartikan peraturan hukum yang mengatur tentang jaminan-jaminan piutang seorang kreditur terhadap seorang debitur, atau dengan kata lain hukum jaminan adalah hukum yang mengatur tentang jaminan piutang seseorang.¹¹ Sejalan dengan hal tersebut, Salim HS secara spesifik memberikan perumusan, dimana hukum jaminan adalah keseluruhan kaidah-kaidah hukum yang mengatur hubungan antara pemberi dan penerima jaminan dalam kaitannya dengan pembebanan jaminan untuk mendapatkan fasilitas kredit.¹²

Definisi dari pengertian diatas dapat dijabarkan dalam bentuk unsur-unsur yang diantaranya :¹³

1. Adanya kaidah hukum

Kaidah hukum dalam bidang jaminan, dapat dibedakan yaitu kaidah hukum jaminan tertulis dan kaidah hukum jaminan tidak tertulis. Kaidah hukum jaminan tertulis adalah kaidah-kaidah hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan, traktat, dan yurisprudensi. Sedangkan kaidah hukum jaminan tidak tertulis adalah kaidah-kaidah hukum jaminan yang tumbuh, hidup, dan berkembang dalam masyarakat. Hal ini terlihat pada praktek dalam masyarakat yang dilakukan secara lisan seperti halnya gadai.

2. Adanya pemberi dan penerima jaminan

¹¹ J. Satrio, *Hukum Jaminan Hak Jaminan Kebendaan...*, Op-Cit. Hlm. 3

¹² Salim HS, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2008). Hlm. 6

¹³ *Ibid.* Hlm. 7-8

Pemberi jaminan adalah orang perorangan atau badan hukum yang menyerahkan barang jaminan kepada penerima jaminan. Yang bertindak sebagai pemberi jaminan ini adalah orang atau badan hukum yang membutuhkan fasilitas kredit (debitur). Penerima jaminan adalah orang atau badan hukum yang menerima barang jaminan dari pemberi jaminan yang memberikan fasilitas kredit, dapat berupa lembaga perbankan dan atau lembaga keuangan nonbank (kreditur).

3. Adanya jaminan

Pada dasarnya, jaminan yang diserahkan kepada kreditur adalah jaminan materiil dan imateriil. Jaminan materiil merupakan jaminan yang berupa hak-hak kebendaan, seperti jaminan atas benda bergerak dan benda tidak bergerak. Jaminan imateriil merupakan jaminan nonkebendaan.

4. Adanya fasilitas kredit

Pembebanan jaminan yang dilakukan oleh pemberi jaminan bertujuan untuk mendapatkan fasilitas kredit dari bank atau lembaga keuangan nonbank. Pemberian kredit merupakan pemberian uang berdasarkan kepercayaan, dalam arti bank atau lembaga keuangan nonbank percaya bahwa debitur sanggup untuk mengembalikan pokok pinjaman dan bunganya. Begitu juga debitur percaya bahwa bank atau lembaga keuangan nonbank dapat memberikan kredit kepadanya.

Dengan demikian maka, kegunaan jaminan dalam relasinya dengan hubungan hukum yang terjadi antara pemberi jaminan dengan penerima jaminan diantaranya :¹⁴

1. Memberikan hak dan kekuasaan kepada kreditur untuk mendapat pelunasan dari hasil penjualan barang barang jaminan tersebut, apabila debitur melakukan cidera janji, yaitu untuk membayar kembali utangnya pada waktu yang telah ditetapkan dalam perjanjian.
2. Menjamin agar debitur berperan serta dalam transaksi untuk membiayai usahanya, sehingga kemungkinan untuk meninggalkan usaha atau proyeknya dengan merugikan diri sendiri atau perusahaannya dapat dicegah atau sekurang-kurangnya kemungkinan untuk berbuat demikian dapat diperkecil.
3. Memberikan dorongan kepada debitur untuk memenuhi janjinya, khususnya mengenai pembayaran kembali sesuai dengan syarat-syarat yang telah disetujui agar debitur dan atau pihak ketiga yang ikut menjamin tidak kehilangan kekayaan yang telah dijamin kepada kreditur.

Kandungan dari aspek jaminan baik secara terminologi maupun kegunaan dapatlah diambil kesimpulan bahwa pranata hukum jaminan diperlukan dalam rangka memberikan aspek keadilan, aspek kemanfaatan dan aspek kepastian hukum. Dalam konteks ini, segala peraturan perundang-undangan yang dibentuk merupakan manifesto dari norma keadilan yang

¹⁴ Thomas Suyatno, *Dasar Dasar Pengkreditan*, (Jakarta : PT Gramedia Pustaka Utama, 1997). Hlm.88

akhirnya melahirkan manfaat berupa kesejahteraan yang sebesar-besarnya bagi rakyat. Ini sejalan dengan orientasi dari isi hukum yakni ketentuan tentang pengaturan penciptaan kesejahteraan negara.¹⁵ Hal ini dapat terlihat jelas dalam konsep eksekusi atas barang jaminan yang terdapat dalam ketentuan Undang-Undang Hak Tanggungan dimana kreditur dalam hal ini pemegang hak tanggungan diberikan kewenangan untuk melakukan parate eksekusi¹⁶ bilamana debitur cidera janji.

Berdasarkan Pasal 44 ayat 1 dari Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/2/PBI/2005 Tentang Penilaian Kualitas Aktiva Bank Umum, Bank wajib membentuk Penyisihan Penghapusan Aktiva (PPA) terhadap Aktiva Produktif dan Aktiva Non Produktif. Khusus untuk kredit bermasalah dalam status kolektibilitas macet, bank harus membuat cadangan PPA sebesar 100% (seratus persen) dari total nilai kredit tersebut dikurangi dengan nilai agunan.¹⁷ Ketentuan ini mengharuskan lembaga keuangan seperti bank untuk dapat menyelesaikan permasalahan kredit macet secara cepat dan tepat, sebab konsekuensinya selain harus menanggung kerugian atas kredit macet tersebut,

¹⁵ Menurut Rudolf von Jhering, *Hukum senantiasa sesuai dengan kepentingan negara, maka tentu saja hukum itu tidak lahir spontan, melainkan dikembangkan secara sistematis dan rasional, sesuai dengan perkembangan kebutuhan negara. Jhering mengakui ada pengaruh jiwa bangsa, tetapi tidak spontan, yang penting bukan jiwa bangsa, tetapi pengelolaan secara rasional dan sistematis, agar menjadi hukum positif.* Lihat Teguh Prasetyo & Abdul Alim, *Ilmu Hukum & Filsafat Hukum*, (Yogyakarta : Pustaka pelajar, 2007). Hlm. 100

¹⁶ Artinya pemegang Hak Tanggungan tidak perlu bukan saja memperoleh persetujuan dari pemberi Hak Tanggungan, tetapi juga tidak perlu meminta penetapan dari pengadilan setempat apabila akan melakukan eksekusi atas Hak Tanggungan yang menjadi jaminan utang debitur dalam hal debitur cidera janji. Lihat Remy Sjahdeini, *Hak Tanggungan, Asas-asas...*, Op-Cit. Hlm. 46

¹⁷ Peraturan Bank Indonesia No.7/2/PBI/2005 Tentang Penilaian Kualitas Aktiva Bank Umum, sebagaimana yang telah dirubah terakhir kalinya melalui Peraturan Bank Indonesia Nomor 11/2/PBI/2009.

Bank juga harus mencadangkan sejumlah dana tertentu selama kredit macet tersebut belum terselesaikan. Oleh karenanya konsep parate eksekusi dirasa sangat membantu Bank dalam menyelesaikan kredit macet atau kredit bermasalahnya.

Bagi debitur, adanya lembaga parate eksekusi ini juga memberikan keuntungan berupa kemudahan untuk mendapatkan fasilitas dari kreditur dengan bunga dan jangka waktu pelunasan yang relatif terjangkau. Hal ini tidak lain dikarenakan melalui lembaga parate eksekusi, keyakinan dan kepercayaan kreditur untuk mengucurkan pinjaman kredit akan semakin besar. Masyarakat tidak perlu lagi meminjam sejumlah modal usaha dari para renteiner maupun lintah darat, dengan bunga yang mencekik serta batas tempo pinjaman yang sangat pendek.

Aspek kemanfaatan yang ingin di penuhi inilah yang sesungguhnya mendasari diakuinya lembaga parate eksekusi didalam Undang-Undang Hak Tanggungan. Lahirnya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah merupakan suatu amanat dari ketentuan pada Pasal 51 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (selanjutnya disebut sebagai UUPA). Hal ini terlihat dari konsidern UUPA pada ketentuan menimbang huruf (b) yang menyatakan bahwa sejak berlakunya Undang undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok pokok Agraria sampai dengan saat ini, ketentuan ketentuan yang lengkap mengenai Hak Tanggungan sebagai lembaga hak jaminan yang dapat

dibebankan atas tanah berikut atau tidak berikut benda benda yang berkaitan dengan tanah, belum terbentuk;

Dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan diharapkan akan memberikan suatu kepastian hukum tentang pengikatan jaminan dengan tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah tersebut sebagai jaminan, yang selama ini pengaturannya menggunakan ketentuan-ketentuan Creditverband dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata). Diketahui bahwa sebelum lahirnya Undang Undang Hak Tanggungan, sesuai dengan ketentuan peralihan dalam Pasal 57 UUPA, maka yang berlaku adalah ketentuan-ketentuan tentang Hipotik seperti diatur dalam buku II KUH Perdata dan Credietverband tersebut dalam Staatsblad.1908-542 sebagaimana telah diubah dengan Staatsblad. 1937-190.

Adanya dua macam hak jaminan ini karena waktu itu tanah-tanah masih dibedakan atas hak-hak atas tanah yang berasal dari konversi hak-hak barat, dimana berlaku ketentuan-ketentuan tentang Hipotik seperti diatur dalam KUH Perdata dan hak-hak atas tanah yang berasal dari konversi hak-hak Indonesia asli (adat), dimana berlaku ketentuan-ketentuan tentang Credietverband seperti diatur dalam Staatsblad.1908-542 sebagaimana telah diubah dengan Staatsblad.1937-190. Namun demikian, sejak lahirnya Undang Undang Hak Tanggungan, Hak tanggungan menjadi satu-satunya lembaga hak jaminan atas tanah.¹⁸

¹⁸ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia*, (Jakarta : Edisi Revisi, Djambatan, 2007). Hlm. 1

Menurut Undang-Undang Hak Tanggungan, yang dimaksud dengan Hak tanggungan dinyatakan dalam Pasal 1 dimana berbunyi :

“Hak Tanggungan atas tanah beserta benda benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnya disebut Hak Tanggungan, adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor kreditor lain;”

Sebagai turunannya, dengan melihat konteks hak jaminan untuk pelunasan hutang tertentu serta kedudukan yang diutamakan, maka kontekstualitas asas kemudahan dan kepastian dalam hak tanggungan menjadi penting terutama dalam hal eksekusi objek jaminan hak tanggungan. Salah satu dari perwujudan kemudahan dan kepastian dalam hak tanggungan ini adalah adanya satu asas yakni asas mudah dan pasti pelaksanaan eksekusinya, artinya dapat dieksekusi seperti putusan hakim yang telah berkekuatan hukum tetap dan pasti.¹⁹ Hal ini terlihat dari ketentuan mengenai cara eksekusi yang terdapat dalam Undang-Undang Hak Tanggungan, yakni :

1. Hak pemegang Hak Tanggungan pertama untuk menjual obyek Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 UUHT.
2. Titel eksekutorial yang terdapat dalam sertipikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14 ayat (2).

¹⁹ Selain asas mudah dan pasti pelaksanaan eksekusinya, hak tanggungan juga memiliki asas lain, diantaranya adalah : 1. Memberikan kedudukan yang diutamakan (Preferent) kepada kreditornya., 2. Selalu mengikuti objeknya dalam tangan siapapun objek tersebut berada (droit de suit)., 3. Memenuhi Asas Spesialitas dan Publisitas., Lihat Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia / Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria*, (Jakarta: Djambatan, 1997). Hlm. 15 dan 38

3. Penjualan dibawah tangan yang dilakukan berdasarkan kesepakatan pembeli dan penerima fidusia jika dengan cara demikian dapat diperoleh harga yang tertinggi yang menguntungkan para pihak.

Ketentuan mengenai parate eksekusi hak tanggungan, diatur dalam Pasal 6 Undang-Undang Hak Tanggungan, yaitu ;

“Apabila debitor cidera janji, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut.”

Konstruksi dalam Pasal 6 dimaksud bilamana dilihat secara umum memiliki persamaan dengan pemahaman parate eksekusi dalam gadai, yakni hak tersebut diberikan oleh Undang-Undang tanpa diperjanjikan terlebih dahulu. Hal ini dapat terlihat dari ketentuan mengenai syarat dilakukannya parate eksekusi adalah adanya cidera janji dari debitur. Namun demikian, parate eksekusi yang ada dalam hak tanggungan ini selain mengadaptasi ketentuan dari gadai juga mengakomodir ketentuan dalam parate eksekusi dalam hipotik dimana syarat parate eksekusi dapat dilakukan oleh pemegang hak tanggungan pertama.

Hal lain yang penting dari ketentuan pada Pasal 6 adalah adanya frasa *“melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutang”* dimana apabila dikaji, frasa tersebut mengandung maksud bahwa pelelangan umum ini masuk dalam ketentuan hukum perdata formil. Ketentuan ini berbeda dengan parate eksekusi dalam gadai maupun hipotik, dimana tujuan penjualan lelang adalah untuk mengambil pelunasan hutang pokok, bunga dan biaya,

sehingga ketentuan dimaksud masuk dalam ketentuan hukum perdata materil.

Ketentuan turunan mengenai parate eksekusi yang dimaksudkan dalam Undang-Undang Hak Tanggungan dapat kita lihat pada Pasal 11 Ayat (2) Huruf (e) dimana dinyatakan bahwa :

“Dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan dapat dicantumkan janji-janji, antara lain... Janji bahwa pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual atas kekuasaan sendiri obyek Hak Tanggungan apabila debitor cidera janji.”

Selain hal tersebut, dalam Pasal 14 Ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Hak Tanggungan menyatakan bahwa sertifikat Hak Tanggungan memiliki kekuatan eksekutorial seperti putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap seperti putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap, dikarenakan dalam sertifikat tersebut memuat irah-irah ”Demi Keadilan Berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa” (pada lembaga hipotik disebut dengan *grosse akta*).

Konsep parate eksekusi hak tanggungan apabila dilihat dari konstruksi hukum dalam Undang-Undang Hak Tanggungan dapat disimpulkan sangat mirip dengan ketentuan parate eksekusi dari hipotik. Hal ini terlihat dari diadaptasinya parate eksekusi sesuai dengan ketentuan dalam Penjelasan Pasal 9 Undang-Undang Hak Tanggungan. Dalam Penjelasan Umum Angka 9 Undang-Undang Hak Tanggungan disebutkan bahwa:

“Salah satu ciri Hak Tanggungan yang kuat adalah mudah dan pasti dalam pelaksanaan eksekusinya, jika debitor cidera janji. Walaupun secara umum ketentuan tentang eksekusi telah diatur dalam Hukum Acara Perdata yang berlaku, dipandang perlu untuk memasukkan secara khusus ketentuan tentang eksekusi Hak Tanggungan dalam

Undang undang ini, yaitu yang mengatur lembaga parate executie sebagaimana dimaksud dalam Pasal 224 Reglemen Indonesia yang Diperbaharui (Het Herziene Indonesisch Reglement) dan Pasal 258 Reglemen Acara Hukum Untuk Daerah Luar Jawa dan Madura (Reglement tot Regeling van het Rechtswezen in de Gewesten Buiten Java en Madura).”

Bila dikaji secara mendalam, konstruksi hukum mengenai parate eksekusi dalam Undang-Undang Hak Tanggungan ini secara jelas sudah diatur dalam Pasal 6 dimana secara substansi pelaksanaan penjualan obyek Hak Tanggungan hanya melalui pelelangan umum, tanpa harus meminta fiat Ketua Pengadilan Negeri. Namun bilamana ketentuan Pasal 6 dihubungkan dengan ketentuan pada Pasal 11 Ayat (2) huruf (e) Undang-Undang Hak Tanggungan, menjadi tidak relevan dan tidak sinkron. Sebab, hak bagi pemegang Hak Tanggungan pertama untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri apabila debitur cidera janji matang, dengan syarat diperjanjikan terlebih dahulu oleh para pihak. Bila dikaji, ketentuan pada Pasal 6 kewenangan parate eksekusi adalah berdasarkan pada perintah Undang-Undang (*ex lege*), sementara pada Pasal 11 Ayat (2) huruf (e) didasarkan pada perjanjian.

Lain dari itu, adanya inkonsistensi lain juga dapat kita lihat dalam hubungan antara ketentuan Pasal 6 dengan Penjelasan Angka 9 dan Pasal 14 Ayat (2) dan (3) Undang-Undang Hak Tanggungan. Penjelasan Umum Angka 9 mengatur agar parate eksekusi pelaksanaannya didasarkan kepada Pasal 224 HIR/258 RBg yang sebenarnya ditujukan kepada *grosse akta hipotik* dan *grosse akta' pengakuan hutang*. Kedua *grosse akta* dimaksud mempunyai hak eksekutorial (adanya irah-irah) sebagai suatu putusan pengadilan yang

mempunyai kekuatan hukum tetap, dimana eksekusinya tunduk dan patuh sebagaimana pelaksanaan putusan pengadilan yang harus dilaksanakan atas perintah Ketua Pengadilan Negeri.

Apa yang disebutkan dalam Penjelasan angka 9 tersebut tentu saja bertentangan dengan *ratio legis* dimuatnya ketentuan Pasal 6 tersebut, sebab mencampuradukkan antara pengertian parate eksekusi dengan pengertian eksekusi berdasarkan grosse akta/sertifikat Hak Tanggungan dimana pelaksanaannya memang harus dilakukan menurut ketentuan Pasal 224 HIR/268 RBg.

Dari penjelasan tersebut, penafsiran berdasarkan undang-undang mengenai prosedur parate eksekusi adalah sama dengan prosedur eksekusi sertifikat Hak Tanggungan, yaitu menggunakan prosedur sesuai dengan Hukum Acara Perdata. Sehingga jika debitor benar-benar cidera janji (wanprestasi) parate eksekusi harus melalui izin dan atas perintah Ketua Pengadilan Negeri, untuk dapat melaksanakan janji menjual atas kekuasaan sendiri, dengan cara menjual lelang obyek Hak Tanggungan, tetapi penjualannya didasarkan kepada Pasal 224 HIR/258 RBg. Disini pelaksanaan parate eksekusi mengalami pemaknaan ganda, satu sisi pelaksanaannya langsung melalui pelelangan umum (Pasal 6) tapi di sisi lain harus mendapatkan fiat dari Ketua Pengadilan Negeri (berdasarkan Pasal 224 HIR/258 RBg).

Selain hal tersebut, parate eksekusi juga dimandulkan melalui Putusan Mahkamah Agung Nomor 3021/K/Pdt/1984 tertanggal 30 Januari 1986

(yurisprudensi), dimana Parate eksekusi yang langsung dilakukan ke Kantor Lelang tanpa melalui fiat Ketua Pengadilan Negeri merupakan perbuatan melawan hukum. Dasar dari ketentuan ini berdasarkan pada Putusan Mahkamah Agung Nomor 3210 K/Pdt/1984 tanggal 30 Januari 1986 dimana dalam dasar pertimbangan sebagai berikut :

1. Bahwa berdasarkan Pasal 224 HIR pelaksanaan pelelangan sebagai akibat adanya *grose acta hipotik* dengan memakai kepala : “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”, yang mempunyai kekuatan hukum sama dengan suatu putusan Pengadilan, seharusnya dilaksanakan atas perintah dan pimpinan Ketua Pengadilan, bilamana tidak terdapat perdamaian dalam pelaksanaannya.
2. Bahwa ternyata di dalam perkara ini, pelaksanaan pelelangan tidak atas perintah Ketua Pengadilan Negeri Bandung, tetapi dilaksanakan sendiri oleh Kepala Kantor Lelang Negara Bandung atas perintah Bank Kreditor, oleh karenanya, maka lelang umum tersebut adalah bertentangan dengan Pasal 224 HIR, sehingga pelelangan tersebut adalah tidak sah.
3. Bahwa dengan demikian maka para Tergugat Asal (Bank Kreditor – Kantor Lelang Negara dan pembeli lelang) telah melakukan *perbuatan melawan hukum*

Selain yurisprudensi dimaksud, mandulnya parate eksekusi dalam pasal 6 UUHT ini juga disebabkan adanya Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 7 Tahun 2012 yang menyatakan bahwa Pelaksanaan parate

eksekusi tersebut, dalam praktek pelaksanaannya juga dimandulkan oleh adanya Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 7 Tahun 2012 angka XIII dari Sub Kamar Perdata Umum, dinyatakan bahwa :

“Pelelangan Hak Tanggungan yang dilakukan oleh kreditor sendiri melalui Kantor lelang, apabila terlelang tidak mau mengosongkan objek yang dilelang, tidak dapat dilakukan pengosongan berdasarkan Pasal 200 ayat (11) HIR melainkan harus diajukan gugatan. Karena pelelangan tersebut diatas bukan lelang eksekusi melainkan lelang sukarela”.

Berdasarkan asas "*Lex posteriori derogat legi priori*", artinya hukum yang baru mengesampingkan hukum yang lama, maka ssebenarnya yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung Nomor 3021/K/Pdt/1984 tertanggal 30 Januari 1986 dimaksud tidak dapat dijadikan dasar hukum pembatalan pelaksanaan parate eksekusi. Lebih lanjut, sesuai dengan tata urutan perundang-undangan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, maka sebuah Surat Edaran (Mahkamah Agung) dalam hal ini Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 7 Tahun 2012 bukanlah termasuk tata urutan perundangan, sehingga seharusnya tidak dapat dijadikan alasan atau dasar hukum untuk menolak eksekusi hak tanggungan berdasarkan pada parate eksekusi dalam UUHT.

Kondisi demikian membuat, eksekusi hak tanggungan praktis tidak bisa dijalankan dengan mudah, cepat, murah, dan efisien sesuai dengan doktrin parate eksekusi. Kreditor bilamana hendak melakukan eksekusi maka harus tetap melalui fiat pengadilan negeri, sebab bilamana tanpa melalui fiat pengadilan negeri maka Kantor Lelang Negara tidak berani melakukan lelang. Sehingga dapat dikatakan jika kreditor ingin melakukan parate

eksekusi, maka ia harus diposisikan sebagai orang yang memenangi perkara, karena pelaksanaan hak tersebut hanya dapat terjadi dengan adanya fiat eksekusi tersebut.

Ketidakpastian mengenai aturan parate eksekusi ini pada akhirnya melahirkan beberapa tindakan atau upaya-upaya eksekusi yang keluar dari koridor ketentuan hukum yang berlaku. Sebagai contoh banyaknya lembaga keuangan baik itu sektor perbankan, leasing, perusahaan pembiayaan, maupun individu-individu yang menggunakan jasa *debt collector* sebagai salah satu cara yang paling efisien untuk melakukan eksekusi. *Debt collector* ini pada prakteknya dipergunakan oleh kreditur baik untuk kepentingan eksekusi atas objek jaminan hak tanggungan, maupun upaya-upaya penagihan pembayaran hutang terhadap debitur. Penggunaan *debt collector* sebagai pihak ketiga dalam hal melakukan eksekusi atas hak tanggungan seringkali menggunakan cara-cara intimidatif, pemaksaan, ancaman, bahkan melakukan eksekusi paksa dengan mengerahkan preman-preman untuk melakukan penguasaan terhadap objek jaminan hak tanggungan. Secara hukum, praktek ini tentu menyalahi ketentuan dan rentan terhadap kejahatan tindak pidana baik itu pemerasan, pengancaman, maupun kekerasan. Disisi lain, praktek *debt collector* ini juga akan berakibat pada hilangnya nilai keadilan, sebab bukan rahasia lagi, debitur akan dibebani biaya eksekusi yang jumlahnya lumayan besar bilamana akan melakukan pelunasan.

Permasalahan pertama dalam penulisan disertasi ini akan dianalisis dengan Teori Keadilan Pancasila, permasalahan kedua akan dianalisis dengan

Teori *Von Stufenufbau Der Rechtsordnung*, dan permasalahan ketiga akan dianalisis dengan teori keadilan dan teori sistem hukum.

F. Kerangka Konseptual

1. Pengertian Hak Tanggungan

Hak Tanggungan adalah suatu istilah baru dalam hukum jaminan yang diintrodusir oleh UUPA (UU No.5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria), yang sebelumnya belum dikenal sama sekali, baik dalam Hukum Adat maupun dalam KUHPerduta. Hak Tanggungan mempunyai sifat yang tidak dapat dibagi-bagi kecuali bila diperjanjikan di dalam APHT-nya. Dengan demikian sekalipun utang sudah dibayar sebagian, Hak Tanggungan tetap membebani seluruh obyek Hak Tanggungan. Namun bila Hak Tanggungan dibebankan kepada beberapa obyek, maka dapat diperjanjikan bahwa pelunasan angsuran utang yang besarnya sama dengan nilai masing-masing obyek akan membebaskan obyek tersebut dari Hak Tanggungan, sehingga Hak Tanggungan hanya membebani sisanya saja.

Rasionalitas dari kedudukan yang diutamakan kepada kreditor atau dalam hal ini adalah pemegang hak tanggungan dapat dijumpai pada Penjelasan Angka 4 Undang-Undang Hak Tanggungan, dimana dinyatakan bahwa jika debitor cidera janji, kreditor pemegang Hak Tanggungan berhak menjual melalui pelelangan umum tanah yang dijadikan jaminan menurut ketentuan peraturan perundang undangan yang bersangkutan, dengan hak mendahului daripada kreditor kreditor yang lain. Terdapat

beberapa unsur pokok dalam definisi mengenai hak tanggungan tersebut, adalah sebagai berikut :²⁰

- a. Hak Tanggungan adalah hak jaminan untuk pelunasan utang tertentu.
- b. Obyek Hak Tanggungan adalah hak atas tanah sesuai UUPA.
- c. Hak Tanggungan dapat dibebankan atas tanahnya (hak atas tanahnya) saja, tetapi dapat pula dibebankan berikud benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu (*droit de suite*).
- d. Memberi kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain (*droit de preference*).

2. Asas-asas hak tanggungan

Hak tanggungan merupakan hak jaminan yang bersifat khusus, yaitu jaminan yang diberikan oleh debitur kepada kreditor, dengan memberikan hak mendahului dari kreditor lainnya, sehingga ia berkedudukan sebagai kreditor privilege. Sifat yang bersifat khusus ini terdapat dalam asas-asas hak tanggungan, diantaranya :

- a. Hak tanggungan memberikan kedudukan hak yang diutamakan
- b. Hak tanggungan dapat dijadikan jaminan untuk utang yang akan ada

²⁰ Sutan Remy Sjahdeini, *Hak Tanggungan: Asas-asas...*, Op-Cit. Hlm. 10

- c. Hak tanggungan dapat menjadi lebih dari satu utang hak tanggungan mengikuti objeknya dalam tangan siapapun objek hak tanggungan itu berada
- d. Hak tanggungan tidak dapat diletakkan sita oleh pengadilan hak tanggungan hanya dapat dibebankan atas tanah tertentu
- e. Hak tanggungan wajib di daftarkan
- f. Hak tanggungan dapat diberikan dengan disertai janji-janji tertentu
- g. Hak tanggungan tidak boleh diperjanjikan untuk dimiliki sendiri oleh pemegang hak tanggungan apabila cidera janji
- h. Pelaksanaan eksekusi hak tanggungan mudah dan pasti (*parate excecusie*)

3. Parate eksekusi

Diakuinya lembaga parate eksekusi dalam UUHT sesungguhnya memiliki tujuan filosofis yakni selain untuk mencapai tujuan keadilan, juga memberikan kemanfaatan berupa kemudahan dan kepastian hukum bagi pemegang hak tanggungan (kreditur). Lembaga parate eksekusi ditujukan agar kreditur mendapat kemudahan pelunasan hak tagihnya. Hal ini merupakan konsekuensi dari konsep lembaga jaminan khusus, yang sifatnya memberikan kemudahan dan kedudukan didahulukan bagi kreditur dalam mendapatkan pelunasan hak tagihnya.

Artinya, diakomodirnya lembaga parate eksekusi, disamping lembaga eksekusi riil dengan titel eksekutorial,²¹ atau menurut P.A. Stein menyebutnya sebagai "eksekusi yang disederhanakan" merupakan perwujudan nilai keadilan yang hendak dicapai dalam UUHT.²² Konsep parate eksekusi dalam hak tanggungan sejatinya merupakan bagian dari kehendak legislator untuk memberikan kemudahan dan kepastian bagi pemegang hak tanggungan (kreditur) untuk melakukan eksekusi bilamana debitur cidera janji. Parate eksekusi ditujukan agar kreditur mendapat kemudahan pelunasan hak tagihnya. Hal ini merupakan konsekuensi dari konsep lembaga jaminan khusus, yang sifatnya memberikan kemudahan dan kedudukandahulukan bagi kreditur dalam mendapatkan pelunasan hak tagihnya.

A. Pitlo mengatakan: "*De pandhouder verkoopt deze zaak als ware het zijn eigen zaak* ", atau bila diterjemahkan adalah "Pemegang gadai menjual benda tersebut seakan-akan benda itu miliknya sendiri". Hal ini dikarenakan oleh pelaksanaan parate eksekusi yang tidak melibatkan debitur atau pemberi-gadai²³ dan tidak melibatkan Pengadilan dalam

²¹ Sudikno Mertokusumo berpendapat, Titel Eksekutorial adalah kekuatan untuk dilaksanakan secara paksa dengan bantuan dan oleh alat-alat negara. Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia* (Yogyakarta: Liberty, 1996). Hlm. 211

²² J. Satrio, *Eksekusi Benda Jaminan Gadai. Prosiding Seminar Sehari Perbankan. Aspek Hukum Corporate Financing Oleh Perbankan di Indonesia : Aturan Penegakan dan Penyelesaian Sengketa Hukum Dalam Hubungan Kreditor dan Debitur*, Jurnal Hukum dan Pembangunan - FHUI, (Jakarta : FHUI, 2006). Hlm. 82

²³ J. Satrio, *Eksekusi Benda Jaminan Gadai... Op-Cit.*, Hlm. 6.

pelaksanaan penjualannya atau "zonder omslag"²⁴. Senada dengan pelaksanaan eksekusi dan penjualan tanpa melibatkan Pengadilan ini, Maria Elisabeth Elijana mengatakan mengenai apa yang dimaksud dengan Parate Eksekusi, dimana : "Eksekusi secara serta merta yang dapat dilakukan tanpa perantara/bantuan Pengadilan".²⁵

Terdapat dua aspek penting dari pendapat dan penjelasan diatas mengenai konsep parate eksekusi, dimana :

- a. Penjualan dapat dilakukan dengan tanpa melibatkan pemberi jaminan atau debitur, yang dalam hal ini terkait dengan adanya kuasa mutlak²⁶ yang tidak dapat ditarik kembali "*onherroepelijk*" kepada kreditur, untuk menjual atas kekuasaannya sendiri. Baik itu yang didapat dengan diperjanjikan dengan tegas sebagai contoh adalah Hipotik, Fidusia dan Hak Tanggungan (eksekusi menurut Pasal 6 UUHT), ataupun karena diberikan oleh Undang-Undang seperti, Gadai.

²⁴ A. Pitlo mengatakan bahwa parate eksekusi merupakan eksekusi atas oyek gadai yang dapat dilaksanakan tanpa liku-liku, karena seakan-akan objek tersebut adalah miliknya sendiri. J. Satrio, *Parate Eksekusi Sebagai Sarana Menghadapi Kredit Macet*, (Bandung: CitraAditya Bakti. 1993). Hlm. 113

²⁵ Maria Elisabeth Elijana, *Eksekusi Barang Jaminan Sebagai Salah Satu Cara Pengembalian Hutang Debitur, Prosiding Seminar Sehari Perbankan, Aspek Hukum Corporate Financing Oleh Perbankan di Indonesia: Aturan Penegakan dan Penyelesaian Sengketa Hukum Dalam Hubungan Kreditor dan Debitor*, Jurnal Hukum dan Pembangunan - FHUI, (Jakarta : FHUI, 2006). Hlm. 56.

²⁶ Mutlak disini dipadankan dengan kata "*onherroepelijk*" (tidak dapat ditarik kembali), hal ini merupakan *lex specialis* dari ketentuan Pasal 1813 KUH Perdata yang mengatur mengenai hal-hal yang mengakhiri "*lastgeving*" (perjanjian pemberian kuasa). Pada prakteknya, J.Satrio menjelaskan, bahwa dalam akta hipotik dicantumkan kalimat, "juga tidak akan berakhir karena sebab-sebab sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1813 KUH Perdata. Lihat, J.Satrio, *Parate Eksekusi ...*, Op-Cit. Hlm. 23

- b. Penjualan tanpa melalui Pengadilan, dimana hal ini terkait dengan kuasa mutlak sebagaimana dijelaskan diatas, dan juga doktrin "eksekusi yang disederhanakan dan murah".

Konsep parate eksekusi dengan demikian merupakan pelaksanaan eksekusi hak kreditur atas obyek jaminan, tanpa (di luar) melalui ketentuan hukum acara, tanpa penyitaan, tanpa melibatkan juru sita, tanpa izin pengadilan.²⁷ Berdasarkan penjelasan tersebut diatas, tentu pemahaman parate eksekusi tidak dapat didudukkan dalam ruang lingkup hukum perdata formil. Namun konsep parate eksekusi ini haruslah didudukkan sebagai kekhususan dan berada dalam lingkup hukum perdata materiil, karena sangat berbeda maksud, proses dan implikasinya dengan eksekusi riil menurut hukum perdata formil. A. Pitlo sebagaimana disitir oleh P.A. Stein, dalam penegasannya menyangkut konsep parate eksekusi ini bukanlah dalam ruang lingkup hukum perdata formil, dimana dia menyatakan "... *buiten het terrein der rechtvordering*", atau bila diterjemahkan konsep parate eksekusi ini berada di luar wilayah hukum acara.²⁸

4. Rekonstruksi hukum

Rekonstruksi hukum utamanya dalam konteks parate eksekusi perlu dilakukan sebagai upaya untuk mengembalikan nilai keadilan yang paralel dengan nilai kepastian hukum dalam UUHT. Kepentingannya tentu

²⁷J. Satrio, *Hukum Jaminan Hak Jaminan Kebendaan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti. 2002). Hlm. 307

²⁸J. Satrio, *Parate Eksekusi...*, Op-Cit. Hlm. 43

bukan sekedar keadilan prosedural, namun hadirnya keadilan substantif secara nyata dapat dirasakan baik oleh kreditur maupun debitur. Sehingga aspek kemudahan dan kemanfaatan parate eksekusi tidak hanya dimiliki oleh kreditur saja, namun demikian akan dirasakan secara nyata oleh debitur.

Pembaharuan atau rekonstruksi secara terminologi memiliki berbagai macam pengertian. Rekonstruksi memiliki arti bahwa “*re*” berarti pembaharuan sedangkan “*konstruksi*” memiliki arti suatu system, bentuk, tata cara atau secara lebih luas merupakan pola pola hubungan yang ada di dalam suatu system. Menurut B.N Marbun, definisi rekonstruksi secara sederhana adalah penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula yang membentuk suatu proses kerja.²⁹

Rekonstruksi menurut Yusuf Qardhawi itu mencakup 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 aslinya. Dari sini dapat dipahami bahwa rekonstruksi bukanlah menampilkan sesuatu yang benar-benar baru,

²⁹ B.N. Marbun, *Kamus Politik*, (Jakarta : Pustaka Sinar Harapan, 1996). Hlm. 469.

namun lebih tepatnya *rebuilding*, dan kemudian menerapkannya dengan realita saat ini.³⁰

Berdasarkan uraian diatas maka yang dimaksud rekonstruksi parate eksekusi dalam penelitian ini adalah membangun system atau bentuk parate eksekusi dengan tetap berpedoman pada doktrin dan kaidah hukum, namun dengan melakukan penyesuaian dan penyempurnaan baik dari sisi tujuan, prosedur pelaksanaannya dengan memakai nilai keadilan sebagai cita-cita, sehingga relevan untuk diterapkan pada masa sekarang.

5. Konsep keadilan

Keadilan merupakan cita hukum yang hendak dan harus diwujudkan di Indonesia, sebab hal ini merupakan amanat dan perintah dari konstitusi. Keadilan yang hendak dicapai tentu merujuk pada Pancasila sebagai *philosopgische grondslag* Indonesia atau menurut Soekarno disebut juga sebagai fundamental falsafah.³¹ Sebagai falsafah negara, Pancasila digunakan sebagai dasar dalam mengatur pemerintahan negara dan penyelenggaraan negara. Kedudukan Pancasila sebagai dasar negara, merupakan sumber tertib hukum tertinggi yang mengatur kehidupan Negara dan masyarakat, dimana norma dan nilai keadilan yang hendak diwujudkan harus selaras dengan Pancasila, utamanya Sila Ketuhanan Yang Maha Esa, Sila Kemanusiaan yang adil dan beradab, serta Sila Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

³⁰ Yusuf Qardhawi, *Al-Fiqh Al-Islami bayn Al-Ashâlah wa At-Tajdid*, Jurnal Al-Muslim Al-Mu'ashir, Edisi-3, (Kairo : Juli, 1975). Hlm. 55

³¹ C.S.T. Kansil, *Pancasila dan UUD 1945 Dasar Falsafah Negara*, (Yogyakarta : Pradnya Pertama, 1983). Hlm. 55

G. Kerangka Disertasi

1. Teori Keadilan Pancasila sebagai *Grand Theory*

Keadilan senantiasa dipertentangkan dengan istilah ketidakadilan, oleh karenanya dimana ada konsep keadilan maka disitu pun ada konsep ketidakadilan. Menurut Susanto, keadilan secara substansi akan dilahirkan melalui benturan keadilan itu sendiri dengan keraguan dan ketidakadilan, bahwa sesungguhnya keadilan tidak akan berdaya tanpa ketidakadilan dan keraguan.³² Hal tersebut secara awam dapat ditarik penyimpulan bahwa orang yang adil adalah orang yang patuh terhadap hukum (*law-abiding*) dan *fair*, sedangkan orang yang tidak adil adalah orang yang tidak patuh terhadap hukum (*unlawful, lawless*) dan orang yang tidak fair (*unfair*).

Penempatan Pancasila sebagai *staatsfundamental-norm* pertama kali disampaikan oleh Notonagoro,³³ dimana konsep *staatsfundamental-norm* (norma fundamental negara) diambil dari teori tentang Jenjang Norma Hukum (*Die theorie von stufenordnung der rechtsnormen*) Hans Nawiasky.³⁴ Dengan demikian maka Pancasila merupakan norma tertinggi karena *pre-supposed* atau ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat dalam suatu negara dan merupakan norma yang menjadi rujukan bagi

³² Anthon F. Susanto, “*Keraguan dan Ketidakadilan Hukum (Sebuah Pembacaan Dekonstruktif)*”, Jurnal Keadilan Sosial, Edisi 1 (Jakarta : 2010). Hlm. 23.

³³ Notonagoro, “*Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 (Pokok Kaidah Fundamental Negara Indonesia)*”, Jimly Asshiddiqie, Ideologi, Pancasila dan Konstitusi, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Dalam Dani Pinasang, “*Falsafah Pancasila Sebagai Norma Dasar (Grundnorm) Dalam Rangka Pengembangan Sistem Hukum Nasional*”, Jurnal Hukum Unsrat Vol.XX/No.3/April-Juni/2012 (Manado : April, 2012). Hlm. 3

³⁴ Dardji Darmodihardjo, Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia, (Jakarta : Gramedia, 1999). Hlm. 21

norma-norma hukum di bawahnya. Sejalan dengan hal tersebut, maka dalam konsep hukum dalam kaidah hukum positif, nilai keadilan dalam Pancasila harus selaras dan seiring sejalan dengan *Staatsgrundgesetz* yang berupa hukum dasar atau juga disebut konstitusi (*verfassung*), undang-undang (*formelegetze*), maupun aturan lain dibawahnya (Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum).

Sebagai pokok-pokok pikiran yang mewujudkan cita hukum bangsa Indonesia,³⁵ Pancasila berisi tentang gagasan, karsa, cipta dan pikiran, serta asas-asas fundamental bangsa Indonesia yang terwujud dalam 5 (lima) sila dalam Pancasila. Dalam konteks hukum atau persepsi tentang makna hukum, perwujudan nilai keadilan, kehasil-gunaan (*doelmatigheid*) dan kepastian hukum, terdapat dalam Sila Ketuhanan Yang Maha Esa, Sila Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab, dan Sila Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia.

Konsep dan nilai keadilan yang terkandung dalam Pancasila tersurat dalam Sila kelima yakni Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia. Untuk memahami konsep keadilan sosial dalam sila kelima tersebut kita dapat melihat pada Alinea IV Pembukaan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dimana disebutkan :

“... susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia,

³⁵ A. Hamid S Attamimi, Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Menyelenggarakan Pemerintahan Negara (Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I-VII), Disertasi Doktor, Universitas Indonesia, (Jakarta : 1990). Hlm. 61

Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”

Melihat dalam pembukaan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, nilai keadilan sosial yang terkandung dalam sila kelima Pancasila harus dipahami sebagai sesuatu yang konkrit, dan bersifat “imperatif”.³⁶ Keadilan sosial dipahami sebagai nilai yang harus terwujud dan diwujudkan secara nyata kedalam seluruh kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.

Sejalan dengan konsep keadilan sosial Pancasila, John Rawls juga telah menjelaskan mengenai konsep keadilan sosial telah ditulis dalam bukunya yang berjudul *A Theory of Justice* pada tahun 1971, yang oleh banyak kalangan dianggap sebagai karya terpenting dalam bidang filsafat, dimana dalam buku tersebut berisi suatu panduan bagaimana sistem kerja sama sosial masyarakat menciptakan kondisi yang *fair*. Pemikiran John Rawls dalam buku memiliki pengaruh luas dan signifikan dalam dunia pemikiran filsafat, utamanya guna membedah konsep keadilan. Signifikansi pemikiran John Rawls dijelaskan oleh Will Kymlicka³⁷ :

“Rawls memiliki arti penting historis tertentu dalam mendobrak kebuntutan intusionisme dan utilitarianisme. Tetapi teorinya penting karena alasan yang lain. Teori Rawls mendominasi filsafat politik, bukan dalam arti disepakati secara luas, sebab hanya sedikit orang yang setuju dengan seluruh teorinya, tetapi dalam arti bahwa para ahli teori yang muncul belakangan telah

³⁶ Jimly Asshiddiqie, *Pesan Konstitusional Keadilan Sosial*, Kuliah Umum tentang Paradigma Keadilan Sosial dalam hukum dan pembangunan di hadapan para dosen Fakultas Hukum, (Malang : 2011). Hlm. 2

³⁷ Will Kymlicka, *Pengantar Filsafat Politik Kontemporer: Kajian Khusus atas Teori-Teori Keadilan*, Terjemahan Agus Wahyudi, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2001). Hlm. 70.

mempertegas dirinya berlawanan dengan Rawls. Mereka menjelaskan apa teori mereka dengan membandingkannya dengan teori Rawls. Kita tidak akan memahami karya tentang keadilan yang muncul belakangan ini jika kita tidak memahami Rawls.”

Dalam kehidupan bermasyarakat umumnya, konsepsi keadilan sosial ini didasari oleh prinsip Hak Asasi Manusia (HAM) dan egalitarianisme yang bersumber dari Sila pertama, Sila kedua dan Sila kelima Pancasila.³⁸ Perwujudan prinsip HAM ini terdapat dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, diantaranya :

- a. Hak dalam bidang politik (pasal 27 (1) dan 28),
- b. Hak dalam bidang ekonomi (pasal 27 (2), 33, 34),
- c. Hak dalam bidang sosial budaya (pasal 29, 31, 32),
- d. Hak dalam bidang hankam (pasal 27 (3) dan 30), dan
- e. Hak Asasi Manusia tercantum dalam Bab X A Pasal 28 A sampai dengan 28 J

Berkaitan dengan konsep HAM sebagai dasar dari konsep keadilan sosial Pancasila, perlu kiranya kita melihat rumusan dua prinsip keadilan sebagai dasar landasan teori dari John Rawls sebagai berikut :³⁹

- a. Setiap orang harus memiliki hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang (*principle of greatest equal liberty*) yang meliputi :
 - 1) Kebebasan untuk berperan serta dalam kehidupan politik (hak bersuara, hak mencalonkan diri dalam pemilihan).

³⁸ *Ibid*, Hlm. 3

³⁹ “*Rawls and Marx*” dalam “*John Rawls, Theory of Social Justice*, H. Gene Blocker, (ed.), (Ohio: Ohio University, 1980). Hlm. 10

- 2) Kebebsan berbicara (termasuk kebebasan pers).
 - 3) Kebebasan berkeyakinan (termasuk keyakinan beragama).
 - 4) Kebebasan menjadi diri sendiri (person).
 - 5) Hak untuk mempertahankan milik pribadi.
- b. Ketidaksamaan sosial ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga
- 1) Diharapkan memberi keuntungan bagi bagi orang-orang yang paling tidak beruntung (*the difference principle*), dan
 - 2) Semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang (*the prinsiple of fair equality of opprtunity*).

Menurut Rawls keadilan sosial yang terangkum dalam ide pokok *justice as fairness* dipahami sebagai keadilan yang berkaitan dengan bagaimana seharusnya hal-hal yang didapatkan, pengorbanan, keuntungan (*benefits*) dan beban (*burdens*) dalam kehidupan sosial dibagi dengan adil kepada semua anggota masyarakat. Dengan pengertian bahwa adil dan tidak adil dalam arti yang sederhana adalah ketika seseorang, atau golongan/sekelompok orang tertentu hanya mendapatkan keuntungan yang sedikit dari apa yang seharusnya mereka peroleh, atau beban yang begitu besar dari apa yang seharusnya mereka pikul.⁴⁰

Bidang pokok keadilan adalah susunan dasar masyarakat, dimana susunan dasar masyarakat meliputi konstitusi, pemilikan pribadi atas sarana-sarana produksi, pasar kompotitif, dan susunan keluarga

⁴⁰ David Miller, *Principles of Social Justice*, (London: Harvard University Press, 1999).
Hlm. 1

monogami.⁴¹ Menurut Rawls, fungsi susunan dasar masyarakat adalah mendistribusikan beban dan keuntungan sosial yang meliputi kekayaan, pendapatan, makanan, perlindungan, kewibawaan, kekuasaan, harga diri, hak-hak dan kebebasan. Sementara itu, beban kerjasama sosial meliputi segala macam bea dan kewajiban seperti pajak.⁴² Dengan demikian maka, dalam mengejar keadilan substantif menurut Rawls, haruslah diterapkan prinsip-prinsip keadilan sosial⁴³ dalam struktur dasar masyarakat. Sebab, prinsip-prinsip keadilan sosial akan menetapkan struktur dasar masyarakat untuk mendistribusikan prospek mendapatkan kebutuhan-kebutuhan pokok manusia (*Primary goods*) yang meliputi hak-hak dasar, kebebasan, kekuasaan, kewibawaan, kesempatan, pendapatan, dan kesejahteraan.⁴⁴

Konsepsi keadilan sosial Pancasila dengan demikian tetap mengakui prinsip-prinsip individualisme yang berkaitan dengan HAM, hak kepemilikan individual, namun dibatasi oleh peran negara dengan tetap bersandar pada prinsip-prinsip Ketuhanan, kemanusiaan, dan moralitas. Sepintas konsep keadilan sosial dalam Pancasila sering dipersamakan dengan konsep “Negara Kesejahteraan” atau *welfare state*. Hal ini terlihat dalam praktek nyata dimana Negara berperan sebagai regulator, sekaligus sebagai pihak yang berkewajiban untuk memberikan menjaga ketertiban,

⁴¹ H. Gene Blocker, “John Rawls, *Theory.....*, *Op-Cit*. Hlm. 378

⁴² *Ibid.* Hlm. 50

⁴³ Prinsip keadilan menurut Rawls harus melakukan dua hal, yan *pertama* prinsip keadilan harus memberi penilaian kongkret tentang adil tidaknya institusi-institusi dan praktek institusional. *Kedua* prinsip-prinsip keadilan harus membimbing kita dalam memperkembangkan kebijakan-kebijakan dan hukum untuk mengoreksi ketidakadilan dalam struktur dasar masyarakat tertentu. John Rawls, *A. Theory of Justice*, (London: Oxford University,1973). Hlm. 24

⁴⁴ *Ibid.* Hlm. 30

menyejahterakan, memberi keadilan, serta terlibat aktif dalam segala bidang. Sehingga dalam konteks keadilan sosial, antara sila Ketuhanan Yang Maha Esa, sila Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, dan Sila Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia harus saling terikat dan mempengaruhi.

Konsep keadilan yang terdapat dalam Sila pertama, kedua, dan kelima serta dijelaskan dalam Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 inilah kemudian yang menjadi acuan dalam konteks penyelenggaraan negara hukum Indonesia (cita hukum). Dalam prakteknya, cita hukum dimaksud tentunya tidak hanya sekedar tolak ukur prosedural atau bersifat regulatif, namun demikian juga berfungsi sebagai tolak ukur pengujian apakah suatu hukum positif adil atau tidak, serta memiliki sifat konstitutif bahwa hukum tanpa cita hukum akan kehilangan makna sebagai hukum.⁴⁵

Namun demikian, konsepsi keadilan sosial ini tetap berpedoman pada Sila pertama yakni Ketuhanan Yang Maha Esa. Artinya keadilan sosial yang dimaksud adalah keadilan yang bersumber dari perintah-perintah moral untuk berbuat kebajikan⁴⁶ yang berasal dari Allah melalui Al-Qur'an.

⁴⁵ Gustav Radburch, dikutip oleh A. Hamid S. Attamimi, dalam Maria Farida Indrati S. *Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi, Dan Materi Muatan*, (Yogyakarta : Kanisius, 2007). Hlm. 263-264

⁴⁶ Menurut Kamali, Quran mengukui watak objektif dan universalitas keadilan yang disamakan dengan perbuatan-perbuatan baik (kebajikan-kebajikan moral), yang mengatasi masyarakat-masyarakat agama yang berlainan dan memperingatkan umat manusia untuk "tampil dengan perbuatan-perbuatan baik". Muhammad Hashim Kamali, *Prinsip dan Teori-Teori Hukum Islam*, Terj. Noorhaidi, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1996). Hlm. 166

Menurut M. Quraisy Syihab, Paling tidak, ada empat makna keadilan yang dikemukakan oleh pakar agama, yaitu :

- a. Adil dalam arti “sama”. surat *Al-Nisa*’ ayat 58 dinyatakan bahwa,

وإذ حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل

Artinya : “Apabila kamu memutuskan perkara di antara manusia, maka hendaklah engkau memutuskannya dengan adil...” (QS. *Al-Nisa*’ ayat 58). Dari artinya, kata “*adil*” dalam ayat ini bila diartikan “sama” hanya mencakup sikap dan perlakuan hakim pada saat proses pengambilan keputusan.

- b. Adil dalam arti “seimbang”. surat *Al-Infithar* ayat 6-7

يايها الانسن ماغرك بربك الكريم؛ الذي جلقك فسوك فعدلك

Artinya : “Seandainya ada salah satu anggota tubuh manusia berlebih atau berkurang dari kadar atau syarat yang seharusnya, maka pasti tidak akan terjadi ketidak seimbangan”

Dari sini, keadilan identik dengan kesesuaian (proporsional)

- c. Adil adalah “pengertian terhadap hak-hak individu dan memberi hak-hak itu kepada setiap pemiliknya”.
- d. *Keempat, adil* yang dinisbatkan kepada Ilahi. Artinya “memelihara kewajaran atas berlanjutnya eksistensi, tidak mencegah kelanjutan eksistensi dan perolehan rahmat sewaktu terdapat banyak kemungkinan untuk itu.” Semua wujud tidak memiliki hak atas Allah. Keadilan Ilahi pada dasarnya merupakan rahmat dan

kebaikan-Nya. Keadilan-Nya mengandung konsekwensi bahwa rahmat Allah. tidak tertahan untuk diperoleh sejauh makhluk itu dapat meraihnya.

2. Teori Von Stufenbau Der Rechtsordnung sebagai Middle Theory

Gagasan dan konsep negara hukum pada mulanya dikembangkan dari cita-cita Plato⁴⁷ dimana dalam bukunya yang berjudul *Nomoi*, menggambarkan bagaimana pentingnya posisi hukum dalam mengatur negara dengan menyatakan bahwa penyelenggaraan pemerintahan yang baik adalah pemerintahan yang diatur oleh hukum. Gagasan Plato tersebut kemudian di pertegas oleh Aristoteles, dimana dinyatakan bahwa:⁴⁸

“Constitutional rule in a state is closely connected,also with the requestion whether is better to be rulled by the best men or the best law,since a goverrnment in accordinace with law”

Pada awalnya Plato berpendapat bahwa untuk mewujudkan negara ideal untuk mencapai kebaikan yang berintikan kebaikan kekuasaan harus dipegang oleh orang yang mengetahui kebaikan, yaitu seorang filosof. Namun demikian, pandangan demikian ini dilanjutkan oleh Plato dan Aristoteles bahwa hal yang paling memungkinkan untuk mencapai tujuan negara yakni kehidupan yang paling baik adalah menempatkan supremasi hukum.⁴⁹ Lebih lanjut Aristoteles berpendapat bahwa adanya suatu pemerintahan yang berlandaskan konstitusi akan terlihat dari tiga unsur,

⁴⁷ Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Riview*, (Yogyakarta: UII Press, 2005). Hlm.1

⁴⁸ George Sabine, *A History of Political Theory*, (London: George G.Harrap & Co.Ltd., 1995). Hlm.92

⁴⁹ Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, (Jakarta : PT Bhuana Ilmu Populer Kelompok Gramedia, 2009). Hlm. 395.

yaitu adanya pemerintahan yang dilaksanakan untuk kepentingan umum, adanya pemerintahan yang dilaksanakan menurut hukum yang berdasarkan atas ketentuan-ketentuan umum dan bukan dibuat secara semena-mena, dan adanya pemerintahan yang dilaksanakan atas kehendak rakyat dan bukan atas paksaan dan tekanan.⁵⁰

Sekitar abad ke XVII gagasan mengenai konsep negara hukum semakin berkembang, bersamaan dengan awal *Age of Enlightenment* atau *Aufklarung* di eropa. Masa *Age of Enlightenment* telah mendorong perubahan radikal dibidang ketatanegaraan dimana kekuasaan mutlak Raja diakhiri, serta melahirkan persamaan hak antara manusia. Pada masa itu, Adapun tokoh-tokoh penggagas konsep negara hukum ini ialah John Locke (1632 - 1704), Montesquieu (1689- 1755) dan J.J. Rousseau (1712 - 1778).

Konsep negara hukum sering diterjemahkan dengan berbagai istilah yang berbeda-beda seperti *the rule of law*, *rechtsstaat*, *etat de droit* atau *estado de derecho*.⁵¹ Menurut Azhary, arah dan maksud dari istilah tersebut secara umum adalah sama, yaitu mencegah kekuasaan absolut demi pengakuan dan perlindungan hak asasi, namun demikian perbedaannya terletak pada arti materil atau isi dari kedua istilah tersebut

⁵⁰ Azhari, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-unsurnya*, (Jakarta: UI Press, 1995). Hlm. 21

⁵¹ Susi Dwi Harijanti, *Negara Hukum dalam UndangUndang Dasar 1945, dalam "Negara Hukum yang Berkeadilan : Kumpulan Pemikiran dalam Rangka Purnabakti Prof.Dr.H.Bagir Manan, SH., MCL"*, (Bandung : PSKN FH UNPAD, Cetakan Pertama, 2011). Hlm. 80

yang disebabkan oleh latar belakang sejarah dan pandangan hidup suatu bangsa.⁵²

Wiryono Projodikoro mendefinisikan mengenai penertian tentang negara hukum yakni negara di mana para penguasa atau pemerintah sebagai penyelenggara negara dalam melaksanakan tugas kenegaraan terikat pada peraturan-peraturan hukum yang berlaku”.⁵³ Lebih lanjut menurut Muhammad Yamin negara hukum adalah negara yang menjalankan pemerintahan yang tidak menurut kemauan orang-orang yang memegang kekuasaan, melainkan menurut aturan tertulis yang dibuat oleh badan-badan perwakilan rakyat secara sah sesuai dengan asas *the laws and not menshall govern*.⁵⁴ Bahder Johan Nasution menyimpulkan bahwa negara hukum pada esensinya menitikberatkan pada tunduknya pemegang kekuasaan Negara pada aturan hukum.⁵⁵

Konsep Negara Hukum di Eropa Kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte, dan lain-lain dengan menggunakan istilah Jerman, yaitu “*rechtsstaat*”. Menurut Stahl sebagaimana dikutip oleh Jimly Asshiddiqie, konsep negara hukum yang disebut dengan istilah “*rechtsstaat*” mencakup empat elemen penting, yaitu:⁵⁶

⁵² Azhari, *Negara Hukum Indonesia... Op-Cit*. Hlm. 33

⁵³ Bahder Johan Nasution, *Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia*, (Bandung : Mandar Maju, 2011). Hlm. 1

⁵⁴ *Ibid*

⁵⁵ *Ibid*

⁵⁶ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta : Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Cetakan Pertama, 2004). Hlm. 122.

- a. Perlindungan hak asasi manusia
- b. Pembagian kekuasaan
- c. Pemerintahan berdasarkan undang-undang
- d. Peradilan tata usaha negara.

Sedangkan menurut Albert Venn Dicey dalam bukunya “*Introduction to The Study of The Law of The Constitution*” menyebutkan tiga ciri penting “*The Rule of Law*”, yaitu:⁵⁷

- a. *Supremacy of Law*
- b. *Equality Before The Law*
- c. *Due Process of Law*.

Pandangan mengenai negara hukum sebagaimana telah diuraikan diatas menimbulkan konsekuensi logis yakni negara harus melaksanakan upaya-upaya untuk membangun kesejahteraan rakyat dengan cara mengatur kehidupan ekonomi dan sosial agar rakyat dapat menikmatinya secara adil dan demokratis, berdasarkan hukum. Dengan demikian maka keberadaan negara dan penyelenggaraan pemerintahan didasari atas kesepakatan bersama (*social contract*) dan nilai-nilai keadilan yang universal antara masyarakat dengan negara yang diwakili eksekutif yang diberi kekuasaan untuk menyelenggarakan pemerintahan, dan menciptakan suasana yang memungkinkan rakyat menikmati hak-hak adanya terjamin.

Konsep negara hukum sejatinya menghendaki adanya kedaulatan hukum, dimana hukum memiliki atau merupakan kekuasaan yang tertinggi

⁵⁷ *Ibid*

di dalam suatu negara. Baik penguasa maupun rakyat, dan bahkan negara itu sendiri semuanya patuh kepada hukum, sehingga dapat tercipta keadilan dan harapan yang dikehendaki dan dicita-citakan dari sebuah negara.

Sejalan dengan konteks kedaulatan hukum dalam sebuah negara hukum, Hans Kelsen melahirkan teori hierarki norma hukum, dimana selain norma atau kaidah (kaedah) tersebut berisi pelebagaan nilai-nilai baik dan buruk dalam bentuk tata aturan yang berisi kebolehan, anjuran, atau perintah, namun juga berkaitan dengan legalitas norma dimaksud. Hubungan antara norma yang mengatur pembuatan norma lain dan norma lain tersebut dapat disebut sebagai hubungan super dan sub-ordinasi dalam konteks spasial. Norma yang menentukan pembuatan norma lain adalah superior, sedangkan norma yang dibuat adalah inferior.⁵⁸ Hal ini tidak lain disebabkan bahwa bahwa pembuatan norma yang lebih rendah, ditentukan oleh norma lain, yang lebih tinggi.⁵⁹

Norma tertinggi yang bersifat superior menurut Hans Kelsen adalah *Grundnorm* atau norma dasar dimana dia adalah merupakan norma tertinggi dalam suatu sistem norma. Norma tersebut tidak lagi dibentuk oleh suatu norma yang lebih tinggi lagi, tetapi norma dasar itu ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat sebagai norma dasar yang merupakan gantungan bagi norma-norma yang berada di bawahnya, sehingga suatu

⁵⁸ Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., M. Ali Safa'at, S.H., M.H., Teori Hans Kelsen Tentang Hukum, (Jakarta : Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006). Hlm. 111

⁵⁹ *Ibid*

norma dasar itu dikatakan pre-supposed.⁶⁰ Dalam pandangan Prof. Jimly Asshiddiqie, grundnorm atau konstitusi dalam arti formal adalah suatu dokumen nyata sebagai seperangkat norma hukum yang mungkin diubah hanya menurut ketentuan khusus yang dimaksudkan agar perubahan norma ini sulit dilakukan.⁶¹ Lebih lanjut dinyatakan bahwa Konstitusi dalam arti material terdiri dari aturan-aturan yang mengatur pembuatan norma hukum umum,⁶² khususnya pembuatan undang-undang.

Teori Hans Kelsen ini lebih lanjut dikembangkan oleh Hans Nawiasky yang disebut dengan *theorie von stufenufbau der rechtsordnung*, dimana suatu norma hukum dari negara manapun selalu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang. Norma yang di bawah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada suatu norma yang tertinggi yang disebut Norma Dasar. Penggolongan jenjang hierarki norma yang di sebutkan oleh Nawiasky adalah :⁶³

- a. *Staatsfundamentalnorm* (Norma Fundamental Negara);
- b. *Staatsgrundgesetz* (Aturan Dasar/Aturan Pokok Negara);
- c. *Formell Gesetz* (Undang-Undang "Formal");

⁶⁰ Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-Undangan*, (Yogyakarta : Kanisius, 2010), hal 41

⁶¹ Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., M. Ali Safa'at, S.H., M.H., *Teori Hans Kelsen... Op-Cit.* Hlm. 111

⁶² *Ibid*

⁶³ Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-Undangan : Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, (Yogyakarta : Kanisius, 2010). Hlm. 44-45

- d. *Verordnung* dan *Autonome Satzung* (Aturan pelaksana/Aturan otonom).

Hakikat hukum suatu *Staatsfundamentalnorm* ialah syarat bagi berlakunya suatu konstitusi atau undang-undang dasar. Ia ada terlebih dulu sebelum adanya konstitusi atau undang-undang dasar. *Staatsfundamentalnorm* ialah norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau undang-undang dasar dari suatu negara (*Staatsverfassung*), termasuk norma pengubahannya.⁶⁴

Teori *von stufenaufbau der rechtsordnung* tersebut secara jelas tergambar dalam ketentuan pada Pasal 7 Ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan *Peraturan* Perundang-undangan, dimana disebutkan mengenai jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia adalah :

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d. Peraturan Pemerintah;
- e. Peraturan Presiden;
- f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota

⁶⁴ *Ibid.* Hlm. 46

Menurut Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto hukum atau peraturan perundang-undangan harus memperhatikan dari asas-asas :⁶⁵

- a. Undang-Undang tidak dapat berlaku surut
- b. Undang-Undang tidak dapat diganggu gugat;
- c. Undang-Undang yang lebih tinggi, memiliki kedudukan yang lebih tinggi (*Lex superiori derogat legi inferiori*);
- d. Undang-Undang yang bersifat khusus akan mengesampingkan atau melumpuhkan undang-undang yang bersifat umum (*Lex specialis derogat legi generalis*);
- e. Undang-Undang yang baru mengalahkan atau melumpuhkan undang-undang yang lama (*Lex posteriori derogat legi priori*);
- f. Undang-Undang merupakan sarana maksimal bagi kesejahteraan spirituil masyarakat maupun individu, melalui pembaharuan atau pelestarian.

Sejalan dengan apa yang disampaikan oleh Hans Kelsen maupun Nawasky, dalam suatu negara sangat dimungkinkan terjadi kekosongan hukum (*leemten in het recht*), konflik antar norma hukum, dan norma yang kabur (*vage normen*) atau norma tidak jelas.⁶⁶ Dalam menghadapi konflik

⁶⁵ Ellydar Chaidir & Sudi Fahmi, *Hukum Perbandingan Konstitusi*, (Yogyakarta : Total Media, 2010). Hlm. 73-74

⁶⁶ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta : Sinar Grafika, Cetakan Kedua, 2011). Hlm. 90

antar norma hukum (antinomi hukum), maka berlakulah asas-asas penyelesaian konflik (asas preferensi), yaitu:⁶⁷

- a. *Lex superiori derogat legi inferiori*, yaitu peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi akan melumpuhkan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah;
- b. *Lex specialis derogat legi generali*, yaitu peraturan yang khusus akan melumpuhkan peraturan yang umum sifatnya atau peraturan yang khususlah yang harus didahulukan;
- c. *Lex posteriori derogat legi priori*, yaitu peraturan yang baru mengalahkan atau melumpuhkan peraturan yang lama.

Teori Nawasky ini tentunya berusaha untuk mengatur kehidupan manusia dengan berorientasi pada keadilan dan kesetaraan, oleh karenanya disusunlah jenjang-jenjang hukum agar tercipta harmonisasi hukum yang sesuai dengan cita hukum suatu negara. Sejalan dengan hal tersebut, Gustav Radburch menggambarkan bahwa :

*Law as “the complex of general precepts for the living-together of human beings” whose ultimate idea is oriented toward justice or equality.*⁶⁸

Menurut Radbruch inti dari keadilan adalah kesetaraan, sehingga konteks keadilan dalam hukum diarahkan menuju kesetaraan.⁶⁹ Lebih lanjut Gustav Radbruch menyatakan bahwa dalam hukum terdapat tiga

⁶⁷ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, (Yogyakarta: Liberty, Cetakan Ketiga, 2002). Hlm. 85-87

⁶⁸ Emil Lask, Gustav Radbruch, Jean Dabin, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, (Cambridge : Harvard University Press, Kurt Wilk translated, 1950). Hlm. 90-91

⁶⁹ *Loc-Cit.* Hlm. 76

pilar utama, yakni kemanfaatan, keadilan dan kepastian hukum.⁷⁰ Dalam pandangan Radbruch, ketiga pilar tersebut mengalami benturan dimana diantara ketiganya dapat dimungkingkan akan saling tarik menarik, namun saling terikat dan tidak dapat dipisahkan (*antinomy*). Dalam menegakkan hukum harus ada kompromi antara ketiga unsur tersebut. Meski dalam prakteknya tidak selalu mudah mengusahakan kompromi secara seimbang antara ketiga unsur tersebut.⁷¹

Konflik antara kepastian hukum dengan keadilan, atau keadilan dengan kemanfaatan hukum tentunya tidak dilepaskan dalam konteks *das sein*. Konflik ini sebagai contoh adalah bahwa ada orang miskin yang melakukan perbuatan mencuri, sehingga orang tersebut karena perbuatannya memenuhi kualifikasi delik pidana. Dalam konteks keadilan, penjatuhan sanksi pidana terhadap pelaku tersebut dapat saja dianggap tidak memenuhi rasa keadilan, namun demikian tentu akan berbeda bila kita melihat dari sudut pandang kemanfaatan dan kepastian hukum. Namun demikian, tentu keadilan dapat dicapai bilamana unsur kepastian hukum telah dicapai, sebab salah satu tujuan pokok dari kepastian hukum adalah memastikan hadirnya perdamaian dan ketertiban.⁷²

Hukum secara hakiki harus pasti dan adil, dimana pasti sebagai pedoman perbuatan dan adil karena pedoman perbuatan itu harus

⁷⁰ *Ibid.* Hlm. 107

⁷¹ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, (Yogyakarta : Universitas Atma Jaya 2010). Hlm. 161

⁷² Heather Leawoods, *Gustav Radbruch : An Extraordinary Legal Philosopher*, Washington University Journal of Law & Policy, Volume 2, January 2000, (Washington : 2000). Hlm. 493

menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Dalam konteks tersebut, hukum dapat bersifat adil manakala dilaksanakan, sehingga secara otomatis sifat kepastian tersebut ada manakala hukum dapat berfungsi sebagaimana mestinya. Menurut Shidarta, 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*).⁷³

Kepastian hukum adalah "*sicherheit des Rechts selbst*" (kepastian tentang hukum itu sendiri). Makna kepastian hukum dapat dilihat dalam konteks :⁷⁴

- a. Bahwa hukum itu positif, artinya bahwa ia adalah perundang-undangan(*gesetzliches Recht*). Sebagai contoh bahwa diakuinya asas legalitas merupakan bukti dimana hukum merupakan norma positif, sehingga sifat keberlakuannya akan bergantung padanya.
- b. Bahwa hukum itu didasarkan pada fakta (*Tatsachen*), bukan suatu rumusan tentang penilaian yang nanti akan dilakukan oleh hakim, seperti "kemauan baik", "kesopanan".
- c. Bahwa fakta harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping juga mudah dijalankan.

⁷³ Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka Berfikir*, (Bandung : PT. Revika Aditama, 2006). Hlm.79-80.

⁷⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, (Jakarta : UKI Press,2006). Hlm 135-136.

d. Hukum positif itu tidak boleh sering diubah-ubah.

Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam arti tidak menimbulkan keragua-raguan (multi tafsir) dan logis dalam arti ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian aturan dapat berbentuk kontestasinorma, reduksi norma, atau distorsi norma.

Realitas benturan antara aspek keadilan dengan aspek kepastian hukum sejatinya lebih diakibatkan dari pola penegakan hukum yang tidak sesuai dengan ketentuan hukum itu sendiri, dibandingkan dengan asumsi tentang buruknya norma tekstual dalam suatu perundang-undangan. Sesungguhnya jelas, bilamana harus dilacak, untuk membuat sebuah produk hukum tentunya harus mendasarkan pada asas-asas peraturan perundang-undangan yang ada sebagai titik tolak. Pada Pasal 5 UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan telah diatur asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan, yaitu :

Dalam membentuk Peraturan Perundang-undangan harus dilakukan berdasarkan pada asas Pembentukan Peraturan Perundangundangan yang baik, yang meliputi :

- 1) *Kejelasan tujuan;*
- 2) *Kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat;*
- 3) *Kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan;*
- 4) *Dapat dilaksanakan;*
- 5) *Kedayagunaan dan kehasilgunaan;*
- 6) *Kejelasan rumusan; dan*
- 7) *Keterbukaan .*

Disamping itu, dalam Pasal 6 ayat (1) UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dijelaskan bahwa Materi muatan Perundang-undangan harus mencerminkan asas:

- a. Pengayoman
- b. Kemanusiaan
- c. Kebangsaan
- d. Kekeluargaan
- e. Kenusantaraan
- f. Bhinneka tunggal ika
- g. Keadilan
- h. Kesaamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan
- i. Ketertiban dan kepastian hukum; dan/atau
- j. Keseimbangan keserasian, dan keselarasan

Selain mencerminkan asas sebagaimana dimaksud pada ayat Asas-asas tersebut tentunya dijadikan sebagai prasyarat mutlak dalam setiap pembuatan produk hukum baru, sehingga harapannya akan lahir aturan hukum yang ideal sebagaimana yang diharapkan. Aturan hukum yang mampu menciptakan kepastian hukum adalah hukum yang lahir dari dan mencerminkan budaya masyarakat. Kepastian hukum yang seperti inilah yang disebut dengan kepastian hukum yang sebenarnya (*realistic legal certainty*), yaitu mensyaratkan adanya keharmonisan antara negara dengan rakyat dalam berorientasi dan memahami sistem hukum. Dengan demikian maka hukum itu sendirilah yang akhirnya menunjukkan bahwa kepastian

hukum dapat dicapai jika substansi hukumnya sesuai dengan kebutuhan masyarakat.. Jan M. Otto menjelaskan mengenai syarat bagi jaminan kepastian hukum :⁷⁵

- a. Tersedia aturan-aturan hukum yang jelas atau jernih, konsisten dan mudah diperoleh (*accessible*), yang diterbitkan oleh kekuasaan negara;
- b. Bahwa instansi-instansi penguasa (pemerintahan) menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya;
- c. Bahwa mayoritas warga pada prinsipnya menyetujui muatan isi dan karena itu menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan-aturan tersebut;
- d. Bahwa hakim-hakim (peradilan) yang mandiri dan tidak berpihak menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa hukum; dan
- e. Bahwa keputusan peradilan secara konkrit dilaksanakan.

3. *Legal System Theory* Lawrence M. Friedman sebagai *Applied Theory*

Lawrence M. Friedman mengemukakan dalam *The Legal System : A Social Science Perspective* (Sistem Hukum : Sebuah Perspektif Ilmu Sosial), bahwa efektif dan berhasil tidaknya penegakan hukum tergantung tiga unsur sistem hukum, yakni struktur hukum (*struktur of law*), substansi

⁷⁵ Jan Michiel Otto dalam Shidarta, *Moralitas Profesi.*, Op-Cit. Hlm 85.

hukum (*substance of the law*) dan budaya hukum (*legal culture*).⁷⁶

Struktur hukum (*legal structure*) Friedman menjelaskan :⁷⁷

“To begin with, the legal sytem has the structure of a legal system consist of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction ...Strukture also means how the legislature is organized...”

Struktur dari sistem hukum terdiri atas unsur jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksinya (termasuk jenis kasus yang berwenang mereka periksa), penataan badan legislative. Dalam hal ini, komponen struktur hukum mencakup berbagai institusi yang diciptakan oleh sistem hukum dengan berbagai macam fungsinya dalam rangka mendukung bekerjanya sistem hukum tersebut. Beberapa institusi yang menjalankan fungsi struktur hukum dalam konteks lembaga hak tanggungan dan parate eksekusi adalah Kantor Pelayanan Kekayaan Negara Dan Lelang (KPKNL), Kantor Lelang Swasta, Pengadilan, Notaris, Badan Pertanahan Nasional (BPN), Mahkamah Agung, dan seterusnya. Institusi-institusi dalam struktur hukum dimaksud menjalankan peran baik dari proses penandatanganan perjanjian, pendaftaran hak tanggungan, lembaga eksekutorial, maupun peran legislator.

Komponen sistem hukum yang kedua adalah substansi hukum (*substance of the law*), dimana hal ini dijelaskan oleh Friedman :

⁷⁶ Lawrence M.Friedman, *The Legal Sistem : A.Social Science Perspektive*, (New York : Russel Sage Foundation, 1969). Hlm. 16

⁷⁷ Lawrence Friedman, *American Law*, (London : W.W. Norton & Company, 1984), hal.

“Substance is what we call the actual rules or norms used by institutions,(or as the case may be) the real observable behavior patterns of actors within the system...”⁷⁸

Substansi hukum ini menyangkut tentang aturan-aturan (undang-undang) atau norma norma yang dipakai oleh institusi hukum maupun praktek-praktek dan pola-pola hukum ada dalam suatu sistem. Dengan demikian maka dalam konteks penelitian ini, aspek yang akan dikaji substansi hukumnya adalah aturan-aturan yang melingkupi segala aspek mengenai hak tanggungan dan parate eksekusi, baik yang berupa hukum positif, yurisprudensi, asas-asas hukum, maupun doktrin-doktrin yang ada. Kajian mengenai substansi hukum ini menjadi sangat penting guna menganalisa baik dalam aspek ketentuan parate eksekusi, prosedur pelaksanaan parate eksekusi, maupun kemungkinan-kemungkinan inkonsistensi muatan atau disharmonisasi aturan perundang-undangan.

Titik balik dari kajian substansi hukum adalah untuk menemukan sekaligus membuat formula untuk menjawab semua permasalahan dalam penelitian ini, sehingga akan menghasilkan hasil yang berkeadilan, bermanfaat, serta berkepastian hukum utamanya bagi para pihak yang bersinggungan.

Ketiga adalah budaya hukum (legal culture), yang dijelaskan oleh Friedman sebagai :⁷⁹

⁷⁸ Lawrence M.Friedman, *The Legal Sistem...*,Op-Cit. Hlm. 17

⁷⁹ Lawrence M.Friedman, *On Legal Developmant*, Jurnal Rutgers Law Review, Vol.24, (United States : 1969). Hlm. 28

“...attitude and values that related to law and legal system, together with those attitudes and values affecting behavior related to law and its institutions, ether positively or negatively”

Lebih lanjut Friedman menjelaskan :

“We can distinguish between an external and an internal legal culture. The external 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.”

Dalam kaitan dengan penulisan disertasi ini, budaya hukum atau kultur hukum eksternal adalah dengan melihat dan mendalami pola-pola berhukum masyarakat, perilaku, dan bahkan mungkin kebiasaan-kebiasaan yang sering dilakukan dalam struktur masyarakat. Artinya, pendalaman dan kajian tentang sosiologi hukum di masyarakat utamanya yang terkait dengan permasalahan yang hendak di bahas itu diarahkan sebagai pisau analisis. Kajian ini diharapkan mampu memberikan gambaran utuh tentang kultur hukum di masyarakat, sehingga mampu memberikan jalan penyelesaian terkait pelaksanaan parate eksekusi secara tepat, *low risk*, serta tidak menciderai rasa keadilan yang telah ada dalam masyarakat. Disisi lain, kultur hukum internal dalam hal ini adalah budaya hukum dari individu-individu maupun kelompok yang memiliki kapasitas dan kualifikasi berhukum seperti advokat, hakim, dan mediator.

H. Metode Penelitian

Pengertian penelitian dalam bahasa Inggris disamakan dengan *research* dimana menurut artinya disebutkan : *“The systematic investigation into and study of materials and sources in order to establish*

*facts and reach new conclusions.*⁸⁰ Padanan kata *research* dalam bahasa Indonesia diidentikan dengan penelitian, meskipun terdapat kata serapan dari kata *research* yang lebih tepat yaitu riset.⁸¹ Riset berarti penyelidikan (penelitian) suatu masalah secara sistematis, kritis, dan ilmiah untuk meningkatkan pengetahuan dan pengertian, mendapatkan fakta yang baru, atau melakukan penafsiran yang lebih baik.⁸²

Ilmu hukum dalam bahasa Inggris tidak disebut sebagai *legal science*, melainkan *jurisprudence*. Hal ini sekaligus membuktikan bahwa ilmu hukum adalah sesuatu yang ada dengan segala kekhasannya, tanpa harus dipaksa digolongkan ke dalam desain ilmu-ilmu, yaitu ilmu eksakta alam, ilmu sosial, dan humaniora. Sejalan dengan hal tersebut, menurut Prof. Peter Mahmud Marzuki, Ilmu hukum mempunyai karakteristik sebagai ilmu yang bersifat preskriptif dan terapan, dimana sebagai ilmu yang bersifat preskriptif, ilmu hukum mempelajari tujuan hukum, nilai-nilai keadilan, validitas aturan hukum, konsep-konsep hukum, dan norma-norma hukum.⁸³

⁸⁰Turnbull, Joanna et.al., *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, (Oxford University Press, eighth edition, 2010). Hlm. 1112

⁸¹Kamus Bahasa Indonesia, (Jakarta : Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional 2008), Hlm. 1213

⁸²Bandingkan dengan arti kata penelitian adalah pengumpulan, pengolahan, analisis, dan penyajian data yang dilakukan secara sistematis dan objektif untuk memecahkan suatu persoalan atau menguji suatu hipotesis untuk mengembangkan prinsip-prinsip umum. *Ibid.*

⁸³ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta : Kencana Prenada Media Group, Edisi Revisi-Cetakan ke-8, 2013). Hlm. 59

1. Paradigma Penelitian dan Jenis Penelitian

Penulisan penelitian hukum ini masuk ke dalam penelitian melalui pendekatan Paradigma Positivisme, dengan jenis penelitian doktrinal. Sementara itu penulis menggunakan metode penelitian yuridis-normatif yakni hukum diartikan sebagai norma atau kaidah yang berlaku dalam masyarakat dan menjadi acuan perilaku setiap orang, dan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam hukum positif.⁸⁴ Pada penelitian dengan menggunakan metode penelitian yuridis normatif, objek yang menjadi penelitian hukum yuridis-normatif mencakup (1) penelitian terhadap asas-asas hukum, (2) penelitian terhadap sistematika hukum, (3) penelitian terhadap tingkat sinkronisasi hukum, (4) penelitian sejarah hukum, dan (5) penelitian perbandingan hukum.⁸⁵

Penggunaan metode yuridis normatif ini digunakan agar penelitian ini dapat menghasilkan teori baru, dimana pengetahuan tersebut dapat berguna dalam banyak hal.

2. Sifat Penelitian

Kekhususan dan karakteristik dari ilmu hukum yang bersifat preskriptif membawa konsekuensi pada penelitian hukum, dimana penelitian hukum dapat berupa proses penemuan hukum yang berlaku dalam masyarakat, maupun juga dalam rangka

⁸⁴ Johny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang : Bayumedia Publishing, 2007). Hlm. 295.

⁸⁵ Lihat juga Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta, UI-Press, 1981). Hlm. 50.

menciptakan hukum untuk mengatasi masalah yang dihadapi. Artinya, penelitian hukum merupakan suatu kegiatan *know-how* dalam ilmu hukum, tidak sekedar *know-about* saja, sehingga penelitian hukum dilakukan dalam rangka untuk memecahkan isu hukum yang dihadapi.⁸⁶ Isu hukum yang menjadi pembahasan dalam penulisan penelitian ini beranjak dari perbedaan penafsiran yang nyata mengenai teks dalam peraturan perundang-undangan. Perbedaan penafsiran itu tentunya tidak bisa ditafsirkan secara mandiri, namun tentu harus bersandar pada konteks konsep dan asas-asas hukum yang ada dibelakang ketentuan hukum tersebut.

3. Metode Pendekatan

Suatu penelitian tentu akan menggunakan suatu pendekatan, hal ini disebabkan karena metode pendekatan merupakan sebuah cara untuk membantu peneliti dalam rangka mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai isu yang sedang dicoba untuk dicari jawabannya. Dalam *Webster's New Encyclopedic Dictionary* disebutkan bahwa "*Approach is a way of dealing with something (as a problem).*"⁸⁷ Dalam penulisan penelitian ini, penulis menggunakan metode yuridis normatif melalui pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan

⁸⁶ *Ibid*

⁸⁷ Webster's New Encyclopedic Dictionary, (New York, 1995). Hlm. 48

pendekatan perbandingan hukum, sehingga semakin memperkaya sumber-sumber dan bahan penelitian.

Pendekatan undang-undang (*statute approach*) dalam penulisan penelitian ini tentunya dimaksudkan studi tekstual terhadap teks suatu peraturan perundang-undangan yang terkait dengan isu hukum yang hendak dipecahkan. Melalui pendekatan ini, penulis melakukan kajian terhadap bentuk dan kedudukan peraturan perundang-undangan, menelaah dan mempelajari dasar ontologis lahirnya undang-undang, dan ratio legis dari ketentuan undang-undang.⁸⁸

Sementara itu, pendekatan historis (*historical approach*) dipergunakan guna membantu penulis untuk memahami filosofi suatu aturan hukum dari waktu ke waktu, sehingga dengan demikian penulis juga dapat memahami perubahan dan perkembangan filosofi yang melandasi aturan hukum tersebut. Lebih lanjut, melalui pendekatan konseptual (*conceptual approach*), penulis beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum guna menemukan konsep hukum yang berkaitan dengan permasalahan yang diteliti.

⁸⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum, Edisi Revisi...*, Op-Cit. Hlm. 133

4. Jenis-Jenis Data

Penelitian hukum normatif (*normative law research*) menggunakan studi kasus hukum normatif berupa produk hukum, misalnya mengkaji rancangan undang-undang. Pokok kajiannya adalah hukum yang dikonsepsikan sebagai norma atau kaidah yang berlaku dalam masyarakat dan menjadi acuan perilaku setiap orang. Sehingga penelitian hukum normatif berfokus pada inventarisasi hukum positif, asas-asas dan doktrin hukum, penemuan hukum dalam perkara *in concreto*, sistematik hukum, taraf sinkronisasi hukum, perbandingan hukum, dan sejarah hukum.⁸⁹

Menurut Peter Mahmud Marzuki, untuk memecahkan isu hukum dan sekaligus memberikan preskripsi mengenai apa yang seyogyanya, diperlukan sumber-sumber hukum. Sumber-sumber penelitian hukum ini dapat berupa bahan-bahan hukum primer, dan bahan-bahan hukum sekunder, dan bahan-bahan hukum tersier.⁹⁰ Dengan demikian, dikarenakan penelitian ini merupakan penelitian hukum yuridis - normatif, maka jenis data hukum yang dibutuhkan dalam penelitian adalah:

a. Bahan hukum primer

Bahan hukum primer, yaitu semua data hukum yang mempunyai kedudukan mengikat secara yuridis, baik itu

⁸⁹ Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, (Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, Cet.1, 2004). Hlm. 52

⁹⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum, Edisi Revisi....*, Op. Cit., Hlm. 181

secara umum maupun khusus, meliputi peraturan perundang-undangan Hak Tanggungan, Putusan-Putusan Hakim, Peraturan-peraturan Pemerintah, Perjanjian-perjanjian kontrak, dan instrumen peraturan perundangan lainnya yang berhubungan dengan isu hukum yang diteliti.

b. Bahan Hukum sekunder

Bahan hukum sekunder dapat berasal dari buku-buku hukum termasuk skripsi, tesis, disertasi hukum dan jurnal-jurnal hukum, kamus-kamus hukum, rancangan undang-undang, dan komentar-komentar atas putusan pengadilan. Namun demikian, sumber bahan hukum sekunder ini hendaklah mempunyai keterkaitan dengan hal yang akan diteliti.⁹¹

c. Bahan Tersier (non hukum)

Bahan hukum tersier, yaitu semua bahan hukum yang memberikan petunjuk/penjelasan dan mendukung terhadap bahan hukum primer dan sekunder. Meliputi bahan-bahan yang berupa buku-buku ilmu politik, filsafat, kamus, ensiklopedia dan sebagainya.

5. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah dengan studi kepustakaan yang berupa pengumpulan

⁹¹ *Ibid*, Hlm.153-154

data melalui penelitian kepustakaan dengan cara mempelajari ketentuan peraturan perundang-undangan, baik nasional maupun internasional, mempelajari peraturan-peraturan lainnya, maupun mempelajari perjanjian-perjanjian, serta mempelajari dan meneliti asas-asas, konsepsi-konsepsi, pandangan-pandangan, doktrin-doktrin hukum serta isi kaidah hukum diperoleh melalui buku-buku hukum, jurnal, makalah, hasil penelitian, dan sebagainya yang berhubungan dengan penelitian ini. Oleh karena itu, maka data yang dipergunakan dalam penelitian ini diperoleh melalui sumber data-data hukum primer⁹² maupun dari sumber data-data hukum sekunder.⁹³

6. Analisis Data

Pada penelitian ini, hasil dari pengumpulan data dari berbagai sumber bahan maka selanjutnya dilakukan analisis atas data yang terkumpul untuk menjawab isu hukum yang menjadi permasalahan. Pada penelitian hukum yuridis-normatif, pengolahan data dilakukan dengan cara melakukan kajian terhadap bahan-bahan hukum tertulis secara sistematis, dengan cara membuat

⁹²Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta : CV.Rajawali, 1986). Hlm. 14-15

⁹³Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Yurimetri*, (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1990). Hlm. 11-12

klasifikasi terhadap bahan-bahan hukum tersebut untuk memudahkan pekerjaan analisis dan konstruksi.⁹⁴

Data tersebut kemudian akan dianalisis secara deskriptif kualitatif dengan metode interpretasi, dimana metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna Undang-Undang.⁹⁵ Hal ini disebabkan karena dalam hukum, pemahaman terhadap hukum adalah menginterpretasikan hukum, dan menafsirkan hukum adalah memahami hukum. Hukum oleh karena itu hanya dapat dipahami melalui penafsiran, dan penafsiran terhadap hukum akan membantu sampai pada pemahaman terhadap hukum. Lebih lanjut didalam penelitian ini dipergunakan Interpretasi gramatikal, Interpretasi teologis, Interpretasi sistematis, Interpretasi historis, baik terhadap teks perundang-undangan yang relevan dengan isu hukum yang hendak dibahas dan dijawab, maupun terhadap bahan-bahan hukum lain.

Bruggink menyatakan *“men kan zelfs nog verder gaan en stellen dat ook het recht als conceptueel systeem alleen maar vormen krijgen in het denken van de mens, dankzij de taal die hij spreekt,”*⁹⁶ atau bila diterjemahkan Hukum sebagai sistem konseptual hanya dapat memperoleh bentuk dalam pikiran manusia

⁹⁴ Soerjono Soekanto, Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta : Rajawali Pers, 2006). Hlm. 251-252

⁹⁵ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Penemuan Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993). Hlm. 13

⁹⁶ J.J.H. Bruggink, *Rechtsreflecties, Grondbegrippen uit de rechtstheorie*, (Den Haag: Kluwer-Deventer, 1993). Hlm. 13

adalah karena bahasa yang digunakan untuk berbicara. Dengan demikian maka, metode interpretasi gramatikal merupakan cara penafsiran untuk mengetahui makna ketentuan undang-undang dengan menguraikannya menurut bahasa, susunan kata atau bunyinya.

Interpretasi teleologis, yaitu pemaknaan suatu aturan hukum yang ditafsirkan berdasarkan tujuan pembuatan aturan hukum tersebut dan apa yang ingin dicapai dalam masyarakat. Dengan kata lain penafsiran ini digunakan untuk mengungkap maksud dan tujuan hukum dengan kebutuhan dan kepentingan masyarakat luas. Penafsiran demikian berusaha menemukan pertautan pada kehendak dari pembentuk undang-undang saat membentuknya dan kemudian dituangkan dalam bentuk uraian logis dan sistematis guna memperoleh kejelasan penyelesaian lalu ditarik kesimpulan guna menjawab permasalahan penelitian secara deduktif yaitu dari hal yang bersifat umum menuju yang hal bersifat khusus.⁹⁷

Interpretasi sistematis menurut Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo adalah upaya menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan dengan jalan menghubungkannya dengan undang-undang lain.⁹⁸ Hal ini salah satunya dikarenakan bahwa suatu undang-undang tidaklah dapat

⁹⁷ B. Arief Sidharta (Penerjemah), *Meuwissen tentang Pengembanan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, (Bandung : PT Rafika Aditama, 2009). Hlm. 56-57

⁹⁸ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Penemuan Hukum...*, Op-Cit. Hlm. 16-17

berdiri sendiri, namun selalu berkaitan dengan peraturan perundangundangan lain, dan tidak dapat lepas sama sekali dari keseluruhan sistem perundang-undangan.

Interpretasi historis⁹⁹ ini menekankan pada interpretasi terhadap sejarah undang-undang atau sering disebut interpretasi subjektif, karena penafsir menempatkan diri pada pandangan subjektif pembentuk undang undang. Namun demikian interpretasi ini selain penafsiran menurut sejarah undang-undang, juga melakukan interpretasi menurut sejarah hukum, dimana metode interpretasi ini juga hendak memahami Undang-Undang dalam konteks seluruh sejarah hukum.

I. Orisinilitas Penelitian

Sepengetahuan penulis, penelitian tentang analisis pelaksanaan rekonstruksi parate eksekusi hak tanggungan atas tanah yang berbasis nilai keadilan ini belum pernah dilakukan. Bahwa berdasarkan kajian penulis, terdapat beberapa penelitian yang terkait dengan penelitian ini, diantaranya adalah :

Tabel 1
Originalitas Penelitian

No	Penulis	Judul	Fokus Study	Kebaharuan Promovendus
1.	SJAHDEINI, ST. REMY	Hak Tanggungan:	Asas asas yang ada dalam pembebanan Hak	Rekonstruksi Parate Eksekusi Hak

⁹⁹ *Ibid.*, Hlm. 17-18

	Jurnal Hukum Bisnis Vol.1 (1997)	Asas-Asas Dan Permasalahan Yang Dihadapi Perbankan	Tanggung dan masalah yang dihadapi Perbankan mengenai eksekusi objek jaminan, apabila debitur cidera janji.	Tanggung Atas Tanah
2.	HEROWATI POESOKO Universitas Airlangga Surabaya (2006)	Parate Executie Obyek Hak Tanggung	Prinsip apa yang mendasari parate executie sebagai salah satu sarana untuk memperoleh percepatan pelunasan piutang dan melihat apakah pengaturan parate executie dalam Undang- Undang Hak Tanggungan konsisten dengan prinsip hukum jaminan.	Rekonstruksi Parate Eksekusi Hak Tanggung berbasis nilai keadilan
3.	M. KHOIDIN Universitas Airlangga Surabaya (2007)	Kekuatan Eksekutorial Sertifikat Hak Tanggung	Kekuatan eksekutorial Grose akta berdasarkan Pasal 224 H.I.R dan kekuatan eksekutorial sertifikat hak tanggungan yang merupakan produk Badan Pertanahan Nasional (c.q. Kantor Pertanahan) selaku lembaga non yudisiil.	Rekonstruksi Parate Eksekusi Hak Tanggung

Perbedaan penulisan penelitian tentang analisis pelaksanaan rekonstruksi parate eksekusi hak tanggungan atas tanah yang berbasis nilai keadilan ini dengan beberapa penelitian tersebut diatas adalah terletak tidak hanya pada aspek dasar hukum semata, namun demikian, penelitian ini menjawab problem filosofis parate eksekusi dengan problem utamanya pada aspek keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum, serta problem pelaksanaannya.

J. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan merupakan uraian yang berisi susunan penulisan yang dibuat secara teratur, sistematis dan terperinci. Sistematika penulisan bertujuan memberikan gambaran secara menyeluruh secara sistematis dan jelas, sehingga hasil penelitian dapat dipahami dan dimengerti dengan baik. Hasil penelitian ini disusun dalam suatu karya ilmiah berupa disertasi yang terdiri dari 6 (enam) bab dan tiap-tiap bab akan dirinci lagi menjadi beberapa sub bab.

Pada Bab I mengenai Pendahuluan; akan dipaparkan tentang latar belakang masalah, perumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka teori, kerangka pemikiran, metodologi penelitian, dan sistematika penulisan.

Bab II akan diuraikan mengenai tinjauan pustaka, hasil studi pustaka, dan kerangka pemikiran.

Pada Bab III berisi tentang pembahasan masalah kesatu yakni bagaimana pelaksanaan hukum parate eksekusi hak tanggungan atas tanah saat ini yang belum berkeadilan.

Pada Bab IV berisi tentang pembahasan masalah kedua yakni kelemahan-kelemahan pelaksanaan parate eksekusi hak tanggungan saat ini.

Pada Bab V berisi tentang pembahasan masalah ketiga yakni bagaimana rekonstruksi parate eksekusi hak tanggungan atas tanah yang berbasis nilai keadilan.

Bab VI yaitu penutup yang berisi mengenai kesimpulan yang dikemukakan atas hasil pembahasan dan penelitian terhadap isu hukum yang telah dirumuskan, saran-saran dan implikasi kajian disertasi.